

Christian Waldhoff*

¿Qué se debe incluir en la Constitución? Sobre los beneficios y las desventajas de las disposiciones constitucionales vinculantes

¿Qué se debe incluir en la Constitución?¹ es la pregunta que responde el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789: “Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. De esta forma, se designan los dos componentes principales de las constituciones modernas en la tradición occidental: los derechos fundamentales y el derecho relativo a la organización del Estado. Sin embargo, aquella disposición apodíctica y misionera no ofrece detalles. Para discutir la cuestión acerca de cuáles disposiciones deben integrar una constitución y cuáles no, la doctrina jurídico-constitucional introdujo el concepto de reserva constitucional: ¿qué tiene que ser regulado por la constitución? ¿Qué debería ser determinado por esta? ¿Qué aspectos no deben ser normados por la constitución? ¿Qué aspectos no deberían tener cabida en ella? En esencia, la reserva en materia constitucional constituye un problema de carácter normativo: ¿qué se debe incluir en la constitución y qué asuntos se deben determinar por la vía de la legislación común o permanecen en su área de competencia?

Las disposiciones que definen la creación de derecho, es decir, las reglas que regulan la creación de normas jurídicas, forman parte de los contenidos necesarios de todas las constituciones. En las constituciones federalistas se agregan además las disposiciones referidas a la división de competencias entre el Estado federal y los estados federados propias de un sistema federal. Hoy en día

* Profesor de Derecho Público de la Universidad Humboldt de Berlín.

¹ En la República Federal de Alemania, la Constitución de 1948/1949 se llama Ley Fundamental.

–político-fácticamente, no teórico-constitucionalmente–, se incluiría, asimismo, un catálogo de derechos fundamentales. Todo lo demás pertenece al ámbito de la política constitucional y no integra el derecho constitucional. No existen pautas jurídicas efectivas respecto de los contenidos de una constitución, y no las puede haber, sobre todo en el derecho internacional. Por ende, el recurso a las funciones de una constitución puede y debe servir como “parámetro” para responder la pregunta planteada: ¿qué objetivos y tareas deben ser cumplidos por la constitución, y cuál puede o debe ser su configuración para poder cumplirlos? Al respecto, se proponen tres reflexiones.

1. La creciente carga de contenidos en los textos constitucionales hace daño al proceso político. Los contenidos “elevados” a nivel constitucional son sustraídos al proceso legislativo común que opera con mayorías parlamentarias más simples, y se perpetuarán de alguna manera debido a las dificultades de modificarlos. Tanto en la República de Weimar como en los primeros años de la República Federal de Alemania, la creciente carga material de las constituciones fue rebatida sobre la base del argumento liberal estatista según el cual la Constitución no debía ser rebajada al nivel de un programa partidario; que no era un listado de deseos políticos y que, por el contrario, operaba como delimitación entre la esfera social de libertades y la esfera del Estado, con lo que el área de las relaciones sociales quedaba sujeta a las políticas públicas.

Ernst Forsthoff introdujo esta argumentación en Alemania Federal. Describía y criticaba el proceso de elevación de la jerarquía normativa, cuyo objetivo consistía en sustraer el objeto regulado del proceso político en general mediante “normas arraigadas” con valor constitucional. En lo referido a la República de Weimar, se trataba de un argumento bastante comprensible. Con el reconocimiento del principio de la primacía de la Constitución sobre el resto del derecho, como consecuencia de la nueva base de legitimidad del poder estatal que resultaba del principio de la soberanía del pueblo –proceso que tuvo lugar en esta época paulatinamente–, las numerosas “normas de promesa” con valor constitucional parecían, cada vez más, fuera de lugar. Si bien se logró que los excesos más notorios del catálogo de derechos y obligaciones fundamentales y de las disposiciones referidas a los fines de Estado, que Friedrich Naumann había propuesto, no fueran introducidos en la Constitución Imperial de la República de Weimar, esta incluía una cantidad notoriamente superior de orientaciones y determinaciones de objetivos que lo consignado después en la Ley Fundamental y otros textos constitucionales. Esto fue el resultado, entre otras razones, de la sumatoria de concepciones constitucionales divergentes no resueltas. A partir de la incorporación de la casi totalidad de las reivindicaciones, la segunda parte principal de la Constitución

Imperial de Weimar² se convirtió, no solo en un conglomerado de derechos y obligaciones fundamentales, sino también de enunciados programáticos, pedidos de legislación, garantías institucionales y hasta normas de carácter meramente simbólico.

