

Cultura y derecho constitucional

*Entrevista a Peter Häberle**

RAÚL GUSTAVO FERREYRA**

La conversación académica¹ fue realizada el 21 de abril de 2009, en la Facultad de Derecho. Un día después, el decano de la Facultad, Prof. Dr. Atilio A. Alterini, entregó al Prof. Dr. Peter Häberle el doctorado *honoris causa* de la Universidad de Buenos Aires.²

Pregunta 1:

Las categorías jurídicas básicas del derecho constitucional –democracia, república, división de poderes, federalismo, parlamentarismo, cartas de derechos– son invenciones europeas, fundamentalmente, como en tantas otras cosas la civilización actual es heredera del pensamiento de la Ilustración del siglo XVIII. Sin embargo, el modelo constitucional más antiguo es la Constitución de 1787 de EE. UU., proceso que recogió la

* Doctor, profesor y doctor *honoris causa* múltiple. Director ejecutivo del Instituto de Derecho Europeo y Cultura Jurídica de Bayreuth y del Centro de Investigaciones de Derecho Constitucional Europeo, Universidad de Bayreuth. Doctor *honoris causa* por la Universidad de Buenos Aires.

** Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas “Ambrosio Gioja”, Facultad de Derecho. Doctor, Universidad de Buenos Aires.

¹ Colaboró en la entrevista el abogado Sebastián Diego Toledo, docente de Derecho Constitucional, quien formuló las preguntas individualizadas en el texto con los nros. 10 y 11, respectivamente. Con posterioridad al encuentro, el Prof. Häberle envió un texto con las respuestas a las preguntas, pieza constituyente de lo que aquí se publica. Se agradece a la Prof. Irene Knoop la traducción rigurosa y precisa de dicho texto del alemán al castellano.

² Su *lectio doctoralis*: “La Constitución Federal de la Argentina, desde la cultura”, ha sido publicada en *La Ley, Actualidad*, edición del 30 de abril de 2009; la *laudatio* académica fue pronunciada por los Profesores Dres. Eugenio Raúl Zaffaroni y Raúl Gustavo Ferreyra.

producción europea y únicamente añadió, por decirlo de algún modo, el sistema de gobierno presidencialista. El derecho constitucional escrito, formalizado, duradero, eficaz, tiene más de 200 años, a condición de que se establezca que la Constitución de EE. UU. de 1787 significa, razonablemente, un punto de partida. Que observa desarrollo en América Latina y sin entrar en ninguna comparación se puede afirmar que el texto de la Constitución federal de la Argentina de 1853-60 es de los más antiguos, y que, en Europa se afianza, definitivamente, después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, particularmente, con la Constitución de Alemania de 1949.

Los tres modelos constitucionales citados, siguiendo su teoría, configuran la organización fundamental del Estado y la sociedad.

Asumiéndose, pues, que los tres modelos son resultado de la creación humana, es decir tanto el derecho constitucional estadounidense, como el alemán y el argentino son fruto de la actividad del hombre, motivo por el cual, sus reglas, son entes que están en el mundo.

Concretamente, el derecho constitucional es una invención del hombre moderno, tratándose de una cosa (instrumento) que establece la autodeterminación comunitaria.

Ahora bien, esta cosa, el derecho constitucional, según su punto de vista: ¿qué *status* ontológico tiene? Más precisamente, en la eterna disputa filosófica entre idealismo y realismo, ¿las reglas dispuestas en los textos constitucionales son entes reales o ideales?

Respuesta 1:

La respuesta a esta primera pregunta es especialmente complicada. Usted pregunta por el "*status* ontológico" del derecho constitucional. Debo abordar este tema desde dos puntos de vista. En primer lugar, desde un aspecto formal: la Constitución es, en la teoría escalonada del ordenamiento jurídico de Kelsen, el complejo normativo de mayor importancia. Hablamos entonces de la supremacía de la Constitución. Por supuesto existe una jerarquía adicional, inmanente a la Constitución. Las así llamadas cláusulas de eternidad quitan incluso al constitucionalista, cuyo objetivo es la reforma o redacción de la Constitución, determinados valores supremos últimos. Ejemplos de ello encontramos en las famosas cláusulas de la eternidad del famoso art. 79 III de la Constitución Alemana

(GG) así como en Portugal (1976) y en el art. 28 de la Constitución federal de la Argentina. Un primer ejemplo se puede hallar en la Constitución de Noruega de 1814. En cuanto al contenido, la Constitución se compone materialmente de múltiples y variadas figuras legales y principios. Por una parte se extienden hasta una esfera ideal y por la otra poseen una fuerte referencia a la realidad. Reaccionan ante experiencias históricas concretas (por ejemplo: la Constitución Alemana reglamenta en el art. 5º, entre otras, la libertad de información, la que no existía en el Tercer Reich, o la Constitución procesa catástrofes históricas, un ejemplo es el artículo sobre Tschernobyl en la Constitución de Ucrania).

La dignidad humana es el valor supremo, ya que llega hasta el máximo plano idealista, al menos si se la interpreta según I. Kant. Por otro lado, también se encuentran exigencias muy realistas en la Constitución. Se puede mencionar el postulado del pluralismo que aplicó el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) en sus múltiples fallos con respecto a la televisión (palabras clave son el pluralismo interno de las emisoras de televisión públicas y el pluralismo externo de las emisoras privadas que compiten entre sí). Así encontramos en los textos constitucionales, en parte referencias reales y en parte referencias ideales. La doctrina alemana conoce el bello término de “realidad constitucional”, que muchas veces se halla en tensión con el derecho constitucional. Existe, por ejemplo, un conflicto concreto entre la libertad del representante en el Parlamento y su lealtad a su partido político. En Alemania hablamos de la tensión entre el art. 38 y el art. 21 de la Constitución.

Pregunta 2:

Usted ha cumplido más de 50 años dedicados exclusivamente a la investigación y desarrollo científico; la unidad y la excelencia en la tarea del científico constituyen paradigmas de su labor. Naturalmente, su principal preocupación ha sido, y es, el mundo, las cosas que son sus constituyentes y los problemas que afectan a dichos objetos.

