

Trabajo recibido el 4 de enero de 2019 y aprobado el 12 de mayo de 2019

CONSTITUTIONAL AND POLITICAL THEORY. SELECTED WRITINGS, VOLUME I,
ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE (ED. POR MIRJAM KÜNKLER Y
TINE STEIN, TRAD. DE THOMAS DUNLAP). OXFORD UNIVERSITY PRESS;
OXFORD, 2017, 429 PP.

OCTAVIO ANSALDI BALTAZAR
M.S. PARDO VERGARA*

Consideraciones preliminares

Esta obra recopilatoria ofrece algunos de los trabajos más influyentes de Ernst-Wolfgang Böckenförde, traducidos al inglés. Se trata de uno de los teóricos más prestigiosos de la iuspublicística alemana de la segunda posguerra, cuya reflexión ha redundado en contribuciones de gran valor no solo para el derecho constitucional y la teoría política, sino también para la historia, la teoría y la filosofía del derecho. Dichos aportes encontraron su motivación, por lo general, en los avatares político-constitucionales de Alemania durante la segunda mitad del siglo XX, pero se enfocaron no tanto en la contingencia, como sí en los respectivos marcos conceptuales de análisis, tan preciados en la cultura académica germana¹.

El estudio de dichos marcos conceptuales parece ser una tarea de primera necesidad para la iuspublicística latinoamericana dado el inmenso nivel de recepción que esta les ha dispensado a lo largo y ancho de todo su derecho constitucional. Si bien en dicho contexto parece imposible pasar por alto la lectura de un autor como Böckenförde, que se ha destacado no solo como académico, sino además como miembro del Tribunal Constitucional Federal alemán, su pensamiento no parece haber sido objeto de análisis y discusión más allá de círculos germanoparlantes.

* Ambos son profesores agregados de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, y candidatos a doctor en derecho por la misma universidad. Becarios Conicyt-Pcha/Doctorado Nacional/2015-21151564 y 2015-21151085, respectivamente. Correos electrónicos: octavio.ansaldi@gmail.com; soledadpardo.v@gmail.com.

¹ Las publicaciones más representativas de la obra de Böckenförde son los cinco libros recopilatorios de trabajos suyos publicados anteriormente como artículos de revistas o capítulos de libros, editados todos por Suhrkamp: BÖCKENFÖRDE (1976), (1991a), (1991b), (1999) y (2011).

Se han publicado en español dos compilaciones de trabajos de Böckenförde: en 1993, una sobre derechos fundamentales, editada en Alemania sin reimpressiones posteriores², y en 2000, una colección de cinco estudios sobre Estado de derecho y democracia, probablemente sus textos más difundidos en español³. A ambas les precede una traducción al inglés publicada en 1991, que tampoco contó con reimpressiones⁴. El impacto de estas publicaciones en la esfera latinoamericana ha sido muy limitado hasta la fecha. De ahí la importancia de la publicación que motiva estos comentarios: se trata de la primera gran recopilación sistemática de numerosos trabajos de Böckenförde traducidos al inglés. El proyecto, a cargo de la serie *Oxford Constitutional Theory*, se concretará en dos entregas: el primer volumen aquí reseñado, titulado *Constitutional and Political Theory*, y un segundo volumen, *Religion, Law and Democracy*, que se espera para julio de este año.

Este primer volumen reúne dieciséis trabajos, ordenados en cuatro secciones, de cuyo contenido se da cuenta someramente más abajo. Las editoras ofrecen un estudio preliminar sobre el perfil académico, profesional y personal de Böckenförde, en el que enfatizan, por ejemplo, la influencia en su pensamiento de sus dos mayores referentes intelectuales: Carl Schmitt y Hermann Heller. A la vez, cada una de las cuatro secciones viene precedida por una breve introducción a cargo de las editoras, que les sirve para poner en relación el contenido de los artículos que la componen. Una quinta y última sección consiste en fragmentos escogidos de una entrevista de carácter biográfico realizada por el historiador y jurista Dieter Gosewinkel a Böckenförde entre 2009 y 2010.

Atendida la ya acusada difusión escasa de la obra del autor, se ha priorizado aquí ofrecer una mirada sinóptica de cada uno de los trabajos que componen el volumen, por cierto, muy variopintos entre sí. Ello sin perjuicio de breves observaciones marginales a algunos de ellos, y en todo caso, de los comentarios finales que se pronuncian sobre el conjunto.

1. Teoría política del Estado

1.1. En el primer artículo de la colección, *Security and Self-Preservation before Justice. The Paradigm Shift and Transition from a Natural-Law to a Positive-Law*

² BÖCKENFÖRDE (1993).

³ BÖCKENFÖRDE (2000).

