

# EL ESTADO CONSTITUCIONAL EUROPEO\*

Peter HÄBERLE

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Estado constitucional*. III. *El Estado constitucional europeo*. IV. *Perspectivas y conclusión*.

## I. INTRODUCCIÓN

El método utilizado en este trabajo se corresponde con la teoría constitucional comparada desde una perspectiva cosmopolita, en cuanto ciencia de la cultura y de los textos.<sup>1</sup> Por motivos de tiempo, no se discuten de manera especial, sino que son verificados, en lo posible, en la propia materia. El tema se compone de dos elementos: el “Estado constitucional” y el atributo “europeo”. Resulta evidente la bipartición de lo que sigue, pues quizá solamente pueda madurar en una síntesis por medio del debate.

## II. EL ESTADO CONSTITUCIONAL

### 1. *La relación entre Estado y Constitución*

El concepto de Estado constitucional une al Estado y a la Constitución sin determinar su relación recíproca. En mi opinión, hay en la tradición de los clásicos como R. Smend o A. Arndt (y to-

\* Traducción del alemán por Francisco Balaguer Callejón, catedrático de derecho constitucional de la Universidad de Granada.

<sup>1</sup> El autor lucha desde hace años por esta teoría. Cfr. sus obras: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982; *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992; *Europäische Rechtskultur*, 1994.

dos nosotros nos mantenemos sobre los “hombros” de esos “gigantes”, como “enanos” que ocasionalmente vemos, sin embargo, algo más lejos que ellos), tanto Estado como la Constitución configure. El Estado no es —como postulara, de buen grado, una tradición monárquica conservadora— algo primario y natural con lo que la Constitución (más o menos conformada) se relaciona. En el Estado constitucional democrático, los ciudadanos y las personas, su dignidad humana, son la “premisa antropológica y cultural”. Ellos mismos se “dan” la Constitución, como señalan, con mucho acierto, algunos de los nuevos textos constitucionales de Alemania oriental (por ejemplo, el preámbulo de la Constitución de Brandenburgo de 1992). De Austria procede la consideración, de no poca importancia, de A. Merkl, acerca de lo excesivamente monárquica que había permanecido la doctrina del derecho público alemán.<sup>2</sup> Esa huella se puede encontrar incluso en la actualidad,<sup>3</sup> aunque en la Europa unida de hoy no hay sitio ya para semejantes “retrasos” nacionales. Lo estatal conforma sólo un aspecto parcial de la *res publica* constituida; se puede hablar de un triple ámbito de la república: lo público, lo privado y lo estatal, que estructura la sociedad abierta, en el sentido de Popper. A través de la imagen del Estado fundada sobre la dignidad de la persona, debería incorporarse cierto rigor hasta en las cuestiones singulares del derecho público, por difícil que esto sea.

## *2. La comprensión de la Constitución. La Constitución como “cultura”, como “contrato” (el paradigma de la “Mesa Redonda” de 1989)*

También aquí tenemos que expresarnos de un modo muy esquemático (toda ponencia debe ser tan corta como precisa, con

<sup>2</sup> Merkl, A., “Die monarchische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre”, *Schweizerische Juristenzeitung*, 1920, Heft 4, citado por Pernthaler, P., “Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie”, *VVDSrl*, 25 (1967), p. 96.

<sup>3</sup> Cfr. Isensee, J., “Staat und Verfassung”, *HdBSrl*, t. I, 1987, pp. 591 y ss.

objeto de incentivar un debate fecundo). El tema del Estado constitucional europeo exige una explicación sobre la comprensión de la Constitución. En este sentido, debe destacarse la función directiva y delimitadora de la Constitución —procesal y material a la vez— que caracteriza su búsqueda de principios a mitad del camino entre el idealismo y la conexión con la realidad.<sup>4</sup>

La Constitución es cultura. Esto significa que no está hecha sólo de materiales jurídicos. La Constitución no es un ordenamiento dirigido a los juristas y para que éstos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, sino que también sirve esencialmente como guía para los no juristas, para los ciudadanos. La Constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Las Constituciones “vivas”, como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, son la forma y la materia que constituye la mejor expresión y mediación de la cultura, el marco para la (re)producción y la recepción cultural, así como el almacén de las “informaciones” culturales, las experiencias, las vivencias y la sabiduría sobrevenidas. Igualmente profunda es su validez cultural. Esto sería expresado de la manera más hermosa en una imagen de Goethe, reformulada por Heller: la Constitución es “forma nacida de la vida”.

