

# PALABRAS CLAVE PARA EL CONSTITUCIONALISMO DE HOY - UNA PERSPECTIVA ALEMANA\*

## KEYWORDS FOR NOWADAYS CONSTITUTIONALISM - A GERMAN PERSPECTIVE

Peter Häberle\*\*  
Universidad de Bayreuth

*After what happened in 1989, the doctrine states that we are now in the “World Time of the Constitutional State”. But what are the implications of this? How has this impacted on the dispute of the German doctrine about the right comprehension of the nature of the Constitution? Which should be the labor of a Public Law and International Law professor in this context?*

*In the present article, the author comments the indicated phenomenon, and, in order to do this, he uses figures such as the Cooperative Constitutional State, or the living constitutions. Constitutions, he states, aren’t just a product of constitutionalism, but many other factor must be taken into account.*

**KEY WORDS:** *parcial Constitutions, Cooperative Constitutional State, public process, living Constitutions.*

*Tras lo sucedido el año 1989, la doctrina señala que nos encontramos en “la Hora Mundial del Estado Constitucional”. Pero ¿cuáles son las implicancias de ello? ¿Cómo ha impactado ello en la disputa de la doctrina alemana por la correcta comprensión de la naturaleza de la Constitución? ¿Cuál debe ser la labor del profesor de Derecho Público y Derecho Internacional en este contexto?*

*En el presente texto, el autor comenta el fenómeno señalado y, para ello, recurre a figuras como la del Estado Constitucional Cooperativo, o la de las constituciones vivas. Las constituciones, afirma, no son solo producto del constitucionalismo, sino que múltiples otros factores deben ser tomados en cuenta.*

**PALABRAS CLAVE:** *Constituciones parciales, Estado Constitucional Cooperativo, proceso público, Constituciones vivas.*

\* El presente artículo tiene como título original “Stichworte zum heutigen Konstitutionalismus – eine deutsche Sicht”. Agradecemos al autor por permitirnos su traducción al castellano, la cual fue realizada por Roxana Jordan Radenovic. Además, agradecemos al doctor César Landa Arroyo, Miembro Honorario de THÉMIS y Miembro del Consejo Consultivo de THÉMIS, por la supervisión de la traducción.

\*\* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Friburgo. Profesor honoris causa por la Universidad Aristóteles de Tesalónica, Universidad de Granada, Universidad de Lisboa y la Universidad de Buenos Aires. Profesor honoris causa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director ejecutivo del Instituto de Derecho europeo y Cultura Jurídica de Bayreuth, y del Centro de Investigaciones de Derecho Constitucional Europeo. Profesor de la Universidad de Bayreuth. Contacto: peter.haeberle@uni-bayreuth.de.

Nota del editor: El presente artículo fue elaborado en mayo de 2014, recibido por el Consejo Editorial el 25 de febrero de 2015 y aceptado por el mismo el 30 de junio de 2015.

## I. PALABRAS LIMINARES

Es un honor y un placer para el autor contribuir con un artículo en el 50 aniversario de la muy respetable THĒMIS-Revista de Derecho. El constitucionalismo en Perú —el cual ha alcanzado un muy alto nivel por los profesores del Derecho Constitucional y por el Tribunal Constitucional en Lima— merece mucho respeto en Europa.

Entre las revistas del Perú, sobresale THĒMIS-Revista de Derecho desde su primera publicación, por el también muy conocido profesor García Belaunde, sobre todo porque está a cargo de estudiantes. El Consejo Editorial puede estar muy orgulloso de esta edición de aniversario. Los felicito.

## II. INTRODUCCIÓN

El año 1989 pudo celebrarse eufóricamente como “*annus mirabilis*” y como “la Hora Mundial del Estado Constitucional”. La decepción vino después. Todos le dimos la bienvenida a la “Primavera Árabe” en el año 2011, como tal. Hoy no sabemos si nos hallamos en el “Otoño Árabe” o incluso en un “Invierno Árabe”: El proceso de transformación se está dando de manera muy lenta en muchos países, como en Egipto, camino a convertirse en autoritario, o en Siria, hundiéndose en la guerra civil.

