

## ESTUDIO INTRODUCTORIO

### I. PETER HÄBERLE: UN JURISTA PARA EL SIGLO XXI

#### 1. *Preliminar*

Aunque Peter Häberle es un autor muy conocido en lengua española y el Instituto de Investigaciones Jurídicas ya ha publicado trabajos suyos, ésta es la primera obra de gran alcance del autor que se publica en México. En 1998, en un breve pero ilustrativo texto, el profesor Ignacio Gutiérrez hizo una sugerente presentación a la obra *Libertad, igualdad, fraternidad*, también del profesor Peter Häberle. El título de esa presentación me resultó llamativo: “Una teoría de la Constitución para el siglo XXI”. No puedo estar más de acuerdo; pero en mi caso, y para la obra que ahora tiene en sus manos el lector, decidí ir aún más lejos. Confío en que quienes ya conocen la obra completa del profesor Häberle coincidan conmigo cuando lo caracterizo como un jurista para el siglo XXI. La amplitud de sus aportaciones a la ciencia del derecho, y el cúmulo de problemas que permite anticipar y resolver, así lo justifican. Con esa idea en mente, me interesa destacar algunas de las más significativas contribuciones científicas del ilustre y admirado jurista alemán.

#### 2. *Perfil del autor*

A manera de breve registro biográfico: Peter Häberle nació en Göppingen en 1934. Sus estudios jurídicos los realizó en Tubinga, Friburgo, Bonn y Montpellier. Obtuvo el doctorado en la Universidad de Friburgo en 1961; su tesis versó sobre el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual en ningún caso podrá verse afectado el contenido esencial de un derecho fundamental. Como bien apunta Francisco Balaguer (p. 9), hoy se trata de una obra clásica. A los treinta y cinco años alcanzó la cátedra en Friburgo, luego la ocupó en Marburgo y desde 1981 la ejerce en Bayreuth y en St. Gallen. Su extensa obra, a la que parcialmente nos referiremos aquí, ha sido objeto de traducciones al español, italiano, griego, polaco, japonés

y coreano. El primer texto suyo publicado en México, “El Estado constitucional europeo”, apareció en *Cuestiones Constitucionales* (enero-junio, 2000).

En 1997 el profesor Häberle sostuvo un importante (“brillantísimo”, dice con razón Zagrebelsky) diálogo académico con el catedrático granadino Francisco Balaguer. En tanto que Balaguer es un eminente constitucionalista y un profundo conocedor de la obra del profesor alemán, el texto presenta una formidable síntesis de las ideas de Häberle al tiempo que ofrece la posibilidad de adentrarse en la multifacética personalidad del erudito y del artista. Difícilmente se puede entender el concepto central de Peter Häberle, de la relación indisoluble entre Constitución y cultura, sin tener presente su formación filosófica, artística, literaria y jurídica.

En el diálogo con Balaguer aparece una afirmación llamativa: Häberle se declara “discípulo de sus discípulos”. No se trata de un juego de palabras ni significa sólo una actitud de modestia; es mucho más que eso. Cuando la doctrina de un maestro es proseguida de manera creativa por otros autores significa que se ha encontrado una rica vertiente en la construcción normativa. Así se podrá confirmar en las páginas de esta obra, que representan una gran síntesis de las ideas del autor.

La entrevista con Balaguer aporta guías muy valiosas. En lo que podríamos denominar como “genealogía” doctrinaria de Häberle, identifica a Rudolf Smend como maestro de Konrad Hesse, y a éste, a su vez, como el suyo propio. “De Smend puedo considerarme su nieto”, declara a Balaguer (p. 11). En este punto debe tenerse presente la dura polémica que sostuvieron Kelsen y Smend con motivo de las presuntas implicaciones de la teoría de la integración con el fascismo (Abignente, pp. 224 y ss.). Smend —y así lo recuerda Häberle— formuló diversas correcciones a su teoría muchos años después. No obstante, su concepto de la integración personal sigue siendo objeto de fuertes críticas (por ejemplo, Roehrssen). Debe subrayarse que en este punto, en el que Smend (pp. 70 y ss.) justifica la concentración del poder en una persona equiparándolo a un símbolo nacional, no es seguido en forma alguna por Häberle.

También dice, en ese esclarecedor diálogo, que a Hermann Heller “le debe más que a nadie”. La relación entre algunas ideas de ambos autores la podremos ver en esta importante obra, pero vale la pena retener la declaración del profesor en el sentido de que “en el plano científico debo a Heller la comprensión profunda de una teoría del Estado culturalmente integrada, que yo he intentado continuar bajo la idea de una teoría científico-cultural de la Constitución”. En particular debe tenerse presente la poderosa teoría que Heller (p. 269) construye en torno a la relación entre norma y normalidad: “Así como no pueden estimarse completamente separados lo dinámico

y lo estático, tampoco pueden serlo la normalidad y la normatividad, el ser y el deber ser en el concepto de la Constitución”. Dentro de esa misma idea se incluyen los factores culturales que, como es obvio, forman parte de la realidad (o normalidad). Heller formula así su conocida distinción entre Constitución normada y no normada. Esta última es la Constitución real, que puede consistir en una normalidad sin normatividad, pero lo contrario no es posible. La Constitución normada a su vez puede serlo jurídicamente y extrajurídicamente (por la costumbre, la moral, la urbanidad, la moda, por ejemplo). Las implicaciones democráticas de la tesis de Heller son claras: la normalidad (lo que ocurre), ha de coincidir con la normatividad (lo que debe ocurrir). Heller formuló esta tesis en 1934 y, seis años después, Mortati (por ejemplo, p. 56) aludió a la relación entre normalidad y normatividad, pero no intentó examinar las implicaciones profundas de esa relación porque le habría sido imposible fundamentar, por esa vía, las bases constitucionales del Estado fascista.