⁴ BÖCKENFÖRDE (1991c). Se incluye aquí el trabajo *The Rise of the State as a Process of Secularisation* (traducción del original de 1967), en que aparece formulado por primera vez el denominado “dilema Böckenförde”, que le ha granjeado mucha popularidad al autor. Según este, el Estado liberal secularizado se funda en unos presupuestos que no puede garantizar por sí mismo sin, a la vez, renunciar a su naturaleza liberal. Una nueva traducción de este artículo se incluirá en el volumen II del libro reseñado.

*Basis in Thomas Hobbes' System of Law*⁵, Böckenförde analiza el transcendental cambio en el entendimiento de la legitimidad de la ley acaecido de la mano de Thomas Hobbes. El Leviatán significó un quiebre respecto de las teorías de la antigüedad clásica y medieval, en las que la ley encontraba su fundamento en la idea de justicia. Si bien Hobbes habla, al igual que sus antecesores, de *lex naturalis*, su contenido experimenta una modificación fundamental: ahora se trata de una ordenación de la razón cuyo objeto es velar por la seguridad y autoconservación del individuo. Este cambio de paradigma, sobre el cual se cimienta el entendimiento moderno del derecho, es estudiado sobre la base de tres preguntas fundamentales: ¿por qué ocurre este cambio?, ¿cuál es su contenido? y ¿de qué manera afecta a la ley y a su fundamento?

1.2. En *The Concept of the Political. A Key to Understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory*⁶, el autor sostiene que la formulación de Schmitt sobre el concepto de lo político constituye la clave para comprender no solo su teoría de la constitución, sino en general sus aportes a la disciplina del derecho del Estado. Según Böckenförde, el núcleo de la formulación schmittiana consiste en que “lo político” (no “la política”) conlleva la posibilidad de alcanzar la forma máxima de antagonismo (distinción amigo-enemigo, incluida la disposición al conflicto armado) y está determinado fenomenológicamente (no normativamente) por dicha posibilidad inherente. Desmiente, así, dos de los malentendidos más influyentes en la materia: que la distinción amigo-enemigo permitiría describir el debate doméstico al interior del Estado, y que posicionaría al conflicto militar como fin último de la política. Por el contrario, la caracterización schmittiana del Estado como “unidad política del pueblo” refiere a una unidad internamente pacificada en que el debate doméstico, a diferencia de la política exterior, da cuenta de “lo político” solo en un nivel secundario, pues está informado por un principio de solidaridad. Esto, a la vez, permite trazar el propósito específico del derecho del Estado en tanto derecho político.

Postergando explícitamente un análisis crítico de los postulados de Schmitt, el autor se propone aquí demostrar la consistencia lógica de su sistema a partir

⁵ *Sicherheit und Selbsterhaltung vor Gerechtigkeit. Der Paradigmenwechsel und Übergang von einer naturrechtlichen zur positiv-rechtlichen Grundlegung des Rechtssystems bei Thomas Hobbes* (Seguridad y supervivencia antes que justicia. El cambio de paradigma y la transición desde un fundamento iusnaturalista a uno iuspositivista en el sistema de derecho de Thomas Hobbes), 2004. Original disponible en: BÖCKENFÖRDE (2004).

⁶ *Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts* (El concepto de lo político como clave en la obra de Carl Schmitt sobre derecho del Estado), 1988. Original disponible en: BÖCKENFÖRDE (1991b), pp. 344-366. Traducción anterior al inglés, por Heiner Bielefeldt, disponible en BÖCKENFÖRDE (1997). Sobre Schmitt y el lugar de su obra en general, se puede consultar en inglés: BÖCKENFÖRDE (1996).

del concepto sobredicho. Emplea para estos efectos siete ejemplos: la soberanía; la relación entre Estado y constitución; la constitución y sus elementos; la jurisdicción constitucional y el defensor de la constitución; la separación entre la esfera política y las esferas privada y social; la necesidad de un poder neutro en el Estado, y la representación.

1.3. Al recibir el Premio Reuchlin en 1978, Böckenförde ofreció un discurso que constituye la base de *The State as an Ethical State*⁷. El año anterior, la República Federal de Alemania enfrentaba el punto más crítico del denominado “Otoño Alemán”, una serie de actos terroristas a manos de grupos de extrema izquierda, que exigió complejas decisiones del gobierno. En dicho contexto, el autor reflexiona sobre el perfil ético del Estado democrático. No es este una institución natural, sino que ha sido deliberadamente creado para un propósito preestablecido: la coexistencia de los seres humanos en paz, seguridad y libertad. Pero más allá de satisfacer dicho propósito, al que Böckenförde denomina como su “dimensión funcional”, ¿puede el Estado aspirar a ser un Estado ético? Esta aspiración resulta evidentemente sospechosa de cara a la libertad individual, por la capacidad del Estado de convertirse, por esta vía, en la “totalidad de la vida”. Cabe, sin embargo, preguntarse si es para el Estado posible –o conveniente– desplegar sus funciones en completa desconexión de un fundamento ético-moral. Para el autor, estas preguntas requieren considerar, por un lado, las características estructurales del Estado, y por el otro, su finalidad propia. En su opinión, el Estado puede y debe desplegar una orientación finalista de carácter sustantivo (ético) por medio de su organización y funcionamiento. Esta, sin embargo, tiene su alcance propio y reconoce importantes límites.