Mientras que la Constitución pensada como cultura resulta actual, parece ficticia concebida como contrato. ¿Qué significa tal cosa? Significa que en el Estado constitucional son útiles las teorías del contrato social, ante todo en la variante de Kant, como “piedra de toque de la razón”, o también en la versión de John Rawls (“el velo de la ignorancia”) siguen siendo útiles en el Estado constitucional. Nosotros tenemos que construir la Constitución, así como al derecho y al Estado en cuanto aspectos particu-

<sup>4</sup> Cfr. Häberle, P., “Die Funktionenvielfalt der Verfassungstexte im Spiegel des *gemischten Verfassungsverständnisses*”, *FS Schindler*, 1989, pp. 701 y ss.; también en (del mismo autor): *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, cit., nota 1, pp. 263 y ss.

lares de ella, “como si” descansaran sobre un contrato de todos con todos (en el sentido de Locke). El pacto constitucional de los padres peregrinos del *Mayflower*, el juramento de “Rütli” en Suiza (1291), y los posteriores desarrollos del modelo contractual, son acontecimientos reales y afortunados que nosotros tenemos que integrar en el concepto de Constitución con siempre renovada tolerancia y entendimiento de todos. La democracia de concordancia suiza o el federalismo recurren al modelo de contrato más fácilmente que el Estado nacional centralizado. Y, sin embargo, una idea ha saltado como una chispa del *annus mirabilis* de 1989: el paradigma de la “Mesa Redonda”. Inventado (quizá debería decirse: descubierto) por la *Solidarnosc* de Walesa, este paradigma ha escrito historia mundial y ha hecho historia constitucional, en la transición de los sistemas totalitarios a la sociedad abierta del Estado constitucional. Por todas partes se llega a la Mesa Redonda, últimamente quizá en Codesa, Sudáfrica. La Mesa Redonda puede fundamentarse en la teoría constitucional, inordinarse a la ciencia de la cultura y legitimarse en el discurso teórico del consenso. La Mesa Redonda simboliza una comunidad política en la que muchos coexisten en pie de igualdad, unos con otros. La igual distancia y proximidad de todos los miembros, la reconstrucción del diálogo de unos con otros, rompe con las estructuras totalitarias de poder. Es la mejor transposición visual del igualitario “entenderse y tolerarse” que caracteriza a las Constituciones pluralistas. El círculo y la mesa (redonda), esa metáfora podría considerarse algo así como un “gen cultural” de la humanidad.

### 3. Los tres elementos tradicionales del Estado y el “cuarto”: la “cultura”

A los capítulos tradicionales de la teoría general del Estado, tratados (en parte de manera crítica) por Pernthaler,<sup>5</sup> pertenecen

<sup>5</sup> Cfr. Pernthaler, P., *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, 1986, pp. 82, 85 y ss., 111 y ss.; cfr., igualmente, la crítica en Saladin, P., *Wozu noch Staaten?*, 1995, pp. 16 y ss.

los tres “elementos del Estado”: el pueblo, el poder y el territorio. De manera paradigmática, la Constitución no tiene sitio en esa tríada. Esto caracteriza precisamente a la teoría general del Estado, y la convierte también en cuestionable. Una teoría de la Constitución que merezca tal nombre tiene que buscar la integración: la Constitución es, si no ya el “primer” elemento del Estado, en todo caso, un elemento esencial. En concreto: la teoría de los elementos del Estado tiene que ser declinada (conjugada) a través del concepto ya mencionado de cultura. La Constitución es una parte de la cultura y forma, si se quiere (en realidad: tiene que formar), un “cuarto” elemento. Dürig había ya aventurado tempranamente (1954) esta idea, de manera tendencial, aunque sin haberla formulado.<sup>6</sup> Hoy, cuando muy tarde, debe darse ese paso en la teoría de la Constitución. Esto significa que también los restantes elementos del Estado deben ser “llenados” por la ciencia de la cultura. Comenzando por el pueblo como “conjunto de personas sometidas al derecho” (Kant), pero igualmente en el *status culturalis*. La diversa identidad de los pueblos de Europa es de tipo cultural y conforma la pluralidad de Europa.

El territorio del Estado es un terreno culturalmente perfilado, un “espacio cultural”, no un *factum brutum*.<sup>7</sup> En este sentido puede sernos de ayuda la noción de Herder sobre la historia como “geografía en movimiento”.<sup>8</sup> El poder del Estado está, por su parte, culturalmente determinado, sin que se pueda concebir de manera natural: se fundamenta normativamente en el Estado constitucional que lo limita, y está al servicio de la libertad cultural. Hasta qué punto es esto necesario, nos lo muestra de manera dramática la guerra civil de la ex Yugoslavia.

<sup>6</sup> “Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither”, *VVDStRL*, 13, 1955, p. 27 (37 y ss.).

<sup>7</sup> Cfr. mi trabajo “Das Staatsgebiet als Problem der Verfassungslehre”, *FS Batliner*, 1993, pp. 397 y ss.

<sup>8</sup> En relación con los países en vías de desarrollo, cfr. mi “Studien über die Entwicklungsländer und Kleinstaaten”, *Rechtsvergleichung...*, cit., nota 1, pp. 791 y ss.