Libia también parece fallar. Sólo Túnez sorprendió a la comunidad mundial en 2014 con un modelo de proyecto de Constitución ejemplar en casi todas sus partes (por ejemplo, el significativo preámbulo, aunque un tanto largo —creado como parte integral de la Constitución—, la apertura a otras culturas y lenguas, la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales, así como de la oposición y el control de constitucionalidad consolidado).

Los proyectos de Constitución también son como una “reserva” productiva para la jurisprudencia constitucional comparativa (Suiza es ejemplar). A continuación se indica el nivel actual de desarrollo del tipo “Estado Constitucional” que se ha convertido en cooperativo en el contexto de las Constituciones como partes del Derecho Internacional, desde una perspectiva alemana, en cuya elaboración participaron el proceso político en distintas naciones, la comunidad del Derecho Internacional en su ámbito público mundial, y sobre todo, las doctrinas legales nacionales del Estado y los Tribunales Constitucionales nacionales (incluyendo a los tribunales internacionales).

En el transcurso del tiempo fueron diversos los países que hicieron contribuciones importantes: (i) Gran Bretaña, la democracia parlamentaria; (ii) Francia, los derechos humanos; (iii) los Estados Unidos de América (1787) y la Iglesia Alemana de San Pablo/*deutsche Pauluskirche* (1849), el federalismo; y, (iv) Suiza (en el Siglo XIX), la democracia semidirecta o participativa.

El constitucionalismo nacional se distingue del constitucionalismo universal tan intensamente, que el dar y tomar entre ambos está conectado en tiempo y espacio a nivel regional y mundial, como: (i) recepción mutua y elaboración de textos constitucionales; (ii) teorías (incluyendo textos clásicos); y, (iii) jurisprudencias. Es decir, una triada. Tanto el constitucionalismo nacional y universal se caracterizan por procesos de crecimiento y de cambio vivos dentro de su entorno público, bien sea regional o nacional (por ejemplo, el público europeo) y el público mundial.

El pensamiento a «niveles jerárquicos» es engañoso (por lo tanto se hace necesario el rechazo del concepto de «multilateral constitucionalismo/constitucionalismo a multinivel»). Se hace reconocible que los estados constitucionales nacionales y el constitucionalismo universal hoy solamente viven **Constituciones parciales**. Sus temas, habilidades e instituciones están enclavadas y conectadas complementaria y cooperativamente como “*law in public action/derecho público en acción*”, como conjunto constitucional de alcance universal. La jurisprudencia universal se torna posible.

Dos publicaciones conmemorativas de 1999 y 2004 llevan los sugerentes títulos “El Mundo del Estado de Derecho” y “La Constitución en el Discurso del Mundo”. Esto es indicativo. Por supuesto, no existe un gobierno mundial ni la jurisdicción universal, pero sí partes de un mosaico de diferentes culturas jurídicas, tales como: (i) el “*due process of law/debido proceso legal*”; (ii) la presunción de inocencia; (iii) el principio *ne bis in ídem*; (iv) el carácter público de los procesos jurídicos; o, (v) la protección del patrimonio inmaterial de la humanidad (todos al mismo tiempo como elementos universales de cultura jurídica).

El texto sobre el «Derecho Cosmopolita»<sup>1</sup> es un estímulo para la teoría constitucional universal, con su conjunto de Constituciones parciales nacionales e internacionales. La nueva Constitución húngara nacionalista de 2012 es un triste ejemplo contrario, sobre todo porque su realidad constitucional,

<sup>1</sup> THÜRER, Daniel. “Kosmopolitisches Staatsrecht”. Zürich: Schulthess. 2005.

con la mayoría de dos tercios de un solo partido en el parlamento, resulta negativa.

### III. ARTÍCULOS Y CONTENIDOS

El tipo de “Constitución del Estado” ha tomado su forma actual con el transcurso de muchos siglos de filosofía, política, historia constitucional, textos legales y textos clásicos desde Platón a Aristóteles y Cicerón, Montesquieu y Rousseau e Immanuel Kant, así como los Documentos Federalistas de Estados Unidos (1787), la Declaración Francesa de los Derechos Humanos (1789) y –en términos de protección del medio ambiente– hasta Hans Jonas (principio de responsabilidad, 1979), con lo alto que fue y es el costo humano.

