

**Peter Häberle:
la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo¹**

Francisco Fernández Segado

Sumário

1. Proemio: un gigante entre los gigantes. 2. El perfil biográfico-intelectual del Prof. Häberle. 3. La Constitución como ciencia de la cultura. 4. La interpretación pluralista de la Constitución. 5. La comparación jurídica como “quinto” método de interpretación. 6. La jurisdicción constitucional como reguladora del proceso de garantía y actualización de la Constitución como contrato social. 7. La proyección interior y exterior de la Constitución del pluralismo: federalismo, regionalismo y estado constitucional cooperativo. 8. Valores y derechos fundamentales.

1. Proemio: un gigante entre los gigantes

Una de las imágenes a las que con más frecuencia recurre Peter Häberle para explicar las actuales aportaciones de la teoría científica al desarrollo de la teoría constitucional es la de considerar a los grandes autores de la etapa de la República de Weimar como “gigantes” sobre cuyos hombros los autores de nuestra época, el propio Häberle entre ellos, pueden ver más allá, gracias a las aportaciones de autores como Kelsen, Schmitt, Heller y Smend, entre otros muchos.

Häberle lo explica con claridad meridiana cuando afirma² que la doctrina y la jurisprudencia alemanas que siguen al año 1945, se han construido especialmente sobre los debates teóricos de Weimar: las doctrinas de Martín Wolff y Erich Kaufmann sobre

¹ Texto publicado como estudio preliminar à tradução para a língua espanhola da obra de Peter Häberle “Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt” (La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn). Madrid: Editorial Dykinson; 2003.

² PETER HÄBERLE: “Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania”, en Pensamiento Constitucional, PUC del Perú, agosto de 1994, pags. 45 y sigs, en concreto pág. 46.

la concepción institucional de los derechos fundamentales; la más reciente teoría de Carl Schmitt en torno a las garantías de los institutos y de las instituciones; la concepción de los derechos fundamentales orientada hacia los valores, sostenida por Rudolf Smend pero también por A. Hensel, que ha dirigido posteriormente Ulrich Scheuner, quien ha desarrollado un tipo de interpretación constitucional integral y armónica, inspirando además la “concordancia práctica” de Konrad Hesse e, incluso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En términos puntuales, concluye Häberle, en la Alemania de hoy todos vivimos bajo la influencia de Weimar, como epígonos que cabalgamos sobre "espaldas de gigantes".

Häberle interioriza su propia situación dentro de la metáfora cuando, en la espléndida entrevista realizada por Balaguer³, reconoce, de un lado, que no utiliza la palabra "gigantes" con ironía, sino muy en serio, y de otro, que aunque ocasionalmente la doctrina constitucional de Bonn, por así llamarla, va más lejos que la de aquellos gigantes de Weimar, ello no obsta para que los integrantes de esa doctrina, entre los que se ubica él mismo, "¡sigamos siendo enanos!".

Los gigantes weimarianos que prestan sus espaldas a Häberle no son, desde luego, los epígonos del positivismo y del decisionismo, sino, por el contrario, primigeniamente, Smend y su doctrina de la integración⁴ y Heller y su tesis sobre la doctrina del Estado concebida como ciencia de la cultura y su correlativa concepción de la constitución política del Estado como realidad social⁵.

De Smend y Heller, el maestro de Bayreuth ha heredado, como bien se ha advertido⁶, el rechazo metodológico de un positivismo considerado demasiado formal y estático, así como la búsqueda de una tercera vía entre el positivismo y el

³ FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN: “Un jurista europeo nacido en Alemania: Conversación con el Prof. Peter Häberle”, en Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, núm. 9, 1997, págs. 9 y sigs. En particular, págs. 14-15.

⁴ RUDOLF SMEND: *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928). Puede verse en el texto recopilatorio de trabajos de Smend, traducido por José M^a Beneyto, *Constitución y Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1985, en particular, págs. 62 y sigs. El Estado, dirá Smend (pág. 63), existe y se desarrolla exclusivamente en este proceso de continua renovación y permanente reviviscencia; por utilizar aquí la célebre caracterización de la nación en frase de Renan, el Estado vive de un plebiscito que se renueva cada día. Para este proceso, que es el núcleo substancial de la dinámica del Estado, he propuesto ya en otro lugar (dice Smend) la denominación de integración.

⁵ La Constitución del Estado, afirma Heller, es una forma de actividad abierta a través de la cual pasa la vida. Una Constitución política – añade – sólo puede concebirse con situación política existencial. Y más adelante considerará que sin que sea preciso que los miembros tengan conciencia de ello, las motivaciones naturales comunes como la tierra, la sangre, el contagio psíquico colectivo, la imitación, además de la comunidad de historia y cultura, originan de modo constante y por lo regular, una normalidad puramente empírica de la conducta que constituye la infraestructura no normada de la Constitución del Estado. HERMANN HELLER: *Staatslehre*, Leiden, 1933. Manejamos el texto español. *Teoría del Estado*. 6^a ed. española, FCE, México, 1968, págs. 268, 269 y 270.

⁶ JÖRG LUTHER: “La scienza häberliana delle costitución”, en *Analisi e Diritto* 2001 (Ricerche di giurisprudenza analitica), a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, págs. 105 y sigs.; en concreto, pág. 107.

iusnaturalismo que posibilite interpretar los textos constitucionales a la luz de sus contextos y de las respectivas premisas empíricamente verificables.

En definitiva, de Smend y Heller, con la intermediación actualizadora llevada a cabo (particularmente de las teorías de Smend) por su maestro directo, Konrad Hesse⁷, Häberle ha hecho suya, y a la par ha actualizado, la idea de una constitución democrática orientada a integrar el Estado y la sociedad; dicho de otro modo, a lograr la integración de la vida social en una unidad que comprenda las muy diversas articulaciones de la vida política, económica y cultural. Como bien dice Zagrebelsky⁸, a través de tal concepción, es reformulada y actualizada la antigua visión que concebía la política como una actividad encaminada a lograr la coexistencia, la concordia social incluso, postura, innecesario es decirlo, beligerantemente opuesta a la schmittiana visión de la política.

El propio Häberle se considera como “el nieto pequeño de Rudolf Smend”, a través de su gran maestro Konrad Hesse, discípulo de aquél. “Rudolf Smend es para mí - afirma el profesor de Bayreuth⁹ - especialmente valioso en atención a su principio científico-espiritual así como a su teoría de los derechos fundamentales, que en su tiempo produjo un giro con su conocido trabajo sobre la libertad de expresión (1928)”.

Por supuesto, Konrad Hesse, su maestro, y Horst Ehmke, el otro gran destacado constitucionalista con quien Häberle coincidirá en los años sesenta en Friburgo, ejercerán un visible influjo sobre su formación, que se verá asimismo impactada por el institucionalismo francés¹⁰, muy particularmente en el período de elaboración de su Tesis Doctoral, como revela con claridad meridiana la obra que aquí se ofrece al lector.

⁷ Recordemos que, para Hesse, la “concretización” del contenido de una norma constitucional, así como su realización, sólo resultan posibles incorporando las circunstancias de la “realidad” que esa norma está llamada a regular. Las singularidades de estas circunstancias integran el “ámbito normativo”, el cual, a partir del conjunto de los datos del mundo social afectados por un precepto, y a través del mandato contenido sobre todo en el texto de la norma, el “programa normativo” es elevado a parte integrante del contenido normativo. Konrad Hesse: *Begriff und Eigenart der Verfassung*, en la obra *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, 1966. Seguimos la traducción española de Pedro Cruz Villalón, “Concepto y cualidad de la Constitución”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1983, págs. 1 y sigs.; en concreto, pág. 29.

⁸ GUSTAVO ZAGREBELSKY: “Nota sull’Autore”, en la traducción italiana de la obra de PETER HÄBERLE, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, Nomos, Baden-Baden, 1995. Traducción italiana con el título *Diritto e verità*, Einaudi, Torino, 2000, págs. 113 y sigs.; en concreto, pág. 113.

⁹ FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN: “Un jurista europeo...”, op. cit., pág. 14.

¹⁰ La obra emblemática de esta línea de pensamiento es la de MAURICE HAURIU, *La teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)*, traducción de Arturo Enrique Sampay, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

En su reciente “Leccion jubilar”, pronunciada el 12 de julio de 2002 en la Universidad de Bayreuth¹¹, Peter Häberle reivindicaba que el investigador individual podía y debía consagrarse a la ciencia como forma de vida, individualmente en la soledad, corporativamente en la cátedra. Su trayectoria vital es plenamente coherente con esta visión. La tarea de un profesor laborioso y sensible, dirá en otro momento¹², es una forma de vida cuando se reflexiona y vive con la medida indispensable de idealismo y entusiasmo: llevando su coherencia hasta sus últimos extremos, Häberle rechaza la figura del profesor dictaminador. “El dictaminador se corrompe al menos inconscientemente; el dictamen encargado vinculado al resultado es la bancarrota de los juristas como científicos”^{13 14}.

Peter Häberle, sin ningún género de dudas, ha tomado como punto de partida de sus investigaciones y ulterior concepción la obra de algunos de los “gigantes” de Weimar, pero con su monumental obra científica y sus originales aportaciones al servicio del desarrollo continuo de los principios jurídico-constitucionales, bien alejado del que denomina¹⁵ “pensamiento encasillado”, que no es otro sino el de aquellas teorías de los derechos fundamentales (o de cualquier otro ámbito de la teoría constitucional, diríamos nosotros a la vista de su pensamiento) para las que la dogmática es un fin en sí mismo, posición que rechaza, decantándose por una dogmática jurídica de carácter instrumental, cuyo desarrollo debe colocarse al servicio de los derechos fundamentales y orientarse hacia las exigencias de la justicia, Häberle se sitúa a la altura de aquellos “gigantes” de Weimar.

La extraordinaria creatividad del Profesor de Bayreuth, puesta de relieve permanentemente en su ingente obra científica, se ha traducido en un pensamiento sugerente, surcado de nuevas e incitantes ideas, expuestas con un riquísimo lenguaje, lo que revela su enorme bagaje intelectual en ámbitos tan distintos, y a la par tan relacionados entre sí, como la Filosofía, la Literatura, la Música, el Arte en general,

¹¹ PETER HÄBERLE: “Las ciencias (del Derecho) como forma de vida”. Traducción del texto alemán de Joaquín Brage Camazano, pág. 4 del texto mecanografiado. De próxima publicación en “Pensamiento Constitucional”, PUC de Perú.

¹² Ibidem, pág. 14.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Análogamente, Häberle rechazará la dedicación de los profesores a la vida política. En particular, afirma en una entrevista realizada por César Landa, en Alemania la mayoría de los profesores de Derecho Constitucional se frustran cuando se desdoblán como políticos, mirando con ambición asumir un Ministerio. Cfr. al efecto, “Reforma de la enseñanza del Derecho Constitucional” (Entrevista al Prof. Dr. H. C. Peter Häberle del Dr. César Landa), en Pensamiento Constitucional, año VI, num. 6 PUC del Perú, Lima, 1999, págs. 245 y sigs.; en concreto, pág. 19.

¹⁵ Peter Häberle, en FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN: “Un jurista europeo...”, op. cit., pág. 19.

además obviamente del Derecho. No es de extrañar por todo ello que se haya hablado del perfil renacentista de Häberle¹⁶.

Si la enorme profundidad de sus conocimientos filosóficos, teológicos incluso, artísticos y jurídicos propicia que se pueda hablar de la obra de un auténtico humanista, en el más amplio sentido de la expresión, la originalidad de su metodología, la constante apertura de su pensamiento a nuevas realidades y problemas, sus siempre sugerentes reflexiones, sus novedosos aportes conceptuales y, en definitiva, la apertura de nuevos senderos para la reflexión científica, justifican que su gigantesca obra pueda parangonarse a la de los grandes autores del período weimariano.

También de modo similar a los “gigantes” de Weimar, Häberle puede considerarse un pionero. Un pionero, como se ha dicho¹⁷, de la Universidad europea del futuro, la Universidad del pluralismo, de la tolerancia y de la aceptación del otro, pero más allá de ello, un pionero del pensamiento constitucional común europeo, pues, señalara Zagrebelsky¹⁸, si en Europa se manifiesta en el futuro una conciencia constitucional común, gran mérito de ello se deberá a Häberle, quien, además, cultiva los ambientes académicos de todo el mundo animado del espíritu de un nuevo *clericus vagans* de la cultura¹⁹.

Por todo lo hasta aquí expuesto, se comprende que entendamos que la obra del Prof. Peter Häberle no sólo puede considerarse como una gigantesca construcción científico-constitucional equiparable a la de los grandes iuspublicistas de Weimar, sino que, además, ha de ser visualizada como la aportación doctrinal de un humanista, de un jurista que a partir de un bagaje intelectual y cultural extraordinario, que desborda por doquier el propio de la ciencia jurídica, ha orientado el conjunto de sus reflexiones hacia la construcción de una ciencia de la coexistencia cuyas coordenadas trascienden a su propio país en cuanto sientan las bases de un Derecho constitucional no especulativo, enraizado en la realidad socio-cultural, abierto, dinámico y presidido siempre por el respeto a la dignidad del ser humano y el servicio a la justicia.

¹⁶ DIEGO VALADÉS: “Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI, Estudio introductorio”, en PETER HÄBERLE: El Estado constitucional, traducción de Héctor Fix Fierro, UNAM, México, 2001, págs. XXI y sigs.; en concreto, pág.; LXV.

¹⁷ Emilio Mikunda, en la “Introducción” a su traducción española de la obra de PETER HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (editada en Duncker & Humblot, Berlin, 1ª edic. de 1982). En la edición española, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 19.

¹⁸ GUSTAVO ZAGREBELSKY: “Nota sull’Autore”, op. cit., pág. 113.

¹⁹ *Ibidem*, pág. 117.

2. El perfil biográfico-intelectual del Prof. Häberle

I. El Prof. Peter Häberle nació en 1934 en Göppingen, pequeña ciudad de Württemberg, en el Sur de Alemania. Cursó estudios jurídicos en las Universidades de Tübingen, Bonn, Montpellier y Freiburg, vinculándose en esta última (1956) al joven Prof. Konrad Hesse. Cinco años después (1961), se doctoraba en la misma Universidad de Freiburg con una Tesis dirigida por el Prof. Hesse y relativa al contenido esencial de los derechos fundamentales y su garantía, en definitiva, el libro que aquí se presenta.

En 1969 será habilitado como Catedrático en la Universidad de Freiburg, nombrándosele Catedrático de Derecho Público de la Universidad de Marburg. Su *Habilitationsschrift* vendría referida al interés público como problema jurídico (*Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970*), lo que le conducirá a preocuparse del rol en el Estado constitucional de un conjunto de entes (los partidos políticos y las Iglesias entre ellos) integrantes de la esfera pública no estatal. Ya en ese momento Häberle consideraría que una teoría de la Constitución democrática no podía visualizarse sino como un reflejo de un conjunto plural de intereses públicos.

II. Los nuevos retos que al Estado social planteaban los derechos fundamentales llevarían a nuestro autor, en 1972 (año del primer gobierno alemán social-liberal), a abordar el estudio de las transformaciones de tales derechos en el Estado social prestacional (*Grundrechte im Leistungsstaat, 1972*), problema que planteaba como ponencia ante la Asociación de constitucionalistas alemanes y en la que, por primera vez, el Professor Häberle se aproximaba a la filosofía del racionalismo crítico de Hans Albert y Karl Popper. Como con posterioridad ha significado el mismo Häberle²⁰, el tema de los derechos fundamentales dentro del Estado prestacional “confronta” el catálogo de derechos fundamentales propio del liberalismo, es decir, la parte que ha permanecido “estática” en el seno de la Constitución, con la problemática “dinámica” del Estado prestacional, cada vez más acelerada, y que dogmáticamente sólo se puede captar de una forma esencialmente política. A través del Estado prestacional se realizan enormes transformaciones estructurales que dan lugar a nuevos procesos técnicos dotados también de nuevos instrumentos y formas de proceder estatales.

²⁰ PETER HÄBERLE: “Pluralismo y Constitución (Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta). Tecnos, Madrid, 2002, pág. 218.

Häberle considera que la protección de los derechos en el Estado prestacional no sólo puede conseguirse como protección jurídica *a posteriori*. A su juicio, convendría intentar lograr dicha protección a través de un doble procedimiento o, si así se prefiere, de un procedimiento “bidireccional”: mediante la protección jurídica que en sentido estricto dispensan los tribunales y por intermedio de disposiciones de carácter no judicial, esto es, del *status activus processualis*²¹. Entra así en juego la teoría del “status”. Y quizá convenga realizar alguna reflexión adicional.