Acerca de qué y cómo se pueden componer los elementos del Estado desde el punto de vista científico-cultural, se indican aquí sólo unos rasgos generales: no sólo en el “federalismo cultural” de Suiza y de raigambre alemana, no sólo en el “nuevo regionalismo” que quizá madure en Italia, pues de la diversidad surge la fuerza creadora de lo cultural evidente para el Estado constitucional, que se manifiesta en todas las formas de aparición del derecho constitucional cultural. Comienza con los fines educativos como la tolerancia, la responsabilidad y, como algo nuevo: la conciencia ambiental (*cfr.* las Constituciones de Alemania oriental, como el artículo 28 de la de Brandenburgo, el 22 de Turingia, anteriormente también en la Constitución de Baviera), y termina o comienza asimismo con la educación en materia de derechos humanos, como exigen ya las nuevas Constituciones. Esto conduce a la plenitud de libertades culturales específicas como las libertades ideológica, artística y científica, profundamente conectadas todas ellas en el dicho de Goethe: “Quien tiene ciencia y arte, tiene también religión; quien no las tiene, que tenga religión”.<sup>9</sup> Sigue con la comprensión de los artículos referentes a la lengua y las fiestas nacionales, los símbolos estatales (como los himnos), así como con la protección intensiva de los bienes culturales, que puede documentarse, tanto a nivel interno como supranacional, en el impresionante proceso de crecimiento cultural de los textos (así: el “patrimonio cultural” de la humanidad y de las naciones).<sup>10</sup>

#### *4. La dignidad del hombre como “premisa cultural antropológica” del Estado constitucional, la democracia como “consecuencia organizativa”*

“No todo el poder del Estado procede del pueblo” decía Sternberger, y Brecht cuestionó la conocida fórmula clásica (“todo el

<sup>9</sup> *Cfr.* mi estudio “Die Freiheit der Kunst in kulturwissenschaftlicher und rechtsvergleichender Sicht”, en Lerche *et al.*, *Kunst und Recht*, 1994, pp. 37 y ss.

<sup>10</sup> *Cfr.* mi trabajo “Nationaler und internationaler Kulturgüterschutz”, en Fechner, F. y Oppermann, T. (eds.), *Kulturgüterschutz*, 1995, pp. 91 y ss.

poder viene del pueblo”) con la pregunta: “¿pero, a dónde va?” Nosotros deberíamos aventurar hoy la idea de que, en el Estado constitucional, el poder constituido del Estado vuelve a los ciudadanos, de los que procede. “El pueblo” no es “titular” del poder constituyente en un estado de naturaleza real o ficticio; no está sin constituir y no decide normativamente desde la nada, en el sentido del positivismo sociológico de un Schmitt.<sup>11</sup> Los sujetos son los ciudadanos unidos culturalmente entre ellos, la comunidad de los ciudadanos. La localización en los ciudadanos del llamado “poder constituyente” construye también el puente para el principio democrático. La democracia es la consecuencia organizativa de la dignidad del hombre, no es más, pero tampoco es menos. A partir de ahí se forman, en pie de igualdad, las variantes de democracias directas e indirectas, que, en el mejor de los casos, se combinan como “fórmula mixta”. La concepción de la “democracia indirecta” como la apropiada<sup>12</sup> se revela como una jerga muy alemana sobre “lo apropiado” (Adorno). De ese entendimiento de la democracia surgen también cuestiones sobre el déficit democrático en la Unión Europea, sobre el espacio público europeo, y sobre un derecho de partidos europeos, que está por construirse (*cfr.* artículo 138a del Tratado de Maastricht).<sup>13</sup>

El principio de la dignidad humana será elaborado por el Tribunal Constitucional Federal sobre la base de la formulación de Dürig y desarrollado culturalmente.<sup>14</sup> Debe mencionarse también la cuestión de la imagen del ser humano, “moderadamente optimista”, aunque provista de un cierto escepticismo como el que se

<sup>11</sup> *Cfr.* Häberle, P., “Die verfassunggebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat, eine vergleichende Textstufenanalyse”, también en *Rechtsvergleichung...*, *cit.*, nota 1, pp. 135 y ss.

<sup>12</sup> Böckenförde, E.-W., “Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie”, *FS Eichenberger*, 1982, pp. 301 y ss.

<sup>13</sup> *Cfr.* en la doctrina, Tsatsos, D. *et al.* (eds.), *Parteienrecht im europäischen Vergleich*, 1990.

<sup>14</sup> *Cfr.* mi trabajo “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, *HdbStR*, t. I, 1987, p. 815 (839 y ss.). *Cfr.* igualmente, Hofmann, H., “Die versprochene Menschenwürde”, *AöR*, 118 (1993), pp. 353 y ss.

encuentra en Montesquieu (“El hombre tiende por naturaleza a abusar del poder”):<sup>15</sup> todas las formas de la división de poderes en su sentido estricto (estatal) y amplio (en la sociedad) tienen aquí su raíz. El lema: “retorno a la naturaleza” (Rousseau) debe sustituirse por el de Gehlen: “retorno a la cultura”. La educación como formación es la otra cara de toda libertad fundamental, también y precisamente, en la “Constitución del pluralismo”.

### *5. La Constitución del pluralismo: formas de una diferenciación y apertura exterior del Estado constitucional*

La Constitución del pluralismo debe ser reivindicada hoy especialmente en tres campos: en el ámbito nacional, en la exigencia de federalización o de regionalización y en la apertura de todos los Estados constitucionales hacia la comunidad internacional (“Estado constitucional cooperativo”).