“Todo poder del Estado emana del Pueblo” de Jean-Jacques Rousseau se convirtió en un texto clásico y tendencialmente universal. Sin embargo siempre debe añadirse la pregunta irónica de Bertolt Brecht: “Pero ¿hacia dónde va?”. También las palabras de los poetas pueden convertirse en textos clásicos, como por ejemplo: “Sire, dad la libertad de pensamiento” (Don Carlos) de Friedrich Schiller o la “Oda a la Alegría” de Beethoven, como himno europeo.

El Derecho Internacional también tiene sus clásicos, palpables en el conocimiento de las escuelas española y francesa, y después en la escuela inglesa –como “gigantes”– en cuyos hombros nos paramos, por lo que solamente por ello a veces vemos un poco más lejos (piénsese en la Escuela de Salamanca o en Hugo Grocio). El Derecho Internacional está presente en muchos textos (también en “principios generales del Derecho») y se hace palpable en convenciones como la Convención de Ginebra, la de La Haya y la de Viena.

Debe añadirse el Derecho Internacional Humanitario, la Carta de las Naciones Unidas (1945), los Pactos Universales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1976), los muchos textos sobre el Patrimonio de la Humanidad –como también sobre la diversidad cultural–, el Derecho Espacial, la Convención contra el Genocidio y el Racismo –temas específicos tales como la prohibición de la tortura, las normas para la protección de la infancia y de los discapacitados–, el Derecho Internacional de los refugiados, y otros más.

Es particularmente digno de mención la amplia proliferación de tribunales internacionales y sus normas de procedimiento de juicio justo/*fair-trial* (“justicia procesal”). Son una expresión universal del originalmente independiente tercer poder y asignados al “principio del Estado de Derecho en el Derecho Internacional” (Markus Kotzur). De-

bido a sus conjuntos de normas, estos tribunales internacionales (como el Tribunal Internacional de La Haya, el Tribunal Penal Internacional en el mismo lugar, y los Tribunales de la ONU, así como el Tribunal Marítimo Internacional en Hamburgo), ahora pueden ser calificados como **tribunales parciales constitucionales** en el Derecho Internacional, debido a su larga duración e importante valor (“paz”, “dignidad humana”, “buena fe”), y debido a su carácter limitativo (el Derecho Internacional, en su esencia, se convierte al mismo tiempo en un valor primario constitucional interno). Entre ellos hay muchas manifestaciones de cooperación abierta y encubierta en la concreción de valores. Esto es expresión del “Estado Constitucional Cooperativo” al igual que el Estado de Derecho en su conjunto, globalmente hoy sólo puede mantenerse como una comunidad cooperativa (palabra clave: la “condicionalidad supraestatal del Estado”, en el sentido de Werner von Simson).

En Alemania el Tribunal Federal Constitucional ha creado –como tantas cosas más– los términos “apertura al Derecho Internacional” y “apertura al Derecho Europeo” como principios pretorianos constitucionales no escritos. Así, se captura hoy el cosmopolitismo del Estado Constitucional.

La ciencia habla de “estatalidad abierta” (término acuñado por Klaus Vogel en 1964). El creciente rol de la **jurisprudencia constitucional** se hace reconocible no sólo en Alemania, gracias al papel pionero del Tribunal Constitucional como “Tribunal Ciudadano” (sobre todo por el agravio constitucional). La jurisprudencia nacional constitucional también está avanzando globalmente en muchos países, pero en ocasiones, actualmente está siendo reprimida por regímenes autoritarios como en Hungría o Egipto y, probablemente, en Turquía. Sin embargo, en general, puede ser caracterizada como una tendencia universal de logro cultural legal por excelencia.

Los tribunales constitucionales internacionales vecinos también van en aumento, esto se ve regionalmente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo o en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Costa Rica. Un Tribunal que particularmente está avanzando mucho e intensamente para la “comunicación constitucional” de la Unión Europea, es el Tribunal Europeo de Luxemburgo. Realiza pretorianamente y puntualmente una labor constituyente. En Alemania se discute lo que en la Unión Europea es legalmente aceptable: el Tribunal Constitucional habla persistentemente de “confederación de naciones”; profesores de Derecho Público, frente a los Estados miembros “soberanos” desean más de Europa, hablan de “vinculación constitucional” o “comunidad

constitucional”, esto último, para empalmar con el feliz término “Comunidad Europea” de Walter Hallstein. Además, el Tribunal Constitucional debería esforzarse como tribunal en sus decisiones por una “integración pragmática de elementos de teoréticos”.

