

## 60 AÑOS DE LA LEY FUNDAMENTAL ALEMANA: UN MARCO PARA LA DEMOCRACIA LIBERAL Y LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

### 60 YEARS OF THE GERMAN FUNDAMENTAL LAW: A FRAMEWORK FOR LIBERAL DEMOCRACY AND SOCIAL MARKET ECONOMY

SOLEDAD ALVEAR VALENZUELA<sup>1</sup>

#### LA GRUNDGESETZ

El ordenamiento constitucional de un país es la llave maestra para su desarrollo político, económico y social de los países. Siguiendo a Kelsen en la *Teoría Pura del Derecho*, la Constitución es la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Pero, para que ello ocurra, la norma fundamental deber ser una norma “válida”<sup>2</sup>(1). De acuerdo a esta teoría, la Constitución es la norma superior y a ella deben ajustarse todas las otras normas, por lo cual, la relevancia de su validez es fundamental.

La República Federal de Alemania celebra 60 años de la promulgación de la *Grundgesetz*. Fue aprobada el 8 de mayo de 1949, exactamente 4 años después de la hora 0, el día de la firma de la capitulación en la Segunda Guerra Mundial. Uno de sus principales

promotores, el canciller Konrad Adenauer, dijo en la ocasión: “*es el primer día de alegría desde 1933*”. Alemania celebra 60 años de libertad, democracia y estado social.

En Alemania se habla de *Grundgesetz* (Ley Fundamental) y no de *Verfassung* (Constitución), ya que Alemania al momento de su promulgación era un país ocupado y como tal no tenía derecho a definir un cuerpo constitucional de manera autónoma.

La Constitución es obra del Consejo Parlamentario (*Parlamentarische Rat*), que inició su trabajo en Bonn el 1 de septiembre de 1948, recibiendo como base de su trabajo el “Documento de Frankfurt” preparado por los aliados occidentales y un borrador de la Convención Constitucional que había sesionado en Baviera, en el lago Herrenchiemsee.

El texto definitivo lleva la firma del Presidente y Vicepresidentes del Consejo Parlamentario: Konrad Adenauer, Adolf Schäfer y Hermann Schäfer, respectivamente.

La Ley Fundamental fue presentada como una “Ley Fundamental Provisoria”, que además de establecer las bases constitucionales de la nueva República, apela decididamente a la reunificación alemana. Entró en vigencia el 23 de mayo de 1949 y junto con ella nació la República Federal de Alemania.

#### SU VIGENCIA

Las 52 modificaciones que ha tenido en sus 60 años de vigencia no han sido consecuencia de alguna crisis constitucional. Debe tenerse presente que ha debido enfrentar complejos procesos, como las migraciones internas de la postguerra, los duros golpes que el terrorismo de la RAF (Fracción Ejército Rojo) oca-

<sup>1</sup> Licenciada en Ciencias Jurídicas Universidad de Chile, profesora de Derecho Civil de la misma universidad, ministra del Sernam (1991-1994), Justicia (1994-1999) y Relaciones Exteriores (2000-2004), (2006-2008), senadora por la 8ª Circunscripción RM Oriente (2006-2014).

<sup>2</sup> Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. págs. 138 y 139.

La Ley Fundamental alemana se ha demostrado como satisfactoria, toda vez que admite cambios sin modificar su esencia y es posible ampliar su vigencia a escenarios políticos y económicos de mayor complejidad.

Debe tenerse presente que la promulgación de la Ley Fundamental alemana se hace en un contexto de un país ocupado, severamente destruido, diezmado en su población y con cientos de miles de alemanes que aún se mantenían en prisión en Rusia.

sionó a la democracia alemana, o la formación de la Unión Europea. Quizás el más relevante de todos ha sido, hace casi 20 años, el de la Reunificación Alemana.

Existen muy pocas constituciones en el mundo que tengan una vigencia tan amplia como esta. Naturalmente, la excepción es la de Estados Unidos de Norteamérica, la que celebra 222 años de vigencia. El Reino Unido es otra excepción, pero muy diferente, por cuanto en ese país rige una cultura constitucional no escrita, no habiendo sido recopilada bajo un documento único. Se fundamenta en el derecho común o consuetudinario, el derecho estatutario y en un sinnúmero de convenciones.