1.4. *The Repressed State of Emergency: The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances*⁸ estudia la manera de dar eficaz respuesta a situaciones excepcionales en el Estado democrático de derecho sin comprometer el imperio de la ley. Se trata de un trabajo concebido en el contexto de la oposición del autor a las leyes de emergencia dictadas en 1968 en Alemania Occidental, en cuya argumentación resulta fundamental la distinción schmittiana entre ley y medida: la dictación de leyes (ordinarias) de emergencia contribuye a una erosión del imperio de la ley que puede ser evitada si las situaciones de excepción son reguladas a nivel constitucional, en tanto medidas –provisoriales y concretas por definición– que se superponen al orden jurídico. Así, el

⁷ *Der Staat als Sittlicher Staat* (El Estado como Estado ético), 1978. Original disponible en: BÖCKENFÖRDE (1978a).

⁸ *Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen* (El estado de excepción reprimido. Sobre el proceder del poder estatal en situaciones extraordinarias), 1978. Original disponible en: BÖCKENFÖRDE (1978b).

autor aboga por el modelo “regulatorio” de los estados de excepción, estudia las características estructurales que este tipo de regulaciones han de poseer, y considera la manera en que sería apropiado formularlas en el contexto de un sistema constitucional democrático-parlamentario, y en particular, del orden establecido por la Ley Fundamental de Bonn.

Böckenförde advierte, con todo, que este modelo no será capaz de proveer una protección absoluta frente a los posibles abusos de los poderes de emergencia, pues en cualquier caso tal protección es inalcanzable.

2. Teoría constitucional

2.1. El artículo *The Concept and Problems of the Constitutional State*⁹ abre la segunda sección del libro, analizando qué implica el calificativo de “constitucional” para el concepto de Estado. Para Böckenförde, solo es posible hablar de “Estado” como algo más que una mera concentración de poder si este se dota de un orden legal que le otorgue forma y perfil concretos. De hecho, el Estado depende de dicho orden legal a fin de subsistir y legitimarse. Sin embargo, la idea de Estado “constitucional” va más allá: implica un orden legal del Estado y de la vida estatal que responde a características específicas, con el acento puesto en la necesidad de una constitución jurídica (una cuyas reglas sean jurídicamente vinculantes). El autor distingue, luego, dos concepciones del Estado constitucional: en un sentido formal y amplio, aquel existe allí donde la constitución es capaz de limitar jurídicamente el poder del soberano, mientras que, en un sentido material más acotado, solo hay Estado constitucional cuando “el soberano es la propia constitución”, por cuanto es ella la que logra no solo limitar jurídicamente, sino fundamentalmente crear las condiciones necesarias para el ejercicio del poder estatal. Al tenor de dicha concepción material, el autor examinará las relaciones entre Estado constitucional y soberanía, por un lado, y entre Estado y constitución, por el otro. Concluye que esta noción del Estado constitucional, aunque lo pretenda, no logra eliminar la necesidad lógica de un soberano en el Estado, así como tampoco logra desmentir el hecho sociopolítico de que el Estado siempre precede a la constitución (y no al revés).

2.2. El trabajo *The Historical Evolution and Changes in the Meaning of the Constitution*¹⁰ identifica y describe, en perspectiva histórica, diversas aproximaciones al concepto político y jurídico de constitución. El autor toma como

⁹ *Begriff und Probleme des Verfassungsstaates* (Concepto y problemas del Estado constitucional), 1997. Original disponible en: BÖCKENFÖRDE (1999), pp. 127-140.