Son asimismo importantes las posiciones que Häberle toma con relación a Hans Kelsen y a Carl Schmitt. A propósito del primero, apunta que se separa de él en el aspecto metodológico, aunque se acoge a sus aportaciones sobre la “construcción escalonada del sistema jurídico”, que conduce al concepto de norma de normas. En cuanto a Schmitt es, comprensiblemente, muy severo. Distingue entre el autor de una de las más importantes obras sobre teoría de la Constitución, por su “fuerza sistemática y sus innovaciones”, y el autor del “indescriptible trabajo” denominado “Los judíos en la ciencia jurídica alemana”, y del “nefasto” artículo “El Führer protege el derecho”. Concluye con una expresión significativa: “veo con pesar que, en algunos países latinos..., se ha producido una especie de renacimiento de Schmitt” (Balaguer, p. 16).

En este punto es oportuno señalar que el profesor Häberle también ha manifestado, en diversos textos, que le ha sido de gran importancia la teoría del *status* de Jellinek. Para este “sabio”, como solía llamarlo Adolfo Posada, fue útil tomar “del derecho antiguo” la voz *status*, para denotar con ella la posición de la persona respecto del Estado. Jellinek identificó cuatro *status* (libro III, cap. XIII): negativo, positivo, activo y pasivo. Encontró que los términos de la relación entre el individuo y el Estado se traducen en la libertad para el individuo de hacer todo lo que no se le prohíbe, en exigir del Estado aquello a que está obligado, en participar en las acciones del Estado y en acatar las decisiones del Estado. Alexy apunta (pp. 248 y ss.) que, con base en esa trascendental aportación de Jellinek, se han desarrollado otras teorías del *status*: el *status constituens*, de E. Denninger; el *status* de derecho constitucional y de derecho político general, de K. Hesse; el *status libertatis*,

de E. Grabitz, y el *status activus processualis*, de P. Häberle. Admite que este último acierta cuando critica la teoría del *status* de Jellinek porque no abarca la situación completa del ciudadano activo “en el que las normas de derecho fundamental deben colocar al individuo”. Aunque a continuación Alexy formula algunas observaciones a la afirmación de Häberle, no controvierte sus razones de fondo.

Los temas de nuestro tiempo son objeto de reflexiones relevantes en ese intenso diálogo. El profesor español va planteando inteligentemente los temas, y el profesor alemán ofrece respuestas breves pero orientadoras: la reunificación interior alemana es una tarea pendiente que ahora corresponde a la cultura política; las elecciones de jueces sujetas a la negociación política en los congresos (como es el caso en Estados Unidos), abren la vía a excesos; las aportaciones constitucionales de los países del este europeo representan un rico caudal de innovaciones que debe ser examinado con atención; se requiere una teoría constitucional del mercado que determine las fronteras del pensamiento económico unilateral y rescate el concepto de dignidad del hombre; se debe impulsar la protección constitucional de las minorías. Son éstos algunos de los aspectos que figuran en la entrevista y que han sido desarrollados ampliamente por Häberle en numerosos estudios.

Otro importante testimonio del proceso formativo de Peter Häberle aparece en la entrevista que sostuvo con el jurista peruano César Landa. Aunque el tema central del diálogo (pp. 245 y ss.) se refiere a las perspectivas de la enseñanza del derecho constitucional, queda clara la posición del jurista alemán en cuanto a la necesidad de preservar una formación tan amplia como fuere posible de quienes se preparan para el ejercicio del derecho, sea como jueces, abogados o profesores. De ahí que defienda la vigencia de los exámenes de Estado para quienes aspiran al ejercicio de la abogacía en Alemania, como un elemento que seguirá estimulando la formación del “jurista integral”. En esa entrevista aparece un elemento directamente vinculado con las tesis de Häberle. Subraya la conveniencia de que en el Tribunal Constitucional estén representados diversos grupos profesionales: ex parlamentarios, abogados postulantes, miembros de la magistratura y académicos. ¿La razón? Es muy explicable: la pluralidad de perspectivas en un tribunal de esa naturaleza enriquece las posibilidades de interpretación abierta que el autor postula en otros trabajos.

### 3. *La teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*

El estudio de Häberle “Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura en lexemple dels 50 anys de la llei fonamental” aporta claves muy importantes de su pensamiento. En especial subraya la relación entre cultura y dignidad (p. 45), que es el eje de su gran concepción teórica para afirmar categóricamente que “no existe una libertad cultural previa a la cultura”. El examen de cincuenta años de vigencia de la Ley Fundamental de Alemania lo lleva a identificar el proceso a la luz de las categorías centrales de su tesis. La teoría de la Constitución, como ciencia de la cultura, ofrece instrumentos que permiten analizar cincuenta años de vida constitucional alemana desde una perspectiva que va más allá de los solos enunciados normativos. Por eso Häberle introduce entre las categorías de análisis del Estado constitucional la idea del tiempo: “el Estado constitucional vive en el ‘curso del tiempo’ para arribar a la dialéctica entre estática y dinámica, entre conservación y cambio” (p. 49). Es, sin duda, un acierto, porque el aspecto temporal debe tenerse presente en todos los procesos de cambio político y constitucional. Linz (esp. pp. 35 y ss., y 61 y ss.) también le ha dado una gran relevancia al estudio del tiempo en los cambios de régimen y ha examinado, desde la ciencia política, la secuencia temporal en las crisis y en los cambios de régimen, y el valor del tiempo como variable vinculante en los procesos políticos.

\*\*\*

A partir de 1982 el profesor Häberle inicia el esfuerzo programático de configurar la teoría de la Constitución como una ciencia cultural. Aquí subraya la importancia que para él han representado las obras de Hermann Heller y Max Weber. Entre las ideas rectoras de esa indagación, Häberle cita la tesis de Rudolf Smend en el sentido de que aunque dos normas (o Constituciones) se expresen en los mismos términos, no necesariamente tienen igual significado. Georg Jellinek (p. 121) ya había señalado que una misma norma puede tener distinto sentido en tiempos diferentes; Smend extendió la pluralidad de contenidos de la norma al establecer que incluso en momentos coincidentes, la norma puede variar conforme al lugar de su aplicación. Así, un mismo texto puede cambiar conforme a condiciones temporales y espaciales. Es claro que el elemento que explica esa variación tiene que ser de índole cultural.