#### *A. Nación y Estado constitucional: normalización-relativización, normativización-la protección de las minorías*

El Estado constitucional europeo tiene que darse cuenta hoy, como rara vez tuvo que hacerlo antes, de la importancia de lo nacional. ¿En qué lugar se encuentra la nación en la “Europa de los ciudadanos”, de las “regiones”, de las “patrias”? ¿Son idénticos, en parte o totalmente, nación y Estado constitucional? Nos puede ser de ayuda la poetisa Sarah Kirsch, para quien se trata más de la lengua materna que de la patria.<sup>16</sup> El debate actual sobre la identidad nacional no puede desarrollarse aquí en su integridad, aunque sí es posible dar algunas indicaciones. El Estado

<sup>15</sup> Cfr. mi estudio *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 1988.

<sup>16</sup> Kirsch, Sarah, “Von einer Hexenjagd auf Konservative kann wirklich nicht die Rede sein”, *FAZ*, 30 de septiembre de 1994, p. 39.

nacional clásico no puede ya considerarse un modelo obligado para el Estado constitucional. En su actual nivel de desarrollo, todos los Estados constitucionales, ya sean mono o multiculturales, tienen que ser concebidos de manera pluralista: incluso Francia, que encuentra su identidad cultural y política en la “república”, tiene que ser tolerante con el Islam como que ya es segunda religión del país. Suiza ha construido hace tiempo, también gracias a su ejemplar libertad lingüística, un camino hacia el pluralismo interno. Alemania lucha dolorosamente por la protección expresa de las minorías culturales; la en gran parte poco afortunada “Comisión Constitucional Conjunta” ha trabajado sobre ello, aunque no se haya materializado en las reformas constitucionales puntuales de otoño de 1994.<sup>17</sup> Esto sorprende todavía más si se tiene en cuenta que las nuevas Constituciones de los *Länder* han aventurado cláusulas ejemplares de protección de las minorías; así, los artículos 50. de la Constitución de Schleswig-Holstein (1990), 25 de la Constitución de Brandemburgo (1992) y 50. de la Constitución de Sajonia (1992).<sup>18</sup>

Aquí y ahora puede aventurarse la afirmación de que la plena protección étnica, cultural, religiosa, etcétera, de las minorías pertenece, en mi opinión, al nivel de crecimiento actual del Estado constitucional y tiene que reflejarse en un desarrollo más maduro de los textos. El Consejo de Europa vigila las reformas en los países del Este europeo, para determinar cuán intensa es su protección de las minorías, cuestión que es de actualidad en Letonia (en relación con la minoría rusa). La nueva Constitución de Rumania presenta aquí un déficit enorme.<sup>19</sup> La protección de las

<sup>17</sup> El texto del artículo 20 b propuesto debería decir: “El Estado respeta la identidad de las minorías étnicas, culturales y lingüísticas” (cito por el informe de la GVK, 5/93, 1993, p. 31; *cfr.* mi propuesta anterior en “Aktuelle Probleme des deutschen Föderalismus”, *Die Verwaltung*, 24 (1991), p. 169 (206 y ss.).

<sup>18</sup> *Cfr.* textos y comentarios en *JöR*, 42 (1994), pp. 149 y ss.

<sup>19</sup> *Cfr.* mi “Einführung und Dokumentation von Verfassungsentwürfen und Verfassungen ehemals sozialistischer Staaten in (Süd)Osteuropa und Asien”, *JöR*, 43 (1995), pp. 335 y ss., 419 y ss.

minorías es un elemento estructural naciente del Estado constitucional, sobre todo en Europa. La teoría constitucional tiene que hacer todo lo posible por promoverlo. El desarrollo más avanzado se da en Hungría, que considera a las minorías como “factores de integración del Estado”. En el extremo opuesto se puede mencionar la barbarie en la ex Yugoslavia, donde en algunos estados la “limpieza étnica” parece desplegar una fuerza conformadora del Estado. Aquí se hace una cruel realidad la metáfora de la “banda de ladrones”, convirtiendo a la ex Yugoslavia en campo de estudio de la imagen del hombre, la concepción del Estado, la regresión de la cultura, etcétera.

Desde el punto de vista teórico-constitucional la protección de las minorías se manifiesta como una forma de diferenciación interna del Estado constitucional, como relativización y refrenamiento normativo de lo nacional. En el estadio de desarrollo del Estado constitucional, sólo es posible hablar de una “Constitución del pluralismo”, si existe una protección suficiente de las minorías, la que en tal sentido comienza con la tolerancia y respeto a la dignidad de los otros, como fines de la educación, y termina con un *ombudsman* y con cláusulas formalizadas de protección de las minorías.<sup>20</sup> Un término clave es el de “república abierta” (Oberndörfer).