¹⁰ *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung* (Desarrollo histórico y cambios de significado de la constitución), 1984. Original disponible en: BÖCKENFÖRDE (1991a), pp. 29-52.

punto de partida un entendimiento premoderno del mismo, como acuerdo relativo a las relaciones entre quienes ejercen el poder y sus subordinados, pero sin pretensiones de regulación comprensiva del poder (que aún no puede caracterizarse como soberano). A continuación, analiza la idea de constitución como límite al poder absoluto del monarca, surgida en el contexto de la monarquía constitucional del siglo XIX, para luego examinar aquellos puntos de vista que la entienden como contrato, en dos sentidos diferenciables: como contrato constitucional al interior de un Estado, o bien como contrato entre Estados independientes que forman una unión o entidad federal. Por otro lado, examina la comprensión de la constitución que subyace al proceso político europeo iniciado en 1789, en tanto fundamento del poder soberano del Estado y su organización básica (el poder político no viene “dado”, sino que es “constituido” en primer lugar por el pueblo). A su vez, alude a la constitución desde la perspectiva de la teoría marxista, como instrumento de poder de la clase dominante, aun cuando excepcionalmente puede expresar un compromiso de clases. Por último, Böckenförde describe y critica el entendimiento de la constitución como estructura jurídica de la vida y fundamento de valor de la política: no se trata ya de la constitución como fundamento y principio constitutivo de todo poder estatal, sino de la constitución como el orden fundamental de la comunidad como “todo”, visión potenciada particularmente en Alemania a través de la doctrina del orden o sistema de valores.

2.3. El séptimo artículo del volumen, *The Constituent Power of the People: A Liminal Concept of Constitutional Law*¹¹, trata el problema del poder constituyente del pueblo como concepto liminar, en que el derecho y la política se entrecruzan. Luego de delimitar el problema del poder constituyente de cara al derecho constitucional, y habiendo esbozado una definición, el autor examina la cuestión de la titularidad de este poder, que “conceptualmente (...) es el poder constituyente del pueblo”, y del sentido en que debe entenderse la idea de pueblo. Al examinar el problema de su ejercicio, Böckenförde identifica como tarea fundamental del derecho constitucional su circunscripción y canalización, evitando en todo caso el riesgo de eliminar sus manifestaciones, permitiendo así su actualización. Por último, habiendo considerado y rechazado la posibilidad de que el poder constituyente del pueblo se encuentre sujeto a un vínculo normativo que le anteceda, agrega una interesante consideración: si bien no existe vínculo normativo (externo) que lo limite, cuando el pueblo

¹¹ *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrecht* (El poder constituyente del pueblo. Un concepto liminar del derecho constitucional), 1986. Original disponible en: BÖCKENFÖRDE (1991a), pp. 90-114. Disponible en español en BÖCKENFÖRDE (2000), pp. 159-180.

actúa como poder constituyente, aquello que lo lleva a actuar, su “espíritu”, determina (desde dentro) sus posibilidades de acción.

2.4. *Constitutional Jurisdiction: Structure, Organization and Legitimation*¹² es un estudio sobre la jurisdicción constitucional que, publicado originalmente en las postrimerías del siglo XX, se hace cargo de alrededor de cincuenta años de evolución en la materia. En el primer apartado, el autor ubica a la jurisdicción constitucional en el contexto, más amplio, de las diversas alternativas para la defensa de la constitución e indica las razones que justificarían su adopción. Se refiere luego a la singular naturaleza de esta jurisdicción, especificando sus particularidades frente a las demás jurisdicciones en relación al objeto, las partes y la interpretación en el proceso constitucional. La jurisdicción constitucional poseería, por cierto, la “última palabra” sobre el significado de la constitución¹³; lo que debe entenderse no solo en referencia a sus disposiciones, sino también a la decisión elemental sobre su función. Así, resulta que la jurisdicción llamada a defender la constitución puede fácilmente convertirse en su “amo y señor”, por lo que su diseño y organización deben aspirar a aminorar la posibilidad de eventuales abusos. Con ello a la vista, el tercer apartado del trabajo se enfoca en los problemas organizacionales de la jurisdicción constitucional, mientras el cuarto y final analiza su necesidad de legitimación democrática.

3. Derechos fundamentales y principios constitucionales

3.1. La tercera sección de la obra se inicia con el artículo titulado *Critique of the Value-based Grounding of Law*¹⁴, que estudia la fundamentación del derecho por referencia a “valores” como posición jurídico-filosófica. Luego de analizar el origen y sentido del concepto de valor como categoría filosófica, y habiendo examinado el contenido de la reflexión filosófica relativa a los valores y sus consecuencias, Böckenförde responde negativamente a la pregunta sobre la pertinencia jurídico-filosófica de recurrir a la reflexión filosófica sobre los valores como fundamento del derecho, apuntando en tres direcciones que

¹² *Verfassungsgerichtsbarkeit. Strukturfragen, Organisation, Legitimation* (Jurisdicción constitucional. Cuestiones de estructura, organización, legitimación), 1999. Original disponible en: BÖCKENFÖRDE (1999), pp. 157-182.

¹³ Con todo, tal aserción de BÖCKENFÖRDE (pp. 193-194) debe entenderse en su contexto: en Alemania, las sentencias del Tribunal Constitucional Federal tienen –por regla general– fuerza de ley y el amparo constitucional (del que conoce el mismo TCF) es procedente en contra de resoluciones dictadas por otros tribunales. Por estos y otros motivos, la “última palabra” de la jurisdicción constitucional está institucionalmente asegurada, cosa que no ocurre necesariamente en otros sistemas constitucionales, como por ejemplo en el chileno.