Para el conocimiento de la realidad se han ensayado la observación y el razonamiento; en muchos casos, empirismo que proscribe al racionalismo y viceversa.

Sin entrar en la disputa entre racionalistas y empiristas, cuyas consecuencias ciertamente se aprecian también en la ciencia del derecho, y

teniendo presente que usted ha sido el único jurista que ha desarrollado profundamente ideas de Karl Popper, brillante racionalista moderado o crítico (según su propia definición): ¿cuál es el método más apropiado para el conocimiento de la realidad jurídico-constitucional: el experimental, el racionalismo o la mixtura de ambos?

Respuesta 2:

En efecto, me dedico hace exactamente 50 años (comienzo del trabajo en mi tesis doctoral) al estudio científico del derecho constitucional. Uno de mis clásicos referentes es, por cierto, K. Popper y su teoría del racionalismo crítico. Sin embargo, este pensador no puede indagar en profundidad la realidad del Estado constitucional, porque su sociedad abierta precisa, desde un inicio, de fundamentos culturales. En otras palabras, precisa de los principios científico-culturales. La teoría crítica de la Escuela de Frankfurt resulta, a su vez, de gran ayuda. Piénsese en la crítica a los medios y a la sociedad de consumo así como al mundo de las mercancías. Y con anterioridad a Popper, podemos mencionar la sabiduría de los clásicos de la Antigüedad, y me refiero aquí a la relación establecida por Aristóteles entre igualdad y justicia (hablamos de la prohibición de la arbitrariedad) o a su doctrina del derecho natural. Para el pensamiento constitucionalista resultan imprescindibles las teorías del contrato en las variantes de Hobbes a Locke, hasta Rousseau y Kant. Hoy comprendemos a la Constitución como un proceso siempre novedoso entre “el convivir y el soportarse” entre los ciudadanos. Ya en 1978 me animé a formular la teoría de que los tribunales constitucionales participan de la actualización del contrato social vivido. También nos encontramos en el camino hacia un contrato social europeo, que puede alcanzarse a través del avance de la integración europea en forma de diversos contratos, en el sentido de la reforma gradual (desde los contratos romanos del año 1957 hasta Maastricht y Amsterdam en la década de los 90, así como también el fracasado proyecto de Constitución de 2004 y el así llamado Tratado de Reforma de la UE -Lisboa- de 2007, que actualmente está siendo evaluado por el Tribunal Constitucional Federal).

También el federalismo es una manera particularmente compatible con la posibilidad de experimentación. Hace una década que hablo del “taller suizo” o de un Estado federal en continuo proceso de experimentación.

En las Constituciones de los cantones suizos que se encuentran en una profunda revisión, se hallan muchos experimentos, que luego han sido adoptados o corregidos por la instancia superior de la Constitución nacional suiza de 1999.

El racionalismo de Popper tampoco resulta suficiente por la siguiente razón: el hombre no es solamente un “animal racional”, también vive de emociones. El Estado constitucional le da un espacio a estas “fuentes de consenso emocional”, cuando crea himnos nacionales o banderas nacionales (ver al respecto mis últimas obras) o cuando estipula nuevos feriados nacionales. En este punto deberíamos tener presente la imagen del hombre racional y emocional del Estado constitucional. Ni siquiera el mercado es comprensible únicamente a partir de la figura artificial del *homo œconomicus*. El hombre no vive solamente como “maximizador” racional de sus intereses, sino que también se desempeña en el mercado a partir de motivaciones irracionales. Rüstow, un clásico de la economía nacional, tuvo esto más presente que muchos de los actuales ideólogos del mercado.

Pregunta 3:

Especialmente a partir de 1982 usted ha presentado e insistido con la tesis de que la teoría del derecho constitucional es un producto cultural. Karl Popper dividió la realidad mundana en mundo físico, mundo sensible y mundo cultural. El mundo 3 o cultural de Popper es una realidad objetiva, integrada, básicamente, por el resultado del conocimiento humano.

¿El derecho constitucional y su teoría formarían parte del mundo 3 de Popper?

Respuesta 3:

Usted pregunta acerca de la teoría de los tres mundos de Popper. Yo no estoy tan seguro de que ésta realmente sea de ayuda para los constitucionalistas. La matemática podría ser concebida como perteneciente tanto a las ciencias naturales como al mundo de la cultura. Hasta donde conozco, esta cuestión ni siquiera está resuelta entre los matemáticos. Además no puedo escindir el mundo 3, es decir el mundo de los contenidos espirituales y culturales, del mundo 2, es decir el mundo de

las percepciones individuales. Existen, por ejemplo, discusiones acerca de si las obras de arte de Miguel Ángel o las catedrales góticas pueden ser consideradas –independientemente del observador– como obras de arte, es decir, bellas. Es sabido que ya en la Antigua Grecia existía una clasificación en tres mundos: Logos, Psyche y Physis; los romanos distinguían entre *ratio*, *Intellectus* y materia. Nosotros, los constitucionalistas, debemos partir de la autonomía del “mundo del Estado constitucional” y de su estudio científico, y también debemos tener presentes los límites de nuestras capacidades interpretativas y por ello ser humildes. La filosofía puede especular, asociar a su gusto, la teoría constitucional debe dar respuestas concretas y responsables, como por ejemplo, en el caso de la revisión de una ley parlamentaria por un tribunal constitucional sobre la base de las normas de la Constitución, o en el caso de un juez en lo civil o en lo penal de primera instancia que debe responsabilizarse ante el caso particular a ser juzgado.

Como pequeño complemento, quisiera agregar algunas ideas más acerca de la concepción de los tres mundos:

Hacia 1982 desarrollé la teoría de la Constitución como cultura, o dicho de otro modo, del principio científico-cultural. K. Popper fue esclarecedor para mí solamente con respecto a su concepto de la sociedad abierta, es decir, el rechazo de todos los sistemas totalitarios como el nacionalsocialismo, el fascismo, el marxismo y el leninismo. No comparto su crítica a Platón, porque, como es sabido, según una observación ingeniosa de Whitehead, todo pensamiento es una cita a pie de página a la obra de Platón. A diferencia de Popper, intento fundamentar la sociedad abierta a partir del principio científico-cultural. Y hasta donde yo sé, esto no es lo que pretende Popper. Sin cultura el ser humano, a pesar toda la apertura, caería a un precipicio. Por lo demás, hoy en día no existen, en mi opinión, tres mundos. Existe solamente un mundo, aunque por supuesto se trata de un mundo con gran diversidad cultural.