Con especial orgullo, tanto su clase política como los medios de comunicación y ciudadanos en general se refieren a su Ley Fundamental como la mejor Constitución del mundo, y para ellos la mejor que ha tenido Alemania durante toda su existencia<sup>3</sup>. Lo anterior en virtud que esta Ley Fundamental sintetiza la aspiración histórica del pueblo alemán de unidad e identidad.

### SUS CONCEPTOS CLAVE

La definición que se hace del Estado es en cuanto a su capacidad de servir a los ciudadanos, guiados por el principio de la "dignidad de la persona humana" En su primer artículo señala textualmente: "*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und*

*zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*" (La dignidad del hombre es intocable, protegerla y observarla, es obligación de toda la acción del Estado). El segundo párrafo del mismo artículo 1° se refiere al estricto apego y respeto del Pueblo Alemán a los Derechos Humanos. Debe recordarse en este sentido que la discusión mundial relativa al tema había sido muy intensa en los años de postguerra. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas tiene fecha 10 de diciembre de 1948 y sus Artículos 1° y 2° tienen una estrecha correspondencia con el primer artículo constitucional alemán.

Otro aspecto destacado dice relación con la igualdad de género. El Artículo 3° de la Ley Fundamental señala que todos los hombres son iguales ante la ley, el segundo párrafo explicita: "*Hombres y Mujeres son iguales. El Estado debe promover la implementación de la igualdad de hombres y mujeres, debiendo actuar en la superación de las desventajas*". El tercer y último párrafo señala, "*Nadie puede ser discriminado o favorecido en consideración a su sexo, origen, raza, idioma, patria u origen, creencias o su posición política o religiosa. Nadie puede ser discriminado por sus limitaciones*". El Artículo 4° se ocupa del tema de libertad de culto y visiones de mundo.

De esta forma la Ley Fundamental hace suyo los principios y valores fundamentales de la cultura occidental, los que se proyectan no solo al funcionamiento del sistema democrático, sino que también, y muy especialmente, al orden social y económico.

En distintos pasajes del armado constitucional alemán se hace mención al equilibrio que deben tener los conceptos libertad y seguridad, por lo que hace la operación de un modelo de libertad económica debe tener asegurados constitucionalmente el respeto a la naturaleza y dignidad del trabajo.

Su visión de futuro es otro tema que la Ley Fundamental alemana supo bien precaver, toda vez que su último artículo, el 146°, establece que el texto rige para todo el pueblo alemán hasta completar la unidad y libertad alemana. Este aspecto me parece muy importante de subrayar, ello por cuanto la Ley Fundamental alemana fue asumida por los estados alema-

<sup>3</sup> La Primera Constitución alemana fue aprobada en 1849, discutida en la Primera Asamblea Nacional en la Paulskirche (Iglesia de San Pablo) el año anterior (1848). Esta constitución nunca entró en vigor, ya que la corona alemana, a cargo del rey Federico Guillermo IV no la aceptó. Es en virtud de lo anterior que la Primera Constitución alemana es aprobada en 1871, en el denominado II Reich. Posteriormente se aprueba una Segunda Constitución, la denominada Constitución de Weimar, que tuvo vigencia durante la denominada República de Weimar (1919-1933). Es una constitución que tuvo un fuerte acento en lo social y a partir de ella se instaura el concepto de "constitucionalismo social". Es profundamente democrática y de carácter presidencialista. Dividió a Alemania en solo 9 Regiones (hoy la federación es de 16 Länder o Estados).

nes de la fenecida República Democrática Alemana (DDR), una vez producida la unidad, no siendo necesaria para ella la promulgación de una nueva Carta Magna. Como se puede apreciar, la Constitución fue concebida desde un inicio en esa perspectiva, la formación de la gran nación alemana y no exclusivamente para la porción occidental de esta.