¹⁴ *Kritik der Wertbegründung des Rechts* (Crítica a la fundamentación del derecho en valores), 1990. Original disponible en: BÖCKENFÖRDE (1991b), pp. 67-91.

desaconsejan su utilización: primero, se trata de una doctrina concebida para obrar como fundamento de la conducta ético-moral individual; segundo, dada la inexistencia de mecanismos que permitan categorizar o jerarquizar estos valores, se imposibilita aquella mediación discursiva que permitiría asegurar una base racional en la fundamentación del derecho, y, finalmente, como consecuencia de este déficit de racionalidad, la doctrina de los valores abre la puerta a la positivación de las opiniones subjetivas de los jueces y de la doctrina, así como de los valores y valoraciones sociales (real o aparentemente) prevalecientes, en la interpretación y desarrollo del derecho.

3.2. En el trabajo *Fundamental Rights as Constitutional Principles. On the Current State of Interpreting Fundamental Rights*¹⁵, Böckenförde aborda la cuestión del contenido objetivo de los derechos fundamentales en tanto principios constitucionales. Su estudio resulta particularmente relevante para el autor por tratarse de una doctrina que solo surge bajo la Ley Fundamental de Bonn. El artículo examina el descubrimiento y desarrollo del contenido objetivo de los derechos y la conexión y posibles conflictos entre dicho contenido y el denominado contenido subjetivo de los derechos fundamentales, para luego analizar sus efectos de cara a la validez de los derechos fundamentales y a la estructura de la constitución. Finalmente, el autor aporta elementos para analizar la plausibilidad de la comprensión principialista de los derechos, a partir de los que declara que quienquiera que busque “aferrarse” a la función del parlamento elegido popularmente para formular leyes y quiera evitar “una reestructuración progresiva del sistema constitucional en favor de un Estado Judicial basado en un tribunal constitucional”, debe aferrarse también a la idea de que los derechos fundamentales, en tanto derechos justiciables, son solamente derechos subjetivos de libertad contra el poder estatal, y no simultáneamente principios constitucionales objetivos para todas las áreas del derecho.

3.3. En *Fundamental Rights: Theory and Interpretation*¹⁶ se abordan las dificultades que presenta la interpretación de los catálogos de derechos fundamentales en tanto derecho directamente aplicable. Para Böckenförde, esta operación no puede llevarse a cabo recurriendo solo a las herramientas tradicionales de interpretación jurídica, sino que exige siempre la puesta en práctica de una “teoría

¹⁵ *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik* (Derechos fundamentales como normas de principio. Sobre la situación actual de la dogmática iusfundamental), 1990. Original disponible en: BÖCKENFÖRDE (1991a), pp. 159-199. En esta área temática, puede consultarse en español el trabajo contenido en BÖCKENFÖRDE (1993), pp. 95-138. Y más recientemente: BÖCKENFÖRDE (2008).

¹⁶ *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (Teoría iusfundamental e interpretación iusfundamental), 1974. Original disponible en: BÖCKENFÖRDE (1991a), pp. 115-145. Traducción anterior al inglés en BÖCKENFÖRDE (1991c), pp. 175-203. Disponible en español en BÖCKENFÖRDE (1993), pp. 44-71.

iusfundamental” que guía y determina –consciente o inconscientemente– su resultado. Según el autor, cada una de estas teorías consiste en “una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, la finalidad normativa y el alcance material de los derechos”, vinculada, por cierto, a una determinada concepción del Estado y/o a una específica teoría de la constitución. Describe, así, cinco teorías iusfundamentales (liberal, institucional, axiológica, democrático-funcional y del Estado Social) y sus respectivas consecuencias para la interpretación iusfundamental. Se pregunta, en líneas postreras, si queda entregada al intérprete la elección de una –o varias– de estas teorías, o si existe, en cambio, una decisión tomada de antemano por la Ley Fundamental de Bonn.

3.4. Cierra esta sección el trabajo *Protection of Liberty against Societal Power: Outline of a Problem*¹⁷, que, apartándose del problema de la protección de la libertad frente al poder estatal, se concentra en su protección frente a las formas de poder social. Si la libertad consiste en “la posibilidad, real y legalmente asegurada, de autorrealización del individuo dentro de y frente a la sociedad”, su protección frente al poder social comprende, en primer lugar, el desafío de hacer surgir este tipo de libertad en una sociedad que solo permite la autorrealización de aquellos que cuentan con los presupuestos sociales necesarios (propiedad y acceso a ella). El segundo desafío consistiría en preservarla al alero de un sistema jurídico que tiende a perpetuar la inequidad social. Más allá de estos dos aspectos, el poder social también amenazaría a la libertad por medio del poder organizativo (de los grupos sociales organizados) y de los poderes (también sociales) para informar y para formar la opinión. En todo caso, según Böckenförde, la necesidad de una constante relativización de la inequidad social –idea de Estado social– no pasa por arrebatarles la libertad –idea de Estado de derecho– a quienes poseen poder social. Lo ideal sería justamente lograr una compatibilización, por lo cual analiza someramente algunas vías que dan (o no) cabida a ella.