Si en todo esto se trata de manifestaciones de la “separación horizontal de poderes”, en el federalismo y el regionalismo se trata de “separación vertical de poderes”. Además del Estado central, el federalismo estatal constitucional y el regionalismo contra el Estado unitario están ganando terreno, color y peso en casi todo el mundo. Por supuesto existen esfuerzos políticos para mayor autonomía aún. Piénsese para el Reino Unido en Escocia, para España en el País Vasco y Cataluña; Quebec en Canadá se expresó en contra de una secesión en 2014. El regionalismo es el “hermano pequeño” del federalismo. Él, sin embargo, forma un principio estructural completamente independiente del Estado constitucional cooperativo en la etapa actual del desarrollo y sirve al derecho fundamental de la libertad “en pequeño”, lo mismo que a la democracia *in situ*. En Alemania, la **diversidad** de la cultura es el “alma” del federalismo. ¡La libertad alemana es la libertad federativa! No hay que olvidar que la “libertad comunal de Europa” (es decir los municipios) revive la democracia pluralista “de abajo hacia arriba”.

Observando el Estado Constitucional Cooperativo en el horizonte del tiempo, llama la atención que siempre se van añadiendo nuevos temas a manera de textos constitucionales escritos o jurídicos. Considérese ahora, además de los nuevos artículos de fuentes legales: (i) la primacía de la Constitución; (ii) las cláusulas de la eternidad; (iii) la multidimensionalidad de los derechos fundamentales (en la Ley Fundamental alemana: Ley de Defensa, contenido objetivo, “norma fundamental decisiva”); (iv) las obligaciones básicas; (v) las nuevas metas estatales (por ejemplo, protección de la infancia, los ancianos y los discapacitados); (vi) los derechos de las minorías; (vii) la protección de las generaciones; y, (viii) los defensores del pueblo.

Así, también se debe considerar a las comisiones de derechos humanos, el principio de subsidiariedad, la transparencia y el “buen gobierno/*good governance*”, y a las afirmaciones sobre los “derechos humanos de la tercera generación” (en términos de protección del medio ambiente, participación cultural y paz), pero también a las nuevas figuras dogmáticas como la protección de los derechos fundamentales de procesos (“*status activus pro-*

*cessualis*”), así como a las “obligaciones de protección de los derechos fundamentales” en el sentido de la Ley Federal Constitucional o nuevos textos para el derecho constitucional de libertad religiosa (en lugar de la “ley eclesiástica”).

Ciertamente, hay algunos ejemplos en los que las nuevas Constituciones son demasiado largas, demasiado barrocas y difusas, por lo que la “fuerza normativa de la Constitución” (Konrad Hesse) sufre. En el interés de la cercanía de la ciudadanía con los textos y conceptos, las Constituciones deberían contener sólo lo respectivamente **importante**. Pero a este postulado de la teoría constitucional a menudo se le opone la inevitable naturaleza y compromiso de una Constitución resultado de la lucha de muchas fuerzas políticas partidarias que se desean ver reflejadas en el texto.

El hecho de que la proximidad y relevancia de las constituciones aún son posibles en conjunto, incluso en la actualidad, se ejemplifica en el “taller Suizo/Werkstatt Schweiz”. Muchas constituciones cantonales (por ejemplo, San Galo, Schaffhausen, Zürich) y la nueva Constitución Federal de 1999 proporcionan un ejemplo exitoso de textos concisos e innovadoras (por ejemplo, en términos de derechos fundamentales: “contenido básico”, protección de la privacidad, elementos de la democracia directa, derechos económicos constitucionales, la sostenibilidad, el derecho cultural constitucional, el derecho financiero constitucional, derecho constitucional religioso).