En cuanto a la idea de Häberle de la Constitución del pluralismo, señala como uno de sus referentes la obra de Karl Popper, de quien toma la idea de la sociedad abierta. Declara, empero, que Popper no aborda el problema de que toda sociedad abierta requiere de un consenso cultural fundamental (el orden constitucional) que haga posibles la apertura y la cohesión. Este es un aspecto de la mayor relevancia en tanto que si bien la democracia “es la forma estatal que se corresponde con la dignidad del ser humano”, en una sociedad abierta también existen ámbitos donde la democracia no es el principio dominante (Balaguer, p. 33). Es el caso de las organizaciones académicas, artísticas o deportivas. La existencia y el funcionamiento jerarquizado de estas organizaciones, empero, no desvirtúan la vigencia de la democracia constitucional.

\*\*\*

De la obra de nuestro autor se desprende que la Constitución traduce un doble proceso cultural: por una parte el de naturaleza temporal y por otra el de naturaleza espacial. Ambos presentan a su vez una dualidad. En cuanto al proceso temporal hay un elemento diacrónico, que resulta de la experiencia histórica, y otro sincrónico, que corresponde al proceso constituyente. En efecto, cada Constitución tiene como antecedente cultural la suma de las experiencias propias que el constituyente toma en cuenta para seleccionar las instituciones y darles un contenido determinado; pero también incluye una serie de demandas y expectativas que se producen en la sociedad en el momento mismo en que se lleva a cabo el acto constitutivo.

En cuanto al proceso espacial, a lo largo de la obra del profesor Häberle se identifican los elementos que diferentes actos constituyentes han aportado al Estado constitucional de nuestro tiempo. Aquí se puede hablar de los patrones culturales cuya génesis corresponde a una sociedad en especial y que se han irradiado al resto de las sociedades para convertirse en referentes comunes, o que han venido siendo incorporados selectivamente por diferentes sociedades. A manera de ejemplos pueden señalarse el federalismo, de origen norteamericano, adoptado y convertido en parte de la cultura política de diversas sociedades en el mundo, y los derechos humanos, cuyas primeras manifestaciones normativas se registran en Inglaterra, Estados Unidos y Francia, que en la actualidad han sido interiorizados por todas las sociedades contemporáneas donde existe el Estado constitucional.

Ese doble proceso cultural tiene a su vez sus respectivas diadas, lo que permite valorar la riqueza de la teoría del profesor Häberle. Las contribu-

ciones de cada sociedad, en cada etapa histórica, tienden a incorporarse a la cultura compartida, sin perjuicio de que cada sociedad, al interiorizar las experiencias ajenas, lo haga aportando sus propios matices y generando, a su vez, nuevos elementos que se incorporen al intercambio creciente de patrones culturales, que hace cada vez más homogéneos a los Estados constitucionales. El Estado constitucional es un producto multicultural.

El sustento cultural de las Constituciones corresponde a uno propio de la *cultura autónoma*, con efectos limitados al ámbito nacional del Estado donde rige la Constitución, y a otro que forma parte de lo que podría denominarse, utilizando ideas e imágenes de la obra del profesor alemán, *cultura cooperativa*, que comparten las sociedades con vocación de afinidad. Esto último nos permite identificar, como en el derecho comparado, *familias culturales* muy claramente vinculadas o diferenciadas por sus expresiones constitucionales. En derecho privado comparado, Arminjon, Nolde y Wolff identificaron (pp. 14 y 18) en 1950 siete grupos jurídicos: francés, germánico, escandinavo, inglés, ruso, islámico e hindú (en esa época todavía era prematuro hablar del chino); treinta años más tarde René David (pp. 5 y ss.) lo simplificó en familias jurídicas romano-germánica, socialista, del *Common Law*, derechos religiosos y tradicionales. En derecho constitucional comparado sólo enuncia una variedad de estilos constitucionales: democracia racionalizada, democracia social, democracia socialista y sistemas autoritarios.

Los cambios operados en materia civil llevarían hoy a una nueva clasificación. En cuanto a la materia constitucional podemos hacer también variaciones. Si atendemos a la forma de organizar el poder, podemos reconocer la familia presidencial y la familia parlamentaria; si atendemos a la protección de los derechos humanos podemos identificar la familia moderna (donde esos derechos están garantizados e incluso se mantienen en desarrollo) y la familia tradicional (donde subsisten normas adversas a los derechos fundamentales, porque todo orden constitucional que no está expresamente comprometido con esos derechos debe ser considerado adverso a ellos); si atendemos a la organización del Estado, hay una familia federativa (que incluye expresiones federales y regionales) y una familia unitaria; si atendemos a los contenidos de prestación, tendremos una familia social (donde se prevén las obligaciones de prestación a cargo del Estado), y una familia programática; si atendemos a los procedimientos democráticos adoptados tendremos una familia representativa (donde existe la centralidad del Congreso o del Parlamento), y una familia participativa (donde prevalecen los instrumentos de consulta popular directa), y finalmente si atendemos a los instrumentos de control político y jurisdiccional tendremos una familia responsable (donde Congresos y tribunales son eficaces en el ejerci-

cio de sus tareas) y una familia arcaica (donde existen relaciones asimétricas entre los órganos del poder).

\*\*\*

En un sugerente ensayo, Mârtires Coelho intenta relacionar las teorías de Lassalle, Hesse y Häberle. Se trata de un esfuerzo inteligente aunque no necesariamente convincente. Entre el discurso de Lassalle, de 1862, y el ensayo de Hesse, de 1959, se da una vinculación expresa; a su vez entre el trabajo de Hesse y el de Häberle, de 1975, existe también una conexión temática. Pero no encuentro elementos que evidencien un vínculo entre Lassalle y Häberle en este punto. El propio Mârtires Coelho acepta (p. 80) que Häberle no hace referencia alguna a la obra de Lassalle.

El problema al que alude Hesse es el concerniente a la tensión entre la Constitución y el derecho constitucional; en otras palabras, entre la norma y la realidad. Por eso recuerda, al inicio de su ensayo (p. 61), la célebre conferencia de Lassalle. A la pregunta ¿qué es una Constitución?, sigue la respuesta categórica: lo que deciden los que ejercen el poder. La Constitución es “la suma de los factores reales de poder”, dijo (Lassalle, p. 63), después de haberlos identificado como la nobleza, la burocracia, el ejército, los banqueros, los industriales y los terratenientes. Hesse (en “La fuerza normativa de la Constitución”) demuestra el mutuo condicionamiento entre la “Constitución real” y la “Constitución jurídica” a través de una vía de ida y vuelta que consiste en la “adaptación inteligente a las circunstancias” por parte de la Constitución jurídica y en “convertirse en una fuerza actuante” sobre la Constitución real. Por ende, los límites de la fuerza normativa de la Constitución se encuentran donde la norma deja de identificarse con la realidad, bien porque no la reconoce, bien porque ya no puede influir en ella.