Tampoco comparto la idea de primer mundo, segundo mundo y tercer mundo, porque tiende a una cuestión valorativa que no es correcta. El primer mundo, es decir la así llamada vieja Europa, aún hoy puede aprender mucho del tercer mundo. Esto es especialmente válido para el derecho constitucional. Piénsese por ejemplo en la figura del defensor del pueblo en América Latina, a la cual aportó especialmente México.

Pregunta 4:

A principios de la década de los 60 usted presenta en la comunidad científica del derecho constitucional un nuevo paradigma teórico, explicación y desarrollo de una regla de la Constitución alemana de 1949. Magníficamente, en el art. 19, apart. 2 se dispone: “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”. La regla constitucional alemana ha significado un paradigma para la comprensión y desarrollo de los derechos fundamentales, felizmente imitada. Particularmente, usted planteó en su tesis doctoral la doble dimensión de los derechos fundamentales: la subjetiva o plurisubjetiva y la institucional.

A 60 años de la sanción de la Ley Fundamental de Bonn y casi 50 de la publicación originaria de su tesis doctoral: ¿qué balance hace de la aplicación de la regla en el derecho constitucional alemán? ¿Qué horizonte de proyección se atreve a pronosticar para el siglo XXI, para Estados como el argentino, por ejemplo, cuya Constitución federal a partir de 1994 ha dotado de jerarquía constitucional a los más importantes instrumentos internacionales de derechos humanos y son derecho directamente aplicable?

Respuesta 4:

Ha sido una gran suerte para mí haber podido proponer a mi maestro académico K. Hesse en Freiburg, la elección de la famosa “Garantía del contenido esencial” del art. 19 II de la Constitución alemana (GG) para mi tesis doctoral. A su compleja pregunta responderé en tres pasos: la garantía del contenido esencial se basaba en estudios previos sobre la dogmática en tiempos de la República de Weimar. La Constitución la normó con la intención de poner un límite a todos los socavamientos abiertos y encubiertos de los derechos fundamentales. A efectos de la comparación de las constituciones: en muchos continentes y en muchas constituciones nacionales, y recientemente incluso en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se encuentran diferentes formulaciones del art. 19 II GG. Las constituciones de los cantones suizos hablan de las garantías del contenido esencial. Algunas constituciones del Este europeo, como la de Polonia y la de Estonia, protegen el contenido esencial. Incluso en la Constitución de España de 1978 se puede

reconocer el modelo del art. 19 II GG. Finalmente, también encontramos artículos que siguen a este modelo en las constituciones de las provincias sudafricanas. En otras palabras, la garantía del contenido esencial probablemente se haya tornado en el mayor éxito de exportación del GG.

En Alemania existen tres teorías: La garantía del contenido esencial absoluta, según la cual la esencia última de los derechos fundamentales está protegida en forma intangible aun con respecto al legislador, luego la teoría de la garantía esencial relativa, que trabaja con una valoración de los bienes jurídicos, y finalmente una solución combinada, que propuse yo mismo en 1962 y que hasta fue adoptada por mi gran maestro K. Hesse en su obra *Grundzüge* (1967). Me alegra que la Constitución argentina de 1994 haya colocado a los derechos humanos como de aplicación directa en la instancia superior de la jerarquía normativa.

Pregunta 5:

Su tesis sobre la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución fue inaugurada en 1975.³ Allí usted plantea la ampliación de la interpretación del derecho constitucional a todos los ciudadanos y no restringirla, solamente, a los operadores, es decir, jueces y constitucionalistas.

Su “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución” es una comunidad luminosa si se la compara con la sociedad que limita la interpretación del derecho constitucional.

La tesis de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución fue enunciada al mismo tiempo que el mundo asistía al comienzo de un profundo cambio tecnológico, especialmente en las comunicaciones.

Concretamente, la información y la comunicación en 1975 no eran ni remotamente lo que es hoy en día; las posibilidades que permiten los medios de comunicación actualmente han crecido exponencialmente en los últimos 40 años. Consecuentemente, teniendo en cuenta que el hombre siempre debe enfrentar la dificultad gnoseológica de lo que no conoce:

³ Ver, por todos, HÄBERLE, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 6, nro. 11, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 29-61. Traducción al español realizada por el Prof. Xabier Arzoz Santiesteban.

¿cree usted que el cambio radical en las comunicaciones facilita la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución? O dicho de otro modo: ¿considera usted atinente la actualización de su tesis teniendo en cuenta la globalización de la información y, en paralelo, que no todo se conoce?

Respuesta 5:

Al paradigma de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución lo desarrollé en 1975. Recién 20 años después tomé conciencia de que, desde el punto de vista de la historia de la cultura, detrás de esta idea podría hallarse la tesis protestante de Martín Lutero acerca del sacerdocio de todos los creyentes. Realicemos una mirada retrospectiva: en la antigua Roma, el conocimiento del derecho estaba reservado a la casta de los sacerdotes. La Ley de las Doce Tablas trajo consigo el conocimiento público del derecho para los ciudadanos romanos, la que, como es sabido, fue creada por un grupo de juristas y políticos que viajó a Atenas, y se orientó en la legislación de Solón, que la gobernaba. El carácter público del derecho es característica fundamental de todo Estado constitucional hasta hoy en día. Lo novedoso del paradigma de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución es que ya no se trata del conocimiento público del derecho, sino de que todos los ciudadanos tengan acceso al proceso interpretativo. La Corte Suprema de Brasil, bajo su presidente Mendes, fundamentó la aplicación del *amicus curiae* teóricamente a partir del concepto de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución. El Tribunal Constitucional Federal alemán procede de manera pragmática y desde hace mucho tiempo otorga la palabra a grupos pluralistas, como por ejemplo, los sindicatos, las entidades empresariales, la Iglesia y otras comunidades religiosas en algunos procesos judiciales importantes, en audiencias públicas.