### *B. Federalismo y (naciente) regionalismo como principio estructural interno del Estado constitucional*

Aquí seré muy conciso en mi bosquejo, por lo que formulo únicamente la tesis: el Estado constitucional como modelo tiene que estructurarse hoy de manera federal o regional. Incluso Estados unitarios clásicos como Francia marchan por el camino de la regionalización. Desde Europa ese desarrollo ha conseguido un fuerte impulso (incluso en el Tratado de Maastricht: *v. gr.*

<sup>20</sup> *Cfr. Die multikulturelle und multiethnische Gesellschaft*, Fleiner, T. (ed.), Fribourger Föderalismus-Institut, 1995.

el Comité de las Regiones, artículo 198).<sup>21</sup> El tiempo del Estado unitario centralizado ha terminado para el Estado constitucional. Basado sobre los derechos humanos y ciudadanos, el Estado constitucional descubre la pluralidad cultural interna, reconoce el valor de las distintas formas de división del poder y comienza a valorar en serio la democracia local, diversificándose en un sentido federalista o regionalista.<sup>22</sup>

### *C. La apertura del Estado constitucional a la comunidad internacional (el “Estado constitucional cooperativo”)*

La naturaleza abierta (Vogel) del Estado constitucional cooperativo (Häberle)<sup>23</sup> marca un nuevo indicador del nivel de desarrollo actual en nuestra materia.

Los pactos internacionales de derechos humanos, pero también los correspondientes convenios regionales como la Convención Europea de Derechos Humanos, forman un elemento de esa apertura hacia el exterior del Estado constitucional. Ello es expresivo hoy de la existencia de una “comunidad mundial de Estados constitucionales”. Pensamos que con una intención cosmopolita, en el sentido de Kant, a pesar de todos los retrocesos y las recaídas en la era nacional. Resulta tan perceptible el condi-

<sup>21</sup> *Cfr.* Stein, T. “Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus”, *VVDSrl*, 53 (1994), p. 26 (pp. 41 y ss.). Sobre la doctrina austriaca, *cfr.* Morass, M., *Regionale interessen auf dem Weg in die Europäische Union*, 1994; Schäffer, H. “Die Länder-Mittwirkung in Angelegenheiten der Europäischen Integration”, *FS Schambeck*, 1994, pp. 1003 y ss.; *cfr.*, en el mismo lugar, el trabajo de Weber, pp. 1041 y ss.

<sup>22</sup> Sobre esos motivos de legitimación, *cfr.* Häberle, P., “Grundfragen einer Verfassungstheorie des Regionalismus in vergleichender Sicht”, en Kramer, J. (eds.) *Regionalismus*, Hannover, 1996. Existe versión española (por Francisco Balaguer Callejón y F. de Borja López Jurado) en Häberle, P., “Problemas fundamentales de una teoría constitucional del regionalismo en perspectiva comparada”, en varios autores, *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, Tecnos, 1997, vol. II, pp. 1161-1190.

<sup>23</sup> Häberle, P., “Der kooperative Verfassungsstaat” (1978), en la obra del mismo autor, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978, pp. 407 y ss.

cionamiento supranacional del Estado (von Simson), como el condicionamiento estatal de lo supranacional. Nos situamos, de este modo, en el segundo elemento que referíamos al principio: lo “europeo” en el Estado constitucional.

### III. EL ESTADO CONSTITUCIONAL EUROPEO

En este breve apartado se esbozará, en cinco puntos, lo específicamente europeo del modelo de “Estado constitucional”.

#### 1. *El Estado constitucional como obra común y proyecto europeo-atlántico*

El Estado constitucional europeo no podría ser concebido, ciertamente, sin las aportaciones de Norteamérica. En otras palabras: el Estado constitucional europeo ha sido, históricamente y hasta hoy, una obra común de Europa y de los Estados Unidos, un proyecto no terminado, permanentemente abierto, que se desarrolla en el nivel de maduración de los textos. Esta evolución comienza con la Declaración de Derechos de Virginia (1776) y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, al mismo tiempo que con la obra de Smith *La riqueza de las naciones*, así como los *Federalist Papers* (1787) y continúa en algunos hitos del Estado constitucional, como el desarrollo del federalismo y de la jurisdicción constitucional en Estados Unidos. Ciertamente, en Europa se elaboraron previamente algunos antecedentes: las ideas de Locke, Montesquieu, Rousseau y, en general, los textos clásicos como los de Jonas o Sir Popper últimamente, influyen en cuanto derecho constitucional en sentido amplio. Todo esto se ha condensado en un patrimonio cultural del derecho atlántico-europeo de procedencias individuales diversas que difícilmente se pueden inventariar en conjunto, pero que aparecen en las fechas clave de 1789, 1848, 1945. A ello hay que añadir las partes constitutivas de la cultura jurídica europea, que tienen

hoy su lugar bajo el “techo” de la Constitución sin renunciar a su identidad: así, por ejemplo, la estructura propia del “derecho civil común europeo” que nos conduce al derecho romano. Deben mencionarse también la historicidad y el carácter científico de la dogmática jurídica; la independencia de la jurisdicción, en correspondencia con la división de poderes; la neutralidad ideológica y confesional del Estado que se deriva de la libertad religiosa; la cultura jurídica europea como diversidad y unidad, así como la tensión entre el particularismo y la universalidad de la cultura jurídica europea.<sup>24</sup>

La teoría constitucional europea debe subrayar que cada nación ha prestado, a largo plazo, su específica aportación a esta obra colectiva: Gran Bretaña, la democracia parlamentaria; Francia, los derechos humanos de 1789; Suiza, el Estado federal de 1848; Austria, la jurisdicción constitucional (1920); Italia y España, el regionalismo (en 1947 como texto constitucional temprano, en Italia; desde 1978 como realidad constitucional sólida en España); Alemania, la ampliación de la jurisdicción constitucional, quizá el derecho eclesiástico del Estado, a veces, teorías avanzadas sobre derechos fundamentales.