El pensamiento institucional tendrá, como ya se ha significado, un gran peso en la obra de Häberle. Maurice Hauriou y su concepción de los derechos como *institutions*, así como el concepto de *status*, uno de los elementos constitutivos del pensamiento institucional en cualquiera de sus variantes, lo que vale especialmente para Hauriou, que desarrollará su teoría²² en contraste con la de Georg Jellinek, quien había entresacado del Derecho romano la voz *status* para identificar con ella la relación de la persona con el Estado, formulando así su bien conocida “teoría del status”²³, lo que también es válido ciertamente para Renard, diferenciaría dos situaciones jurídicas individuales: los derechos subjetivos y los “status”.

El concepto de *status* será considerado por Häberle como especialmente adecuado para describir la dimensión como derechos individuales de los derechos fundamentales, al venir a aclarar tal concepto que el individuo tiene una tarea que realizar en las correspondientes relaciones vitales, insertándolo de este modo en el conjunto de la sociedad, y al permitir asimismo que el derecho fundamental se manifieste como derecho individual subjetivo en sus rasgos objetivos, que se hallan básicamente fuera del poder de disposición del sujeto.

²¹ Ibidem, pág. 218.

²² MAURICE HAURIOU expuso por primera vez su doctrina sobre el fenómeno de la institución en su obra *La science sociale traditionnelle*, L. Larose, Paris, 1896. Con posterioridad, delinearía en múltiples ensayos la teoría jurídica de la institución, especialmente en *L'institution et le droit statutaire*, Recueil Sirey, Paris, 1906, hasta culminar en la ya citada obra “*La théorie de l'institution et de la fondation*” (Essai de vitalisme social), en Cahiers de la Nouvelle Journée, núm. 4. Paris, Bloud et Gay, 1925, págs. 1-45.

²³ Toda exigencia de Derecho público, afirma Jellinek, nace inmediatamente de una determinada posición de la persona respecto al Estado, posición que tomando como modelo al Derecho antiguo, puede ser designada como un “status”. GEORG JELLINEK: *Teoría General del Estado*. Traducción de la 2ª ed. alemana de Fernando de los Ríos, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1981, pág. 313. Puede efr. asimismo. GEORG JELLINEK: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, en cuya 2ª ed., publicada en 1905, Jellinek, siguiendo a Bernatzik, hará suya una teoría que trata de conciliar las contrapuestas teorías voluntaristas de los derechos subjetivos (Windscheid y Zitelmann) y las teorías del interés (Dernburg, Haurion y Michoud). Cfr. al efecto, FERNANDO DE LOS RÍOS, en el “Prólogo” a su traducción de la obra de JELLINEK anteriormente citada (Teoría General del Estado). Págs. XXX y sigs.

Con la teoría del *status activus processualis*, Häberle, con la mirada puesta en la efectividad de los derechos, reivindica²⁴ una protección de los mismos en un doble sentido: una protección en sentido estricto, que no es otra que la clásica protección jurídica por medio de los tribunales, y una protección en sentido amplio, que se ha de adicionar a la precedente, que visualiza en instituciones tales como el *Ombudsman*, las Agencias para la protección de datos personales, para la protección de la familia, la más novedosa institución del Defensor del menor (repcionada en la Constitución de Sudáfrica de 1996/1997 y, por lo que a España se refiere, en alguna Comunidad Autónoma, como la de Madrid)... etc. Pero, más allá de esta doble protección, la teoría del *status activus processualis* reivindica un entendimiento de los derechos como exigencias de participación en los procedimientos públicos, idea nuclear del trabajo antes mencionado, presentado en 1972, con la que nuestro autor da una respuesta a las transformaciones de los derechos y retos que su defensa entrña en el Estado prestacional (*Leistungsstaat*).

En último término, la “activación” de los derechos fundamentales dentro del Estado social prestacional representa un objetivo constitucional en el sentido de que todos los ciudadanos deben tener necesariamente las mismas oportunidades básicas para conseguir una vida digna y para desarrollarse personalmente. De ahí que nuestro autor entienda²⁵ que los derechos fundamentales no son sólo derechos negativos, como durante tanto tiempo se entendieran por influjo del pensamiento liberal, sino también normas positivas de competencia, siendo por ello por lo que se ha llegado a una política básica de derechos sociales estatales.

III. En estrecha conexión con la concepción häberliana de los derechos fundamentales en el Estado prestacional se ha de situar su concepción constitucional del mercado. Nuestro autor admite²⁶ que el mercado es hasta hoy (1997) “un ser desconocido”, reivindicando por lo mismo la conveniencia de una teoría constitucional del mercado, que él, no obstante, ya se había encargado de esbozar años antes²⁷.

²⁴ Peter Häberle, en FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN: “Un jurista europeo...”. op. cit., págs. 22-23.

²⁵ PETER HÄBERLE: Pluralismo y Constitución. op. cit., pág. 208.

²⁶ PETER HÄBERLE, en FRANCISCO BALAGUER: “Un jurista europeo ...”, op. cit., pág. 21.

²⁷ PETER HÄBERLE: “Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo”, en *Pensamiento Constitucional*, año IV, núm. 4, PUC del Perú, Lima 1997, págs. 13 y sigs. Artículo inicialmente publicado en ROBERT A. DAHL (y otros), *La democrazia alla fine del secolo*. Laterza, 1994.

Partiendo de la idea de que muchos elementos inducen a apreciar un nexo interno entre democracia y economía de mercado, pudiéndose establecer una limitada analogía entre la economía social de mercado y la democracia pluralista, de modo tal que los “ciudadanos del mercado” pueden ser “ciudadanos de la democracia”, el profesor de Bayreuth se manifiesta rotundamente en favor de que las teorías de la justicia, formuladas desde Aristóteles a Rawls, caractericen la economía de mercado del Estado constitucional (así, por ejemplo, en la forma de la protección del consumidor, en los derechos mínimos en materia de legislación laboral, en la exigencia de la seguridad social o de la libertad sindical o del derecho de huelga)²⁸.

En definitiva, el mercado tiene sus fronteras, hallándose estrechamente conectado a las cuestiones fundamentales de convivencia social y subordinado a los postulados de la justicia, del bien común y de otros principios propios de una democracia pluralista. Es por ello mismo por lo que la presión de los mercados y el progresivo debilitamiento del Estado, características de nuestro tiempo, no pueden llegar a limitar, más allá de un determinado umbral, los derechos prestacionales. Y así, Häberle, ante la problemática cuestión, de si las prestaciones estatales deben entenderse bajo la reserva de lo posible, se manifiesta²⁹ en el inequívoco sentido de que hay un núcleo de elementos del Estado social que se fundamentan en la dignidad humana y también en el principio democrático, que no pueden ser eliminados, lo que es compatible con una reformulación de ciertas prestaciones sociales. En conclusión, el *ethos* de los derechos humanos no debe detenerse frente a la vida económica.

IV. En 1975, el profesor de Bayreuth iba a publicar un trabajo realmente clave para la comprensión de su pensamiento ulterior: “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”³⁰, paradigma con el que Häberle pretendía expresar que quien tiene relación con las normas, participa también, de manera consciente o inconsciente, en su interpretación. Los juristas, a juicio del profesor alemán³¹, no tienen el monopolio definitivo en el arte de la interpretación constitucional. Más aún, la perspectiva del desarrollo histórico del Estado constitucional enseña cómo todas las fuerzas políticas y los grupos

²⁸ Ibidem, pág. 23.

²⁹ PETER HÄBERLE, en FRANCISCO BALAGUER: “Un jurista europeo ...”, op. cit., pág. 21-22.

³⁰ PETER HÄBERLE: “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten”, en *Juristenzeitung*, 1975, págs. 297 y sigs. Posteriormente, integrado como capítulo quinto en su obra *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Ducker & Humblot, Berlin, 1978. págs. 155 y sigs. Manejamos el texto español, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” (Una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución), en PETER HÄBERLE, *Retos actuales del Estado constitucional*, IVAP. Oñati, 1996, págs. 15 y sigs.

³¹ PETER HÄBERLE, en FRANCISCO BALAGUER: “Un jurista europeo ...”, op. cit., pág. 30-31.

sociales o las grandes figuras (y se pone como ejemplo el caso de Nelson Mandela en Sudáfrica), han realizado aportaciones creativas. Hermann Heller lo formuló en relación con una frase de Goethe: la Constitución es “forma acuñada que se desarrolla viva”.

Sin perjuicio de retornar en un momento ulterior a esta trascendental cuestión, añadiremos ahora que, con ella, Häberle plantea la democratización de la interpretación constitucional, lo que casa perfectamente con su posición proclive a que la teoría interpretativa sea garantizada desde la teoría democrática y viceversa.

V. En 1976, el Prof. Häberle pasaba a la Universidad de Ausburg, permaneciendo en ella durante cinco años, siendo en 1981 cuando se ubicaba académicamente, ya de modo definitivo, en su cátedra de la Universidad de Bayreuth. Casi al unísono (1980), Peter Häberle se vinculaba con la Universidad suiza de St. Gallen.

Nuestro autor siente especial devoción por Suiza, "Suiza - diría en su "Lección jubilar³² - sigue siendo mi primer amor". No es de extrañar que ello sea así. La gran tradición de tolerancia y la diversidad y pluralidad suizas (de lo que constituye paradigmático ejemplo la diversidad lingüística) son un verdadero modelo que, según Häberle³³, hacen de Suiza un gran "taller" de experimentación constitucional, debido a su federalismo tan fuerte y tan vivo.

Häberle ha seguido muy de cerca las vicisitudes del constitucionalismo cantonal y federal helvético. Asesor en la reforma del texto constitucional cantonal de St. Gallen, nuestro autor se ha ocupado recientemente de la importantísima *Constitution fédérale de la Confédération suisse*, de 18 de abril de 1999, que entró en vigor el 1º de enero de 2000, texto que califica³⁴ como una obra impresionante en su totalidad, que representa de la mejor manera el tipo "Estado constitucional" en su actual grado de evolución y que ratifica (más aún si se agregan las revisiones totales de algunas Constituciones cantonales) una vez más la imagen del "Laboratorio suizo".

Por lo demás, Suiza, con su nueva Constitución, ha creado una obra constitucional que se deja ver y escuchar en el "concierto del hogar europeo". Suiza no sólo ha reelaborado partes de la realidad constitucional formada en Europa, sino que,

³² PETER HÄBERLE: Las ciencias del Derecho como forma de vida, op. cit., pág. 20.

³³ PETER HÄBERLE, en la tantas veces citada entrevista realizada por FRANCISCO BALAGUER, pág. 12.

³⁴ PETER HÄBERLE: “La revisión “total” de la Constitución Federal Suiza de 1999/2000”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, año 1, núm. 1, julio/diciembre 2000, págs. 73 y sigs.

según nuestro autor³⁵, les ha dado transparencia y las ha plasmado en textos y conceptos, arriesgándose asimismo a formular disposiciones nuevas que podrían servir de ejemplo para otros Estados constitucionales europeos.

VI. En 1980, el en ese momento profesor de la Universidad de Aushurg se iba a esforzar por lograr consolidar las premisas que hicieran posible el establecimiento de una "teoría constitucional de la sociedad abierta". A tal efecto, el "racionalismo crítico popperiano", soportado lógicamente por cierto consenso cultural básico y representado diacrónicamente mediante cierto "pacto cultural generacional" iba a ser considerado como la mejor y más convincente filosofía del Estado constitucional europeo que jamás haya podido hacerse³⁶. Fruto de ese esfuerzo será la obra *Die Verfassung des Pluralismus*³⁷.

Toda la reflexión háberliana gira en torno al concepto del pluralismo, que consiste y se nutre de contenidos y procedimientos irrenunciables que son a su vez condiciones y requisitos previamente consensuados, como los de libertad humana, información y opinión, libertad de investigación científica, de creación de partidos políticos y de oposición, de democracia, de opinión pública, de Estado social y cultural, de división de poderes en todos sus sentidos, y también de independencia de la judicatura. Estos requisitos-marco posibilitan que la sociedad pueda disponer de una integración social y estatal "autónoma" y una representación igualmente similar, al tiempo que de una proyección como grupo o de los grupos internos que la componen, en asociaciones, partidos y sindicatos, iglesias y comunidades religiosas... Es por todo ello por lo que Häberle³⁸ concluye que "la Constitución de la libertad es siempre la Constitución del pluralismo" y viceversa. La Constitución es tanto un tema pactado, consensuado, como a la vez positivado. Por lo mismo, el pluralismo no sólo ostenta una naturaleza meramente formal.

Pluralismo, en definitiva, significará tanto como consecución de la mayor medida posible de libertad pública y privada, convirtiéndose así en la vía y sendero por antonomasia para alcanzar la libertad. Para nuestro autor, el pluralismo es "medida de todo

³⁵ Ibidem, págs. 95-96.

³⁶ PETER HÄBERLE: Pluralismo y Constitución, op. cit., pág. 130.

³⁷ PETER HÄBERLE: *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Athenäum TB-Rechtswissenschaft, Königstein/Ts, 1980. Traducida al español por Emilio Mikunda bajo el título ya referido, *Pluralismo y Constitución*.

³⁸ PETER HÄBERLE: *Pluralismo y Constitución*, op. cit., pág. 107-108.

lo humano" por basarse siempre en presupuestos antropológicos. Sin embargo, con ello no pretende preconizar un modelo perfecto de armonía, ni tampoco establecer un perenne conflicto, ya que, a su juicio³⁹, conflicto y disenso no son sino tan sólo meras expresiones de articulación de la *res publica*. Es por ello por lo que la Constitución debe posibilitar contenidos y principios procedimentales con los que resolver los conflictos cotidianos.

VII. El año 1982 va a marcar una fecha clave en la obra del autor con la publicación de uno de sus libros más emblemáticos: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*⁴⁰. Esta obra viene a ser una suerte de balance de sus primeros veinte años de investigación, suponiendo a la par una especie de punto de inflexión en las inquietudes científicas de nuestro autor, que a partir de ese momento va a centrar sus esfuerzos científicos en las instituciones culturales y en la comparación de los textos constitucionales.

A partir de la idea de que la Ciencia del Derecho es una ciencia del espíritu, una ciencia en la que los textos y decisiones jurídicas se encuentran en el contexto de una cultura, por lo que debe ser entendida dentro de ésta y desarrollada a partir de ella (también la libertad es en el fondo libertad cultural, libertad de cultura, de educación)⁴¹, y dentro de esa Ciencia, pero también encuadrándola, la teoría de la Constitución, que a su vez remite a conexiones tanto histórico-sociales y de historia de las ideas, como histórico-culturales, nuestro autor entiende que la teoría de la Constitución es una ciencia cultural, interpretando la norma constitucional no sólo como un complejo normativo, sino también como la condición cultural de un pueblo. En esta dirección se situarán no sólo la ya mencionada obra, sino algunas otras coetáneas⁴².

Vamos a dejar, por la propia relevancia del tema, para un momento ulterior el análisis de lo que estas aportaciones trascendentales a la teoría constitucional van a suponer. Ello no obstante, conviene señalar ya que las obras que se sitúan en esta dirección van a delinear una dialéctica entre la cultura y la constitución, que se va a

³⁹ Ibidem, págs. 116-117.

⁴⁰ PETER HÄBERLE: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft (Schriften zum Öffentlichen Recht)*. Duncker & Humblot, Berlin, 1982 (2ª edic. Revisada y ampliada en 1996). Traducción española a partir de la 2ª ed. de Emilio Mikunda, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.

⁴¹ PETER HÄBERLE: "El eterno combate por la justicia. La ciencia jurídica en el camino hacia Europa", en *Pensamiento Constitucional*, año V, núm. 5, PUC del Perú, Lima, 1998, págs. 13 y sigs.; en concreto, págs. 18-19.

⁴² Entre ellas: *Kulturpolitik in der Staat – ein Verfassungsauftrag* (Heidelberg, 1979) (Política cultural em la ciudad. Un encargo constitucional). *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat* (Wien, 1980) (El Derecho constitucional de la cultura en el Estado federal). *Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht* (Del Estado de cultura al Derecho constitucional de la cultura), en *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht* (Darmstadt, 1982, págs. 1 y sigs.).

plasmarse y desarrollar en las ideas de una "constitución de la cultura" y de una "cultura de la constitución", elementos principales de la doctrina de "la constitución como ciencia de la cultura".