Allí es donde se da el punto de contacto con lo que después desarrollaría su discípulo: del reconocimiento del entorno histórico, de Smend (p. 75), Häberle da un paso más para señalar, de manera directa y expresa, la vinculación amplia, dinámica y constructiva entre Constitución y cultura. Queda atrás, como se puede apreciar, el problema escueto de los actores reales de poder. Más aún: debe recordarse, como lo hace Heller (*Las ideas...*, p. 169), que el argumento de Lassalle estaba orientado en el sentido de armonizar la idea del Estado de Hegel con las doctrinas económicas de Marx, para culminar con un “Estado de la clase obrera”. Esto es muy claro si, además de la célebre y muy mencionada conferencia dictada por Lassalle el 16 de abril de 1862, se revisa la que pronunció en noviembre de ese mismo año,



como continuación de la anterior, con el desafiante título de “¿Y ahora?”. Ahí se cierra el argumento: el nuevo factor real de poder debía ser el pueblo organizado para la democracia. Meses después (febrero de 1863) enunció (p. 169), en un breve párrafo, la esencia de su argumento: “sólo en la democracia reside el derecho, y en ella residirá también, en toda su integridad, el poder”. Como se puede ver, entre el planteamiento de Lassalle y el de Häberle no puede establecerse relación alguna. En un caso se atiende a las relaciones de fuerza y en otro a los vínculos culturales.

\*\*\*

Por su parte, Rodríguez Olvera (p. 70) hace una observación relevante cuando examina el concepto de Constitución en sentido cultural. No se trata, señala, de un criterio que se integre en “una clasificación analítica”. Tiene razón en tanto que, a diferencia de las clasificaciones constitucionales (escritas y no escritas, rígidas y flexibles, por ejemplo), no se puede hablar de unas Constituciones como culturales y de otras como no culturales. Esta reflexión merece atención, porque ciertamente el profesor alemán no propone un criterio clasificador, sino un significado común a todas las Constituciones. Pero cabe entonces plantear a qué tipo de Constitución resulta aplicable la relación entre la norma suprema y la cultura.

Entre las diversas formas de clasificar las Constituciones recogemos ahora dos. La de Jorge Carpizo (pp. 417 y ss.) que, entre otras, las divide en democráticas, cuasidemocráticas, de democracia popular y no democráticas, y la de Karl Loewenstein (pp. 216 y ss.), que las agrupa en normativas, nominales y semánticas. Veamos cómo se puede leer a Häberle con relación a estos autores.

En cuanto a la propuesta de Jorge Carpizo conviene tener presente que numerosos constitucionalistas se acogen al enunciado clásico del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, conforme al cual “toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”. Desde esta perspectiva no estarían dispuestos a admitir que pueda haber una Constitución no democrática. Esta objeción podría hacerse también a la clasificación de Karl Loewenstein, porque se diría que una Constitución es o no es, y que por lo mismo no cabría que fuera nominal o semántica.

Sin embargo el debate no puede ser tan sencillo. La reserva del artículo 16 mencionado opera sólo para lo que certeramente Häberle denomina Estado constitucional, cuya relación con la Declaración es indudable. Como

bien señala Miguel Carbonell (pp. 25 y ss.), Häberle sintetiza brillantemente las aportaciones de la Declaración a esa forma de Estado (Constituciones escritas, derechos fundamentales intransferibles e imprescriptibles, codificación del derecho, poder constituyente del pueblo, separación de poderes, la ley como expresión de la voluntad general). En un solo texto se condensaron diversas expresiones doctrinarias previas, que se consideran definiciones necesarias del Estado constitucional; pero ni siquiera esos elementos representan, hoy, la totalidad de la gama de aspectos a los que atiende ese tipo de Estado, ni es el Estado constitucional el único que existe.

Todo Estado tiene un estatuto jurídico, escrito o consuetudinario, al que denominamos Constitución, independientemente de las orientaciones políticas que adopte y del contenido de la norma suprema que lo rijja. El constitucionalismo moderno y contemporáneo se orienta en un sentido decididamente democrático; pero esto no implica que no existan otras modalidades de organización normativa del poder. En este sentido, la Constitución no democrática se explica culturalmente en tanto que existan las condiciones de poder que la imponen y forme parte de una realidad social determinada, así repugne admitirlo.

En el caso de la clasificación de Karl Loewenstein el problema es de otra naturaleza. Aun cuando la aportación de Loewenstein a la teoría de la Constitución es una de las más relevantes, su clasificación de las Constituciones presenta dos puntos débiles. El primero es que alude a un criterio “ontológico” de las Constituciones. En este sentido incurre en una contradicción al afirmar que la Constitución nominal “carece de realidad existencial”. Eso sólo es posible que ocurra en el caso de las Constituciones escritas, porque se puede aceptar que una Constitución escrita determinada no se aplique, pero no es admisible que en un Estado no exista ninguna disposición normativa que se aplique, porque entonces no hay Estado. El otro problema que presenta esta parte de la teoría de Loewenstein consiste en que al encuadrar su clasificación desde una perspectiva ontológica, excluyó la posibilidad de que un mismo texto pudiera ser, en distintos momentos, objeto de aplicación o de no aplicación; y más todavía, no permite examinar separadamente las diversas partes que componen el texto para establecer el grado de cumplimiento de la norma. Al determinar que una Constitución es nominal, por ejemplo, se afirma que toda ella carece de “realidad existencial”.