Para mostrar la luz que cada cultura jurídica nacional ha dado a la cultura europea común, sería necesario contar con un Schiller de la teoría constitucional europea, que vinculara sus obras *Maria Estuardo* por Inglaterra, *Guillermo Tell* por Suiza, *Don Carlos* por España, *La doncella de Orleans* por Francia y (sin concluir) *Demetrio* por Rusia.

## 2. *La europeización del Estado constitucional*

La europeización del derecho en su conjunto, pero también de sus disciplinas particulares, ha prosperado hasta llegar a ser una expresión conocida. El “derecho civil común europeo” (carakte-

<sup>24</sup> Cfr. Häberle, P., *Europäische Rechtskultur*, 1994, especialmente las pp. 21 y ss.

rizado inicialmente por Kötz),<sup>25</sup> encuentra su correspondencia en el “derecho constitucional común europeo”.<sup>26</sup> Indicaciones posteriores nos proporciona Coing y su frase: “desde Bolonia hasta Bruselas”, en cuanto a las investigaciones sobre la historia jurídica europea, pero también los esfuerzos en el ámbito del derecho laboral o social, y también en materia del derecho penal europeo. Para la teoría constitucional esos desarrollos generales, que no deberían perderse en la indefinición, pueden manifestarse en tres ámbitos, que veremos a continuación.

*A. La “europeización” por medio del derecho europeo en su sentido amplio y estricto*

Derecho europeo en sentido estricto es el derecho comunitario de la Unión Europea. En la ciencia ha conducido a aportaciones tan brillantes como el “derecho administrativo europeo” (Schwarze, 1988), el hallazgo del derecho privado europeo en la Comunidad Europea (P.-C. Müller-Graff, 1989), y acciones precursoras, como el derecho comunitario europeo de Ipsen (1970). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha contribuido, por ejemplo, con la consideración de los derechos fundamentales como “principios generales”, que ha hecho aparecer al derecho europeo casi como un derecho pretoriano análogo al derecho de los juristas en Roma. El derecho europeo en sentido amplio es el derecho del Consejo de Europa, que tiene su punto culminante en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Austria y Suiza han sido miembros pioneros respecto de otros Estados, al atribuir a la Convención Eu-

<sup>25</sup> Kötz, H., “Gemeineuropäisches Zivilrecht”, *FS K. Zweigert*, 1981, pp. 481 y ss.

<sup>26</sup> Häberle, P., “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, *EuGRZ*, 1991; ahora en la obra del mismo autor, *Europäisches Rechtskultur*, 1994, pp. 33 y ss. Existe versión española (por Emilio Mikunda) “Derecho constitucional común europeo”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 79, 1993.

ropea de Derechos Humanos rango constitucional.<sup>27</sup> Este derecho europeo en sentido amplio debería contar con la atención de la teoría constitucional europea, puesto que conforma un nivel de crecimiento del propio Estado constitucional europeo.

### *B. El derecho constitucional común europeo*

El derecho constitucional común europeo, introducido en el debate en 1991,<sup>28</sup> describe un aspecto del Estado constitucional europeo. Se alimenta del pensamiento jurídico y de los principios comunes (en el sentido de Esser), sin querer suprimir la diversidad de las culturas jurídicas nacionales. No es posible describir aquí cada uno de los elementos singulares que integran este concepto, pues debemos referirnos a otras cuestiones.

### *C. El derecho constitucional europeo “nacional”*

Una dimensión hasta ahora poco estudiada de la europeización será caracterizada aquí como derecho constitucional europeo “nacional”.<sup>29</sup> Con ello nos referimos a los artículos sobre Europa —cuantitativa y cualitativamente en aumento— que pueden encontrarse en las Constituciones europeas. La Ley Fundamental alemana, en particular, ha incorporado recientemente muchos artículos de esa naturaleza (artículos 23, 24.1a, 45, 50 y 88).

<sup>27</sup> *Cfr.* Bleckmann, A., “Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?”, *EuGRZ*, 1994, pp. 149 y ss.

<sup>28</sup> Véase, *supra*, referencia a mi trabajo del mismo nombre en la nota 26.

<sup>29</sup> *Cfr.* mi trabajo “Europaprogramme neuerer Verfassungen und Verfassungsentwürfe für den Ausbau von nationalem *Europaverfassungsrecht*”, *FS Everling*, 1995, pp. 335 y ss. Recientemente el SPD propuso en Baviera, a través de su portavoz sobre política europea, una reforma de la Constitución de Baviera con un nuevo artículo sobre Europa (citado por el *Nordbayerischer Kurier* del 25 de abril de 1995, p. 5) con el siguiente texto: “Baviera promueve la Unión Europea y aboga por la participación de las regiones autónomas en la formación de la voluntad de las comunidades europeas y la Europa unida. Baviera coopera con las otras regiones europeas y apoya las relaciones transfronterizas entre las comunidades e instituciones vecinas”.