En Alemania, la disputa por la “comprensión correcta de la Constitución” se encuentra en primer plano. Durante el período de Weimar, Rudolf Smend se refirió sobre la Constitución como “impulso y barrera” (1928) —el aspecto de la limitación del poder sigue siendo importante—. Más adelante Ulrich Scheuner utilizó las palabras “norma y tarea”<sup>2</sup> (1962). En los años 50, el Tribunal Constitucional catalogó en conformidad con Günter Dürig, especialmente a los derechos fundamentales y a la Constitución completa como “sistema de valores”. El autor de estas líneas después acuñó el texto de la Constitución como proceso público (1969) —para sugerir la apertura de los textos y la interpretación— con la diferenciación de alta cultura (de lo verdadero, bueno y “bonito en el sentido de Platón”), cultura popular y culturas alternativas (palabra clave: concepto de cultura abierto, pluralista), y la “Constitución de la Cultura” (1982). La controversia de la escuela alemana sigue.

<sup>2</sup> SCHEUNER, Ulrich. “Staatstheorie un Staatsrecht”. Berlín: Gesammelte Schriften. 1978.

Así, continúa siendo controvertido si solamente hay tanto gobierno como lo constituye la Constitución (Rudolf Smend/Adolf Arndt) o si se desea partir desde un concepto preconstitucional del Estado (en la tradición del principio monárquico). La fórmula mundialmente famosa “nosotros, el pueblo” habla por ello. En el Derecho Internacional, la ciencia trata la “constitucionalización” de este amplio campo en muchas variantes, lo que hoy abre los caminos a una teoría constitucional universal. También los límites establecidos para lo “más Europa” son particularmente controvertidos en Alemania. ¿La Unión Europea ya es “prefederal”? En mi opinión: sí (ver el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea). Por supuesto, debería prestársele más atención al principio de subsidiariedad.

No es suficiente con “sólo” descripciones, textos, instituciones y prácticas legales. La Constitución no sólo es ordenamiento jurídico para abogados, ni debe ser interpretada por éstos de acuerdo a viejas y nuevas reglas del arte. Esencialmente también funge como una guía para no abogados: para el ciudadano. La Constitución no es sólo un texto legal o normas, sino también la expresión de una condición de desarrollo cultural, un medio para la auto-representación cultural del pueblo, el espejo de un patrimonio cultural y el fundamento de sus esperanzas.

Las constituciones **vivas** como una obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, son mucho más que expresión y transmisión de la cultura según la forma y el asunto, son el marco para la (re)producción cultural y la recepción y el almacenamiento de la “información” cultural tradicional, experiencias, vivencias, sabiduría. En consecuencia, su validez cultural es más profunda. Esto ha sido captado de la forma más bonita en la imagen de Goethe activada por Hermann Heller, la Constitución sería “la forma en relieve que se desarrolla viviendo”. Lo mismo ocurre con el Derecho Internacional y sus Constituciones parciales. En mi opinión, solamente existe la “libertad cultural”, la libertad proveniente de la cultura; no existe una libertad “natural”. Sin embargo, esto continúa siendo una ficción indispensable, para movilizar las reservas del Derecho Natural contra el abuso del poder estatal o social, donde sea necesario.

La Constitución es **proceso público**, porque en las sociedades abiertas y democracias pluralistas lo público despliega fuerza normativa en el horizonte del tiempo de muchas maneras (Cicerón: *res publica-salus publica*). Un ejemplo lo dan a largo plazo las opiniones divergentes de distintos jueces constitucionales (“judicatura alternativa”). Por ejemplo, en los Estados Unidos de América, Ale-

mania, España, Albania, Tailandia, Perú y Brasil, así como en las Cortes Internacionales (como la Corte Internacional de Justicia en La Haya y el Tribunal de Derechos Humanos en Estrasburgo).

A largo plazo es comprobable (como en los Estados Unidos de América y Alemania) que las opiniones disidentes de hoy pueden convertirse en la opinión mayoritaria de mañana. Incluso después de los discursos públicos podrían darse enmiendas constitucionales formales (¡En la Constitución ya se cuenta con 56!). Lo que demuestra que el *topos* de la “Constitución como un proceso público” es útil. Lo mismo se aplica *a fortiori* a las nuevas constituciones pluralistas de 1975 en Grecia, 1976 en Portugal y 1978 en España.