### EL CONTRASTE: LA LEY FUNDAMENTAL ALEMANA Y LA CONSTITUCIÓN CHILENA

No es objetivo de mi presentación hacer un análisis pormenorizado del articulado de la Ley Fundamental Alemana, interesa más de ella hacer algunas consideraciones comparativas respecto a dos aspectos específicos de la Ley Alemana y la Constitución Chilena que apuntan a la funcionalidad del entramado constitucional.

Los cambios constitucionales preceden o anteceden momentos complejos de todas las democracias. Tal es el caso específico de la Constitución alemana y chilena, eso sí con grandes diferencias.

La alemana pretendía establecer una sociedad democrática y libre después de uno de los episodios más dolorosos de su historia. En el caso chileno, el gobierno autoritario de la época, buscó establecer un modelo Constitución ajeno al sentir popular, definido en Comisiones Legislativas carentes de cualquier representación democrática. La denominada "Comisión Ortúzar" encargada de la redacción del proyecto constitucional, está lejos de haber sido una Comisión Constituyente. Sus miembros, carentes de representación alguna, prepararon un proyecto que fue entregado a la Junta Militar de Gobierno, la que posteriormente lo sometió a plebiscito. Un modelo que fortalece un régimen presidencialista y que escoge un modelo electoral que hace inviable su modificación.

Las constituciones intentan, por lo general, adoptar una posición político-institucional respecto a distintas alternativas. En la decisión que se adopta se cotejan aspectos relativos a un cierto idealismo u objetivos políticos, se revisan y se cotejan experiencias posi-

vas y negativas de la historia con el objetivo de establecer una plataforma de discusión sobre la que se establece el armado constitucional.

En el caso alemán, la experiencia de la democracia alemana establecida por la Constitución de Weimar en el período 1919-1933 y el nacionalsocialismo daban elementos sustantivos respecto a causa y consecuencia, es decir, cómo un modelo democrático puede ser vulnerado a los niveles de los que conocimos. En el caso chileno, el gobierno militar intentó definir un modelo corporativista, en el que la presencia del Estado quedaba fuertemente restringida<sup>4</sup>. El telón de fondo observado por los responsables de su redacción, toda vez que el Congreso Nacional había sido clausurado en 1973, era superar la crisis política ocurrida en el Gobierno del Presidente Salvador Allende, proyectando un modelo de organización política marcada por un fuerte presidencialismo.

Junto con el establecimiento de la plataforma aludida, las constituciones tiene por sobre todas las cosas una proyección a futuro, que va más allá de los límites del entramado legal que definen, centrándose en el tipo de sociedad que se desea establecer. Esta capacidad de las constituciones de establecer las "Estructuras del Futuro" (*Gestalt*) difiere de un cuerpo constitucional a otro. Así por ejemplo la Constitución alemana tiene la capacidad de permitir el establecimiento de modernizaciones legislativas propias del avance de la sociedad. No se trata de un cuerpo normativo insensible al progreso de la sociedad. Dispone de mecanismos que asimilan y aseguran renovación.

### LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

El gran mérito de la Constitución alemana, que en un maravilloso marco de cele-

<sup>4</sup> Chile ha tenido en su vida independiente 7 constituciones, sin considerar las Leyes Federales de 1826 de rango constitucional (1818, 1822, 1823, 1828, 1833, 1925 y 1980). Debe señalarse que la Constitución chilena, promulgada en 1980, tiene diversos elementos de semejanza a la Constitución de 1833 (Portaliana), que rigió la vida política chilena durante 92 años.

braciones cumplió 60 años de vigencia, es el haber dado espacio al desarrollo de un modelo de Economía Social de Mercado, que sin lugar a duda puede ser considerado, antes de esta gran crisis económica y más aún después de ella, como el gran aporte alemán a la sociedad democrática en la segunda mitad del siglo XX, el principal producto de exportación alemán.