En las nuevas Constituciones de los *Länder* de Alemania Oriental se encuentran, siguiendo el modelo del Sarre (artículo 60 de la Constitución de 1992), impresionantes programas europeos, por ejemplo, en relación con el regionalismo trasnacional. Incluso el Cantón de Berna hace referencia a Europa en su Constitución de 1993 (artículo 54.1). Susceptibles de desarrollo son las referencias expresas a la Convención Europea de Derechos Humanos (*cfr.* el preámbulo de la Constitución de Jura de 1977 y el artículo 2.3 de la Constitución de Brandemburgo de 1992). En esa evolución es importante destacar que el Estado constitucional nacional interioriza aquí la idea de Europa, convirtiéndola en un asunto propio de manera más intensa que lo que el derecho europeo en sentido estricto le permite, considerado más como algo que crece “desde afuera”. Precisamente hoy, cuando salen a relucir algunas dudas e inseguridades frente a la Unión Europea, este derecho constitucional europeo “interno” puede preparar el camino para la “Europa de los ciudadanos y las regiones” y hacer crecer nuevas posibilidades de identificación y más “conciencia europea”. En todo caso, estos artículos sobre Europa se inscriben dentro del proceso de desarrollo gradual de los textos del Estado constitucional europeo, en tanto queda abierto de qué “Europa” se habla.

De la formación y el desarrollo del “derecho constitucional europeo nacional” en sus múltiples formas de aparición, se derivan también consecuencias en relación con problemas constitucionales concretos, como las cuestiones particulares que plantea el artículo 32 de la Ley Fundamental. Su apartado 1 tiene que leerse de manera completamente nueva, “europeizada”. Si desde 1949 ha dicho: “Corresponde a la Federación la conducción de las relaciones con los Estados extranjeros”, desde el nuevo artículo sobre Europa (artículo 23 de la Ley Fundamental) de 1992, puede cuestionarse si los Estados operantes en el contexto de Europa son realmente aún “Estados extranjeros”. En otras palabras: los Estados europeos ya no son más, recíprocamente, “país extranjero”. El esquema exterior-interior está esencialmen-

te en cuestión en Europa. Esto significa, por ejemplo, que la creciente política europea de los *Länder* no se ampara sólo en el artículo 23 de la Ley Fundamental. También el artículo 32.2 debe leerse de nuevo a la luz de la europeización. “Condiciones particulares de un *Land*” puede incluir también su participación regional europea. La discutida “política exterior adjunta” de los *Länder* alemanes no lo será más en la “confederación de Estados” europeos. Esta derivación del derecho constitucional europeo nacional exige una revisión interpretativa o constitucional de preceptos como el artículo 32 de la Ley Fundamental. La europeización del hasta ahora clásico derecho constitucional nacional puede provocar el desmoronamiento de construcciones dogmáticas completas.

Un cuestionamiento y relativización del elemento “territorio del Estado” se encuentra en el nuevo tipo de artículos constitucionales de los últimos tiempos sobre el tema “vecindad” y la correspondiente superación de fronteras. Pensamos en el nuevo (1992) artículo 24.1a de la Ley Fundamental: la transferencia de derechos de soberanía a las “instituciones colindantes”; también en el siguiente párrafo del preámbulo de la nueva Constitución del Cantón de Appenzell A. Rh. de abril de 1995: “Queremos, más allá de las fronteras, conformar un orden vital libre, pacífico y justo”, esto significa, ciertamente, más allá de las fronteras internas y externas, sobre todo cuando en el artículo 1.2 de esa Constitución se habla de cooperación “con los otros cantones y con los países extranjeros vecinos”.

### *3. El concepto abierto de Europa, la incorporación de Europa del Este*

Después de “1989” es indudable que Europa se ha abierto hacia el Este y que debe abrirse a los Estados poscomunistas reformados. A ello se agrega que esos países, como las repúblicas bálticas, Polonia, Hungría, Rumania y Bulgaria, quieren volver, declaradamente, “hacia Europa”. La intensidad y riqueza del

proceso de recepción del Oeste por el Este en la adopción literal de muchos principios de los Estados constitucionales de Europa Occidental, que se puede comprobar en las nuevas Constituciones de allí, nos muestra hasta qué punto el Estado constitucional europeo se ha convertido en atractivo para el Este, el Sudeste y el Centro de Europa en sus elementos integrantes: los derechos fundamentales, la democracia, la economía de mercado, la división de poderes y el Estado de derecho.<sup>30</sup>

A esto se añade la presión de estos Estados reformados para convertirse en miembros del Consejo de Europa o de la Unión Europea, aunque formalmente están ya en camino de convertirse en participantes en el derecho europeo, en sentido amplio y estricto. A mediano plazo, sus culturas jurídicas nacionales querrán y podrán realizar, ciertamente, nuevas y propias aportaciones. Será decisivo, sin embargo, que el concepto de Europa se manifieste tanto en sentido geográfico como cultural, flexible y abierto hacia el Este, quizá hasta los Urales. ¿Pertenece también Turquía a los Estados constitucionales europeos, o adolece del sentido geográfico o jurídico-cultural? (se cierre, desde luego, la amenaza del retorno al fundamentalismo islámico). Probablemente se pueda concebir el concepto de Europa como un conjunto abierto, que permanece flexible en sus fronteras y que está integrado por elementos geográficos, culturales y jurídico-culturales que no son enteramente idénticos.