El análisis de tal dialéctica se habrá de convertir, por lo demás, como bien advierte Luther⁴³, en el *leitmotiv* de futuros trabajos sobre temas sólo aparentemente extravagantes⁴⁴. Con tales trabajos y argumentos Häberle renueva, sin ningún género de dudas, la tradición de Smend, que en sus seminarios berlineses sobre las cuestiones fundamentales de la ética política, siempre se mostró sensible a los símbolos colectivos, al espíritu filosófico y religioso de las instituciones y al sentido cívico de la ciudadanía⁴⁵, como revela con nitidez su obra *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht*⁴⁶.

Ubicada en el ámbito de esas nuevas aportaciones científicas ofrece especialísima relevancia la obra *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*⁴⁷. Para Häberle, existe un elemento esencial de la formación de la imagen del ser humano que no es sino la propia dignidad del mismo, de igual forma que la imagen del Estado se concreta en la democracia liberal, bien que ambas imágenes correspondan a una unidad⁴⁸.

La dignidad de la persona constituye una constante de la obra de Häberle, lo que no debe extrañar si se advierte que nuestro autor considera⁴⁹ que la dignidad de la persona, en cuanto premisa antropológico-cultural del Estado constitucional, entendida con Kant como prohibición de instrumentalización de la persona⁵⁰, es la base sobre la que se comunica la persona con el Estado (a su vez sólo entendido de modo

⁴³ JÖRG LUTHER: "La ciencia häberliana...", op. cit., págs. 110-111.

⁴⁴ Entre esos trabajos podemos ahora recordar los siguientes: *Das Grundgesetz der Literaten* (1980) (La Ley Fundamental de los literatos). *Feierlagsgarantien als Kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates* (Berlín, 1987) (Las garantías de las festividades como elementos de identidad cultural del Estado constitucional). *Der Sonntag als Verfassungsprinzip* (Berlín, 1988) (El domingo como principio constitucional), *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat* (Baden-Baden, 1995) (Problemas de la verdad en el Estado constitucional), obra esta última ya citada en su versión italiana, *Diritto e verità*.

⁴⁵ JÖRG LUTHER: "La ciencia häberliana...", op. cit., págs. 111.

⁴⁶ RUDOLF SMEND: "Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht", en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Ducker & Humblot, Berlín, 1968, págs. 309 y sigs. Traducción española de José M^a Beneyto, "Ciudadano y burgués en el Derecho político alemán", en RUDOLF SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, op. cit., págs. 247 y sigs. Este trabajo es el texto de la conferencia que Smend pronunciara, el 18 de enero de 1933, con motivo de la celebración de la fundación del Reich en la Universidad "Friedrich-Wilhelm" de Berlín. La celebración del aniversario de la fundación del II Reich (con el Tratado de Versalles, el 18 de enero de 1871, que pone fin a la guerra franco-prusiana y supone la proclamación del Reich alemán) conducía a Smend a cuestionarse si tal acontecimiento no resultaba demasiado burgués a una juventud como la existente entonces en Alemania como para dedicarle un día de fiesta.

⁴⁷ PETER HÄBERLE: *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, Berlín, 1988. Traducción española, *La imagen del hombre dentro del Estado constitucional*, PUC del Perú, Lima, 2001.

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 65.

⁴⁹ PETER HÄBERLE: "La ética en el Estado constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el Derecho", en *Dereito*, vol. 5, núm. 2, Santiago de Compostela, 1996, págs. 156 y sigs.; en concreto, pág. 162.

⁵⁰ Recordemos que para Kant, el ser humano y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no meramente como medio para uso caprichoso de esta o aquella voluntad, debiendo ser considerado siempre al mismo tiempo como fin en todas las acciones, tanto las dirigidas hacia sí mismo como hacia otro ser racional. IMMANUEL KANT: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Santillana, Madrid, 1996, pág. 50.

instrumental) y la persona con la persona. Es, en definitiva, el indiscutible valor ético fundamental "constitucionalizado".

La dignidad, afirma en otro momento nuestro autor, es la piedra angular de una Ética universal que el Estado constitucional debe confirmar, antes que nada, "con su propósito cosmopolita", también en su política exterior.

En último término, los valores fundamentales constituyen para Häberle⁵¹ el *we the people*; dicho de otro modo, son el vínculo que cohesiona una sociedad abierta, y resulta obvio, añadiríamos por nuestra cuenta, que esos valores vienen presididos por el valor dignidad.

VIII. El año 1989 (año de la caída del muro de Berlín), que a juicio de nuestro autor⁵², inició una "hora mundial" del Estado constitucional, siendo su significado europeo probablemente solo comparable con el de los años 1789 o 1848, va a marcar también una nueva dirección en las inquietudes intelectuales del profesor de Bayreuth, ya de alguna manera presente años atrás. En ello quizá pudiera influir, en alguna medida, la sucesión de Gerhard Leibholz en la dirección del prestigiosísimo *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* (1983).

Häberle se va a plantear el paradigma del "Estado constitucional" que trata de aprehender desde una perspectiva comparada, en el bien entendido de que el Derecho comparado debe practicarse, a su juicio⁵³, en dos direcciones: en el tiempo (la tradicional historia jurídico-constitucional) y en el espacio (en el espacio global o en el europeo), que presupone la comparatística más tradicional.

La perspectiva histórica es inexcusable por cuanto Häberle⁵⁴ entiende que la Constitución de un Estado constitucional es el producto de un proceso histórico evolutivo alimentado por generaciones de textos clásicos, desde Aristóteles a los *Federalist Papers* (1787).

⁵¹ PETER HÄBERLE: La ética en el Estado constitucional..., op. cit., pág. 162.

⁵² PETER HÄBERLE: "El concepto de los derechos Fundamentales", en José M^a Sauca (ed.). *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Universidade Carlos III-BOE, Madrid, 1994, pág. 81 y sigs.; en concreto, pág. 82.

⁵³ Peter Häberle, en la entrevista de FRANCISCO BALEGUER CALLEJÓN, op. cit., pág. 27.

⁵⁴ PETER HÄBERLE, en la "Introduzione" a la obra *La Legge Fondamentale Tedesca*. Traducción al italiano de Adele Anzon y Jörg Luther. Guffrè Editore (collana sul "Studi e Materiali di Diritto Costituzionale, diretta da Antonio d'Atena e Pierfrancesco Grossi), Milano, 1997, pág. 2.

Desde el *annus mirabilis* de 1989, el Derecho comparado y la Historia del Derecho, según nuestro autor⁵⁵, tienen una oportunidad única de trabajar juntos en el tipo "Estado constitucional", comparativamente en el espacio y en el tiempo, pues este 'tipo', que en última instancia sólo es aprehensible desde la perspectiva de la ciencia de la cultura, traspasando por lo mismo el estrecho sentido jurídico, se ha "producido" en un largo proceso de transformación, documentable en grandes fechas como 1689, 1776, 1789, 1849, pero también 1945; objetivado en los textos clásicos (entendidos como textos constitucionales en sentido amplio) de Aristóteles (conexión entre igualdad y justicia), John Locke (contrato social) y Montesquieu (división de poderes), pasando por I. Kant (dignidad de la persona) para llegar a J. Rawls (justicia como *fairness*) y H. Jonas (principio de responsabilidad), y no raramente traducido para la cultura general por "aladas palabras" de poetas (como F. Schiller, Guillermo Tell) o inspirados cuadros de pintores (como Delacroix para 1789).

Pero también la tradicional comparatística, esto es, la comparación espacial, es inexcusable por cuanto, como señala nuestro autor⁵⁶, textos, teorías y sentencias emigran e inmigran, se transforman y se vuelven a configurar en el curso de las diferentes recepciones de que son objeto, casi como si siguieran la teoría de la metamorfosis de Goethe.

Por lo demás, el Estado constitucional, debido a la tensión entre estabilidad y cambio, y en general entre preservación y modificación, así como a la necesidad de su "validación", establece toda una escala de procesos formales o informales que capturan el "tiempo"⁵⁷.

Se comprende por todo lo expuesto que en la década final del pasado siglo nuestro autor haya hecho de la comparación constitucional el instrumento metodológico orientado al diseño del tipo "Estado constitucional", todo ello en íntima unión con el

⁵⁵ PETER HÄBERLE: "El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional", en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson (y otras Editoriales), Madrid, 1997, págs. 225 y sigs.; en concreto, pág. 233.

⁵⁶ PETER HÄBERLE, en la "Introduzione" a la obra *La Legge Fondamentale Tedesca*, op. cit., pág. 4.

⁵⁷ PETER HÄBERLE: "Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania", en *Pensamiento Constitucional*, año VII, núm. 7, PUC del Perú, Lima, 2000, págs. 15 y sigs.; en concreto, pág. 21.

A la "ventana del tiempo", añadirá Häberle, la conocemos desde la actuación constituyente hasta las creativas sentencias constitucionales (incluyendo los votos particulares), pasando por la reforma constitucional, que Häberle considera (Ibidem, pág. 20) la sección institucionalizada de la totalidad del proceso de desarrollo constitucional. Sigue en ello muy de cerca de Smend, quien hablaría de la variabilidad de la Constitución, considerando que el Derecho constitucional debía garantizar, en su calidad de sistema integrador, el cumplimiento de una tarea que está sujeta al cambio, esto es, la posibilidad de que se produzcan reformas constitucionales. RUDOLF SMEND: *Constitución y Derecho Constitucional*, op. cit., pág. 201.

contexto cultural, pues, como con toda razón sostiene Häberle⁵⁸, las normas constitucionales no pueden interpretarse de manera, por así decirlo, autónoma, sólo "en sí y de por sí", sino que deben situarse desde el principio en su contexto cultural. Ya Rudolf Smend significó que aunque dos constituciones expresen lo mismo, no por ello quieren decir lo mismo, lo que era perfectamente coherente con su visión de la hermenéutica constitucional. Para Smend, recordémoslo, el intérprete de la Constitución debía ser capaz de reconocer que los textos constituciones son leyes vitales que rigen un objeto concreto que, lejos de ser algo estático, se presenta como un proceso vital unitario⁵⁹.

Fruto de esta última etapa han sido un importante número de obras⁶⁰ en las que el autor no se circunscribe a problemas constitucionales alemanes, aunque también los haya abordado⁶¹, sino que, desbordando ese ámbito, afronta problemas particulares de otros países o comunes a un conjunto de ellos, particularmente europeos. El profesor de Bayreuth se propone, pues, cultivar la totalidad del marco constitucional europeo, procediendo a delimitar, con una todavía mayor amplitud de miras, los principios de un "Derecho constitucional común europeo", que encuentra en nuestro autor uno de sus más fervorosos militantes.

Häberle, en efecto, visualiza un conjunto de principios que permiten captar un "Derecho constitucional común europeo" sin pretender por ello la creación de un Estado europeo: algunos principios de tipo estatal, como los relativos a los derechos humanos y a la democracia, al igual que ciertos principios fundamentales del orden jurídico-político estatal, como son el Estado de Derecho y el Estado social. Pese a la generalidad de tales principios, los mismos, a juicio de nuestro autor⁶², perfilan un *ius constitutionale* de cuño genuinamente europeo, un *ius commune europeum* y un *ius publicum europeum*. En definitiva, Häberle, que acuña por primera vez en 1991 el concepto que nos ocupa, se decanta por un *ius commune europeum* resultante no de una Constitución europea

⁵⁸ Así, en la entrevista que le realiza FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, op. cit., pág. 29.

⁵⁹ RUDOLF SMEND: *Constitución y Derecho Constitucional*, op. cit., pág. 198.

⁶⁰ Destacaremos entre ellas: *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates* (Berlín, 1992) (La comparación jurídica en el campo de fuerza del Estado constitucional). *Europäische Rechtskultur* (Baden-Baden/Frankfurt, 1994) (La cultura jurídica europea) *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungs-politik* (Baden-Baden, 1996) (La Ley Fundamental entre el Derecho constitucional y la política constitucional). *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien* (Baden-Baden, 1999) (Estudios de una teoría constitucional europea).

⁶¹ Entre ellos, "Problemi attuali del federalismo tedesco". en *Giurisprudenza Costituzionale*. 1992. fasc. 4. págs. 3353 y sigs. Asimismo. *La Verfassungsbeschwerde nel sistema Della Giustizia Costituzionale tedesca*. Giuffrè. Milano. 2000. Texto éste también publicado en España (en 1997), ya referido, en la obra colectiva coordinada por Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado.

⁶² PETER HÄBERLE: "Derecho Constitucional Común Europeo". En *Revista de Estudios Políticos*. Núm. 79. enero-marzo 1993, págs. 7 y sigs.: en concreto. Págs. 13-14.

sino de la convergencia cultural de las ciencias jurídicas nacionales y de las jurisprudencias constitucionales de los respectivos países. "Europa – afirma nuestro autor⁶³ –se vuelve comprensible desde los principios generales de Derecho que ostenta y que simultáneamente se muestran como legado o herencia constitucional y programática. La 'constitucionalización de Europa' se efectúa sobre el terreno de su propia cultura jurídica, que aún en su seno unidad y variedad”.

En todo caso, conviene señalar que, a juicio de Häberle⁶⁴ este concepto de *ius commune europeum* debe entenderse bajo el aspecto de la subsidiariedad. No podemos deducirlo de un cielo idealista de conceptos, sino que hemos de tomar en serio su condición de principio abierto y remitirnos al Derecho constitucional común europeo allí donde falten principios jurídicos o éstos estén necesitados de desarrollo. Nuestro autor advierte frente al peligro de incurrir en exageraciones: sea cual fuere la alegría del descubridor y pionero respecto a los elementos de este paradigma, se impone asimismo el respeto a sus límites, entre los que se encuentra la soberanía constitucional de cada nación y la individualidad de los respectivos Estados como factor condicionante de "lo común", dimanante todo ello de la diversidad cultural viva de Europa⁶⁵.

Por lo demás, en los textos de Peter Häberle no sólo encontramos multitud de referencias comparativas al universo constitucional europeo, incluso al universo constitucional común “euro-atlántico”⁶⁶, sino que también hallamos, profusa y profundamente, referencias al Derecho constitucional latinoamericano y al Derecho constitucional de otros países africanos y asiáticos. La humanidad en su conjunto pasa a ser el objeto de su inquietud científica⁶⁷, lo que casa a la perfección con su visión de una comunidad internacional de producción y recepción de textos en relación al Estado constitucional, en el bien entendido de que no sólo se reciben textos, sino también la realidad constitucional.

⁶³ Ibidem, pág. 23.

⁶⁴ Peter Häberle, en FRANCISCO BALAGUER: “Um jurista europeu...”, op. cit., pág. 36.

⁶⁵ PETER HÄBERLE: *Derecho Constitucional Común Europeo*, op. cit., pág. 38.

⁶⁶ Häberle cree que, llevado hasta sus últimas consecuencias, el “Derecho constitucional común europeo” podría denominarse “Derecho constitucional común euro-atlántico”, ya que en parte pertenece también a la misma familia jurídica. PETER HÄBERLE: “Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica”, en Antonio-Enrique Pérez Luño (coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 151 y sigs.; en concreto, pág. 159.

⁶⁷ No es extraño por ello que Häberle llegue a hablar de la “Constitución de la humanidad”, que sería el resultado de la relativización de muchos fundamentalismos, los grandes desafíos del Estado constitucional. PETER HÄBERLE: “El fundamentalismo como desafío del Estado constitucional, consideraciones desde la ciencia del Derecho y de la cultura”, en su obra, *Retos actuales del Estado constitucional*, op. cit., págs 133 y sigs.; en concreto, pág. 154.

IX. En coherencia con esa inquietud científica casi universal, el Prof. Häberle ha expuesto en múltiples ocasiones sus tesis en muy diversas Universidades de una gran multiplicidad de países, particularmente (aunque no sólo) europeos, entre ellas: Universidades de Roma (*La Sapienza* y *Tor Vergata*), con las que mantiene una privilegiada relación, de Turín, Perugia, Viena, Graz, Innsbruck, Berna, Zurich, Granada, Sevilla, Atenas, Varsovia, Sudáfrica... En 1994, fue investido Doctor *honoris causa* por la Universidad Aristóteles de Tesalónica. Dos años más tarde, fue distinguido por el Presidente de la República Italiana como Gran Oficial de la Orden del Mérito de la República Italiana. En 1992 y 1993, fue llamado como *fellow* en el Colegio de Ciencias de Berlín, que reúne anualmente a los más relevantes científicos del mundo en todas las ramas del saber.

El Profesor Peter Häberle, como bien dice Landa⁶⁸, es considerado como uno de los epígonos de la cultura jurídico-constitucional alemana del siglo XX después de Kelsen, Schmitt, Heller, Smend y Hesse. Su prolífica y desafiante producción constitucional, siempre un paso por delante de las circunstancias históricas, y la sólida fundamentación humanista de su trabajo científico, con un destacadísimo protagonismo de la teoría de los derechos fundamentales, justifican sobradamente tal consideración.