Desde esa perspectiva el concepto cultural de la Constitución no es aplicable. En cambio, si trasladamos el esquema de Loewenstein de una categoría irreductible (sentido ontológico) a una forma de expresión de las Constituciones escritas (sentido fenomenológico), entonces se produciría una

plena coincidencia con Häberle, y se tendría una forma más de corroborar lo adecuado de su concepto. Sobre este aspecto ya he afirmado (*El control del poder*, pp. 427 y ss.) que en diversas etapas de su vigencia, una Constitución escrita puede caracterizarse como normativa o nominal, según su nivel de eficacia, con independencia de su contenido; y que también es posible identificar, en un mismo momento, que diversas disposiciones constitucionales son aplicadas en tanto que otras se encuentran sujetas a desarrollo por parte del legislador, por ejemplo. No entremos aquí al tema de la inconstitucionalidad por omisión, sino sólo examinemos si en este caso estaríamos ante una Constitución normativa, porque algunos de sus preceptos se aplican, o nominal, porque sólo cuando se cumple con la totalidad de las disposiciones constitucionales se puede hablar de Constitución en sentido normativo. Si fuera este último el entendimiento adoptado, tendríamos que concluir que ninguna Constitución que prescriba el bienestar social sería normativa.

Si le damos un giro al criterio de Loewenstein, para llevarlo al mundo fenomenológico, y admitimos la fluidez de las Constituciones como un dato de la realidad, podremos advertir hasta qué punto es funcional la teoría de Häberle. Gracias a ella podremos explicarnos que un texto constitucional se convierta en la expresión normativa de planteamientos sociales, o induzca nuevas formas de conducta social. Únicamente desde esa perspectiva se podrá captar toda la potencial fuerza transformadora de una Constitución y entender que su naturaleza es tan dinámica como la propia colectividad en la que se aplica. Häberle con frecuencia recurre a una expresión de Goethe, señalando que la “Constitución es forma nacida de la vida”, y tiene razón, porque la Constitución, como la sociedad en la que rige, tiene su propia vida; no es una estructura rígida, estática, sino un rico entramado elaborado para organizar el complejo proceso del poder y la intensa vida social (Goethe, *Egmont*, actos II y IV). Desde esta perspectiva la Constitución no se produce como un reflejo de la sociedad, ni la sociedad la adopta como un modelo ajeno a su forma de ser actual o a su proyecto de transformación futura; sencillamente ocurre que la Constitución es una parte de la vida social organizada. Cuando nuestro autor alude, por ejemplo, a la realidad del federalismo germano, señala (“Problemi...”, p. 3369) que en el curso del tiempo las tres formas del Estado federal (dual, “unitario” y cooperativo), se presentan en combinaciones que ofrecen en cada momento aspectos nuevos y diferentes.

\*\*\*

La *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura* es una obra imprescindible. La primera edición alemana de 1982 fue actualizada en 1996 y traducida al español en 2000. En ese trabajo capital el profesor Häberle ofrece las claves de naturaleza científico-cultural que explican la racionalidad de las construcciones constitucionales, opone la naturaleza cultural del constitucionalismo al decisionismo, identifica su teoría con un intenso diálogo interdisciplinario, y subraya la relevancia de la teoría cultural de la Constitución en cuanto a la seguridad que genera para la norma suprema y para el Estado. Si de la abstracción pasamos a la concreción, veremos que todo esto no quiere decir otra cosa que convertir las convicciones de libertad, dignidad, seguridad, justicia y equidad que sustenta una comunidad, en conducta y en norma de garantía a la vez. La dimensión cultural de la Constitución impide fluctuaciones arbitrarias de la norma, hace predecible y controlable el funcionamiento de las instituciones, reduce la tensión entre gobernantes y gobernados, matiza la naturaleza agonista de la lucha por el poder, y refuerza el Estado de derecho mediante un sistema espontáneo, general y duradero de adhesión a la norma.

#### 4. *La interpretación constitucional*

En 1975 el profesor Häberle publicó un ensayo clave para la teoría constitucional. “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” propone de una forma original la relación entre la norma suprema y un amplio número de agentes culturales. Ya no se trata de los solos agentes políticos (partidos, dirigentes, representantes) ni de los agentes sociales (medios, líderes de opinión, organizaciones y dirigentes sociales), sino que se extiende hasta otra categoría a la que podemos denominar “cultural” porque comprende todas las expresiones susceptibles de producirse en un medio espacial y temporal determinado. La tesis sustentada por Häberle en ese trabajo (p. 18) se sintetiza así: “en los procesos de interpretación constitucional se insertan potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. ¡No hay números *clausus* de los intérpretes constitucionales!”. Con esto, el profesor alemán abre un nuevo capítulo en materia de interpretación constitucional.

Los enfoques tradicionales acerca de la interpretación concernían a las funciones y objetivos de la interpretación, así como al método para su de-

sarrollo. En cuanto a los participantes o agentes susceptibles de practicarla, Häberle formula una propuesta que apunta en un doble sentido: convertir la interpretación constitucional en un supuesto democrático e identificar la interpretación constitucional como un elemento más de la cultura. Lo primero ocurre en tanto que se produce una especie de descentralización de la facultad de interpretar la norma suprema; lo segundo porque sólo una comunidad que ha interiorizado la norma está en posibilidad de interpretarla. Por eso Gomes Canotilho (“A mais...”, p. 19; *Constituição...*, p. 91) afirma, certeramente, que con la tesis del pluralismo de intérpretes se lleva la concepción cultural de la Constitución hasta las últimas consecuencias. Los factores mencionados implican, además, dos requisitos: la estabilidad de la norma (decisión política) y la adhesión a ella de la comunidad (fenómeno cultural). Sin estabilidad y adhesión la acción interpretativa abierta es imposible. De acuerdo con lo anterior puede decirse que la interpretación abierta sólo es posible en el Estado constitucional. Todo embona adecuadamente, como piezas de una gran teoría constitucional.

A manera de respuesta a Rousseau, cuando al señalar las deficiencias del sistema representativo aduce que el pueblo (británico) únicamente es libre en el breve momento en que emite su voto (*Discours...*, III, xv), el profesor Häberle afirma (“La sociedad...”, p. 33) que “el pueblo no es precisamente una majestad unitaria que emana sólo el día de las elecciones... El pueblo como majestad pluralista no es menos presente y legitimador para las interpretaciones en el proceso constitucional...”. De ahí que los participantes en la función interpretativa de la Constitución sean los órganos estatales, los “participantes” (partes en juicio, peritos, partidos políticos, *lobbyistas*, medios de comunicación, iglesias, centros de enseñanza, agrupaciones profesionales, por ejemplo). La amplia gama de agentes que interpretan la Constitución son, en general, todos los integrantes de la sociedad abierta. Procede distinguir, entonces, entre los efectos jurídicos, políticos y morales de los actos interpretativos. Todo acto de interpretación puede surtir los tres efectos o alguno de ellos, pero en todo caso contribuirá a fijar el sentido y alcance de la norma constitucional. Sea que se ejerza una acción, que se emita una sentencia, que se adopte una posición política, que se pronuncie una opinión, que se difunda un hecho o un punto de vista, se está contribuyendo a determinar lo que en una sociedad abierta significa la norma suprema que la rige.