Sin embargo, en la actualidad, esta crítica estatista tradicional de la sobrecarga material de las constituciones ya no refleja el aspecto central del tema. La necesaria congruencia con la estructura legitimadora de la constitución solo se podrá generar a partir del principio constitucional democrático. De esta manera, el argumento contrario a la creciente incorporación de contenidos pierde su carácter estatista para apoyarse en la teoría democrática. La comprensión de esta dimensión del problema recién es posible cuando se conceptualiza el derecho como la política en formato jurídico y, por consiguiente, se reconoce la ineludible libertad de los contenidos del derecho en el contexto de la vigencia del marco jurídico-constitucional. Según Oliver Lepsius, la jurisprudencia de orientación democrática se muestra “escéptica frente a las determinaciones materiales, cuando estas incluyen pretensiones de validez objetiva o dificultan su modificación. En otras palabras: las decisiones materiales pertenecen al ámbito de las leyes, no de las constituciones”. Justamente, una constitución no es un ejemplo para la codificación de una determinada área legal. La primacía de la constitución sobre el derecho ordinario no implica necesariamente la pretensión de anticipar los contenidos de la actuación del Estado en su totalidad.

El abandono de la energía nuclear en Alemania, después de los acontecimientos de Fukushima, constituye un ejemplo de una petición de elevar una decisión política importante a un nivel normativo superior. Se pretendía que el carácter “definitivo” del abandono quedara expresado y asegurado a través de su introducción a la Constitución alemana. Una enmienda constitucional de estas características hubiera sido un error fatal. Debido a la acumulación de contenidos en el texto constitucional, el proceso político sufriría crecientes limitaciones jurídicas, se dificultaría la búsqueda de consensos parlamentarios y se paralizaría la dinámica política. El argumento para contrarrestar la exagerada carga material de la constitución ya no es el reproche al “lirismo constitucional”, sino el cambio del funcionamiento democrático del Estado constitucional. El concepto de Ernst-Wolfgang Böckenförde que contrarresta el argumento anterior parte de la constitución como reglamento marco del proceso político e implica, al mismo tiempo, el

² Esta segunda parte de la Constitución Imperial de Weimar, con el título “Derechos y deberes fundamentales de los alemanes”, es un conjunto de normas, derechos y obligaciones fundamentales sin concepto ni metodología claros. La parte sobre derechos fundamentales en la Ley Fundamental del 1948-1949 es mucho más corta y no contiene enunciados programáticos, etc.

carácter necesariamente fragmentario de las constituciones. La validez de este concepto se extiende, más allá de la jurisprudencia constitucional, al proceso político. A la fundamentalidad de la constitución orientada a la política le corresponde el carácter fragmentario, con su conservación a conciencia de los márgenes de decisión. A diferencia de las opiniones tradicionales sobre las codificaciones, una constitución, por principio, carece de sistema y no tiene lagunas. Por esta razón, la doctrina del derecho público ha reclamado una “densidad y determinación media” del texto constitucional, y lo ha hecho al ser consciente de que resulta imposible establecer en todo momento una separación nítida entre el marco legal y los contenidos políticos, dado que se trata de preservar, y hasta de recuperar, ese carácter marco de la constitución. Por tanto, esta no define los objetivos políticos; por el contrario, habilita la política y cumple la función de salvaguardar el pluralismo.

2. La reserva constitucional y la primacía de la constitución, es decir, su carácter superior respecto del derecho ordinario, están relacionadas. Los repetidos reclamos por incluir fines y objetivos del Estado adicionales en la Ley Fundamental servirán para ejemplificar esta relación. Más allá de las disposiciones relativas a la estructura del Estado –república, Estado federal, democracia y Estado de derecho–, la primera versión de la Ley Fundamental incluía solamente el postulado del Estado social como definición de los fines de Estado, conjuntamente con el compromiso con la reunificación, la paz, Europa y la comunidad internacional. Más adelante se agregaron la protección medioambiental y el bienestar animal. Estos enunciados, que se enmarcan dentro del derecho constitucional objetivo, no generan ningún derecho subjetivo de los ciudadanos, aunque no dejan de tener efectos, porque a partir de su orden jurídico-constitucional superior respecto de la legislación inciden en la interpretación y aplicación del derecho ordinario. Sobre la base de su capacidad rectora modifican, asimismo, los derechos constitucionales subjetivos como, por ejemplo, los derechos fundamentales. En otras palabras, ante todo a partir de su primacía sobre el derecho ordinario inciden en la aplicación del derecho, por ejemplo, como aspecto para la ponderación de derechos. De esta manera, las determinaciones de objetivos de orden superior del Estado son investidas de una eficacia especial.