Vamos a detenernos ahora, siquiera sea brevemente, en algunas de las aportaciones específicas, de mayor originalidad y significación, de la gran obra científica del Prof. Häberle, para finalizar con una referencia a la que fuera su Tesis Doctoral, que aquí se presenta.

3. La Constitución como ciencia de la cultura

La teoría de la Constitución como ciencia de la cultura pretende reestructurar viejos conocimientos programáticos mediante un diálogo interdisciplinar con científicos de la cultura como Wilhelm Dilthey o Max Weber, diálogo que lógicamente se extiende a los grandes juristas de la época de Weimar, como R. Smend, H. Heller, G. Holstein y A. Hensel.

⁶⁸ CÉSAR LANDA, en el Prólogo a la obra de PETER HÄBERLE, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, PUC del Perú, Lima, 1997, pág. 18.

Häberle aborda, en primer término, el concepto de "cultura", fijándose en una tríada de aspectos del mismo⁶⁹, comunes y muy generales, y desde luego proyectables, no tanto a los individuos en particular como a la comunidad social: tradición (la cultura como mediación de lo que en un momento dado fue), innovación (el ulterior desarrollo de lo que ya fue en su momento) y pluralismo (en cuanto que en un grupo humano se desarrollan de modo simultáneo diferentes culturas).

Häberle, como ya se dijo, establece una relación dialéctica entre Constitución y cultura en la que la primera relación entre ambos conceptos, en el plano de la dogmática jurídica, viene dada por aquellos preceptos constitucionales que versan sobre aspectos culturales (lo que podríamos llamar el Derecho constitucional de la cultura).

En un plural conjunto de normas jurídico-constitucionales se pueden localizar manifestaciones de esta relación⁷⁰: en las cláusulas generales y específicas de Derecho público referidas a la cultura; en los objetivos educativos; en las disposiciones relativas a derechos fundamentales; en los preámbulos, cláusulas de juramento solemnes; y de festividades oficiales; en algunas normas atributivas de competencias, y en lo que Häberle denomina "Derecho cultural municipal de rango constitucional".

La base de todos los ámbitos normativos reseñados ha de ser, en todo caso, un concepto cultural abierto. Nuestro autor se separa de esta forma del concepto jurídico tradicional de "cultura", esencialmente elitista y restrictivo, reivindicando dos acepciones bien significativas: la de "cultura para todos", concepto que toma de H. Hoffmann y la de "cultura de todos". Y en sintonía con este entendimiento de la cultura, en este concepto encajan tanto la cultura educacional tradicional como la popular, tanto la "cultura alternativa" como la "contracultura".

Esta forma de entender la cultura, como una realidad abierta, no es sino la resultante obligada de la estructura plural del grupo social que le sirve de soporte. Frente a una concepción elitista de la cultura, nuestro autor postula una concepción democrática de la misma, que, en coherencia con ello, se apoya en la subjetividad de los derechos culturales (de los que han de gozar todos) como expresión, en último término, de la dignidad inherente a todo ser humano.

⁶⁹ PETER HÄBERLE, Teoría de La Constitución como ciencia de la cultura, op. cit., pág. 26.

⁷⁰ Ibidem, págs. 29-30.

La segunda manifestación de la relación entre cultura y Constitución la establece el profesor de Bayreuth⁷¹ en el plano de la teoría constitucional. La Teoría de la Constitución hace referencia al arquetipo de Constitución democrática, que se compone de elementos reales e ideales, estatales y sociales, todos ellos apenas localizables en el seno de un único Estado constitucional de forma simultánea.

Entre los elementos de ese arquetipo cabe incluir: la dignidad humana, el principio de la soberanía popular, la concepción de la Constitución como pacto en cuyo marco se formulan objetivos educacionales y valores orientativos, el principio de la división de poderes, el Estado social de Derecho, las garantías de los derechos fundamentales, la independencia del Poder judicial...⁷²

Este arquetipo y los elementos que lo integran se nos presenta como un logro cultural fruto del acervo cultural occidental. Y en coherencia con ello, nuestro autor⁷³ considera que la Constitución no significa únicamente un ordenamiento jurídico para juristas, que éstos han de interpretar con las viejas y nuevas reglas de la hermenéutica jurídica. La Constitución no es un mero compendio de reglas normativas sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos. De ahí que la Constitución no sea sólo un documento para juristas, sino que sea un punto de referencia, un hilo conductor para todo ciudadano.

La cultura constitucional viene de esta forma a manifestarse como la suma de actitudes, ideas, escalas de valores, expectativas subjetivas y de las correspondientes acciones objetivas tanto a nivel individual como asociativo, al igual que a nivel de los órganos estatales y al de cualesquiera otros relacionados con la Constitución, entendida como proceso público.

Del análisis de la ciencia de la cultura, del Derecho constitucional de la cultura y de la cultura constitucional llevado a cabo por Häberle se puede entresacar una noción de la cultura como un conjunto de instituciones que sirven realmente a la producción, reproducción y conservación de los valores⁷⁴. Más allá de la teoría de la Constitución,

⁷¹ Ibidem, pág. 33-38.

⁷² Con posterioridad, Häberle ha incluido algunos otros elementos integrante del arquetipo "Estado constitucional", entre ellos: la autogestión administrativa a nivel municipal, el principio de subsidiariedad, la tolerancia y protección de las minorías, el regionalismo y el federalismo. PETER HÄBERLE: *Derecho Constitucional Común Europeo*, op. cit., págs. 22-23.

⁷³ PETER HÄBERLE: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, op. cit., pág. 34.

⁷⁴ JÖRG LUTHER: *La scienza häberliana...*, op. cit., pág. 116.

este concepto de cultura se proyectará sobre la dogmática del Derecho constitucional al influir frontalmente sobre la hermenéutica constitucional, tal y como veremos más adelante.

La Constitución de la cultura y la cultura constitucional son los dos elementos de partida de la teoría de la constitución como ciencia de la cultura, a cuyo través pretende nuestro autor reconstruir la "constitución" como una especie del género "cultura".

La tríada de aspectos utilizada por nuestro autor para identificar el concepto de "cultura" (tradicción, innovación y pluralismo) cobra aquí una especial relevancia por cuanto que la Constitución pluralista se encuentra a caballo entre la tradición y la innovación, esto es, entre el legado cultural y las experiencias históricas, de un lado, y las esperanzas y posibilidades reales de configuración futura, de otro.

Bajo el aspecto de la tradición, la Constitución aparece como un legado cultural que resulta de un conjunto de experiencias históricas de la propia comunidad política. Las constituciones se alimentan de un rico patrimonio de ideas y experiencias culturales que puede reconducirse al tipo del "Estado constitucional".

Desde la óptica de la innovación, la Constitución es la expresión de una situación de desarrollo cultural e incluye las demandas y expectativas existentes en la sociedad en el momento mismo del acto constituyente. Siguiendo la filosofía del "espíritu abierto" de Popper, la constitución permite la apertura hacia delante, hacia el futuro; institucionaliza las experiencias y abre espacios para el desarrollo del espíritu humano. Como bien señala Luther⁷⁵, la imagen háberliana de la Constitución como proceso cultural desarrolla la idea smendiana de la Constitución como proceso dinámico, de integración, cuyo motor lo encontramos antes en los actos de comunicación y de negociación y en el espíritu de tolerancia recíproca, que en los enfrentamientos de todo tipo, menos aún en los de tipo armado. En similar dirección – añadiríamos por nuestra cuenta – la idea háberliana también responde a la conocida formulación de Heller acerca del paralelismo entre normatividad y nomalidad^{76 77}, tesis

⁷⁵ JÖRG LUTHER: La scienza háberliana..., op. cit., pág. 132.

⁷⁶ Toda creación de normas, afirma Heller, es, ante todo, un intento de producir, mediante una normatividad creada conscientemente, una normalidade de la conducta concorde con ella. HERMANN HELLER: *Teoría del Estado*, op. cit., pág. 277.

⁷⁷ El propio Häberle reconoce que la hipótesis que toma como punto de partida respecto a la posibilidad de establecer un estudio de la Constitución basado en la ciencia de la cultura prosigue en la línea del pensamiento de H. Heller. PETER HÄBERLE,

asimismo acogida por Kaufmann, para quien la normatividad y la existencialidad no eran conceptos contrapuestos entre sí.

Desde el aspecto del pluralismo, es evidente que la cultura constitucional ha de integrar un conjunto de culturas diferenciadas con vistas a lograr una convivencia armónica en contextos multiculturales. La Constitución, a juicio de Häberle⁷⁸, quiere decir "orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad", lo que significa que incluye a la sociedad constituida. Este concepto amplio de Constitución comprende las estructuras fundamentales de la sociedad plural, como por ejemplo, la relación de los grupos sociales entre sí y de éstos con el ciudadano (asentada en el principio o valor de la tolerancia). Las estructuras constitutivas a este respecto, como la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, los principios del orden jurídico general o las instituciones para prevenir abusos de poder, se encuentran, sin duda, apenas en sus comienzos (según Häberle), pero ya existen.

Frente a este trasfondo debe concebirse a la Constitución como un estadio cultural. Nuestro autor⁷⁹ insiste en que toda Constitución de un "Estado constitucional" vive en última instancia de la dimensión de lo cultural. Los textos jurídicos se limitan a ofrecer puntos de partida en materia de objetivos educacionales y valores orientativos. Es por ello por lo que, por ejemplo, para estudiar el valor jurídico de la "tolerancia" hay que leer a clásicos como Lessing, mientras que para la comprensión de los objetivos educacionales "libertad responsable" y "valores humanos" se impone la lectura de un conjunto de obras maestras que van desde Schiller a Brecht, pues sólo así, según nuestro autor⁸⁰, podrá recordarse y revalorizarse la hoy denominada "ética social".

En definitiva, la Constitución del Estado constitucional no es un mero entramado de normas jurídicas, sino también la expresión o plasmación de una situación cultural dinámica. La Constitución – anticipando ideas sobre las que volveremos más adelante – se nos presenta como la resultante de la actuación de todos los intérpretes de la Constitución en una sociedad abierta. Ello presupone la posibilidad de recepción de

Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, op. cit., pág. 76.

⁷⁸ PETER HÄBERLE: *El Estado constitucional*. UNAM, México, 2001, págs. 3-4.

⁷⁹ *Ibidem*, pág. 5.

⁸⁰ PETER HÄBERLE, *Teoría de La Constitución como ciência de la cultura*, op. cit., pág. 78.

nuevas influencias culturales⁸¹, lo que entraña una concepción de la Constitución como un sistema normativo muy abierto.

Sin embargo, en la misma medida en que la Constitución del Estado constitucional se ha de concebir en términos abiertos y mutables para adentrarse en el futuro, Häberle considera⁸² que la misma se ha de sustentar en un conjunto de barreras culturales que no permiten el paso atrás, confirmando elementos básicos de cualquier avance constitucional de futuro: tales son los derechos del hombre y su fundamento, la dignidad humana, la separación de poderes y la democracia (la "democracia de los ciudadanos" la llama con precisión Häberle), principio éste fundamental en la organización del Estado constitucional en su actual nivel de desarrollo, bien que nuestro autor, haciendo suyas las palabras de Churchill, la considere como el mal menor, soportable tan sólo como "gobierno a plazo" (esto es, sustentado en un sistema de elección regular por un determinado plazo o período)⁸³.

Frente a la posible objeción crítica, en la línea de Ernst Forsthoff, fiel seguidor – no se olvide – de Carl Schmitt, de que una tan amplísima apertura del Derecho constitucional a la cultura, pudiera llegar a disolver los aspectos normativos, dificultando el análisis jurídico-constitucional, Häberle no sólo rechaza ese hipotético peligro, sino que cree⁸⁴ que tal apertura posibilita una fundamentación a partir de la cual debe procederse de manera disciplinada y controlable racionalmente. A su juicio, la sociedad abierta necesita alimentación cultural y lo que él defiende es aplicar la cultura en un sentido material a los textos constitucionales⁸⁵.

Con su interpretación y con su teoría, lo que está haciendo Häberle es ofrecer una vía por intermedio de la cual puedan integrarse los elementos fácticos y normativos en un sistema unitario⁸⁶, no muy alejada de la que siguiera Smend con su teoría de la

⁸¹ DIEGO VALADÉS (en "Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI", op. cit., pág. LXXIV) habla de una suerte de "ecumenismo institucional", comprensible en un hombre universal como Peter Häberle.

⁸² PETER HÄBERLE: *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 1998, pág. 88.

⁸³ PETER HÄBERLE: "La Constitución como cultura", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, CEPC, Madrid, 2002, págs. 177 y sigs; en concreto, pág. 179.

⁸⁴ PETER HÄBERLE: en la entrevista realizada por FRANCISCO BALAGUER, op. cit., págs. 29-30.

⁸⁵ El hecho de que la Constitución y la doctrina dimanante de ella aparezcan hoy en día como parte de un todo cultural en modo alguno debilita su validez ni tan poco relativiza sus respectivos ámbitos de competencia; más bien deja traslucir a través de ellas la profundidad de sus raíces, que el positivismo jurídico no podía ver y que sólo una axiología demasiado cándida creería poder "reproducir" o incluso postular como valores axiomáticos. PETER HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia...*, op. cit., pág. 78.

⁸⁶ Así, por ejemplo, HÄBERLE (en su trabajo *Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania*, op. cit., pág. 17) se refiere a la "fuerza normativa de la opinión pública", que, a su juicio, muchas veces desencadena de manera sutil desarrollos constitucionales, lo que nos recuerda la reflexión de su maestro, KONRAD HESSE (en *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., pág. 29), en el sentido de que las singularidades de las circunstancias de la realidad que la norma constitucional está

integración o de la que hiciera suya Heller con su tesis del paralelismo entre normatividad y normalidad, una vía que rescata las categorías de tiempo y espacio y ofrece a la Constitución una dimensión histórica a la par que real y evolutiva. "Ogni politica costituzionale - dirá Häberle⁸⁷ - esige tanto la retrospettiva sul divenuto, quanto la prospettiva sul divenire".

4. La interpretación pluralista de la Constitución

Una concepción de la Constitución como ciencia abierta de la cultura, como defiende nuestro autor, se traduce inexcusablemente en la necesaria apertura del proceso de interpretación constitucional. En coherencia con ello, en 1975, Häberle publicó un ensayo con el muy significativo título de "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales" (*Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*); en él, nuestro autor, de modo rotundo, defiende la tesis de la interpretación pluralista de la Constitución: en los procesos de interpretación constitucional, dice Häberle⁸⁸, se insertan potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. No hay, pues, *numerus clausus* en los intérpretes constitucionales⁸⁹.

La tesis de nuestro autor es perfectamente acorde con el valor de eje fundamental de la Constitución democrática que otorga al pluralismo – el pivote de sus reflexiones y especulaciones iusfilosóficas, como bien dice Mikunda⁹⁰ – principio éste que, como en otro lado señala el profesor de Bayreuth⁹¹, garantiza objetivamente que el Estado no pueda erigirse en verdad preconstituida.

llamada a regular, integran el "ámbito normativo".

⁸⁷ PETER HÄBERLE, en la "Introduzione" a la obra *La Legge Fondamentale Tedesca*, op. cit., pág. 40.

⁸⁸ PETER HÄBERLE: "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales" (Una contribución para la interpretación pluralista y "procesal" de la Constitución), en la obra de recopilación de varios de sus trabajos, *Retos actuales del Estado constitucional*, op. cit., págs. 15 y sigs.; en concreto, pág. 18.

⁸⁹ En coherencia con ello, nuestro autor se ha referido a la gran medida en que la comunidad científica de un país puede contribuir en la preparación y "acompañamiento" del control jurisdiccional de la Constitución y por ello mismo, añadiríamos por nuestra parte, en la misma hermenéutica constitucional, poniendo al efecto como ejemplo el rol jugado en esta cuestión por los profesores de Derecho constitucional de la época de Weimar. PETER HÄBERLE: "El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional", op. cit., págs. 250-251.

⁹⁰ EMILIO MIKUNDA FRANCO, en su "Estudio Preliminar" a la obra de PETER HÄBERLE, por él mismo traducida, *Pluralismo y Constitución*, op. cit., págs. 17 y sigs.; en concreto, pág. 23.

⁹¹ PETER HÄBERLE: *Diritto e verità*, op. cit., pág. 91.