4. Sobre la relación entre Estado, ciudadanía y autonomía política

4.1. *The Persecution of the German Jews as a Civic Betrayal*¹⁸ presenta un análisis en virtud del cual Böckenförde califica la persecución de los alemanes judíos perpetrada por el régimen nazi como traición cívica. El autor explica

¹⁷ *Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht –Aufriß eines Problems* (Salvaguardia de la libertad frente al poder social –Esbozo de un problema), 1975. Original disponible en: BÖCKENFÖRDE (1991a), pp. 264-276. Traducción anterior al inglés en BÖCKENFÖRDE (1991c), pp. 246-257. Disponible en español en BÖCKENFÖRDE (1993), pp. 84-94.

¹⁸ *Die Verfolgung der deutschen Juden als Bürgerverrat* (La persecución de los judíos alemanes como traición cívica), 1997. Original disponible en: BÖCKENFÖRDE (1999), pp. 276-286.

cómo, desde el punto de vista jurídico, se trataba de ciudadanos alemanes, con lo cual, si bien los alemanes no judíos parecen no haber percibido los hechos como una violación del estatus de ciudadano de los judíos alemanes, desde el punto de vista del derecho, debieron hacerlo. El autor da cuenta de los fenómenos que dieron lugar a esta discordancia entre la calificación social y jurídica de los hechos, apuntando, por una parte, hacia la aún predominante consideración del Estado alemán como un Estado cristiano, y por otra, a la arraigada representación de la nación alemana como grupo vinculado étnicamente. Cabe destacar, como bien señalan las editoras en su introducción a esta sección, que en este trabajo es patente el rechazo del autor al antisemitismo profesado por Carl Schmitt, lo que resulta de especial trascendencia en atención a su cercana relación.

4.2. Bajo el título de *Citizenship and the Concept of Nationality*¹⁹ se incluye una recensión al libro *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, de Rogers Brubaker, publicado en 1992. Böckenförde expresa su rechazo a los estudios usuales –estrictamente jurídicos– sobre el concepto de nacionalidad, demasiado apegados, en su opinión, a la superficial polémica entre *ius sanguinis* y *ius solis*. Celebra, así, que Brubaker emplee los casos alemán y francés para indagar en los contextos histórico-políticos (p. ej., la idea de nación) que explican las respectivas regulaciones sobre nacionalidad y el énfasis que pone en la función que ella cumple (la constitución y reconstitución constante del Estado como una asociación de ciudadanos). Debe observarse, empero, que la traducción de este texto al inglés no se ha hecho con la precisión terminológica que su contenido requería.

4.3. En *The Future of Political Autonomy: Democracy and Statehood in a Time of Globalization, Europeanization, and Individualization*²⁰ se plantea la problemática tensión que existe entre la autonomía de una comunidad política –su estatalidad y su democracia– y aquellas tres fuerzas que amenazarían hoy dicha autonomía –globalización, europeización e individualización–. Y es que, aun cuando el despliegue de estas fuerzas se funde en decisiones democráticas de los Estados, ello no impediría que aquellas puedan cobrar vida por sí mismas y convertirse, así, en aquellos “espíritus que el aprendiz de hechicero no es capaz de controlar”. Según Böckenförde, para que la autonomía política subsista es

¹⁹ *Staatsbürgerschaft und Nationalitätskonzept* (Ciudadanía y concepto de nacionalidad), 1995. Original disponible en: BÖCKENFÖRDE (1999), pp. 59-67.

²⁰ *Die Zukunft politischer Autonomie. Demokratie und Staatlichkeit im Zeichen von Globalisierung, Europäisierung und Individualisierung* (El futuro de la autonomía política. Democracia y estatalidad bajo el signo de la globalización, la europeización y la individualización), 1998. Original disponible en: BÖCKENFÖRDE (1999), pp. 103-126.

igualmente necesario consolidarla internamente (cuidando la “relativa homogeneidad” de la comunidad), como afianzarla de cara al exterior (evitando la fragmentación de la estatalidad y la irrelevancia de los procesos democráticos).