En 1975 no imaginaba los tremendos desarrollos que, especialmente en el ámbito técnico, podrían desafiar o quizás poner en duda mi paradigma.

Ya en la primera edición de mi obra *Europäische Verfassungslehre* de los años 2000/2001, así como también en la 6ª edición de 2008, proyecté la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales a la Unión Europea. Actualmente ya existen indicios de una sociedad abierta de intérpretes

constitucionales en Europa. Esto se puede constatar a través de la participación vía internet de algunos ciudadanos en el proyecto de la Constitución de 2004. Si esa Constitución europea hubiera entrado en vigencia, ya podríamos hablar de una sociedad abierta de constitucionalistas en Europa. En Suiza, por ejemplo, existen procedimientos de audiencia pública: ciudadanos y grupos pluralistas pueden opinar acerca de proyectos de ley y revisiones de la Constitución. A nivel mundial debemos hablar de un conjunto de constituciones parciales. Aún no existe un derecho constitucional mundial completo y probablemente tampoco se debería tender hacia él. Solamente existen constituciones parciales como la Carta de las Naciones Unidas, el Convenio de Derecho Marítimo internacional o el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, proyectado en Roma y llevado a la práctica en La Haya.

Mi concepto ideal de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución es puesto en riesgo tanto en pequeña como en gran escala. A través de los procesos de concentración de poder, por un lado, y por los lamentables procesos de economización, por el otro. Sin embargo, también podemos hallar aspectos positivos: organizaciones no gubernamentales participan de los procesos de información mundiales, como, por ejemplo, en el derecho de protección al medio ambiente o en los derechos humanos.

Pregunta 6:

Hacia fines de la década de los 70 usted presentó un nuevo paradigma: la Constitución como proceso público. Estimo que su tesis, singularmente, es un desarrollo de su postulado de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución. Lamentablemente, todavía, su contribución sobre la Constitución como proceso público no ha sido traducida al castellano: ¿podría usted trazar los rasgos básicos de su construcción teórica sobre la Constitución como proceso público?

Respuesta 6:

Mi paradigma de la Constitución como proceso público se basa en los aportes científicos de Rudolf Smend (*Zum Problem des Öffentlichen*, 1955) así como también de la obra de J. Habermas, *Zum Strukturwandel der Öffentlichkeit*, que data de fines de la década de los 60. En un principio

otorgué especial importancia a la vinculación con la corriente tradicional de la Antigüedad, especialmente de Cicerón: *salus publica, res publica, res populi*. En textos constitucionales más contemporáneos, lo público se refleja en las normas constitucionales de la tradición francesa y española, que hablan de la libertad pública. Me gusta distinguir entre la así llamada tríada republicana: el ámbito privado personal protegido por el derecho fundamental, como el matrimonio, la familia, la protección de los datos personales y la protección de la palabra personal, también en el derecho penal. Protección de los sistemas tecnológicos de información (como, por ejemplo, el examen *on-line*). Protección de la autodeterminación informativa.

El segundo ámbito es el público-social. Con esto me refiero al estatus público de los partidos políticos y de los diputados en el Parlamento, de las actividades públicas de corporaciones como los gremios, por ejemplo, los sindicatos (derecho de huelga), hasta el así llamado derecho público de las iglesias, que fue desarrollado por Rudolf Smend en la década de los 50.

El tercer ámbito es el público-estatal, es decir, el carácter público del Parlamento, el carácter público del Tribunal de Cuentas y las audiencias públicas ante un Tribunal Constitucional.

La idea de proceso me resulta de importancia a causa del principio democrático. La democracia vive gracias a los procesos, que en definitiva deberían conducir a compromisos. Como la Constitución en tanto marco normativo realiza solamente, en parte, presupuestos de carácter sustantivo, lo demás deberá desarrollarse a lo largo del tiempo mediante la estructuración justa de una gran diversidad de procesos. Un ejemplo es mi reflexión: *salus publica ex processu* (1970). Los procesos precisan, por supuesto, de una protección gradual de las minorías. Piénsese por ejemplo en los derechos constitucionales de la oposición en el Parlamento. El carácter público de la Constitución es un aspecto de mi idea acerca de la Constitución como proceso público. Este carácter público por supuesto no es ilimitado, ya que existen valores materiales fundamentales que no son negociables y que preexisten a la Constitución como proceso público: aquí pienso sobre todo en la dignidad humana como premisa cultural y antropológica del Estado constitucional, dignidad humana en el sentido de I. Kant. La idea de proceso además es especialmente co-

nocida en el derecho angloamericano (*fair, due process*). Es más, esta idea ya existía en el derecho romano (*audiatur et altera pars*). Piénsese también en el proceso de prueba y error en Popper. Hasta podría agregar como ejemplo un texto clásico de F. A. Hayek: el mercado como proceso de descubrimiento. Esto último a pesar de que el mercado, en mi opinión, solamente posee un significado instrumental y que no comparto, especialmente hoy en día, la ideología liberal de mercado.

Pregunta 7:

La dogmática constitucional del siglo XXI en América Latina ha recibido un muy importante estímulo con la publicación de su obra *El Estado constitucional*, primero en México⁴ y ahora en la Argentina.

Usted plantea y desarrolla la existencia de un nuevo tipo de Estado, el Estado constitucional. Éste admite tanto el sistema de gobierno presidencialista como parlamentarista.

En Europa, el modelo presidencialista es desconocido en la práctica. No sucede lo mismo en América Latina, donde lo desconocido es la práctica del parlamentarismo. El parlamentarismo, rudimentariamente, exige cooperación de los partidos políticos; en cambio, el presidencialismo, la confrontación.

Desde hace 15 años, nuestro amigo Eugenio Raúl Zaffaroni ha insistido repetidamente que en América Latina la inexistencia de golpes de Estado no significa la debilidad de los gobiernos; precisamente, los gobiernos constitucionales en América Latina caen, por su propio peso, por su raíz presidencialista, que impediría la participación de todas las fuerzas en el escenario político.