Si se nos permite el *excursus*, creemos oportuno recordar ahora que nuestro autor se ha planteado⁹² el muy sugestivo problema de la verdad en la democracia pluralista – “la única forma de Estado con rostro humano”⁹³ –, probablemente al hilo de las tesis formuladas por H. Lübbe al confrontar “verdad y mayoría”⁹⁴. Como resultado de esta confrontación, Lübbe concluye sosteniendo que en el sistema democrático (un sistema de gobierno de las mayorías), el carácter vinculante de las normas se fundaría o sustentaría no en la verdad, sino el puro hecho numérico de la mayoría, tesis que bien puede considerarse una variante de la tesis de Hobbes: *Auctoritas non veritas facit legem*.

Häberle, con toda razón, rechaza tal interpretación, que pasa por alto que la aplicación del principio mayoritario en el Estado constitucional no puede ignorar ni los valores constitucionales, y como dimanación de ellos los derechos fundamentales, ni las específicas garantías de las minorías, ni tampoco la necesidad de un unánime consenso en lo básico (obviamente, entre mayoría y minorías).

Para nuestro autor, el postulado de la “búsqueda de la verdad” ha de preceder cualquier apetencia de la mayoría, debiendo presuponer, de modo ineludible, procedimientos abiertos y públicos, lo que nos parece un excelente antídoto frente a la, en ocasiones, “relatividad de la verdad”.

Häberle cree de especial interés al efecto *la recente Costituzione statunitense dei media*, que considera de especialísimo interés desde la perspectiva comparada, que se asienta en una “lucha social abierta en pro de la verdad”, que no se alcanza ante todo a través de procedimientos judiciales (frente a la ciega fe de los alemanes en el sistema judicial), sino por intermedio del “libre mercado de las ideas”, concepción que, a su juicio, encarna un concepto profundamente democrático de la verdad (la verdad mediante la libertad), pero que requiere de modo insoslayable de una cierta igualdad de acceso a la comunicación, y aun añadiríamos por nuestra cuenta, de un auténtico pluralismo de los medios, incluidos unos medios públicos a los que tengan acceso en condiciones de igualdad (por lo menos relativa) los grupos sociales y políticos significativos, como dispone el art. 20.3 de la Constitución española, norma que, sin embargo, no siempre se ha visto ni se ve reflejada en la realidad (por lo menos en el

⁹² Cfr. al respecto, PETER HÄBERLE: *Diritto e verità*, op. cit., págs. 93-97.

⁹³ PETER HÄBERLE: *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, op. cit., págs. 62.

⁹⁴ H. LÜBBE: *Wahrheit und Mehrheit. Diskussion mit H. Lübbe* (1994). (Verdad y mayoría. Debate con H. Lübbe).

espíritu que le quiso dar el constituyente). Y es obvio que ambos requisitos (la igualdad de acceso y el pluralismo de los medios), en muchos ámbitos geográficos y períodos temporales o son inexistentes (existen sólo formalmente) o se hallan enormemente devaluados o relativizados.

Retornando al hilo conductor de la cuestión que ahora nos ocupa, cabe insistir en el perfecto encaje de la tesis de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales con la visión háberliana del Estado constitucional (asentado en la democracia pluralista) en cuanto que la misma viene a democratizar, por así decirlo, la interpretación constitucional. Para nuestro autor⁹⁵, la teoría interpretativa tiene que ser garantizada desde la democracia y viceversa.

El pueblo, dirá Häberle⁹⁶, no es precisamente una majestad unitaria que "emana" (sólo) el día de las elecciones, que proporciona como tal legitimidad democrática. El pueblo, como "majestad pluralista", no está menos legitimado para las interpretaciones en el proceso constitucional: como partido político, como opinión científica, como grupo de interés, como ciudadano, la "democracia de ciudadanos", añade nuestro autor⁹⁷, sugiere un pensamiento que contemple la democracia desde los derechos fundamentales, no remitiéndose, por el contrario, a concepciones a cuyo tenor el pueblo soberano, en realidad, sólo ha ocupado el lugar del monarca.

Ciertamente, Häberle no ignora que la responsabilidad última de la interpretación constitucional corresponde a los órganos de la jurisdicción constitucional, que son quienes han de interpretar la Constitución "en última instancia", pero ello no obsta a que se admita que existen otros intérpretes constitucionales en sentido amplio, que, por lo menos, actúan como "preintérpretes". Todo el que vive en y con el supuesto de hecho regulado por la norma es, indirectamente, intérprete de la norma. De esta forma, nuestro autor concede una notable relevancia al "autoentendimiento" de la norma⁹⁸. Ello presupone una "personalización" de la interpretación constitucional⁹⁹.

⁹⁵ PETER HÄBERLE: *La sociedad abierta de los intérpretes...*, op. cit., pág. 19.

⁹⁶ Ibidem, pág. 33.

⁹⁷ Ibidem, pág. 34.

⁹⁸ Häberle ha puesto diversos ejemplos al efecto, particularmente en relación con los derechos fundamentales. Y así (en la entrevista que le hace FRANCISCO BALAGUER, op. cit., pág. 30), recuerda cómo el *Bundesverfassungsgericht* ha tenido en cuenta la concepción propia de las Iglesias y sociedades religiosas para la interpretación, entre otros, del artº 4 de la *Grundgesetz* (Libertad de credo y de conciencia y libertad de profesión de fe religiosa). Por lo mismo, a juicio de nuestro autor (en *La sociedad abierta...*, op. cit., pág. 21), el autoentendimiento de un derecho fundamental se convierte en un "elemento material del derecho fundamental".

⁹⁹ Detrás de las funciones estatales han de verse las personas concretas, los parlamentarios, los funcionarios de la Administración, los jueces... Y así, las declaraciones de los parlamentarios en un debate constitucional en el Bundestag, sin tener un alcance

En coherencia con los precedentes postulados, Häberle considera¹⁰⁰ que un Tribunal Constitucional que verifica la interpretación constitucional de otra instancia, debe utilizar diferentes métodos, según quién haya participado en la interpretación primera (y ello pueda ser verificado). Y así, hay leyes respecto de las que la publicidad muestra un enorme interés, que se hallan en constante discusión, elaborándose con amplia participación y bajo el atento control de la publicidad pluralista. Por todo ello, el Tribunal Constitucional debiera, cuando controla la constitucionalidad de una de esas leyes, tener en consideración que esta ley está especialmente legitimada, en cuanto que muchos participaron en el proceso democrático de la interpretación constitucional. Algo distinto debe acontecer respecto de aquellas otras normas legales que suscitan una abierta y pública disensión. Porque, como bien sostiene Häberle¹⁰¹, y por nuestra parte suscribimos en su totalidad, en una situación de división profunda en el seno de la opinión pública corresponde al Tribunal Constitucional la tarea de velar para que no se pierda el mínimo irrenunciable de función integradora de la Constitución.

Más aún. El Tribunal Constitucional debería vigilar también la “participación justa” de los diferentes grupos en las interpretaciones constitucionales de modo que en su decisión tenga en consideración “interpretativamente” a “los no participantes”. Häberle¹⁰² ejemplifica su reflexión con referencia a los problemas de protección de los consumidores o de protección del medio ambiente, en definitiva, los problemas de tutela jurídica de los llamados “intereses difusos”, que Häberle denomina “intereses públicos”, que interpreta desde la visión de Habermas: “intereses susceptibles de generalización”. Bien es verdad que, como se ha advertido¹⁰³, esta generalización de la interpretación abierta de la Constitución requiere de una cierta homogeneidad cultural y de un marco social mínimamente cohesionado.

El razonamiento häberliano podría compendiarse, a la vista de lo expuesto, en que un *minus* de participación de los distintos y plurales intérpretes de la sociedad abierta conduce a un *plus* de control por parte del juez constitucional, lo que, en el

jurídico-formal, pueden repercutir en la interpretación de los órganos del Estado. PETER HÄBERLE: *La sociedad abierta...*, op. cit., págs. 25.

¹⁰⁰ PETER HÄBERLE: *La sociedad abierta...*, op. cit., págs. 38-40.

¹⁰¹ Ibidem, pág. 39.

¹⁰² Ibidem, pág. 40.

¹⁰³ DIEGO VALADES, en el “Estudio introductorio” a la obra de PETER HÄBERLE, *El Estado constitucional*, op. cit., pág. XXXVIII.

fondo, trasluce una opción favorable a una transformación del rol de los instrumentos jurídicos de garantía, en el sentido de primar los procedimientos previos participativos sobre los procedimientos *ex post* de tutela judicial. Este cambio podría subsumirse, a nuestro modo de ver, en la primacía de "la libertad mediante la participación" sobre "la libertad mediante la tutela judicial".

A modo de recapitulación final, hemos de decir que la concepción háberliana de la hermenéutica constitucional no sólo se orienta a lograr una "constitución viva" (*a living constitution, eine lebendige Verfassung*)¹⁰⁴, una constitución en la que lo normativo y lo real alcancen plena sintonía, sino que, como bien advirtiera Zagrebelsky¹⁰⁵, hace posible una concepción de la constitución que visualiza en ella un ámbito de entendimiento, un instrumento de convivencia, lo que en sociedades amplia y problemáticamente pluralistas como las de nuestro tiempo, encierra una extraordinaria relevancia y resulta de una enorme funcionalidad.

5. La comparación jurídica como "quinto" método de interpretación

En 1988, en un Congreso celebrado en Madrid, Häberle proponía la canonización del Derecho comparado como quinto método de interpretación, a añadir a los cuatro clásicos métodos que en 1840 formulara Friedrich Carl von Savigny, partiendo de los conceptos acuñados por los grandes juristas romanos: histórico, teleológico, gramatical y sistemático.

A juicio de nuestro autor¹⁰⁶ si en el sistema de Savigny - creador, como es sobradamente conocido, de la "Escuela histórica del Derecho" - era natural que tuviera un lugar preeminente la interpretación histórica, en el marco de una teoría sobre el tipo del "Estado constitucional" le toca a la comparación constitucional un lugar "paralelamente" importante. De la dimensión histórica se deriva, aquí y ahora, la comparación de la dimensión contemporánea, esto es, la comparatística constitucional. La comparación constitucional es, además, la vía mediante la que pueden comunicarse

¹⁰⁴ Häberle habla de "le costituzioni viventi, intese come opera di tutti gli interpreti della costituzione in una società aperta". PETER HÄBERLE, en la "Introduzione" a la obra *La Legge Fondamentale Tedesca*, op. cit., pág. 6.

¹⁰⁵ GUSTAVO ZABREBELSKY: "Nota sull'Autore", op. cit., pág. 115.

¹⁰⁶ PETER HÄBERLE: *El Estado constitucional*, op. cit., pág. 164.

entre sí las diversas Constituciones, lo que posibilita que adquiera su mayor eficacia la fuerza conformadora del "único" tipo del Estado constitucional.

Häberle cree¹⁰⁷ que el comparatismo constitucional puede producir frutos inmejorables en cada uno de los tres niveles de desarrollo que ostenta: el de la exégesis, el de los cambios o modificaciones y el del propio entorno constitucional.

El Derecho comparado de cuño científico-cultural se muestra especialmente adecuado en el ámbito de las políticas legislativa y constitucional. Así es como la ciencia oficial alemana, por ejemplo, ha sido capaz de asumir ciertas iniciativas de política legislativa procedentes de Austria y referentes justamente al ámbito constitucional.

Asimismo, el comparatismo constitucional se revela de gran idoneidad en el ámbito de la simple exégesis del Derecho constitucional vigente, toda vez que sólo el Derecho comparado de raíz científico-cultural puede explicar por qué ciertos textos de similar tenor requieren interpretaciones diferentes. Por lo demás, las reflexiones científico-culturales procedentes del Derecho constitucional comparado pueden servir, en parte, para aclarar y justificar las diferencias y, en parte también, para encontrar elementos comunes.

En orden a facilitar la comparación y explicar los procesos de recepción del Derecho constitucional, Häberle ha recurrido al criterio de los *standards*. Refiriéndose al Derecho constitucional común europeo, nuestro autor, tras significar que no existe tal Derecho, toda vez que Europa como tal no forma un único Estado constitucional, matiza que, ello no obstante, cada vez van surgiendo un conjunto progresivamente más amplio de principios constitucionales "particulares" que resultan "comunes" a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivados como si no. Por lo mismo, el Derecho constitucional comunitario, según nuestro autor¹⁰⁸, aparece con frecuencia en forma de principios generales del Derecho o *standards*.

Estos *standards* se encuentran en el substrato común de la cultura jurídica e integran ideas jurídicas paralelas, analógicas o similares, y en última instancia, abocan en determinadas concepciones de la justicia.

¹⁰⁷ PETER HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, op. cit., pág. 52-53.

¹⁰⁸ PETER HÄBERLE: *Derecho Constitucional Común Europeo*, op. cit., págs. 11-12.

Häberle ha abordado incluso la elaboración de una incipiente “teoría de la recepción jurídica”¹⁰⁹ de cuño científico-cultural, en la que establece una diferenciación dicotómica entre vías y procedimientos de recepción entre los actores o Estados receptores, por un lado, y las materias y contenidos susceptibles de recepción, por otro.

Particularísima importancia presenta la comparatística haberliana en el ámbito de los derechos fundamentales. A juicio de nuestro autor¹¹⁰, la ciencia de los derechos fundamentales operante sobre la base de la comparación jurídica debería estar en la “vanguardia” y en la “retaguardia” en el sentido del *agmen novissimum* de Roma. Ello se justifica si se advierte que hoy existe una sociedad europea, incluso, más exactamente, mundial, de producción y recepción (*Produktions-und Rezeptions-gesellschaft*) en materia de derechos fundamentales y derechos del hombre.

En la existencia precisamente de complejos fenómenos comunes europeos de producción y recepción a través de una “estimable” comparación jurídica de las ideas jurídicas alcanzadas, encuentra Häberle, como ya antes quedaba anticipado, el sustrato de la progresiva “europeización del Derecho constitucional y de los Tribunales constitucionales nacionales”¹¹¹, fruto de la cual es el hecho de que el sistema de control jurisdiccional de la Constitución no pueda ser ya entendido en el espacio europeo como “sólo nacional”: es de antemano “también europeo”. A la par, nuestro autor anticipa que el “jurista europeo” va a ser progresivamente irrenunciable.

Más allá del ámbito europeo¹¹² encontramos, sin embargo, ejemplos bien significativos en la misma o similar dirección. Es el caso – que Häberle subraya particularmente¹¹³ – de la Constitución de Sudáfrica, que ha entrado en vigor en 1997,

¹⁰⁹ Cfr. al efecto, PETER HÄBERLE: *Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica*, op. cit., en especial, págs. 160 y sigs.

¹¹⁰ PETER HÄBERLE: “Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania”, en *Pensamiento Constitucional*, PUC del Perú, Lima, agosto 1994, págs. 45 y sigs.; en concreto, pág. 47.

¹¹¹ PETER HÄBERLE: *El recurso de amparo en el sistema germano-federal ...* op. cit., pág. 277.

¹¹² En este ámbito, Häberle destaca de modo muy especial el constitucionalismo europeo-oriental. Un recorrido a través de las constituciones escritas que se vienen elaborando o que ya se encuentran vigentes en Europa Oriental equivale a visitar un enorme “taller constitucional”. El conjunto de países de ese ámbito geográfico confirma, a juicio de nuestro autor, el hecho de que se ha establecido una comunidad mundial de producción y recepción constitucional, que el Derecho comparado se está utilizando ampliamente para preparar el trabajo constitucional – en forma paralela a su rol como “quinto método de interpretación” – y que ese análisis textual constituye un método sumamente fructífero por cuanto las nuevas constituciones no se limitan a adoptar pasajes escritos de constituciones más antiguas y más recientes o a seguir las Declaraciones universales y regionales de los derechos humanos ..., sino que también adaptan las enseñanzas, jurisprudencia y realidad constitucional de los “antiguos” Estados constitucionales, dándoles una nueva forma textual. PETER HÄBERLE: “Avances constitucionales en Europa Oriental desde el punto de vista de la jurisprudencia y de la teoría constitucional”, en *Pensamiento Constitucional*, PUC del Perú, Lima, diciembre 1995, págs. 141 y sigs.; en concreto, págs. 148 y 149.

¹¹³ PETER HÄBERLE, en la entrevista de FRANCISCO BALAGUER ya citada en varias ocasiones, pág. 28. El caso sudafricano, según nuestro autor, constituye un acontecimiento sensacional: la institucionalización y positivación del Derecho comparado como una posibilidad de interpretación.

que a los efectos de la interpretación del *Bill of Rights*, faculta al juez para atender a los *foreign cases*.