4.4. El último artículo de la recopilación se titula *Which Path is Europe Taking?*²¹, y examina algunos aspectos elementales del proceso de unificación europea, con miras a aportar elementos para el análisis y crítica de los derroteros que ha decidido (estaba entonces decidiendo) transitar Europa. Para estos efectos, el autor da cuenta del origen histórico y del posterior desarrollo del proceso de unificación, para luego enfocarse en los problemas básicos de la integración europea, y finalmente analizar y criticar la dirección que ha tomado el proceso de unificación. Hacia el final del trabajo, el autor afirma que resulta necesario replantearse y redefinir las prioridades y el camino que ha de tomar la unificación. En este sentido, para Böckenförde, si se tiene presente que la integración económico-funcional de Europa fue ideada e impulsada con el objetivo (político) de evitar futuros conflictos militares en el continente, parece de toda lógica que, una vez alcanzado tal objetivo, sea necesario reflexionar sobre el carácter instrumental de la integración económica, que “no debe convertirse en un objetivo incuestionable en sí mismo, con la consecuencia de un capitalismo en gran medida sin restricciones en Europa”.

Comentarios finales

La traducción al inglés de los trabajos de un insigne autor alemán desde luego puede resultar beneficiosa para aquellas comunidades académicas en que el dominio del alemán, a diferencia del inglés, es muy poco común. Más aún cuando la comunidad académica en cuestión es una cuyo derecho ha sido fuertemente influenciado por la doctrina germana. El caso de esta traducción de la obra de Böckenförde puede resultar particularmente beneficioso, dado que, por una parte, las traducciones al español y al inglés publicadas con anterioridad son muy difíciles de conseguir (en especial las ya mencionadas de 1991 y 1993, que no contaron con reimpressiones), y, por otra parte, debido a la inclusión en esta recopilación de una considerable cantidad de trabajos nunca antes traducidos al inglés ni al español. Ambos volúmenes marcarán, sin lugar a dudas, un hito significativo en la difusión del pensamiento del autor más allá de los círculos germanoparlantes.

La escasa difusión –y, por ende, análisis y discusión– de la obra de Böckenförde en el ámbito latinoamericano llama particularmente la atención

²¹ *Welchen Weg geht Europa?* (¿En qué dirección va Europa?), 1997. Original disponible en: BÖCKENFÖRDE (1999), pp. 68-102.

si se le contrasta con la vasta influencia que ha tenido y sigue teniendo la iuspublicística alemana en el derecho público de los Estados latinoamericanos. Considérese, por un lado, que es en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania donde tuvieron origen una gran cantidad de doctrinas desarrolladas y aplicadas por nuestras jurisdicciones constitucionales; tribunal del que Böckenförde fue miembro por largo tiempo²². Por otro lado, es posible observar la enorme difusión que han tenido los trabajos de otros autores alemanes en Latinoamérica, con efectos no solo a nivel académico, sino también en la praxis judicial. Piénsese en la gran popularidad de los trabajos de Robert Alexy o Peter Häberle. ¿Por qué no han corrido la misma suerte los de E.-W. Böckenförde? Por una parte, habría que sugerir que la influencia de la doctrina de autores provenientes de Alemania se encuentra inexorablemente ligada a su profusa traducción al español, o en su defecto al inglés. Por otra parte, en términos más generales, esta interrogante hace visible la necesidad de reflexionar sobre la manera en que la cultura jurídica latinoamericana se ve afectada por las decisiones relativas a qué literatura extranjera, en primer lugar, se traduce, y luego, se difunde y llega a predominar como fuente de autoridad.

Como ha observado un sector de la doctrina, el vuelco del derecho constitucional latinoamericano hacia lo que se ha denominado como neoconstitucionalismo encuentra parte de su explicación en esto²³. Para un autor que escribe en alemán (o en algún otro idioma de uso poco extendido), el hecho de la traducción de su obra a un idioma de mayor alcance –asociada a una amplia difusión de los textos resultantes– se encuentra necesariamente ligado a las probabilidades que tendrá de alcanzar una real influencia más allá de su audiencia primaria. Un autor prolíficamente traducido, como Alexy, es hoy en Chile una referencia obligada al estudiar derecho constitucional (incluso en mayor medida que cualquier autor nacional o de la vecindad latinoamericana). Pero así como la existencia de la traducción incentiva la difusión y discusión de ciertos autores, conlleva muchas veces la importación incompleta de debates académicos extranjeros: se provee en estos casos solo de una de las voces concernidas en una discusión científica.

Sobre todo en la medida en que la doctrina y la jurisprudencia latinoamericanas adoptan un constitucionalismo cuyas ideas fundamentales son de notoria influencia germana, parece necesario (¿urgente?) evaluar las teorías y

²² Así, por ejemplo, la influencia de la doctrina del orden objetivo de valores, en cuya virtud los derechos fundamentales son entendidos como un sistema de valores, es patente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Al respecto: NÚÑEZ (2010).