Zaffaroni propone la reforma constitucional en América Latina, especialmente en la Argentina, y la adopción de los sistemas parlamentarios.

Nuestro amigo en común, Diego Valadés, por su parte, desde México, en una obra reciente propone examinar la “parlamentarización del presidencialismo”.

⁴ Ver, por todos, HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. Traducción al español realizada por Héctor Fix Fierro y el estudio introductorio por Diego Valadés.

Acertadamente, Otto Bachoff advirtió que no existen patentes de invención que aseguren el funcionamiento de un determinado sistema de gobierno; creo, por mi parte, que es inmediatamente necesario el cambio constitucional en la Argentina y la salida urgente y ordenada del hiperpresidencialismo. Sin ingresar en el debate doctrinario parlamentarismo-presidencialismo, siendo usted un teórico del derecho constitucional y de su cambio formalizado: ¿cuáles son las luces y cuáles son las sombras del funcionamiento durante 60 años del parlamentarismo en Alemania?

Respuesta 7:

Conozco la discusión latinoamericana con respecto a los conceptos planteados por el gran juez Zaffaroni y el autor mexicano Valadés. También sé que en América Latina se discute mucho en torno a las ideas de presidencialismo y parlamentarismo. Creo que es probable que los países jóvenes que atraviesan situaciones difíciles, en especial aquellos países llamados emergentes como Brasil, precisen de un presidente con poderes limitados, pero importantes. Decisiva es justamente aquí la circunscripción del mandato a 4 o 5 años y la limitación de la reelección a dos períodos de gestión consecutiva. Un contraejemplo catastrófico: Venezuela bajo el gobierno de Chávez hoy.

Los sistemas presidenciales en países jóvenes precisan una contraparte por fuertes tribunales constitucionales, como podemos observar con alegría actualmente en Brasil gracias a la Corte Suprema bajo G. Mendes. Los sistemas parlamentarios tienen la gran ventaja de ser un reflejo pluralista de la sociedad abierta. En esto sin embargo podemos hallar un debilitamiento de los procesos de decisión.

Permítame una comparación con Francia. Usted sabe que De Gaulle adecuó la Constitución de la Quinta República de 1958 a sus propios intereses y que en el fondo despreciaba el sistema parlamentario de partidos. Hoy tenemos en Francia, la patria de los derechos humanos, tendencias hacia una república monárquica (presidente Sarkozy-Bruni). España puede llamarse una monarquía republicana. Aquí como allá existe un Parlamento, aunque con diferente vitalidad y fuerza.

La teoría y la práctica del parlamentarismo en nuestra –desde hace 60 años– exitosa democracia de acuerdo con la Ley Fundamental presenta más luces que sombras. Nombraré algunas sombras: la democracia par-

tidaria domina en parte al Parlamento y los diputados en el Parlamento en demasiado pocas ocasiones pueden hacerse oír de manera espontánea e independiente. Esto es expresión de la oligarquía de los partidos políticos ya existente en tiempos de la República de Weimar. Sin embargo aún hoy en día tienen lugar importantes decisiones parlamentarias. Por lo general gracias a oradores individuales. Inolvidables son algunos discursos del importante jurista de la SPD, Adolf Arndt, así como también los discursos del diputado Ernst Benda, recientemente fallecido, con relación a la imprescriptibilidad y a los crímenes capitales.

El parlamentarismo de nuestra Constitución intenta siempre nuevas reformas parlamentarias con el objetivo de reanimar la discusión (por ej. las actuales horas de planteo de preguntas). El parlamento alemán es considerado un activo parlamento de trabajo, es decir, el trabajo principal es realizado en las comisiones. Actualmente se discute la instalación de una televisión propia del Parlamento. El presidente alemán se ve acotado a tareas representativas de acuerdo con la propia Constitución. Sólo en casos excepcionales puede disolver el Parlamento. Esto es una antítesis con respecto a la República de Weimar. Cabe agregar que desde K. Adenauer se habla de una “democracia del canciller”. No oculto que estoy en contra de la opinión generalizada de que las mociones de desconfianza presentadas por los cancilleres H. Kohl y G. Schröder, que luego tuvieron éxito, sean formas de abusar de la Constitución. Lamentablemente el Tribunal Constitucional Federal no se opuso a este abuso de las formas. En realidad ambos cancilleres tenían la confianza de la mayoría de sus respectivos partidos políticos, pero pretendían “por la fuerza” un nuevo mandato del pueblo alemán.

Pregunta 8:

Una de las discusiones en derecho constitucional podría ser presentada de este modo: un grupo de teóricos asume y respalda la idea de que la Constitución expresa un orden de valores dispuesto por el poder constituyente en el momento fundacional; otro grupo, por su parte, sostiene que la Constitución lejos de expresar un orden de valores, constituye uno básico que es asegurar que gobernarán quienes obtengan la mayoría de acuerdo al proceso fijado por la propia Constitución.

De manera esquemática, el primer grupo de opinión puede ser caracterizado como “valorativistas” y el segundo de “formalistas”.

Consecuentemente, entre formalistas y no formalistas: ¿qué grano de verdad atribuye usted a uno y a otro grupo, especialmente teniendo en cuenta su tesis sobre texto y contexto constitucional?

Respuesta 8:

Desde mi punto de vista, la Constitución expresa una pluralidad de valores fundamentales: comenzando con la dignidad humana, pasando por los derechos fundamentales individuales hasta llegar a la democracia como consecuencia organizacional de los derechos humanos. A esto se suma la genial idea de Montesquieu con relación a la división de los poderes. Entendemos ésta horizontalmente en el sentido de los tres poderes. Pero también la entendemos verticalmente en las formas del federalismo, de las corporaciones territoriales autónomas en España y de la autogestión comunal. A esto se suman funciones del Estado: del Estado social, pasando por el Estado cultural hasta llegar al Estado ecológico. La Constitución es en distinto grado un ordenamiento marco. Algunos principios son inmodificables, otros pueden ser modificados con la mayoría de dos tercios. Mi tesis de los niveles textuales involucra también siempre a los contextos. Con esto me refiero al hecho de explicar a través de aportes reflexivos, lo cual tiene sus límites. El paradigma de los niveles textuales significa que muchas veces sucede que un constitucionalista concreta con posterioridad en un texto lo que ya fue fijado por sentencias judiciales o ya ha sido puesto en práctica por la realidad constitucional.