Un ordenamiento económico donde lo social se escribe con mayúscula, toda vez que se hace cargo de lo definido en los dos primeros artículos de su texto. Un modelo que garantiza crecimiento y equidad, no como un eslogan de campaña presidencial, sino que más bien como una garantía constitucional. La adecuada comprensión de la sociedad alemana que el “mecanismo de mercado” opera sin consideraciones sociales y territoriales, le asigna al Estado la tarea de ser garante que su funcionamiento asegure a todos poder compartir los beneficios del desarrollo económico.

La Economía Social de Mercado busca una adecuada coordinación de esfuerzos entre las diferentes esferas de la vida ciudadana, en donde el Estado media entre el mercado y los grupos sociales. Es, en consecuencia, un concepto dialéctico en el que los objetivos sociales son tan importantes como los económicos. Es por esto que la Economía Social de Mercado se transforma en un modo de acción colectiva, que orienta su esfuerzo a la búsqueda de la libertad individual, al progreso de los pueblos y a la resolución de los problemas sociales que estos enfrentan.

En nuestro país, la Constitución de 1980 funda un modelo económico neoliberal, el que solo a través de la política fiscal, las leyes de presupuesto, leyes complementarias y opciones políticas del Ejecutivo puede entregarle contenidos sociales a un modelo que requiere de estabilizadores sociales, el nivel de desarrollo social que hemos alcanzado no tiene su fuente inspiradora en nuestro cuerpo constitucional. En él solo se enuncia el principio de subsidiaridad del Estado.

## LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA

Otro aspecto fundamental del ordenamiento constitucional y legal de un país es su

legitimación democrática. Relevante en este sentido es la delimitación entre el campo de la acción pública y la privada, así como también –para el caso de la Constitución alemana– los límites de la competencia de la Federación (Bund) y de los respectivos Estados (Länder). Interesante de citar es la responsabilidad del Estado alemán frente al Derecho de la Educación. El Art. 6° de la Ley Fundamental alemana establece la obligación de los padres de educar a sus hijos, en tanto que el Artículo 7° establece que todo el sistema educacional está bajo supervisión del Estado. Atendida la competencia legislativa de los Estados de la Federación (Ley Fundamental, Art. 30°, 70°), el silencio de la Ley Fundamental en lo relativo a la educación primaria y secundaria da un amplio espacio para la potestad legal de los distintos Estados.

Este aspecto tiene una directa relación con el tema de la legitimidad democrática. Existen entre los distintos Estados, Baviera y Brandemburgo por ejemplo, o Renania Palatinado (*Rheinland Pfalz*) y Sajonia (*Sachsen*) diferencias históricas y culturales importante de respetar y atributos culturales propios, importantes de preservar. Es por cierto en el campo de la educación donde se pueden operar dichos mecanismos. El ordenamiento constitucional alemán ha dejado también otros campos de acción a los Estados, lo que por cierto valida el ordenamiento a especificidades que tienen muchas veces una fuerte proyección histórica.

Y ya que de legitimidad hablamos, la Constitución Política del Estado de Chile fue plebiscitada en 1980, entrando en vigencia el 11 de marzo de 1981, en momentos que el Gobierno Militar aún no cumplía la mitad del período que gobernó Chile. Su aprobación fue plebiscitada, sin posibilidades objetivas de una discusión democrática, sin documentos alternativos, sin la existencia de registros electorales. Se aprobó en un clima de represión, estado de sitio (el que recién en 1987 fue levantado) y un estricto control de la libertad de prensa e información. En el hecho, se impuso una Constitución, no obstante los esfuerzos de la oposición, principalmente de nuestro gran ex presidente Eduardo Frei Montalva, para evitar su promulgación. Las fuerzas democráticas de entonces discutimos en los escasos intersticios

de libertad que existían la necesidad de legitimidad que todo cuerpo constitucional debe tener. Entonces no tuvimos éxito y la Constitución de 1980 fue impuesta.

Entre las concesiones de las fuerzas políticas y civiles en el acuerdo de la “transición chilena a la democracia”, fue aceptar este documento constitucional, para modificarlo una vez recuperado el régimen de convivencia democrática. No obstante ello, nuestra Constitución, pese a la modificaciones introducidas, está lejos de alcanzar la fluidez democrática de nuestra tradición histórica, en particular lo relativo al sistema electoral, los gobiernos regionales, el aseguramiento del respeto al medio ambiente y otras materias sometidas a orgánicas constitucionales que también requieren de quórum calificado para su modificación.