La teoría häberliana corresponde a un tipo evolucionado de sociedad. Es, en ese sentido, una teoría europea de la interpretación, en tanto que la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales tiene que ser, a la vez, una sociedad altamente informada e integrada. Sin caer en la tesis reduc-

cionista de Treitschke en el sentido de que el protestantismo es el fundamento del mundo moderno, no puede excluirse entre los orígenes de la sociedad informada la poderosa tradición protestante que ha auspiciado la interpretación directa de los textos fundamentales. “Es más recomendable ver la Biblia con los ojos propios que con los ajenos”, postuló Lutero (“Charlas...”, p. 443), e inició lo que Troeltsch (p. 102) ha denominado “la captación viva de la Biblia”. Para una sociedad con esos fundamentos, la posibilidad de ampliar la gama de intérpretes constitucionales está dentro de sus patrones de normalidad.

Pero por europea que resulte la teoría häberliana, también debe reconocerse que la fuerza expansiva de las instituciones y de los comportamientos constitucionalistas es un dato de la cultura en otros espacios políticos más allá de Europa occidental. La realidad actual permite hablar de realidades sociales diferenciadas en los demás continentes, en la medida en que varía la densidad de la población informada. En términos generales tiende a extenderse la adopción de un modelo constitucional propio de las sociedades abiertas. Como corolario, y a pesar de las resistencias que resultan de tradiciones internas, entre ellas las religiosas, proclives a estructuras verticales de poder, el modelo de apertura va afianzándose. En este sentido, las tesis del profesor alemán tienen una doble función: explican una realidad donde ya se produce, e indican una dirección, ahí donde apenas se está configurando una nueva realidad. Así como el constitucionalismo democrático tuvo una enorme fuerza expansiva, que simultáneamente generaba problemas y transmitía soluciones compartidas en todas las latitudes, las formulaciones teóricas que lo acompañaron a su vez encontraron resonancia en los diferentes espacios políticos del orbe. Hasta nuestros días todas las grandes concepciones de teoría de la Constitución han procedido de Europa; su traducción a otros ámbitos ha sido cuestión de tiempo, y el caso de Peter Häberle no será una excepción.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la transposición de instituciones y de teorías sólo puede darse como parte de un proceso de identificación cultural. Así como en los ámbitos espaciales regional, nacional y aun continental es posible hablar de factores de identidad cultural, en los nuevos desarrollos de la teoría häberliana habrá que explorar cuáles son las formas de identificación entre culturas diferentes. De esas formas de identificación dependerá que algunas modalidades de organización y funcionamiento institucional y de comportamiento cultural puedan compartirse con niveles semejantes de éxito. Esto de ninguna manera supone desconocer que las mismas instituciones produzcan diferentes resultados en distintos espacios, o en diversos momentos aun en los mismos espacios. Lo que se puede ex-

plorar es en qué medida los mecanismos de identificación cultural permiten reproducir resultados más o menos similares en medios culturales muy diferenciados. A este respecto Häberle alude a los procesos de recepción cultural (“Desarrollo...”, p. 17), que “codeterminan” al Estado constitucional en el mundo, dentro de las correspondientes peculiaridades nacionales.

Es posible que, aplicando la teoría häberliana, podamos encontrar regularidades transculturales que se reproducen a partir de un modelo original, incluso en espacios heterogéneos. Sería el caso del concepto de control del poder. En todas las construcciones constitucionales contemporáneas está presente el concepto de un poder controlado. Aunque los instrumentos varían, el principio ya está generalizado. Aun así, algunos instrumentos tienden a ser adoptados de manera generalizada. Así ocurre, por ejemplo, con la separación orgánica de las funciones del poder y con algunos mecanismos para la defensa de los derechos humanos (*ombudsman*). Ahora bien, si esas regularidades transculturales se producen es porque hay factores de homogeneización parcial o paulatina, según se les vea en términos temporales o espaciales, que están funcionando en el sentido de una identificación cultural creciente. Häberle apunta (“La revisión...”, p. 77), por ejemplo, que a veces las costumbres de un Estado constitucional son adoptadas de manera formal por otro. Considero que lo contrario también es cierto, y el conocimiento de normas expresas puede alentar el surgimiento de conductas constitucionales en otro espacio geográfico o temporal.

Por otra parte, el profesor Häberle ha incorporado (“Derecho constitucional...”, pp. 191 y ss.) el criterio de los estándares al derecho constitucional, con lo cual se alcanzan dos objetivos: facilitar el ejercicio comparativo y explicar los procesos de recepción del derecho constitucional. Como se sabe, en su origen el concepto de estándar jurídico se aplicó al derecho comparado privado. La idea de los estándares jurídicos fue propuesta por Roscoe Pound en el congreso de la *American Bar Association* en 1919. Pound dijo que los juristas se enfrentan a cuatro elementos jurídicos: reglas (disposiciones imperativas adoptadas por el legislador o por los tribunales), principios (imperativos genéricos que resultan de un conjunto de reglas), conceptos (enunciados abstractos) y estándares (“medida media que corresponde a una conducta social correcta”) (Tunc, p. 248). Con fundamento en esa tesis de Pound, Tunc ha observado que los estándares están íntimamente asociados a procesos culturales (p. 259), con lo cual coincide la afirmación de Häberle en el sentido de que “el derecho comparado se convierte en cultura comparada” (“Derecho constitucional...”, p. 201). Podemos agregar, por ende, que el estándar es una regularidad cultural que caracteriza a un núcleo de normas dentro de un sistema jurídico y permite identificar y valorar

lo que socialmente se estima adecuado. En el ámbito del derecho privado fue una pauta de clasificación de un conjunto de conductas de relevancia jurídica; esa pauta es susceptible de ser adoptada, como lo hace el profesor alemán, por el derecho constitucional comparado.