²³ ALDUNATE (2010), p. 85.

marcos conceptuales alemanes en su contexto. Se debe ser consciente no solo de su origen, sino también de la discusión a que han dado lugar, sopesando los argumentos que cuentan a su favor, pero también aquellos que se formulan en su contra. La obra de Böckenförde aquí reseñada puede contribuir en mucho a equiparar un debate que se ha configurado de manera poco equilibrada hasta ahora, con efectos especialmente notorios para América Latina²⁴. Böckenförde es un autor prolífico que se caracteriza por sus aportes críticos al estudio del derecho constitucional, y cuya obra tiene el valor científico de representar una contrapartida a las teorías constitucionales de origen alemán de mayor difusión en la academia y la praxis latinoamericanas. Desde esta perspectiva, esta publicación puede tomarse, por los lectores latinoamericanos, como una invitación a retomar (¿emprender?) discusiones inconclusas (¿pendientes?).

Cabe realizar una última consideración en torno a la relevancia científica de la obra de E.-W. Böckenförde para América Latina. Contar con una traducción al inglés de sus trabajos nos provee de una nueva herramienta de aproximación a nuestro derecho constitucional, esta vez desde un punto de vista crítico, pero siempre bajo un prisma alemán (o al menos europeo). Su análisis es imperativo bajo las actuales condiciones del derecho público latinoamericano: si este ha de seguir transitando por la senda europeizante por la que hace tanto tiempo transita, resulta necesario asumir seriamente el estudio de las ideas pensadas por alemanes y para Alemania que hemos incorporado en nuestros ordenamientos jurídicos. Si la colonización de nuestro derecho constitucional no tiene remedio, entonces la obra de Böckenförde no se puede dejar de lado. Si lo tuviera, deberíamos más bien preguntarnos por las posibilidades de elaboración de unos marcos teóricos propios para los Estados latinoamericanos. En ese caso, en vez de afanarnos con aquellos desarrollados por Alexy o por Böckenförde, nos ocuparíamos de ideas pensadas por latinoamericanos y para Latinoamérica.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2010): "Aproximación conceptual y crítica al neo-constitucionalismo", en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* (Vol. 23, N° 1), pp. 79-102.

²⁴ "[M]ientras que autores de la importancia de Robert Alexy, o de la popularidad de Peter Häberle, traducidos al castellano, campean sin competidores sustantivos en la arena doctrinaria hispanoparlante, la crítica doméstica de origen a los mismos no suele ser traducida, proyectando de este modo una imagen de ellos de mayor autoridad o tamaño intelectual entre las huestes doctrinarias relativamente más pobres de los países receptores". ALDUNATE (2010), p. 85.

- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1976): Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht (Frankfurt am Main, Suhrkamp).
- _____ (1978a): Der Staat als sittlicher Staat. Vortrag bei der Entgegennahme des Reuchlinpreises der Stadt Pforzheim am 22. April 1978 (Berlin, Duncker & Humblot).
- _____ (1978b): "Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen", en *Neue Juristische Wochenschrift* (Nº 38), pp. 1881-1890.
- _____ (1991a): Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht (Frankfurt am Main, Suhrkamp).
- _____ (1991b): Recht, Staat, Freiheit. Studien zu Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte (Frankfurt am Main, Suhrkamp).
- _____ (1991c): State, Society and Liberty. Studies in Political Theory and Constitutional Law (Traducc. J. A. Underwood, New York y Oxford, Berg).
- _____ (1993): Estudios sobre derechos fundamentales (Traducc. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos).
- _____ (1996): "Carl Schmitt Revisited", en: *Telos* (Nº 109), pp. 81-86.
- _____ (1997): "The Concept of the Political: A Key to Understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory" (Traducc. Heiner Bielefeldt), en: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (Volume 10, Issue 1), pp. 5-19.
- _____ (1999): Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie (Frankfurt am Main, Suhrkamp).
- _____ (2000): *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia* (Traducc. Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta).
- _____ (2004): Sicherheit und Selbsterhaltung vor Gerechtigkeit. Der Paradigmenwechsel und Übergang von einer naturrechtlichen zur positivrechtlichen Grundlegung des Rechtssystems bei Thommas Hobbes (Basel, Schwabe Verlag).
- _____ (2008): "¿Cómo se interpretan en el derecho constitucional alemán los derechos fundamentales?" (Traducc. Alberto Oehling de los Reyes), en: Fernández Segado, Francisco (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público* (Madrid, Dykinson), pp. 415-432.
- _____ (2011): Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht. Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde. Biographisches Interview von Dieter Gosewinkel (Berlín, Suhrkamp).

NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2010): “El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Nº 34), pp. 523-541.