La Constitución Política chilena posee mecanismos de modificación muy complejos que hacen difícil su cambio, produciéndose progresivamente un alejamiento entre la evolución ocurrida en la sociedad nacional y su régimen constitucional; no obstante lo anterior, la Constitución de 1980 ha sido reformada 11 veces, y ha aumentado su articulado de 120 a 129.

Es cierto que es parte del juego de un estado democrático el “perfeccionamiento del estado de derecho”. En este sentido las modificaciones y complementaciones a la Ley Constitucional es parte de ello. Alemania, como lo señalara anteriormente, ha realizado 52 modificaciones, habiéndose reformado 109 artículos. De una extensión original de 146 artículos, hoy día se dispone de un texto de 181. La breve constitución norteamericana, que rige desde hace 200 años, ha sido también 27 veces modificada. Lo importante es sí, que el cuerpo básico constitucional tenga la capacidad de adaptarse a nuevos escenarios, siendo en ello fundamental la génesis y la ideología que dio lugar a su estructura (*Gestalt*) de la Constitución.

### A LOS 60 AÑOS

La celebración de los 60 años de la Constitución Alemana ha dado lugar a numerosos foros, seminarios y artículos de prensa.

No hay dos opiniones en Alemania en estimar que su Constitución interpreta cabalmente los valores de la Libertad, el Estado de Derecho y la Democracia. Una Constitución que le ha dado una gran estabilidad y confianza a la sociedad alemana. Es más, ha traído consigo una cultura de la confianza en ese país.

Una Constitución que en 60 años ha sabido interpretar a varias generaciones, desde aquella que, en las ruinas de una nación destruida por la guerra, ocupada por cuatro países, fue capaz de reconstruirse con un gran esfuerzo de sus hombres y mujeres, a la generación actual, líder en Europa, un referente mundial en materia económica, laboral y ambiental. Alemania ha sido un protagonista activo en la Unidad Europea y en la caída de las barreras ideológicas que dividían al mundo.

Alemania este año celebra 60 años de su Ley Fundamental, y 20 de la caída del muro. La “Revolución Pacífica” de la República Democrática Alemana, que tiene como símbolo a las ciudades de Leipzig con la “Demostración del día Lunes”, el día 4 de septiembre de 1989, y Plauen, el 7 de octubre de 1989, dio inicio a un proceso que culminó con la caída del Gobierno de Erich Honecker y la reunificación de las dos Repúblicas alemanas.

En ese entonces se planteó la pregunta de si acaso la Ley Fundamental alemana del 49 podía ser la base de una vida conjunta de dos naciones. Muchos políticos de la ex República Democrática así lo plantearon. Lo importante de destacar es el hecho que una encuesta reciente (febrero de 2009)<sup>5</sup> establece que el 74% de los alemanes están “orgullosos de su Constitución”. La diferencia entre los estados (*Länder*) de la ex República Federal y la ex República Democrática son de 77% y 65%, respectivamente. Hoy día se habla en Alemania de un “Patriotismo Constitucional”, lo que es interpretado por la adhesión que tiene la población a los contenidos y principios de su Ley Fundamental.

<sup>5</sup> Citada por VORLÄNDER, Hans (2009): “Die Deutschen und ihre Verfassung” (Los alemanes y su constitución), *APuZ* (Aus Politik und Zeitgeschichte).

Ante la pregunta si están “orgullosos de la libertad y el Estado de Derecho Alemán”, la valoración es del 85%, y la diferencia de 88% y 74%, respectivamente. Estas cifras para mí son decisivas en establecer la gran legitimidad que esta Constitución tiene.