En cuanto a las posibilidades de que se generalice la interpretación abierta de la Constitución, como se plantea en la teoría háberliana, parecería necesaria una mayor homogeneidad cultural de la que en este momento se advierte. En principio parecería que la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” sólo funcionaría en un ámbito altamente integrado y que sólo ahí podría contribuir a sostener la cohesión social y a preservar la adhesión a la Constitución. Por el contrario, en una sociedad muy fragmentada, la multiplicación de los intérpretes constitucionales podría generar cargas adicionales de tensión que harían difícil el funcionamiento de las instituciones, la integración social y la consolidación del sentimiento constitucional. Desde esta perspectiva y en este aspecto podría decirse que la teoría háberliana es esencialmente europea, y que la modalidad de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales es tendencialmente posible, en tanto que se desarrollará en la medida en que se reproduzca el modelo de cohesión social cultural que ya existe en numerosos países de ese continente. Sin embargo, es más probable que incluso en una sociedad con escisiones el proceso comunicativo de la interpretación abierta contribuya a cohesionarla. Esta es, por cierto, la convicción de Häberle, como bien ha interpretado Estévez Araujo (p. 87). Se trata de un tema que tendrá que ser analizado con mayor detenimiento en las sociedades con problemas de integración, como la mexicana. El propio profesor de Bayreuth advierte (“Problemi...”, p. 3367) que todavía no ha sido elaborada una teoría del Estado constitucional con pretensiones de universalidad. Todo modelo teórico, agrega, expresa una verdad parcial y provisional, circunscrita en el tiempo y en el espacio. A lo más que podemos llegar, concluye en este punto, es a considerar al Estado constitucional como un “proyecto tendencialmente universal”. En palabras de Francisco Vitoria podría decirse que “el orbe es una República”, no en tanto que se organice en un solo Estado, pero sí en cuanto a la fuerza expansiva de numerosas instituciones jurídicas y a las similitudes culturales que progresivamente se acentúan.

\*\*\*

La fluctuación constitucional está relacionada con cambios formales pero también con procesos interpretativos. En este sentido los intérpretes



constitucionales juegan un papel de gran importancia para fijar el contenido de la norma constitucional. La interpretación no es únicamente una forma de interiorizar el texto, sino también de modificarlo. En tanto que haya criterios interpretativos que se generalicen, la cohesión social y la identidad cultural se mantendrán; pero en la medida en que se generen contrastes y aun contradicciones, podrá inocularse una tendencia disruptiva que sólo podrá eludirse o superarse precisamente en virtud de la presencia de valores culturales que, por su naturaleza, tienen una gran fuerza cohesiva. Por eso la tesis häberliana de los intérpretes constitucionales refuerza la teoría de la relación entre Constitución y cultura. En este punto parece aplicable la teoría de la acción comunicativa que, según Habermas (p. 171 y ss.), se basa en un “proceso cooperativo de comunicación”. Conforme a ese proceso los participantes relativizan su interpretación en tanto que consideran que su validez queda puesta “en tela de juicio” por parte de otros intérpretes. En estos términos, tal vez sería adecuado hablar también de proceso cooperativo de interpretación, en tanto que los agentes sociales que la practican no lo hacen para disolver o atomizar la sociedad y su orden normativo, sino para integrarlo y cohesionarlo. Este es, por lo demás, un punto de convergencia que vincula a Smend, Habermas y Häberle: por vías distintas se orientan a identificar los elementos que permiten o explican la integración de la sociedad.

Habermas (pp. 196 y ss.) entiende por cultura “el acervo de saber en que los participantes en la comunicación se abastecen de interpretaciones para entenderse sobre algo en el mundo”. En este sentido, la interpretación constitucional abierta de la teoría häberliana encuentra un importante refuerzo porque la interpretación abierta, lejos de contribuir a la fragmentación o al acrecentamiento de las tensiones, genera exactamente lo contrario: cohesión. La interacción de los intérpretes se lleva a cabo dentro de un marco cultural que, por definición, les provee de instrumentos homogéneos de interpretación. Esto representa una garantía mínima para mantener la identidad cultural del conjunto, sin limitar la libertad de cada uno de los agentes de la interpretación. La teoría häberliana, por tanto, cuenta con una sólida base que permite aplicarla, con las reservas de circunstancia tanto espacial como temporal que él mismo reconoce, en diversos ámbitos culturales.

\*\*\*

El tema de la intercomunicación entre sistemas es desarrollado por el profesor Häberle en su trabajo “Elementos teóricos de un modelo general

de recepción jurídica”. Allí demuestra (pp. 151 y ss.) de qué manera la recepción jurídica forma parte de procesos generales de recepción cultural. Es un ensayo innovador, indispensable para comprender cómo se reproducen las instituciones en derecho comparado, y cómo van adquiriendo diversos matices en el tiempo y en el espacio. El autor identifica dos grandes motores de la recepción jurídica: la necesidad de innovación, que lleva a mirar hacia otros sistemas para identificar opciones, y la generalización de los problemas que, por lo mismo, implica la generalización de las soluciones. En este caso se encuentran, por ejemplo, las normas de protección del ambiente. Los “elementos teóricos” se encaminan hacia una verdadera teoría, que seguramente el profesor Häberle desarrollará más adelante. Tal vez sea posible distinguir entre recepción, que en sentido lato corresponde a la incorporación de disposiciones generadas en otro espacio, y recuperación, que concierne a la reincorporación de una institución preexistente en el mismo Estado. Así ha ocurrido en México, por ejemplo, con el sistema federal, adoptado por la Constitución de 1824, derogado en 1836, restablecido efímeramente en 1847 y definitivamente desde 1857. En tanto que las sucesivas generaciones tienen el derecho de actualizar el pacto social, lo que no descarta que en determinado momento se adopten disposiciones vigentes en otros tiempos, quizá también pueda incorporarse la recuperación normativa dentro del amplio espectro de la recepción.