Pregunta 9:

La jurisdicción constitucional, esto es, la invención de que la Constitución establece un ordenamiento jerárquico en cuya cima, precisamente, está la Constitución y consecuentemente, pueden inaplicarse todas las leyes que se le opongan, cumplió 200 años.

El célebre fallo “Marbury vs. Madison” en 1803 inauguró la jurisdicción constitucional.

En 2009 se cumplen 60 años de una de las jurisdicciones constitucionales más desarrolladas del mundo, la alemana, y, concretamente, dentro de 2 años se cumplirán 80 años de una de las polémicas más

famosas del derecho: “Hans Kelsen vs. Carl Schmitt”: ¿quién debe ser el guardián de la Constitución?

Usted ha anotado, con objetividad y rigor, que los aniversarios son útiles para recrear y repensar las bases emocionales de consenso comunitario.

Desde dicha perspectiva y sin pasar por alto las objetivas diferencias que existen en el ámbito de la jurisdicción constitucional –entre jurisdicción que adopta el modelo difuso y jurisdicción que adopta el modelo concentrado–: ¿cuál es el inventario de la jurisdicción constitucional en nuestro tiempo? Dicho de otro modo: ¿qué avances se aprecian en el control de la ley inconstitucional y qué desafíos o retos quedan por delante en el siglo XXI?

Respuesta 9:

Todo Estado constitucional debería poder decidir si elige una jurisdicción constitucional difusa o una jurisdicción constitucional concentrada. El grado de efectividad del modelo difuso es demostrado en el caso “Marbury vs. Madison” (1803) en Estados Unidos. El grado de efectividad para una jurisdicción constitucional autónoma es demostrado por la Corte en Roma (1947), la Constitución alemana (1949), el Tribunal Constitucional Federal comenzó en 1951, y muy especialmente el Tribunal Constitucional en Lisboa y en España. En nuestros días, los instrumentos de la jurisdicción constitucional se han perfeccionado enormemente. Con relación a esto solamente algunas ideas clave: la contemplación de las consecuencias de un fallo de un juez, la exigencia de la comparación constitucional como quinto método de interpretación, lo cual fue propuesto por mí en 1989, adoptado por el Tribunal Estatal en Lichtenstein en la década de los 90, que hacen referencia a mi persona, y llevado a la práctica por muchos Tribunales Constitucionales europeos. Lamentablemente en este punto la Corte Suprema de los Estados Unidos, a la que tenemos tanto que agradecer, se encuentra especialmente rezagada. Solamente la jueza Ginsburg expresó hace poco en una entrevista para un periódico americano, que en la Corte Suprema americana debería realizarse más derecho comparado y que los Tribunales Constitucionales nacionales deberían preocuparse más por comprenderse como instrumentos en un sistema mundial. Tengamos en cuenta que el Tribunal Europeo de Primera Instancia en Luxemburgo ahora también formula

peticiones jurídicas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El concepto alemán de Estado de derecho y la *rule of law* de los países anglosajones se encuentran, juntamente con la defensa universal de los derechos humanos, en la vanguardia. Finalmente, a los instrumentos de la jurisdicción constitucional también pertenece la posibilidad de votos judiciales extraordinarios, creada en los Estados Unidos, implementada también en el Tribunal Constitucional Federal (aún no en Italia) y llevado al plano constitucional en la Constitución de España. Existen ejemplos para demostrar que el voto extraordinario de hoy se constituirá en un voto extraordinario de mañana, gracias a la dimensión pública en la dimensión temporal. En mi opinión, esto constituye una prueba para la existencia de la "Constitución como proceso público".

Pregunta 10:

En Latinoamérica, los mecanismos democráticos (sufragio) y la división de poderes se ven muchas veces afectados por intereses particulares o sectoriales. Está surgiendo un importante activismo judicial, como reacción que llega, incluso, a normar explícitamente antes las falencias de los otros poderes. ¿Considera usted que esto promueve la consolidación institucional o es un retrotramiento del sistema republicano?

Respuesta 10:

Gracias a las invitaciones a México, Brasil y ahora felizmente a la Argentina, es de mi conocimiento que la división de poderes en América Latina muchas veces se encuentra amenazada por intereses políticos reales. Como observador participante estoy contento de que los tribunales constitucionales practiquen el *judicial activism* y que obliguen a los demás poderes a actuar. Desde un punto de vista comparativo podemos aprender que en los Estados constitucionales existe una interacción entre *judicial activism* y *judicial restraint*. Esto lo encontramos en la historia de la Suprema Corte americana. También el Tribunal Constitucional Federal alemán atraviesa distintos momentos con diferentes grados de actividad. Probablemente sea únicamente el espíritu del mundo el que pueda reconocer cuándo resulta conveniente la actividad y cuándo la pasividad. Lo que es seguro es que el Tribunal Constitucional húngaro había sido bien asesorado tras la caída del muro en 1989/1990 y se animó a una

postura muy activista, ya que los demás poderes aún no podían trabajar conforme a la Constitución. Según mi conocimiento, el Tribunal Constitucional de Budapest hoy en día actúa de manera más moderada. Esto merece la aprobación, ya que el Estado constitucional húngaro se encuentra bien establecido. Se hablaba entonces de una Constitución invisible inventada o hasta puesta en práctica por el Tribunal Constitucional. En mi opinión, para Argentina vale lo siguiente: el activismo jurídico de su Corte Suprema reside actualmente en la consolidación del orden institucional. El sistema republicano no se ve debilitado por una actividad jurídica temporal, sino fortalecido. Más específicamente, en una etapa de transición o de madurez los demás órganos estatales deben y pueden aprender de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina.

Pregunta 11:

¿Qué propuestas podría formular en torno a la concretización de su idea de la sociedad abierta de intérpretes constitucionales en democracias “jóvenes” como la Argentina?