#### 4. *El “jurista europeo”*

Como cuarta característica del Estado constitucional europeo, debe destacarse el “jurista europeo”. En cuanto una sociedad abierta de los constituyentes e intérpretes europeos comienza a desarrollarse, surge una sociedad abierta de juristas europeos. Ya

<sup>30</sup> Cfr. mi trabajo “Verfassungsentwicklungen in Osteuropa-aus der Sicht der Rechtsphilosophie und der Verfassungslehre” (1992), ahora en *Europäische Rechtskultur*, 1994, pp. 101 y ss.

en los tiempos de Weimar había en los diversos países teorías del derecho público que cultivaban la ciencia jurídica europea; en Italia podría mencionarse un Mortati, en Francia un Hauriou, y en España un Rubio Llorente. En el plano estudiantil los programas “Erasmus”, “Sócrates” y “Tempus” abren el camino para un “jurista europeo”. ¿Qué lo caracteriza? No sólo el conocimiento del derecho europeo en sentido amplio y estricto, aunque eso también lo sea. El “jurista europeo” debería, en cada cuestión de su derecho nacional, reflexionar siempre, desde el principio, acerca de las similitudes y diferencias con otros Estados constitucionales europeos y sus correspondientes derechos, sobre los “hombros de los gigantes”, desde Aristóteles y los juristas romanos y sus textos clásicos, también la jurisprudencia; incluso son relevantes los textos de poetas como Shakespeare (en *El mercader de Venecia*); también los de un Schiller sobre el derecho natural. El derecho comparado en el campo de tensión de la cultura jurídica europea encuentra su ámbito de práctica natural, por ejemplo, como “quinto método de interpretación” desde el canon de Savigny de 1840. También los diferentes géneros doctrinales tienen que contribuir a esa europeización “interna”: a través de la incorporación integradora de los órdenes jurídicos de otros países en Europa. Sólo así será completada la “europeización” de Europa en el campo del derecho.<sup>31</sup> Lo que la jurisdicción constitucional europea, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea aportan a la comparación jurídica, debería convertirse en la tarea normal de todo jurista europeo.

##### 5. La cuestión de la verdad en el Estado constitucional

Con esta última indicación se cierra el círculo y se abre al mismo tiempo. El Estado constitucional europeo forma un foro incomparable para la cuestión de la verdad: no porque conozca

<sup>31</sup> Cfr. mis estudios en *Europäische Rechtskultur*, cit., nota anterior, *passim*.

“verdades absolutas, acabadas”, proclamadas e impuestas a través de los juristas, sino porque gracias a los derechos fundamentales como libertades culturales, y gracias a la democracia como “gobierno temporal”, en el sentido de Popper, permite derribar a los gobiernos sin derramar sangre y dejar morir a las teorías en lugar de las personas. El “racionalismo crítico” de Popper, conectado con el consenso cultural fundamental, que se presenta, en el eje del tiempo, como “contrato cultural entre generaciones” es, en mi opinión, la filosofía convincente del Estado constitucional europeo. Esto significa que la verdad existe, aunque nosotros no podemos saber si la hemos reconocido.

Todo lo que podemos hacer es “proyectar y suponer”. El proceso de ensayo y error, la formulación de hipótesis falsables y la interdicción de la mentira (Kant) nos ayudan “de momento” en el acercamiento a la verdad en el campo científico y político. Pensamos en los textos pertinentes de Lessing y en la concepción de la ciencia de Von Humboldt. La “Constitución de la libertad” se encuentra aquí con la sociedad abierta hasta la transformación práctica en la Europa de hoy.<sup>32</sup> Ciertamente uno se debería guardar de tener una “filosofía casera”; sin embargo, me parece que para la “casa europea” abierta y su correspondiente Estado constitucional de la actualidad resulta especialmente apropiado el pensamiento de Popper.

#### IV. PERSPECTIVAS Y CONCLUSIÓN

La representación del Estado constitucional europeo no puede ser única: una nueva forma de “eurocentrismo”. No puede hacerse, por ejemplo, como aislamiento de los países en desarrollo sino con la construcción de puentes. Así, deben conservarse los lazos incomparables existentes entre Europa y Latinoamérica, gracias a España (recientemente, se constata esto en la línea que

<sup>32</sup> Cfr. mi trabajo *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, 1995; aspectos parciales antes en *FS Mahrenholz*, 1994, p. 149 (pp. 161 y ss.).

va desde la Constitución de Cádiz de 1812 hasta la de Colombia de 1991). También debe intentarse el diálogo con los países islámicos (quizá sea posible una aproximación si tenemos presente la feliz simbiosis de las tres religiones mundiales en España hasta 1492). La “universalidad” de los derechos humanos tiene que dejar espacio para las variantes culturales en el contexto de los países lejanos. La “paz perpetua” en el sentido de Kant y (aquí necesita la sociedad abierta “utopías concretas”) permanece como un proyecto obligado. En el Estado constitucional europeo se tiene un puntal: con propósitos cosmopolitas y con consecuencias cosmopolitas.