6. La jurisdicción constitucional como reguladora del proceso de garantía y actualización de la Constitución como contrato social

La tesis häberliana de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución conduce, como se ha visto con anterioridad, a que nuestro autor defienda la existencia de un *numerus apertus* de intérpretes. En sintonía con ello, Häberle¹¹⁴ considera que el Tribunal Constitucional Federal alemán no es, en verdad, el “guardián de la Constitución”, como se suele decir, pues su primer y último “guardián” lo son todos los ciudadanos juntos. Ello no obstante, el profesor de Bayreuth admite que este órgano tiene una específica responsabilidad colectiva en la garantía y actualización de la Constitución como contrato social: codirige el proceso continuo, bien que vinculado en ello por el principio del pluralismo¹¹⁵.

Esta tesis, realmente original, pues nunca antes se había responsabilizado al Tribunal Constitucional del mantenimiento del “pacto social”, exige precisar el sentido en que nuestro autor utiliza ese concepto (clásico patrimonio común europeo). El mismo Häberle aclara que el concepto del “contrato social” se utiliza en el sentido de un modelo de pensamiento, un principio heurístico con la finalidad de garantizar la libertad personal y la justicia pública; en último término, con tal modelo, nuestro autor pretende dar la adecuada primacía a las cuestiones políticas o jurídico-constitucionales básicas (libertad, justicia... etc), en detrimento de aquellas posiciones que, en la órbita del decisionismo schmittiano, desconocían que la Constitución no era una simple y desnuda positivación de una decisión. Dicho de otro modo, a través de la función de control jurisdiccional de la Constitución, se limita, racionaliza y controla el poder estatal y social, lo que constituye una cooperación material para la consecución del consenso fundamental que toda sociedad requiere¹¹⁶.

¹¹⁴ PETER HÄBERLE: *El recurso de amparo en el sistema germano-federal ...*, op. cit., pág. 234.

¹¹⁵ PETER HÄBERLE: “La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado constitucional”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 5, 2001, págs. 169 y sigs.; en concreto, pág. 172.

¹¹⁶ PETER HÄBERLE: *El recurso de amparo en el sistema ...*, op. cit., pág. 245.

En definitiva, el concepto de “contrato social” que maneja Häberle se equipara a la idea del “consenso social”, esto es, a la necesidad de unas reglas básicas, socialmente compartidas, que sirvan de sustento y apoyo de todo el orden normativo.

La concepción häberliana de la jurisdicción constitucional es acorde con su visión de la Constitución no sólo como un texto jurídico, sino también como un contexto cultural, pues es comprensible que si la Constitución es la expresión de una situación cultural dinámica, el órgano que ha de asumir la responsabilidad última de su *aggiornamento* deba tratar de incorporar por medio de la hermenéutica constitucional aquellas nuevas ideas, vivencias y expectativas de los diferentes actores en presencia con relación a las instituciones de su sistema, por cuanto todo ello forma parte de la cultura política, a cuyo marco deben reconducirse las posibilidades y límites de los órganos de la jurisdicción constitucional¹¹⁷, bien que también a la cultura política pertenezcan el proceder de los responsables políticos, la praxis parlamentaria y la función de los tribunales.

Esta reconducción del Tribunal Constitucional a la idea del “contrato social”, además de su indiscutible originalidad, es un dato revelador más de los nexos que, como ha subrayado D’Atena¹¹⁸, establece el profesor de Bayreuth en sus trabajos sobre la materia, entre el Tribunal Constitucional y sus competencias, por un lado, y los grandes temas del Derecho constitucional, por otro: del contrato social al pluralismo: del alcance del reconocimiento de los derechos fundamentales al equilibrio entre el componente propiamente democrático del sistema institucional (que encuentra su principal expresión en las asambleas electivas) y aquel otro liberal-garantista.

Por otro lado, en referencia al *Bundesverfassungsgericht* nuestro autor reconoce¹¹⁹ que tal órgano ha realizado *par excellence* una parte del “trabajo de educación y formación políticas” (pedagogía constitucional, principios constitucionales “como” objetivos educativos) en el campo de los derechos fundamentales, pero también en el del federalismo, particularmente en sus reflexiones sobre el modo de actuar los distintos órganos constitucionales (del *Bund* y de los *Länder*) entre sí, actuación regida por el principio de lealtad federal.

¹¹⁷ PETER HÄBERLE: *La jurisdicción constitucional institucionalizada...*, op. cit., pág. 173.

¹¹⁸ ANTONIO D’ATENA, en su “Presentazione” a la obra de PETER HÄBERLE: *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*: traducción de Antonio D’Atena, Giuffrè, Milano, 2000, pág. XI.

¹¹⁹ PETER HÄBERLE: *La jurisdicción constitucional institucionalizada...*, op. cit., pág. 174.

Este juicio decididamente positivo no elude algunos matices. Häberle precisa¹²⁰ que la fe alemana en la jurisdicción constitucional no puede convertirse en la incredulidad en la democracia. La relación positiva con la jurisdicción constitucional no debería absolutizarse, pues ésta, por poner un ejemplo, no puede en modo alguno tener una relación negativa con el pluralismo de intereses. Si la ciencia del Derecho Constitucional vive de la búsqueda (sin compromisos) de la verdad, un Tribunal Constitucional, según nuestro autor¹²¹, debe vivir de la integración pragmática de elementos de las diversas teorías.

Peter Häberle ha valorado muy positivamente la tarea del control de la constitucionalidad que ha llevado a cabo el *Bunderverfassungsgericht*, que a su juicio representa un especial nivel de transformación en el tipo “Estado constitucional” entendido como cultura jurídica¹²². En ello, a juicio de nuestro autor, han tenido mucho que ver los votos particulares (*dissenting opinions*).

Surgidos en la *Supreme Court* norteamericana, en Alemania no se introdujeron sino hasta una reforma del año 1971 de la *Gesetz Über das Bundesverfassungsgericht* (Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán), cuyo art. 30.2 posibilitó a los magistrados constitucionales que consignaran su voto particular (*Sondervotum*) con vistas a reflejar su opinión discrepante respecto a la resolución misma o a su fundamentación.

Según Häberle, los votos particulares, en una Constitución del pluralismo, forman parte del *élan vital* (impulso vital) de la Constitución, son expresión de la “publicidad” y del “carácter abierto” de la Constitución, de la apertura de sus intérpretes y del “pluralismo constitucional”. A la par, posibilitan alternativas interpretativas en el sentido de “pensar en posibilidades”. Cumplen, además, una función de pacificación, de “reencuentro” de la parte derrotada (por así llamarla), abriendo una específica “ventana del tiempo”, por cuanto la minoría de hoy puede convertirse mañana en la mayoría. Por ello, son también una parte de la democracia. Practicados prudente y no vanidosamente, son, según nuestro autor, la coronación, la culminación de la jurisdicción constitucional en el Estado constitucional en su actual estadio de desarrollo¹²³.

¹²⁰ PETER HÄBERLE: *La jurisdicción constitucional institucionalizada...*, op. cit., pág. 174.

¹²¹ PETER HÄBERLE: *El recurso de amparo en el sistema germano-federal...*, op. cit., pág. 246.

¹²² Ibidem, pág. 234.

¹²³ PETER HÄBERLE: “Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Exposición y crítica”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. 3ª época, num. 2, 1999,

Suelen citarse como ejemplos clásicos de estos votos los que formulara la gran magistrada Wiltraut Rupp-von Brünneck¹²⁴. Particular relevancia para el futuro tuvo la defensa que en uno de sus votos particulares hizo de la concepción de que los derechos a la protección social eran "propiedad" en el sentido del art. 14 GG (que garantizan la propiedad y el derecho a la herencia en su apartado primero). Transcurridos muchos años el Tribunal se pronunciaría (en su Sala Primera) en esa misma dirección. Algo análogo podría decirse de los votos particulares pioneros formulados por el juez H. Simon.

Los votos particulares son inseparables de una comprensión de la Constitución como "Constitución del pluralismo". Bien puede decirse que configuran un elemento estimulador y a la par estabilizador en el círculo jurídico de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. En definitiva, Häberle no duda, y nos identificamos plenamente con él, de que esa "jurisprudencia alternativa" sirve a la Constitución.

Nuestro autor ha entrado a analizar otros muchos aspectos de la jurisdicción constitucional, desde la problemática de la elección de los magistrados constitucionales hasta las competencias de los Tribunales Constitucionales. Destacaremos de todo ello tan sólo el enorme efecto dedáctico-estatal y cívico-democrático que Häberle aprecia¹²⁵ en la *Verfassungsbeschwerde*, a lo que no obsta el pequeñísimo porcentaje de éxito de estos recursos.

7. La proyección interior y exterior de la Constitución del pluralismo: federalismo, regionalismo y Estado constitucional cooperativo

I. La Constitución del pluralismo viene a representar una pluralidad de intereses e ideas, rechazando todo fundamentalismo, a la par que al apoyarse en una sociedad abierta, también necesita de un consenso cultural fundamental, que a la vez que hace posible la apertura, cohesiona a dicha sociedad.

págs. 9 y sigs.; em concreto, págs. 14-15. Asimismo, en La jurisdicción constitucional institucionalizada..., op. cit., pág. 180.

¹²⁴ Sus votos particulares fueron publicados en W. RUPP-VON BRÜNNECK: *Verfassung und Verantwortung*, 1983.

¹²⁵ PETER HÄBERLE: *El recurso de amparo en el sistema germano-federal...*, op. cit., pág. 237.

Häberle considera¹²⁶ que el Estado constitucional, como arquetipo teórico de Estado, hoy por hoy sólo puede estructurarse como federal o regional. Es ya un hecho, constata nuestro autor, que ciertos Estados unitarios o centralistas clásicos, como Francia o Italia, también se hallan en vías de regionalización, consideración que no terminamos de ver con claridad en el primero de los dos países. Häberle cree, y en ello le asiste la razón, que el tiempo del viejo Estado unitario va tocando paulatinamente a su fin, al menos por lo que respecta al arquetipo del Estado constitucional.

El federalismo, al igual que el regionalismo, no son en último término, según nuestro autor, sino manifestaciones del pluralismo territorial y de la división cultural de poderes.

A partir de los tres modelos característicos del Estado federal: el *dual federalism*, el Estado federal unitario (el *unitarischer Bundesstaat* que acuñara teóricamente Konrad Hesse) y el federalismo cooperativo¹²⁷, el profeso de Bayreuth se ha planteado la identificación del modelo de federalismo existente en Alemania. A su juicio¹²⁸, en la experiencia alemana estos tres modelos se hallan continuamente entremezclados, en formas siempre nuevas y diferentes. A la vista de ello, constatada la falta de una teoría federal única, nuestro autor cree que puede llegarse a la teoría federal mixta, que posibilita un elemento de flexibilidad y se halla abierta a ulteriores desarrollos. El sincretismo que pudiera atribuirse a esta posición, absolutamente deudora de la situación del federalismo alemán, en su caso, constituiría una consecuencia dimanante de la Constitución del pluralismo.

En el marco de una teoría de la Constitución como ciencia jurídica de los textos y la cultura, resulta necesario poner también el acento en lo cultural para los efectos de la comprensión del Estado federal, pese a la importancia que, por ejemplo, pueda tener lo económico.

El concepto de "federalismo cultural" constituye, a juicio de Häberle, una clave de lectura particularmente apropiada, que en relación a Alemania refleja con exactitud la conexión histórica actualmente subsistente entre el Estado federal y la cultura. La cultura, sin lugar a dudas, contribuye mucho más que la economía en la construcción de

¹²⁶ PETER HÄBERLE: *Pluralismo y Constitución*, op. cit., pág. 123.

¹²⁷ A ellos añade Häberle el que denomina "Federalismo fedatario" por tiempo, surgido en Alemania en el transcurso de la reunificación. PETER HÄBERLE: *Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania*, op. cit., pág. 34.

¹²⁸ PETER HÄBERLE: "Problemi attuali del federalismo tedesco", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992 fasc. 4, págs. 3353 y sigs.; en particular, pág. 3369.

un Estado, ya sea a nivel federal o a nivel local o estatal. Y ello por cuanto sólo la cultura, como bien dice nuestro autor¹²⁹, logra arraigar y salvaguardar el Estado en lo más profundo: en la conciencia de los ciudadanos individuales y en la propia conciencia colectiva. No debe extrañar por ello que Häberle considere el Derecho constitucional de la cultura como un *proprium*, si es que no como una parte del corazón del Estado federal.

II. El regionalismo, como antes avanzamos, también ha suscitado la atención de Häberle, que en 1994 escribía¹³⁰ que la estructura regional iba camino de convertirse en un elemento típico del Estado constitucional en su actual fase de desarrollo, y ello aun cuando sus concretas manifestaciones varían mucho de unos países a otros.

El regionalismo gana terreno como tipo del Estado constitucional, al menos en Europa occidental, mostrando que está constituido por elementos que a su vez son ya parte del Estado constitucional, como pueden ser: las ideas de libertad cultural, de autonomía, de descentralización y subsidiariedad, de democracia (también en pequeños ámbitos), de división de poderes y de control del poder.

Häberle constata cómo este elemento estructural del Estado constitucional se encuentra actualmente en una fase de desarrollo dinámico con muy variados momentos y velocidades.

En todo caso, nuestro autor se muestra decididamente partidario de elaborar criterios precisos de diferenciación entre federalismo y regionalismo, pese a que puedan darse transiciones y diversas gradaciones. Y a tal efecto enumera un conjunto de rasgos característicos de los Estados miembros de una Federación (su población dispone de un poder constituyente propio, de una Constitución, esto es, de autonomía constitucional; realizan funciones estatales originarias; disponen de una sustancial potestad de colegislación para el ámbito de la Federación, a través de una "segunda Cámara", así como de autonomía financiera y las competencias residuales operan en favor de los Estados miembros), que a su juicio no se dan en su totalidad en las Regiones¹³¹.

¹²⁹ Ibidem, pág. 3371.

¹³⁰ PETER HÄBERLE: "Problemas fundamentales de una teoría constitucional del regionalismo en perspectiva comparada", en Estudios de Derecho Público (Homenaje a Juan José Ruiz-Rico), vol. II, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 1161 y sigs.; en concreto, págs. 1176-1177.

¹³¹ Ibidem, pág. 1179.

Aunque el regionalismo se presenta a veces como "hermano menor" del federalismo, nuestro autor, con evidente razón, cree, sin embargo, que es, frente a éste, un modelo con existencia propia y que puede ser deseado *per se*, no presentándosenos como un mero estadio previo al federalismo¹³². Más aún, a su juicio, el regionalismo se presenta hoy como una máxima del Derecho europeo, como una idea política específicamente europea que impregna la entera construcción jurídica de Europa.

III. La Constitución pluralista también opera *ad extra*, esto es, proyectándose hacia el exterior, pues el Estado constitucional ostenta una estructura abierta tanto hacia el interior como hacia el exterior del mismo.

Ya nos hemos referido con anterioridad a los elementos que vienen a caracterizar al arquetipo háberliano del Estado. Junto a todos ellos, el Estado constitucional presenta, sin embargo, otra faceta, la faceta ideal o moral, que Häberle entiende¹³³ que se manifiesta en algunos textos constitucionales en términos como "cooperación internacional" o como "derechos básicos modelo de comunidad humana".

El profesor de Bayreuth constata que el Estado constitucional va progresivamente extendiendo su cooperación hacia el exterior, que gana en intensidad con el devenir del tiempo. Esta circunstancia le lleva a acuñar el concepto "Estado constitucional cooperativo", habiendo de considerarse como tal, aquel Estado cuya identidad, incluso a nivel internacional, se halla dentro de un complejo tejido de relaciones inter y supranacionales, en la medida en que toma plenamente conciencia de la colaboración internacional y se responsabiliza también de ella como parte de la propia solidaridad¹³⁴.

Aunque el Estado constitucional cooperativo todavía no puede considerarse como algo perfectamente logrado y objetivamente acabado, se halla en vías de llegar a serlo. En cualquier caso, este tipo de Estado constituye, para Häberle¹³⁵, opinión que suscribimos plenamente, la mejor respuesta a los cambios operados en los ámbitos del Derecho internacional tras su paso de un Derecho de la coexistencia a otro de la cooperación, siempre en el seno de una comunidad internacional guiada por la égida constitucional.

¹³² Ibidem, pág. 1184.

¹³³ PETER HÄBERLE: *Pluralismo y Constitución*, op. cit., pág. 257.

¹³⁴ Ibidem, págs. 257-258.

¹³⁵ Ibidem, pág. 294.

8. Valores y derechos fundamentales

1. El tipo de "Estado constitucional" que defiende Häberle, en perfecta coherencia con su talante humanista y su compromiso ético-social, se asienta en unas premisas antropológico-culturales que hallan su manifestación primigenia en la dignidad humana, tal y como ya tuvimos oportunidad de señalar. Nuestro autor se remonta al imperativo categórico kantiano, que no dejaría de influir en este punto sobre el pensamiento hegeliano, bien que el valor "dignidad" no haya sido formalmente positivizado sino hasta el constitucionalismo de la segunda postguerra, siendo el artº 1º. 1 de la *Grundgesetz* la primera norma constitucional en recepcionarlo.