En los cantones suizos ha sido un éxito desde el año 1968 hasta hoy. A partir de 1990 en Europa del Este (por ejemplo, en Croacia y Polonia) el nuevo proyecto de Constitución en Islandia (2013), “como está escrito en Wikipedia”, es un experimento de la “sociedad abierta la Constitución de decisiones”. Es de renunciar a la comprensión decisionista constitucional de un Carl Schmitt (“nada normativo”) y la visión formalista, positivista de Hans Kelsen (“cada estado es un estado de derecho»), por lo que la imagen de la estructura jerárquica del sistema legal (Adolf Merkl) es correcta. ¡Con Carl Schmitt no se puede explicar Suiza, ni construir Europa! Francia está viviendo su identidad nacional desde la riqueza del pensamiento de la palabra «república», especialmente sus «libertades civiles» y un tipo específico de «laicismo». Su cultura política se diferencia de Alemania en cuestiones de «apertura religiosa».

Viendo la **cultura jurídica europea** se pueden identificar por lo menos seis elementos: (i) la neutralidad ideológica y religiosa del Estado (variación en la amabilidad religiosa); (ii) naturaleza científica del Derecho (desde Immanuel Kant hasta Max Weber); (iii) horizontes de lo universal (dignidad humana y derechos humanos); (iv) Estado de Derecho (sobre todo la independencia de la jurisdicción); (v) diversidad cultural; y, (vi) unidad jurídica. Se va ganando forma de texto en la Constitución de Serbia (2006) y del Kosovo (2008).

En América Latina, especialmente en Brasil, se gestiona un constitucionalismo vivo bajo el liderazgo de la Corte Federal en Brasilia (y haciendo referencia a la “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución” para el Derecho Procesal Constitucional). Mientras que Ecuador, Bolivia y Venezuela tienen buenos nuevos textos constitucionales, sin embargo, déficits en la realidad constitucional. Lo mismo ocurre con la nueva Constitución de Kenia (2010).

Esto demuestra que los textos constitucionales como tales no son garantía de una realidad constitucional buena, agradable: las Constituciones tienen que “probar”, con el paso del tiempo, que deben ser “actualizadas”, en el paralelogramo democrático de la Constitución del Pluralismo (1980). Se trata de mercados que cumplen con la democracia, ¡no democracia conforme al mercado! El mercado no es la medida del ser humano: una palabra clave en contra de la actual mercantilización omnipresente. El mercado y la economía sólo tienen significado instrumental. La dignidad humana es la premisa antropológica cultural del Estado Constitucional.

#### IV. MÉTODOS

“Muy alemán” es ahora una palabra sobre los polémicos métodos de la época de Weimar, con los que la ley científica constitucional trabajó (o debió trabajar), y con los que la jurisdicción constitucional en lo federal y estatal pueden juzgar dentro de sus límites legales funcionales. Después de los estudios culturales descritos anteriormente, la Constitución se debe ver como cultura —“Constitución como cultura” (así ahora, 2014, también el Tribunal Federal argentino en Buenos Aires)—, y esto en su propio contexto (también en el Derecho Internacional). En el ejemplo del preámbulo, de los himnos nacionales, las banderas nacionales, los feriados, la protección nacional y universal del patrimonio cultural, los objetivos educativos, el artículo sobre la lengua, el Derecho Constitucional religioso, así como las manifestaciones de la “cultura de la memoria” (por ejemplo, museos, lugares de conmemoración), esto se puede ilustrar con particularidad.

Los preámbulos se consideran, desde un ángulo científico-cultural, prólogos y preludios, lo que son oberturas en la poesía y la música. Usted desea, literalmente, “abordar” al ciudadano en la sociedad civil, usted diseña festivamente en tono alto un concentrado de la Constitución y piensa en las dimensiones temporales de pasado, presente y futuro.

La nueva Constitución Federal de Suiza de 1999 también tuvo éxito con su buen preámbulo, como la Constitución alemana de 1949 y la Constitución de Sudáfrica de 1996. Los demás temas mencionados también están abiertos a los estudios científico-culturales. Por ejemplo, los colores de las banderas nacionales con la ayuda de la teoría del color de Goethe (el análisis de la bandera nacional de Portugal es particularmente fructífero). Lo mismo vale para el derecho a la educación y otros elementos del derecho cultural constitucional, tales como la protección de los bienes culturales.