Respuesta 11:

El paradigma de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales debería constituirse en objeto de la pedagogía. En otras palabras: los derechos humanos ya deberían ser aprendidos en la escuela como objetivos de la educación, como ya fue propuesto tempranamente por las Constituciones de Perú y Guatemala. En la Argentina se debería incentivar a la juventud tempranamente a participar de los procesos de creación e interpretación del derecho a través de peticiones y discusiones. Es posible que esto aún sea una utopía. Al menos las universidades deberían ser exigidas en este sentido. En 1974, en una conferencia en Berlín, me animé a formular la siguiente hipótesis: de las escuelas depende la teoría constitucional que podamos desarrollar en el futuro.

Pregunta 12:

Alemania y la Argentina han tenido relaciones desde el siglo XIX.

Sin embargo, las relaciones académicas son de más reciente data y, quizás, consecuencia de la globalización y la nueva sociedad de la información.

A lo largo de su vida, usted siempre ha desistido tanto del ejercicio profesional de la abogacía como de ocupar cargos públicos electivos. Dicho prontamente, usted ha dedicado su vida a la academia, ha privilegiado la unidad en la investigación y asegurado la imparcialidad y el rigor científicos.

Naturalmente, a lo largo de su vida ha obtenido méritos académicos de diferente naturaleza y en distintos lugares y momentos.

Los profesores Atilio A. Alterini y Eugenio Raúl Zaffaroni son, seguramente, dos de los más distinguidos juristas de Iberoamérica.

Ellos, desde la Universidad de Buenos Aires, Alterini como decano y Zaffaroni como director del Departamento de Derecho Penal, han impulsado y liderado, junto a un grupo nutrido de profesores que integramos, el otorgamiento del Doctorado *Honoris causa*.

¿Cuál es la representación singular que este Doctorado significa en su valiosísima trayectoria de estudio e investigación científica?

¿Cree usted que es posible profundizar las relaciones académicas entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y el mundo académico alemán? En caso afirmativo: ¿qué itinerarios sugiere para el desarrollo de las relaciones institucionales académicas?

Respuesta 12:

- Programas de intercambio, tanto de estudiantes como de doctores y docentes. Decisivo es el acompañamiento por un profesor individual del Tribunal Constitucional.
- ¡Las personas logran mejores instituciones!
- A través de convenios de cooperación.
- La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires debería vincularse con alguna de las mejores Facultades alemanas.

Pregunta 13:

Al comenzar esta entrevista, se hace mención a distintas experiencias constitucionales: la estadounidense, la alemana y la argentina. Los tres Estados tienen una nota en común: la orientación jurídica del Estado es la federal.

El cambio constitucional formalizado, la reforma constitucional, ha observado a lo largo del tiempo diferentes itinerarios: en los EE. UU. la Constitución ha sido reformada en menos de 18 oportunidades en más de 200 años; la Argentina reformó la Constitución federal en 5 oportunidades en 156 años y, significativamente, Alemania la ha modificado en muchísimas más oportunidades que los cambios constitucionales en la Argentina y EE. UU. sumados.

Si se compara la experiencia alemana con la estadounidense, la flexibilidad constitucional alemana no ha sido superior a la rigidez constitucional estadounidense, si lo que se pretende comparar es la estabilidad de los sistemas constitucionales. Tanto los alemanes desde 1949, como los estadounidenses desde 1789, estrictamente, en lo relacionado con la estabilidad apuntada, con medios e instrumentos distintos lo van logrando.

Pareciera, pues, para un observador externo del sistema jurídico alemán que los alemanes adaptan su Constitución todas las veces que sea necesario y los estadounidenses sin llegar a la reforma igual viven dentro del perímetro constitucional.

Consecuentemente, no hay una única fórmula vinculada a la reforma constitucional.

No obstante, el derecho constitucional implica un diálogo intergeneracional: las generaciones venideras se verán beneficiadas y perjudicadas, tanto por lo satisfactorio que se establezca como por las asignaturas pendientes o los errores en la configuración constitucional.

Asimismo, hoy se asiste a la fantástica irrupción del derecho comunitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

¿Cuál piensa que será el escenario en el mundo del siglo XXI: “la internacionalización del derecho constitucional” o la “constitucionalización del derecho internacional”?

Respuesta 13:

Ambas cuestiones son correctas: por una parte, una apertura del derecho constitucional nacional hacia el derecho internacional. Mi expresión clave “Estado constitucional cooperativo” (1978) o la expresión del ya fallecido colega K. Vogel de “estatalidad abierta”. En Europa hablamos de la europeización de las normativas jurídicas nacionales y de los tri-

bunales constitucionales. Al mismo tiempo podemos hablar de manera limitada y sólo puntualmente de una constitucionalización del derecho internacional. Para ello se debería clarificar el concepto de Constitución. En este caso sólo se puede tratar de Constituciones parciales. Un postulado clásico sigue siendo la paz perpetua de Kant (1795) y su concepto del propósito cosmopolita. Yo mismo defino el derecho internacional público como derecho de la humanidad universal. El Derecho Internacional Público es hoy en día la disciplina parcial más interesante de las ciencias jurídicas. Yo mismo estoy muy viejo como para impulsar este proceso. La próxima generación tiene este desafío. Precisamos de una nueva Escuela de Salamanca, que por ejemplo, como ya fue esbozado, defienda el principio de Estado constitucional en el derecho internacional público y que cree garantías para el respeto de los derechos humanos universales. En América Latina esto es especialmente válido para la población aborígen oprimida. Me alegra que, al menos a nivel de textos constitucionales, muchas Constituciones latinoamericanas tengan en cuenta a los pueblos aborígenes. La realidad constitucional presenta grandes déficits en este sentido. Felicito al amigo Raúl G. Ferreyra por ocuparse desinteresadamente de los derechos vulnerados y de las condiciones de vida de los pueblos indígenas en el norte argentino,⁵ y espero que la Corte Suprema de Justicia de la Nación encuentre aquí un camino que al mismo tiempo signifique un aporte a mi idea acerca de un derecho constitucional común para toda América Latina.