Junto a la dignidad, Häberle sitúa otras premisas o valores: la igualdad, la fraternidad, la justicia social y el bien común¹³⁶. A estos valores, particularmente a la dignidad, vincula nuestro autor los derechos fundamentales, pues, a su juicio, por entero certero, la mayor parte de los singulares derechos fundamentales son históricamente niveles variables de desarrollo de la dignidad de la persona, constituyendo (junto a los fines educativos) los más importantes pilares del consenso ético mínimo de una sociedad abierta¹³⁷.

La Europa entendida como comunidad de valores, como "comunidad axiológica", se ha configurado ontológicamente a través de la Europa "como comunidad jurídica y cultural", mediante la creación de determinados paradigmas en ámbitos específicos logrados a través de la lucha por los valores¹³⁸, Häberle reclama, sin embargo, un nuevo debate sobre los valores fundamentales (ya se produjo uno en Alemania en los años setenta) para hacer frente a un conjunto de fenómenos políticos y sociales tales como "nacionalismo", "fundamentalismo", "racismo" o "economicismo", reveladores de una "desintegración de los valores". Por lo mismo, cree¹³⁹ que el tipo "Estado constitucional" debe reflexionar de nuevo acerca de su fundamento moral.

De la relevancia que nuestro autor atribuye a los derechos fundamentales da idea su consideración de que la historia constitucional de la *Grundgesetz* es en gran

¹³⁶ PETER HÄBERLE: *Libertad, igualdad, fraternidad...*, op. cit., págs. 74-75.

¹³⁷ PETER HÄBERLE: *La ética en el Estado...*, op. cit., pág. 162.

¹³⁸ PETER HÄBERLE: *Teoría de La Constitución como ciencia de la cultura*, op. cit., pág. 124.

¹³⁹ PETER HÄBERLE: *La ética en el Estado...*, op. cit., pág. 161.

parte historia de los derechos fundamentales¹⁴⁰, que han quedado plasmados en la realidad constitucional por la acción combinada de la dogmática, la judicatura y la práctica del Estado.

II. Nuestro autor reclama un entendimiento científico-cultural de los derechos, en coherencia con su entendimiento de la Constitución como cultura¹⁴¹. Aunque el entendimiento de los derechos desde esa perspectiva quiere decir, primariamente, que, como ya expusimos, la dignidad humana se interpreta como base antropológico-cultural del Estado constitucional, de la que emanan derechos fundamentales, y aunque la dignidad humana es una característica inherente a todos los miembros de la familia humana, esto no nos puede llevar a engaño, pues, como nuestro autor significa¹⁴², el hombre solamente experimenta, encuentra y “realiza” su libertad después de un largo proceso de socialización cultural, gracias también a la educación en el respeto de los derechos humanos. La libertad del “estado natural” es una ficción imprescindible, ciertamente, pero la libertad sólo se hace real a través de la cultura. Y por ello, en su significado más profundo, cualquier libertad es una libertad cultural. Por eso se puede hablar de una “cultura de la libertad”, pero también de “libertad como cultura”. Y en sintonía con todo ello, Häberle entiende que se puede acuñar la expresión “cultura de los derechos fundamentales”.

La *Grundrechtskultur* o “cultura de los derechos fundamentales” puede considerarse, según entiende Häberle¹⁴³, como una contribución de Alemania en el concierto de los Estados constitucionales europeos, parangonable al aporte inglés de la democracia parlamentaria, al francés del catálogo de los Derechos del Hombre de 1789, o al norteamericano, con el Estado federal y la jurisprudencia de la *Supreme Court*. Esa “cultura de los derechos fundamentales”, crecida durante largos años, revela una simbiosis entre las fuentes escritas y las no escritas de los derechos fundamentales.

III. En otro orden de consideraciones, nuestro autor no se muestra excesivamente proclive a un entendimiento generacional de los derechos, muy común entre la doctrina. En su opinión¹⁴⁴, las tres generaciones de derechos que se suelen distinguir son, en lo esencial, una muestra de la necesidad de perfeccionamiento de la

¹⁴⁰ PETER HÄBERLE: *El recurso de amparo en el sistema germano-federal...*, op. cit., pág. 256.

¹⁴¹ PETER HÄBERLE: *El concepto de los derechos...*, op. cit., págs. 102-104.

¹⁴² Ibidem, pág. 103.

¹⁴³ PETER HÄBERLE: *Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania*, op. cit., pág. 54.

¹⁴⁴ Peter Häberle, en la entrevista realizada por FRANCISCO BALAGUER, op. cit., págs. 26-27.

eficacia garantizadora de los derechos fundamentales, de la visión histórico-evolutiva de los derechos y del continuo desarrollo de los mismos de una manera abierta. A partir de aquí, considera que no se pueden separar de modo estricto, en casillas diferenciadas, los derechos humanos. Asimismo, se muestra convencido de que en un decenio se desarrollará una nueva generación de derechos humanos, que se situará en la "interminable cadena de la existencia" en materia de derechos humanos, aplicando una imagen de Goethe sobre el género humano.

Häberle reivindica con insistencia una ampliación del radio de acción de las libertades con la vista puesta en la salvaguarda de esas mismas libertades de las generaciones futuras. Reconoce¹⁴⁵ que es extremadamente difícil encarar el Derecho de los derechos fundamentales desde una perspectiva "temporal" y mirarlo como un "Derecho entre generaciones". Pero, a su juicio, hay que tomar la iniciativa y empezar. El contrato social también debe leerse como un contrato (ficticio) entre generaciones y el imperativo categórico de Immanuel Kant y el principio de responsabilidad de Jonas tienen que extenderse hacia el mundo futuro.

IV. Una de las grandes aportaciones de Peter Häberle en la materia de los derechos fundamentales fue formulada en la obra que aquí se presenta. Nos referimos a su teoría sobre la doble naturaleza de los *Grundrechte*.

Para nuestro autor, los derechos fundamentales de la *Grundgesetz* – aunque, innecesario es decirlo, esta teoría ha desbordado el marco específico de un ordenamiento – tienen un doble contenido jurídico-constitucional (*Doppelcharakter*): de un lado, presentan una "dimensión jurídico-individual", por medio de la cual garantizan a sus titulares un derecho público subjetivo: son, en definitiva, derechos de la persona. De otro lado, presentan una "dimensión institucional" que implica la garantía de ámbitos vitales regulados con arreglo a criterios de libertad que, en base a su significación jurídico-institucional, no se dejan encerrar en el esquema libertad individual / límites de la libertad individual. Ni se dejan tampoco reducir a la relación unidimensional individuo / Estado. Dicho de otro modo, mientras la primera dimensión garantiza la libertad individual, la segunda viabiliza el derecho para la consecución de los fines sociales proclamados por la Constitución.

¹⁴⁵ PETER HÄBERLE: *El concepto de los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 111-112.

Este doble carácter de los *Grundrechte* (Häberle cree que podría hablar de una cabeza de Jano, el dios de las dos caras) caracteriza su esencia, pues ambos aspectos, el individual y el institucional, constituyen, en su conjunto, el derecho fundamental, fortaleciéndose uno al otro. De esta forma, considerados desde el punto de vista de sus titulares, los derechos se manifiestan como derechos públicos subjetivos, mientras que considerados a partir de sus relaciones vitales se manifiestan como institutos.

Häberle, muy influido como ya dijimos por la teoría institucional de Maurice Hauriou y de Erich Kaufmann, nos muestra con notable precisión la recíproca relación existente entre los dos aspectos de los derechos fundamentales. El derecho es algo existente, formado y organizado: dicho de otro modo, es una situación objetivada y hecha realidad. A este aspecto institucional del derecho se vincula un aspecto personal que lo perfila como derecho individual. Las "regulaciones objetivas" – razona nuestro autor – sólo adquieren su carácter de libertad al agregarles el ordenamiento jurídico derechos individuales subjetivos encaminados al libre desarrollo de la personalidad. En resumen, por medio de los derechos fundamentales concebidos como derechos públicos subjetivos los individuos se insertan en un contexto de relaciones vitales objetivas, en el que han de actuar, indicándoseles el lugar en el que han de cumplir una tarea, una vocación. De esta forma, es el individuo quien "llena de vida" las ordenaciones institucionales.

Por lo demás, la significación institucional de los derechos, a la par que autoriza al legislador para conformar y limitar la libertad, opera como un límite frente al mismo, que ni puede vulnerar los derechos concebidos como institutos ni cuestionar el significado institucional de tales derechos.

V. La doctrina de la "doble naturaleza de los derechos fundamentales" ha experimentado con el devenir del tiempo algunos cambios y modificaciones. Häberle dice literalmente¹⁴⁶ que "ha abierto la puerta en su, por así decirlo, 'desarrollo histórico', a una pluralidad de diferenciaciones y dimensiones ulteriores bajo la *Grundgesetz*". Así, se habla también hoy de "multidimensionalidad" de los derechos fundamentales, como también de su "multifuncionalidad".

Esta teoría "multidimensional" de los *Grundrechte*, desarrollada por nuestro autor a partir de los años setenta, ha supuesto un notabilísimo enriquecimiento del

¹⁴⁶ PETER HÄBERLE: *Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia...*, op. cit., págs. 16-17.

ámbito de operatividad de los derechos fundamentales, respecto al tradicional esquema liberal de los *abwehrrechte* (derechos de defensa, de rechazo o negativos) de base individual, en sintonía con las profundas transformaciones que entraña el Estado social (la notabilísima ampliación de sus fines entre ellas), en la dirección de una ampliación de los procedimientos participativos, así como en la proyección de esos derechos en el marco de las relaciones entre los grupos sociales y entre los individuos y los grupos.

Häberle suele poner como ejemplo de esta visión "pluridimensional"¹⁴⁷ una temprana sentencia pionera del *Bundesverfassungsgericht*, del año 1957, que: en relación al art. 6º de la *Grundgesetz* (cuyo apartado primero dispone que: "El matrimonio y la familia gozarán de especial protección del ordenamiento estatal"), extraerá de tal norma un triple contenido: "derecho fundamental clásico", "garantía de instituto" y "norma de principio" expresiva de valores.

En otras sentencias, el Tribunal alemán hizo suya la idea de la protección de los derechos fundamentales por medio de "la organización y el proceso", así como la teoría de las obligaciones del Estado relativas a los derechos fundamentales (teoría de los deberes de protección). También en algunos otros momentos el Tribunal ha seguido la doctrina häberliana sobre la dimensión prestacional del Estado con la subsiguiente faceta participativa de los derechos fundamentales.

Y al margen de lo expuesto, pero, a nuestro entender, con evidente relación con todo ello, hay que recordar la faceta que presentan los derechos humanos como "objetivos de educación". Como dice Häberle¹⁴⁸, en cierta medida, el Estado constitucional "interioriza" de una manera específica los derechos humanos, siempre y cuando haga de ellos temas de sus objetivos educacionales, de lo que constituye paradigmático ejemplo el art. 27.2 de la Constitución española, cuando señala como uno de los objetos de la educación el desarrollo completo de la personalidad humana en el respeto a los derechos y libertades fundamentales.

En resumen, los derechos fundamentales no pueden reducirse a una relación unidimensional entre el Estado y el individuo. En último término, la comprensión pluridimensional de los derechos fundamentales viene a significar que en función de las nuevas situaciones de riesgo que acechan a los derechos fundamentales hay que

¹⁴⁷ PETER HÄBERLE, en la entrevista realizada por FRANCISCO BALAGUER, op. cit., pág. 20. Asimismo, entre otras muchas referencias, en *Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia...*, op. cit., pág. 17.

¹⁴⁸ PETER HÄBERLE: *El concepto de los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 89.

descubrir nuevas direcciones, niveles de eficacia y dimensiones de las garantías de esos mismos derechos. Aquí es donde Häberle hace entrar en juego el que llama *status activus processualis*, al que aludiremos más adelante.

VI. El carácter "institucional" de los derechos, al desbordar su dimensión como "derechos públicos subjetivos", obliga a nuestro autor, tal y como ya avanzamos, a una reestructuración de la doctrina de los *status* de Jellinek. Esta doctrina, que partía de la base del llamado *status activus* como *status* fundamental, se apoyaría en los que Jellinek denominaría *status negativus*, *positivus* y *passivus*. Mientras en Jellinek era el *status negativus* el que formaba la base de todo el sistema, en concordancia con su concepción de los derechos públicos subjetivos, en lo sustancial, derechos de defensa frente al poder, hoy, esta dimensión queda en último lugar si se opta, como es necesario hacer, por una visión participativa de los derechos, tenor de la cual éstos propician la participativa de los diferentes procesos de decisión (políticos, económicos, sociales, culturales...).

En sintonía con esta nueva visión, Häberle cree que comienza a surgir un nuevo tipo de *status*, que él denomina *status activus processualis*¹⁴⁹, un término bajo el que se debe comprender todo tipo de procedimiento en materia de derechos fundamentales, y que no es sino un derecho de participación cuya inmediata consecuencia, más que una "reserva de ley", implica una auténtica "reserva procesal de prestación", el *status activus processualis* se podría subsumir dentro del *status* primario, el *activus*, un *status* de participación en y con el Estado prestacional (*Leistungsstaat*).

En el Estado prestacional se refuerza el aspecto jurídico material de los derechos básicos mediante la inclusión de procedimientos muy precisos. El elemento aglutinador que vincula el Estado a sus respectivos derechos básicos de forma adecuada es lo que nuestro autor denomina¹⁵⁰ "reserva procesal de prestaciones", elemento que encierra una multiplicidad de relaciones jurídicas prestacionales de planificación, dirección, fomento y "direccionamiento".

Häberle reivindica la existencia de procedimientos previos como vía de resolución de las fricciones existentes entre los derechos fundamentales y el Estado prestacional. Este tipo de procedimientos previos pueden garantizar un equilibrio entre

¹⁴⁹ PETER HÄBERLE: *Pluralismo y Constitución*, op. cit., págs. 193-194.

¹⁵⁰ PETER HÄBERLE: *Pluralismo y Constitución*, op. cit., págs. 197, 198 y 199.

dos puntos de vista confrontados antes de que se desate el conflicto. Además, mediante los "procedimientos previos" se logran mejores efectos en materias constitucionalmente básicas que con los mejores procedimientos administrativos *ex post facto*. La conclusión es clara: por un lado, la "reserva de ley" se convierte en "reserva de procedimiento"; por el otro, los derechos básicos adquieren relevancia constitutiva a través del *status activus processualis*.

De la concepción expuesta se desprende con nitidez el carácter vinculante de la totalidad de los derechos, incluidos los de naturaleza social, concebidos como categorías jurídicas encaminadas a la plena realización de los postulados sobre los que descansa el Estado social de Derecho de nuestro tiempo.

Häberle no se queda inmovilizado en la tesis expuesta, pese a lo novedoso de su posicionamiento en muchos aspectos, sino que, dando un paso adelante, reivindica el llamado *status corporativus*, encaminado a la protección de los derechos de los grupos, y muy particularmente de las minorías.

A la vista de que muchos catálogos constitucionales de derechos, por influencia de la Declaración de 1789, siguen orientándose unilateralmente en un sentido individualista¹⁵¹, y de que el ser humano no vive como individuo aislado para sí, sino en una plenitud de grupos sociales, desde la familia a los sindicatos, pasando por las que nuestro autor llama "sociedades religiosas", se hace necesario buscar nuevos modelos de protección de los grupos y, muy especialmente, de las minorías. Y a ello responde el *status corporativus* häberliano. Nuestro autor¹⁵² pone como ejemplo a seguir el texto de la Constitución reformada de Hungría de 1989, que ha producido el extraordinario avance textual por el que las minorías se consideran "factores de formación del Estado".

En último término, Häberle, dando un paso más, ha acuñado una nueva caracterización de los *status*: el que denomina¹⁵³ *status mundialis hominis*. Junto a la sociedad de un Estado y su *status*, aparece completamente la sociedad mundial, con la consecuencia de un *marcus mundialis* de cada persona, basado en el derecho fundamental. Los derechos humanos, entendidos como derechos del hombre de cualquier nación, in-

¹⁵¹ Algunas excepciones a esa visión las encontraríamos en el art. 19.3 de la *Grundgesetz*, en el art. 2º de la Constitución italiana o en el art 9.2 de la Carta española.

¹⁵² Peter Häberle, en la entrevista realizada por FRANCISCO BALAGUER, op. cit., págs. 23-24.