Justamente, el Derecho Constitucional Comparado es un “quinto método de interpretación”. Este concepto fue empleado en 1989 en referencia a los cuatro métodos clásicos de interpretación de Friedrich Karl Savigny (1840), y fue recepcionado por el Tribunal Supremo en Lichtenstein en el año 2003. La máxima de Goethe (“quien no conoce las lenguas extranjeras, no conoce la suya propia”) también se aplica a las culturas jurídicas extranjeras e independientes. Especialmente en el contexto de Europa, en el sentido más estrecho de la Unión Europea y en el sentido más amplio del Consejo de Europa, la conciliación gana en importancia (también intra-alemán en la competencia de los Estados Federales), actúa de manera creativa; en el sur de África algunas constituciones se refieren textualmente al derecho extranjero o a tribunales extranjeros.

En Alemania, el Derecho Comparado es cada vez más importante, especialmente en el contexto de la europeización del Derecho Constitucional nacional y los tribunales constitucionales nacionales, hasta los tribunales constitucionales europeos. Se han de comparar los textos, teorías y jurisprudencia (una triada). Las fuentes del Derecho (¡principios generales del Derecho! Derecho nacional, Derecho Europeo y Derecho internacional) pueden considerarse como un *numerus apertus*.

Ha de tenerse en cuenta el paradigma del texto constitucional por etapas (1989). Lo que hoy ya es un texto jurídico en un Estado Constitucional, en otro Estado aún tiene la forma de una resolución judicial o de una teoría. El Derecho Constitucional de los medios cuenta con ejemplos. Su pensamiento pluralista pronto se habrá convertido en texto constitucional a nivel de nación (Baviera, Turingia), y entrará en vigor como cuantiosas sentencias (televisivas) del Tribunal Constitucional.

El principio de proporcionalidad pronto estará listo por escrito (en Suiza y en el artículo 40 del Proyecto de Constitución de Luxemburgo, 2013), ahora como judicatura (como en la Unión Europea), pronto, como un postulado científico. Lo mismo vale para la “fidelidad al pacto” (Rudolf Smend, 1916): nacional, europeo y parcialmente ya alrededor del mundo. Interpretación sensible al contexto (interpretación a través del “pensamiento añadido,” el respeto a las diferencias contextuales de textos) es hoy en día un arte especial de los jueces y los constitucionalistas. El campo de fuerza de los topos de la “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución” (1975) puede tener éxito, “Quien vive en la norma, la interpreta”. La autocomprensión de artistas y científicos es relevante para la interpretación jurídica del arte y la ciencia de la libertad. Sólo hay textos interpretados.

En el Derecho Internacional, la “política de la ley internacional” requiere de asesoramiento científico. Para el desarrollo progresivo del Derecho Internacional, muchos actores están involucrados en otros aspectos: por la Organización de Naciones Unidas en su conjunto, y en parte en Cortes Internacionales como de los Estados a las organizaciones no gubernamentales, y “la mayoría de los profesores de derecho”.

Una palabra sobre la relación de la teoría constitucional con las “disciplinas aliadas”. Para distinguir entre las disciplinas jurídicas conexas (como la historia constitucional) y disciplinas afines no legales (como la sociología y la pedagogía), he aquí algunos ejemplos. En la interpretación del artículo 21 sobre los partidos políticos en la Ley Fundamental, con la posibilidad de la prohibición de los partidos (un pedazo de “anti-Weimar” en la “democracia militante” de la Ley Fundamental) tienen que ser considerados los hallazgos de la sociología del partido.

En la comprensión de los requisitos establecidos por varias constituciones de los Estados alemanes en 1945 y 1990, entre los objetivos educativos ha de incluirse la ciencia de la pedagogía, por ejemplo, como la educación constitucional. Recordemos el lema “Ciudadanía a través de la Educación” europea (principalmente en el sentido del Clasicismo de Weimar) y los objetivos educativos como la tolerancia, el respeto a la dignidad humana, el respeto por los derechos humanos y la protección del medio ambiente. La protección del medio ambiente consta de varias ciencias naturales “disciplinas aliadas”. La economía nacional, europea y global y su ciencia es esencial en el contexto de la economía social de mercado.