No obstante, se genera un problema: quien logra incorporar sus intereses en el texto de un nuevo fin del Estado constitucionalmente consagrado aumenta el peso de sus objetivos en relación con el proceso político en general. Si se “elevase” todo lo deseable al nivel constitucional, el efecto resultante de su primacía se desvanecería, o por lo menos se relativizaría. En consecuencia –y siguiendo la misma lógica–, se desencadenaría una carrera para definir quién sería el primero en poder introducir sus intereses

en la constitución. Y esto a pesar de la imposibilidad de diferenciar racionalmente los objetivos que deberían ser integrados a la carta de aquellos que no lo merecen. Es posible, desde la incorporación del principio del Estado social, en 1949, destacar la protección del medio ambiente, incluida en 1994, como otro fin preponderante del Estado. En cambio, resulta imposible establecer un orden racional que incluya al “Estado cultural”, el bienestar animal, el deporte, la “sustentabilidad” o la protección de las minorías, algo particularmente fuera de lugar ante la existencia de los derechos fundamentales que sirven para estos fines. No hace falta mucha fantasía para imaginarse que los actores políticos no tardarán en idear nuevas salvaguardias que merecerían una relevancia constitucional especial. Contra la tendencia ininterrumpida de introducir nuevas determinaciones de objetivos y fines de Estado podría objetarse que, de otorgar valor constitucional a todo, la idea constitucional podría verse afectada, pero el problema quedaría neutralizado, porque todo quedaría equiparado, aunque en un nivel superior. Sin embargo, no es así, porque se suspendería la naturaleza diferenciada del orden jurídico ordinario, es decir, de la legislación especializada, a favor de llamativas normas constitucionales. Asimismo, se asignarían funciones nuevas, a su vez problemáticas, a la jurisprudencia, más específicamente a la justicia constitucional y, en menor medida, a la jurisdicción especializada. La división del trabajo, tan importante, entre el derecho ordinario y el derecho constitucional, así como entre la jurisdicción ordinaria especializada y la justicia constitucional se lesionaría. Una vez más, las funciones de la constitución desaconsejan incrementar la carga material del texto constitucional.

3. Las constituciones no surgen en una oficina de proyectos, ni se diseñan en una mesa de dibujo para luego ponerlas en práctica. Casi siempre, estas son el producto de una situación histórico-política de envergadura existencial. Así fue en Alemania en 1918-19 (República de Weimar) y en 1948-49 (República Federal de Alemania). El profesor de derecho Bruce Ackerman, de la universidad de Yale, habla del *constitutional moment* necesario para la labor constituyente. La incorporación de determinados postulados materiales en el texto constitucional en uno de esos momentos resulta siempre de la voluntad de dejar sentadas determinadas decisiones básicas que representan el consenso constitucional. Esta es la razón por la cual en 1990 se incluyeron determinados contenidos en las nuevas constituciones de los estados federados del Este del país que no tenían cabida ni tendrían sentido en las constituciones de los estados del Oeste ni tampoco en la Ley Fundamental (Constitución federal de Alemania). Por tanto, agregar contenidos en el marco de un proceso constituyente es algo profundamente diferente a la introducción de contenidos durante la vida y vigencia prolongada de una constitución. En

este segundo caso, se trata de la contienda política diaria: ¿quién será capaz de sustraer un tema del enfrentamiento político de todos los días, al “elevanto” a la constitución? No se trata del entendimiento en torno a la cuestión de cómo un pueblo o una nación quiere convivir. Durante la creación de la Constitución en 1948-49, los consensos constitucionales se manifestaron en las fórmulas dilatorias destinadas a mantener abierta la opción de incorporar una disposición política material. En el caso de las enmiendas posteriores a la Constitución –por ejemplo, la integración de la posibilidad de y los límites a las escuchas en gran escala (*Großer Lauschangriff*) en el derecho fundamental de la inviolabilidad de la vivienda, en 1998– se logró una solución consensuada, que consistió en la incorporación a la Ley Fundamental de todos los detalles que deberían ser el objeto de la legislación de seguridad, lo que dio como resultado la desfiguración de aquel artículo constitucional.