¹⁵³ PETER HÄBERLE: *El concepto de los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 94 y sigs.; particularmente, págs. 100-101.

cluyendo los llamados "apátridas", tienen su raíz en el Estado constitucional nacional del actual escalón de desarrollo, y al mismo tiempo, en la "humanidad" universal.

El *status mundialis hominis* de derecho fundamental (universal) deriva hacia el *status civilis* y *culturalis* nacional. Dicho *status mundiales hominis* se hace palpable en los textos que prohíben expresamente una diferenciación por razones de nacionalidad, lo que nos muestra una relativización del modelo de Estado clásico.

VII. La última de las cuestiones a las que vamos a referirnos en relación a la concepción háberliana de los derechos es la que constituye el núcleo central del libro que aquí se presenta: el significado de la garantía del contenido esencial (*Wesensgehaltgarantie*) de los derechos fundamentales, contemplada por el art. 19.2 de la *Grundgesetz* ("En ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental"), norma inspiradora de la previsión análoga del art. 53.1 de nuestra Constitución, que ha dado pie a un amplísimo debate doctrinal y también jurisprudencial en Alemania.

La tesis central de nuestro autor es que la cláusula constitucional del art. 19.2 GG que sanciona la intangibilidad del contenido esencial de los *Grundrechte* es una norma de naturaleza simplemente declarativa. Es tan sólo una garantía complementaria y superflua de principios que ya han encontrado expresión en la Constitución. Su importancia se agota en resumir tales principios de modo específico en una fórmula. Dicho de otro modo, también sin garantía expresa del contenido esencial el *Wesensgehalt* (contenido esencial), que ha de determinarse por separado para cada derecho, estaría garantizado por la Constitución. Por lo mismo, en cuanto el art. 19.2 dice de modo declarativo simplemente lo que resulta de una interpretación adecuada del derecho fundamental afectado, Häberle cree que puede afirmarse que el art. 19.2 es una norma constitucional vacía¹⁵⁴, lo que no excluye, en modo alguno, una acogida satisfactoria de tal norma en interés de la seguridad jurídica, dado que un legislador tenderá antes a lesionar los principios a deducir sólo aisladamente del texto constitucional que a vulnerar un precepto constitucional expreso.

La comprensión de esta original formulación exige atender al sentido de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional, pues sólo a partir del mismo se

¹⁵⁴ En la entrevista realizada por FRANCISCO BALAGUER (op. cit., pág. 26), Häberle alude a su tesis acerca del "significado retórico" de la garantía del contenido esencial.

podrá entender como ha de procederse para la determinación de su contenido y límites y, a la vista de todo ello, aprehender la lógica de la construcción de Häberle.

El profesor de Bayreuth, inspirándose en el pensamiento de Gierke, parte de la idea de que el contenido de la idea de que el contenido de un derecho viene determinado por medio de su función ético-jurídica y social, variando esta última de unos sectores jurídicos a otros. En todo caso, frente a Duguit¹⁵⁵ y su Escuela, Häberle rechaza que la idea de la función social del Derecho deba presidir la teoría jurídica de los derechos, pues éstos "son esencialmente derechos públicos subjetivos", por lo que una concepción "funcional" de los derechos fundamentales no puede lograrse a costa de la significación individual de éstos. Y ello ha de ser así por cuanto la función de garantía de los derechos en singulares sectores de la vida se orienta directamente al desarrollo de la personalidad individual, como bien señala nuestro autor.

Pero los derechos fundamentales son, de igual forma, "fundamento funcional" de la democracia, lo que les reviste de una notable relevancia para la vida pública.

Si los derechos fundamentales son constitutivos tanto para el individuo como para la comunidad, si son garantizados no sólo a favor del individuo sino también por la función social que cumplen y constituyen asimismo el fundamento funcional de la democracia, de ello se deriva que la garantía y el ejercicio de los derechos fundamentales han de venir caracterizados por interrelación de intereses públicos e individuales, lo que, según Häberle, no es sino un reflejo lógico de la muy estrecha interconexión en que se halla el individuo y la comunidad. En coherencia con ello, nuestro autor entiende que no es posible reconducir los derechos (ni en el caso individual ni concebidos como amplios ámbitos vitales, esto es, como institutos) a una contraposición o a una coexistencia de intereses de diferente tipo; por el contrario, se han de caracterizar por una "coincidencia de intereses".

Los *Grundrecht*, como se infiere de lo expuesto, se encuentran en una relación de recíproco condicionamiento con otros bienes jurídico-constitucionales, de lo que se deduce que hay que determinar su contenido y sus límites en atención a los otros bienes constitucionalmente reconocidos junto a ellos. Para Häberle, el principio a través del

¹⁵⁵ Recordemos que Duguit, frente a la concepción individual de la libertad, pondría el acento en una concepción solidaria de la misma "Partout – escribe Duguit –, et particulièrement en France, une conception solidariste de la liberté se substitue à la conception purement individualiste". Más adelante, añadirá que: "le fondement du Droit est la solidarité ou interdépendance sociale, que tous les membres de la société sont obligés par la règle de droit de ne rien faire qui soit contraire à la solidarité sociale". LEON DUGUIT: *Traité de Droit Constitutionnel*, tome troisième. 3^a ed., E. De Boccard, Paris, 1930, pag. 640.

cual hay que determinar el contenido y límites de los derechos fundamentales, y a cuyo través se solucionan los conflictos que puedan surgir entre los diversos bienes constitucionales, es el principio de ponderación de bienes. La entrada en juego del principio de ponderación presupone, a nuestro modo de ver, el reconocimiento implícito de la existencia, en ocasiones al menos, de intereses contrapuestos que han de ser ponderados y reconducidos a esa "coincidencia de intereses" que postula nuestro autor.

De esta forma, la ponderación de bienes se convierte en el mecanismo para la determinación de los límites admisibles a los *Grundrechte*, en el bien entendido de que los bienes jurídico-constitucionales concurrentes no se hallan en una relación de supra o subordinación, sino que se encuentran en una relación de coordinación y condicionamiento recíproco. Ello se ha de traducir su vez en que la ponderación se conciba como equilibrio y ordenación conjunta.

Precisado el parámetro para la determinación del contenido y límites de los *Grundrechte*, (el principio de ponderación de bienes) Häberle encuentra en la cláusula de apertura del art. 5º. 2 GG (relativo al derecho a la libre expresión de opiniones, pero que él extrapola al resto de los derechos), según la cual: "Estos derechos encuentran sus límites en los preceptos de las leyes generales", la fórmula apropiada para expresar la inclusión de los derechos fundamentales en la generalidad material del sistema jurídico-constitucional de valores. Los derechos son colocados así bajo una reserva de este tipo, lo que viene a suponer que sólo pueden ser limitados para la protección de bienes jurídico-constitucionales de valor igual o superior, pero pueden ser limitados siempre que ello sea necesario para la protección de tales bienes.

La reserva de las leyes generales es inmanente a los derechos fundamentales. A su vez, los límites de las "Leyes generales" son límites de los *Grundrechte* conformes a la esencia, algo obligado si se advierte la relación esencial de los derechos con el conjunto de la Constitución y con los particulares bienes constitucionales. Esa relación conduce a nuestro autor a acuñar el concepto de "límites inmanentes", que muestra que la concretización de los límites admisibles de los *Grundrechte* no es un proceso que afecte a los derechos fundamentales desde fuera de la Constitución.

El legislador que concreta los límites inmanentes a los derechos fundamentales no lesiona ni relativiza tales derechos, sino que, según Häberle, los reafirma y asegura, los "determina" más bien.

En cuanto al contenido esencial de los *Grundrechte*, para nuestro autor no admite duda: los límites inmanentes son los que se corresponden con el contenido esencial, con ello nuestro autor quiere dejar claro que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es una medida que hay que decidir "en sí" e independientemente del conjunto de la Constitución y de los bienes jurídicos reconocidos junto a los derechos fundamentales.

Varias reflexiones se imponen a la vista del razonamiento häberliano. La primera de ellas es que el mismo contempla la ponderación de bienes (*Güterabwägung*) como el criterio-guía, como dice Ridola¹⁵⁶, en la determinación del *Wesensgehalt* o contenido esencial, en cuyo vértice pueden encontrar después ubicación, con el propósito de detallar más las condiciones que justifican la delimitación de cada derecho, las diversas técnicas interpretativas, basadas en los principios de proporcionalidad, llamado a desempeñar un papel clave, razonabilidad, prohibición de exceso y necesidad del límite.

En cuanto que la ponderación es una operación intrínsecamente dialéctica encaminada a la búsqueda del equilibrio, es evidente que exige que se haga individualizadamente respecto de cada derecho. El contenido esencial debe ser determinado, pues, con referencia a cada derecho fundamental.

La idea de equilibrio cobra especial vigor en la operación de ponderación, pues de ésta queda excluida toda relativización de los derechos fundamentales, debiendo procederse a delinear como "núcleo inviolable de la libertad" aquel ámbito dentro del cual ya no hay incuestionablemente ningún bien jurídico de igual o superior rango legítimamente limitador del derecho. Según Häberle, el resultado de tal ponderación es el ámbito protegido "de un modo absoluto" del derecho fundamental. Nuestro autor viene a establecer de esta forma una suerte de "cláusula de cierre" que, en alguna medida, podría considerarse como contrapeso frente al dinamismo y apertura de la operación ponderadora.

¹⁵⁶ PAOLO RIDOLA, en la "Introducción" a la obra de PETER HÄBERLE, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, op. cit., págs. 22-23.

Por otro lado, la construcción de Häberle se asienta en la atribución al legislador de una doble, y no siempre – creemos – compatible función: la de limitación y la de conformación; dicho de otro modo, al legislador corresponde tanto la concreción de los límites como la determinación del contenido de los *Grundrechte*. La teoría de los "límites inmanentes" propicia esa doble actuación del legislador a cuyo través contenido y límites del derecho parecen fundirse en una unidad, que se presenta como la resultante de su recíproco condicionamiento. Sin embargo, como bien se ha expuesto¹⁵⁷, la concepción häberliana en este punto no deja de suscitar serios problemas, pues, tradicionalmente, el límite presupone la existencia del contenido que se limita, contenido y límites no son idénticos. Más aún, la diferencia entre contenido y límites de un derecho fundamental tiene su correlato en la diferencia jerárquica entre la Constitución y las normas infraconstitucionales, de naturaleza legal en la mayor parte de los ordenamientos. Dicho de otro modo, el legislador es constitucionalmente habilitado para el establecimiento de los límites a los derechos.

Häberle trata de salvar este problema a través de la consideración de que la conformación presupone que la ley da al derecho forma concreta, partiendo del "ideal" que la Constitución ha elaborado respecto de cada derecho. Ello entraña que el legislador, en el ejercicio de su función de limitar y conformar, carece de discrecionalidad. El legislador, añade Häberle, está al servicio de la Constitución, concretando sus decisiones valorativas. El legislador "piensa" los contenidos valorativos jurídico constitucionales hasta el final. La Constitución se actualiza, alcanza "validez real" a través de la legislación. Por ello, nuestro autor considera la legislación resultante de la reserva, condición irrenunciable para la normatividad y la normalidad¹⁵⁸, para la "validez" de los derechos fundamentales y de la Constitución en general.

El profesor de Bayreuth admite que los abusos contra los derechos no en raras ocasiones han sido impulsados por el instituto de la reserva de ley, y ello, a su juicio, es lo que ha conducido a una perversión de su sentido y finalidad, pero el abuso de un instituto no dice todavía nada en contra del instituto como tal.

¹⁵⁷ JUAN CARLOS GAVARA DE CARA: *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo (La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn)*, CEC, Madrid, 1994, pág. 277.

¹⁵⁸ En la propia obra que nos ocupa, Häberle, siguiendo la conocida formulación de Heller (a la que aludimos en un momento precedente) acerca del paralelismo entre normatividad y normalidad, considera que la "fuerza normativa" de los derechos fundamentales se desarrolla en la aplicación concreta, en el ejercicio de hecho por los numerosos titulares de derechos fundamentales. Dicho de otro modo, es a través del permanente ejercicio de los derechos fundamentales por los sujetos de Derecho como se realiza la normalidad esperada por la normatividad de la Constitución.

Ciertamente, las experiencias anteriores a la Segunda Gran Guerra convirtieron al legislador en el potencial enemigo de los derechos fundamentales; de ahí las cautelas constitucionales expresadas en los Códigos constitucionales posteriores al año 1945 y patentes, muy significadamente, en el ámbito de los derechos fundamentales. Es obvio que el legislador democrático no puede ser considerado como el enemigo de los derechos, pero ello no es obstáculo para que las cautelas constitucionales sigan siendo establecidas frente a un legislador, o mejor, frente a una mayoría parlamentaria que en un determinado momento pueda aprobar normas legales dudosa, si no claramente, contradictorias con la letra o el espíritu constitucional. Quizá, y nuestro autor así lo reconoce¹⁵⁹, ello encuentre una explicación en la consideración de que probablemente no pueden sustentarse idénticas posiciones en un contexto de cultura constitucional plenamente consolidado, como el del Estado constitucional alemán, que en un contexto de cultura de los derechos fundamentales todavía en construcción, como por ejemplo es el caso español, en donde cobraría pleno sentido una interpretación más firme de los contornos de la cláusula del contenido esencial.

La Constitución, como dice Häberle, necesita a la legislación como mediadora con respecto a la realidad social, pero entender que sin la mediación del legislador la Constitución se queda en un nivel “ideal” de validez sólo formal no deja de suponer una cierta relativización de la normatividad constitucional. Piénsese, por poner un ejemplo concreto, en que la normatividad constitucional no deja de producir efectos aun en ausencia de la actividad mediadora del legislador. Así, los derechos de configuración legal no dejan de tener eficacia jurídica por el hecho de que el legislador no haya llevado a efecto la oportuna mediación.

Por otro lado, y desde la óptica específica del artº 53.1 de la Constitución española, si los límites se corresponden con el contenido esencial, pierde buena parte de su sentido la tutela constitucional de ese mismo contenido a la que se refiere la propia norma, a modo de cautela frente a la actividad normadora del legislador, que se canaliza a través del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Cuanto se acaba de exponer ilustra, a nuestro modo de ver, acerca de algunas de las objeciones que, por lo menos desde la perspectiva del Estado constitucional español, un Estado con una cultura constitucional de los derechos aun en proceso de

¹⁵⁹ PETER HÄBERLE: en la entrevista realizada por FRANCISCO BALAGUER, op. cit., pág. 26

consolidación, pese a los extraordinarios avances experimentados en el último cuarto de siglo, pueden argumentarse frente a la construcción häberliana, bien que algunas de las objeciones, por así considerarlas, formuladas tengan, a nuestro entender, un espectro de mayor radio de acción.

Retornando a la argumentación de Häberle hay que señalar que nuestro autor concluye abordando el significado de la garantía del contenido esencial del artº 19.2 de la *Grundgesetz*. En coherencia con su construcción, nuestro autor entiende que la referencia del constituyente alemán al contenido esencial es una fórmula de alcance análogo al de una cláusula general, que no determina de una vez para siempre qué es, en este sentido, “esencial” a los derechos fundamentales.

La conclusión final, como ya anticipamos, es que estamos en presencia de una norma puramente declarativa. Sin embargo, esta conclusión, a la vista de la función del artº. 19.2 GG – aseguramiento de los derechos fundamentales frente al legislador – es matizada por Häberle, que califica a la norma en cuestión como garantía institucional, lo que a su juicio no implica contradicción alguna con el carácter declarativo que atribuye al artº 19.2, pues las garantías, con frecuencia, aseguran, conforme a su esencia, justo lo que ya en sí, implícitamente, está asegurado.

En definitiva, la cláusula del artº 19.2 viene a operar, en la concepción häberliana, como una suerte de norma de aseguramiento “de reserva”. Sólo si se desvaneciera la interpretación adecuada del derecho fundamental afectado por la legislación de reserva, entraría en juego el artº 19.2 GG a modo de institución de tutela para la defensa de la libertad y aseguramiento de su “esencia”.

Las posibles objeciones, matizaciones o discrepancias incluso que pueden suscitar algunas de las reflexiones häberlianas no obstan en lo más mínimo para dejar de reconocer y subrayar la importancia de esta obra que, ofreciéndose formalmente como una reflexión sobre una norma concreta de la *Grundgesetz*, no sólo desborda ampliamente con sus reflexiones el marco constitucional alemán, sino que se constituye en una de las más relevantes aportaciones de la segunda mitad del pasado siglo a la dogmática constitucional, destacando especialísimamente la idea del *Doppelcharakter* de los derechos fundamentales.