Con toda la sensibilidad a las llamadas disciplinas afines, cabe recordar la auto-constitución como tal de la ciencia jurídica constitucional. Por ejemplo, esta es la idea de “Derecho común europeo Constitucional” (1991) o la de los “Estados Constitucionales Cooperativos” (1978) gracias a la “concordancia práctica” (Richard Baumlin/Konrad Hesse). Toda la ciencia es “eterna búsqueda de la verdad” en el sentido de W. Humboldt, ella está contenta obligado a la dignidad humana, en el sentido de Immanuel Kant y Günter Dürig, los derechos humanos, el bienestar y la justicia. Aquí para ayudar a las enseñanzas de la justicia de Aristóteles a John Rawls.

La verdad de la ley constitucional es la dignidad humana relacionada con la justicia pública; que lamentablemente se perderá con la suficiente frecuencia (pensar en la generación de Justicia, incluyendo el desempleo intolerable de los jóvenes en

el sur de Europa). Los espacios de la Internet son ahora en parte libres del derecho «*status naturalis*» que necesita ser transferidos a un “*status culturalis*” (protección de la privacidad, derechos de autor, neutralidad de la red, etcétera). La relación entre la libertad y la seguridad debe reequilibrarse (nacional y universal). Lo público y la libertad privada son indivisibles.

## V. PERSPECTIVA Y CONCLUSIÓN

Como se desprende de lo anterior, esta contribución está inspirada por la actitud de optimismo científico. Se deslinda conscientemente del pesimismo de Helmut Schelsky en los años 70. Se ha hablado de un *quantum* de utopía indispensable del Estado de Derecho. Un ejemplo: en 1949 la cláusula del estado social, por la que se debe agradecer a Hermann Heller, aún era una utopía concreta en la Ley Constitucional. Paso a paso fue desarrollada, hasta hoy. También, y justamente el espíritu comunitario pluralista, requiere de un consenso básico cultural. Incluso y justo ahora el único profesor de Derecho de Estado colabora en ello, a menudo mano en mano con los Tribunales Constitucionales nacionales y regionales (en Europa).

Desde mi perspectiva los textos clásicos son textos constitucionales en un sentido más amplio. Un ejemplo es la teoría de la visión de poderes. Aún hoy leemos la Ley Fundamental alemana en parte “con los ojos” de Montesquieu. Pero los textos clásicos también pueden ser revisados: de esta manera, la enseñanza de los tres elementos relativa al Estado (Georg Jellinek) ha de ser revisada, la cultura es el cuarto si no el primer elemento del estado.

Especialmente en Europa se requiere “del jurista europeo” en el campo internacional, el “más competente profesor de Derecho Internacional” (artículo 38, literal d, del estatuto de la Corte Internacional de Justicia, adoptado en 1945). El jurista debe cuidarse en Alemania para no convertirse en un simple postglosador de la Ley Federal Constitucional ampliamente radiante (la que en contra de la opinión propia no dijo “palabras últimas” algunas en la sentencia de Lisboa, solamente penúltimas.) Él tiene independencia (autonomía) para comentar y criticar al Tribunal Constitucional. Para ello requiere de mucha cooperación con otras comunidades de científicos nacionales, así como los tribunales constitucionales europeos cada vez dependen de más cooperación nacional e internacional entre sí, y los jueces en Europa también se reúnen personalmente de manera regular.

El constitucionalismo de hoy tiene sus puntos débiles y fuertes. El “será” tiene efecto en el campo nacional y el universal, con todos los contratiempos que justamente hoy son de lamentar una y otra vez: sólo basta pensar en la anexión ilegal o la secesión de Crimea por Rusia (2014). Cualquier profesor de Derecho Público y de Derecho Inter-

nacional puede hacer una contribución alentadora en su propio campo, incluso el “pequeño” juez de un lugar al servicio de las virtudes judiciales.

Con el fin de reactivar el «espíritu de las Constituciones» de hoy, sería necesario contar con un nuevo Montesquieu y un nuevo Aristóteles. 🗣️