Interesante de destacar, cómo algunas de las instituciones creadas en el marco constitucional de hace 60 años han ido ganando en aceptación y valoración. Tal es el caso de la figura del presidente de Alemania, hoy el recientemente reelegido Horst Köhler. En un comienzo se estimaba que se trataba de “*un constructo definido en 8 artículos constitucionales*”, un error del órgano constituyente. El primer presidente de Alemania, Theodor Heuss, planteaba al asumir: “*La pregunta es ahora cómo todos hacemos de esta posición algo con tradición, una fuerza que sea mensurable y que como expresión política, tenga su propio peso*”. La percepción positiva del presidente Heuss en 1950 era de tan solo un 43%, en tanto que en 1959 era de un 83%. Similares valores han alcanzado Walter Scheel en 1979 y Richard von Weizsäcker en 1988.

Hoy día la figura y rol del *Bundespräsident* (Presidente) no está en discusión. Se trata de una figura relevante en el acontecer político y social alemán. Una figura respetable, al margen de la contingencia política diaria. La reciente reelección de Köhler por parte de la Asamblea Nacional y la interesante discusión nacional que esta elección generó, ha sido una clara demostración del valor que representa el Presidente del Estado alemán en la actualidad.

La confianza de la población a su Constitución es tal vez uno de los pilares más básicos del ordenamiento constitucional. No es exclusivamente un área temática de interés para legisladores, para el Poder Judicial o Ejecutivo. El *ethos* de un país debe tener la capacidad de ver en su Constitución la certeza de su esencia ciudadana. Aunque es difícil suponer que la población pueda conocer el detalle de su articulado, sí interesa saber que se trata de una institución en la que es posible confiar; ello, atendido a sus méritos propios como cuerpo legal, lo que los distintos actores relevantes de la sociedad perciben en ella

y los esfuerzos del sistema educacional y medios de comunicación de transmitir sus contenidos.

Un 72% de los alemanes confían de manera suficiente o más que suficiente en su Constitución, en la Policía un 76%, un 40% en el Gobierno, un 33% en el Congreso, y en los partidos políticos un 12%. Una Constitución que cuenta con ese grado de adhesión y confianza es por cierto el gran fundamento sobre el que descansa la democracia alemana y todas sus instituciones

La celebración de los 60 años de vigencia constitucional, Alemania lo hace en “*Einigkeit, Freiheit und Recht*”, en “Unidad, Libertad y Derecho”, tal como lo dice su himno nacional, con una solidez para enfrentar el desafío de la crisis económica internacional cuyas consecuencias aún no se expresan en toda su dimensión. Por cierto que algunos cursos de acción rememarán las bases del ordenamiento económico alemán y europeo.

El ordenamiento constitucional alemán deberá también estar abierto a resolver las exigencias que plantea los crecientes espacios que gana la sociedad global a través de internet, que elimina barreras físicas, culturales y legales. Abierto a también a otros desafíos, por ejemplo al de la integración social de miles y miles de migrantes que han buscado en Alemania su segunda patria. Abierto también al desafío de la Convergencia Constitucional Europea, que hoy se discute en el seno de los países integrantes. Al desafío de poder desarrollar una Revolución Ecológica Industrial, que permita no solo a Alemania, sino que al mundo, liberarse de la excesiva dependencia de los recursos energéticos fósiles. Abierto también a compatibilizar constitucionalmente el sentido de la opinión pública de la sociedad civil expresada en diferentes ámbitos de consultas plebiscitarias. Finalmente abierto a incrementar su contribución a la paz mundial y la seguridad internacional multilateral.

Concluyo subrayando los sustantivos que más he reiterado en esta breve reflexión: Dignidad Humana, Valores, Ideales, Principios, Confianza, Legitimidad, Seguridad y De-

mocracia. Son esos conceptos los que por cierto encarna esta Constitución que naciera en un país, que si bien entonces no tenía las posibilidades de construir una sólida democracia y una sólida economías social, tenía la gran voluntad de buscarla y alcanzarla.

Alemania es hoy para los ojos del mundo un modelo de democracia, un modelo de sociedad, un modelo de economía. Todo comenzó hace 60 años, en la “Ley Fundamental Provisoria”, que hoy es un modelo y un ejemplo para todas las democracias del mundo.