Pregunta 14:

Usted en casi toda su obra hace constante agradecimiento y reconocimiento a su Maestro, Konrad Hesse, constitucionalista y juez del Tribunal Constitucional alemán.

¿Cuáles son las afirmaciones básicas en cuanto al método de la investigación científica que usted recuerda de su Maestro?

¿Cuáles son las proposiciones capitales, en cuanto al objeto de estudio, el derecho constitucional, que lo han influido más marcadamente?

⁵ Ver por todos: Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re*: "Salas, Dino y otros c/Provincia de Salta y Estado Nacional", resoluciones del 19 de diciembre de 2008 y del 26 de marzo de 2009.

¿Sigue pensando que los Maestros aprenden de sus discípulos? En caso afirmativo: ¿qué aconsejaría a quienes hoy comienzan su estudio del derecho constitucional?

Respuesta 14:

Agradezco esta pregunta final acerca de mi maestro K. Hesse, que también abarca cuestiones de índole más personal. Su *opus magnum* son los *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (1ª ed., 1967, dedicada a R. Smend; 20ª ed., 1995). Se trata de un clásico joven, convincente en la estructuración de su objeto de estudio y en el análisis sistemático del tema, ¡menos adecuado para los estudiantes de los primeros semestres que para los doctorandos y los colegas!

Aportes originales de este libro, que no presenta un abordaje comparativo, sino que se dedica exclusivamente al derecho fundamental, son:

- la fuerza normativa de la Constitución, Lección inaugural 1956, antítesis a la idea de la fuerza normativa de lo fáctico de G. Jellinek;
- el principio de la concordancia práctica, es decir, el equilibrio cuidadoso a través de la valoración de los bienes jurídicos de principios en conflicto, como los derechos fundamentales, por un lado, y las situaciones de estatus especial, como en el caso de los funcionarios de carrera y el ejército, por el otro lado;
- su principio de “concretización” en el proceso de interpretación de las normas constitucionales, por ejemplo, a través del legislador (mi tesis acerca de la necesidad de estructuración de todos los derechos fundamentales) y jurisprudencia constitucional.

Adopté muchas de estas ideas como fundamento de mis reflexiones. Además, según el prólogo de Hesse, pertenezco al grupo de asistentes que acompañó el largo proceso de formulación de estas ideas. Mi intento en el año 1965, de entusiasmarlo por el tema de la cultura, lamentablemente fracasó.

En efecto, creo en el contrato científico generacional entre maestros y estudiantes. Ya en la Antigüedad (Sócrates, Platón, Aristóteles), o en las escuelas monacales, y también en los obradores de las grandes catedrales, existían vínculos entre maestros y alumnos. En principio estos

vínculos versarán en torno a la adquisición de herramientas jurídicas básicas, más adelante podrán adquirir mayor complejidad conceptual.

Mis consejos para estudiantes del primer semestre: en primer lugar una opinión personal, buscarse tempranamente un maestro. Y en paralelo comenzar inmediatamente con la lectura de los clásicos, es decir, desde textos de Montesquieu, Rousseau y Kant hasta J. Rawls y H. Jonas.

Luego, paralelamente al estudio del derecho constitucional de su país, profundizar en el estudio de otro derecho constitucional nacional, según la influencia de personas de su conocimiento.

Manifestación final del profesor P. Häberle:

Permítanme ustedes, don Raúl Gustavo y don Sebastián, abordar un tema personal para finalizar este impactante conjunto de preguntas. Creo en el futuro del Estado constitucional en toda América Latina. Existirán retrocesos, como en el caso de Venezuela hoy, algunas veces las posibilidades podrán superar a las utopías concretas, como sucede actualmente en algunos textos constitucionales de Colombia, pero en la realidad constitucional se encuentran cada vez más salidas positivas. Stefan Zweig hablaba ya hace décadas de Brasil como el “país del futuro”. Después de mi segunda visita a vuestro país puedo suponer que hoy la Argentina también es un país del futuro. Esto por varias razones: la Argentina posee excelentes textos constitucionales, los cuales presentan muchas posibilidades en términos de la interpretación de los mismos, esto en el sentido de mi pensamiento de las posibilidades. La Argentina cuenta con una Corte Suprema con un gran maestro como el juez Zaffaroni, quien gracias al *judicial activism* puede salvar algunos déficits del sistema. Además existe en la Argentina una comunidad científica nacional activa e innovadora en lo que respecta al tema del Estado constitucional. He leído varios libros y he tenido varias conversaciones que me vuelven optimista en este sentido. La nueva generación da lugar a grandes expectativas. Pude vivenciar esto ayer en el seminario de vuestro “Círculo Doxa de la Ciudad de Buenos Aires”,⁶ al que yo llamo “círculo sagrado”. Los jóvenes doctorandos, también algunos estudiantes, formulaban preguntas muy específicas que demostraban cuán informados estaban con

⁶ Ver por todos: [en línea] <www.circulodoxa.org>.

respecto al tema del Estado constitucional y más allá del caso de su propio país: desde preguntas acerca de la Unión Europea, hasta la pregunta delicada, pero crucial, acerca de la incorporación de Turquía en la UE o cuestiones referidas al proceso de integración europeo (palabra clave: el tratado de Lisboa) o haciendo alusión a procesos culturales de rechazo, que deben haber tenido lugar en el transcurso de la rápida, y a nivel político necesaria, reunificación alemana. En tanto existan estos seminarios en el sentido del W. v. Humboldt, de unidad entre investigación y docencia, en tanto exista una comunidad de educadores y educandos, no temo por la Argentina. Los excesos del presidencialismo pueden ser limitados justamente por las universidades y los jóvenes abogados constitucionalistas. Agradezco la hospitalidad, la recepción amable de mis ideas y las ricas enseñanzas. Asimismo deseo que la Argentina continúe ejerciendo un rol preponderante en el largo proceso de conformación de su Estado constitucional y que realice aportes creativos para la conformación de un derecho constitucional común para toda América Latina, como ya lo he expresado en una jornada realizada en México D. F. hace aproximadamente 8 años.

Muchas gracias.