\*\*\*

Otro problema que puede ser examinado con relación al de la recepción, es el de las *interacciones institucionales*. El profesor Häberle subraya (*Teoría...*, p. 78) que una Constitución debe estar bien estructurada “desde sus cimientos”. Esta es una cuestión que todavía no se desarrolla con suficiente amplitud en el derecho constitucional, ni siquiera en los trabajos sobre “ingeniería constitucional”, como el publicado por G. Sartori en 1994. Por lo general, las instituciones son estudiadas de manera individual, y cuando se utiliza el método comparativo se determina cómo funcionan en diversos sistemas, pero no se suele relacionar con otras instituciones del mismo sistema para determinar la manera en que interactúan. Por *interacciones institucionales* se pueden entender los efectos que entre sí producen las diversas instituciones de un mismo sistema. Esta interacción puede ser positiva o negativa, si potencia o inhibe los resultados esperados de cada institución. El tema es relevante en el momento de un diseño constitucional porque en ocasiones los procesos de recepción se practican de manera indiscrimina-

da, y acaban por incorporarse instituciones con potencialidades adversas. Este es el caso, por ejemplo, de las instituciones representativas y participativas. En muchos sistemas han sido incorporados instrumentos propios de la democracia semidirecta, sin advertir que en algún momento entrarán en tensión con los órganos de representación política. Así, una interacción negativa puede generar bloqueos institucionales no previstos; por el contrario, las instituciones entran en sinergia merced a una adecuada identificación y acomodo de sus respectivas posibilidades.

### 5. *El derecho europeo*

Entre las indagaciones llevadas a cabo por el profesor Häberle con relación al derecho constitucional europeo, figura su ensayo “Programas sobre Europa en Constituciones y proyectos constitucionales recientes. El desarrollo del ‘derecho constitucional nacional sobre Europa’”. Publicado originalmente en 1995, es una parte importante de su teoría constitucional. A través de las cláusulas europeas contenidas en las Constituciones y en los proyectos constitucionales, cuya tipología desarrolla, se puede apreciar el proceso de construcción normativa de Europa como concepto cultural integrador.

Sobre este punto debe subrayarse la modernidad del concepto mismo de Europa. Es a partir del siglo XVI cuando el concepto de Europa se desarrolla con vigor y aparecen una nueva cartografía y numerosas obras referidas expresamente a temas “europeos”. El gentilicio “europeo” es, comprensiblemente, posterior al constructo “Europa”. En inglés y en español los primeros registros de la utilización de ese gentilicio corresponden al siglo XVI, y sólo se generaliza al principiar el XVII (véanse Knolles y Ovalle, por ejemplo). Hasta antes del descubrimiento de América se hablaba de “cristianos”, no de “europeos”, y la “cristiandad” era el conjunto de países que hoy corresponde a Europa.

La historiografía propiamente referida a “Europa” también corresponde al siglo XV. La historia general de Blondus, que comprende de 472 a 1440, publicada en Venecia en 1483, todavía se denomina *Historiarum ab inclinatione romanorum imperii decades*. Una de las primeras alusiones a Europa aparece en la obra de Eneas Silvio Piccolomini publicada en 1490. Fueter (t. I, p. 130) subraya que esta obra póstuma de Silvio, escrita en Bohemia, quedó inconclusa. En todo caso su contenido es fundamentalmente lexicográfico y geográfico, por lo que se explica la referencia a “Europa”. Además, Silvio, ungido como Pío II en 1458, fue considerado un papa dotado de excepcional erudición y elocuencia (Ranke, pp. 33 y ss.), cuyo interés por

la cultura continental quedó demostrado por sus hábitos de viajero y de lector infatigable. En buena medida, Silvio es un auténtico renacentista y, en el tema que nos ocupa, un precursor. En realidad las primeras obras que directamente incluyen en su denominación y contenido el concepto europeo, corresponden ya al siglo XVI.

En este proceso debe tenerse en cuenta que la inesperada presencia americana en Europa aceleró la ruptura con la Edad Media. Un nuevo grupo humano, una nueva fuerza cultural y una nueva geografía produjeron un importante impacto en el espacio europeo, en un momento en el que las artes y la ciencia ya habían comenzado a experimentar profundas transformaciones a partir del siglo XV. “Fue el Nuevo Mundo lo que repercutió primariamente sobre el mundo humano todo y la idea de él”, ha demostrado Gaos (p. 230). El descubrimiento de América contribuyó a su vez al “descubrimiento”, o más propiamente a la “invención” de Europa. Hale (pp. 47 y ss.) sustenta que “gracias a la suprema confianza que les inspiró el descubrimiento de América, los europeos hicieron un mayor esfuerzo por plantearse la cuestión de su identidad”. La fuerza del contraste y la conciencia de haber encontrado un mundo nuevo también ayudaron a poner fin a la fragmentación medieval. Entre Europa e Iberoamérica existe un paralelismo cultural a partir del encuentro de los dos mundos, como le ha denominado Miguel León Portilla (pp. 21 y ss.), que debe tenerse presente cuando se examina la teoría constitucional.

El profesor Häberle subraya (“Programas...”, pp. 118 y 129) que las Constituciones europeas han intensificado su programa europeo, y propone que “toda buena política constitucional” considere el tema europeo dentro de la norma suprema. La observación se inscribe dentro de su teoría constitucional y, como otros de sus enunciados, son susceptibles de traslación a otros espacios constitucionales-culturales. Adoptando la terminología y el esquema analítico adoptado por el profesor alemán, podemos advertir que las cláusulas iberoamericanas tienen ya una presencia significativa, como demuestran las Constituciones de Bolivia, de 1967 (artículo 37, 1); Brasil, de 1988 (artículo 4o.); Colombia, de 1991 (artículo 9o.); Cuba, de 1976, reformada en 1992 (artículo 12); Ecuador, de 1998 (artículo 4o., 5); Nicaragua, de 1995 (artículo 9o.); Uruguay, de 1967 (artículo 6o.), y Venezuela, de 1999 (artículo 153). Además, las Constituciones de Costa Rica, de 1949 (artículo 14, 3); El Salvador, de 1996 (artículo 90, 3); Guatemala, de 1994 (artículo 145); Honduras, de 1982 (artículo 24, 1), y Nicaragua, de 1995 (artículo 17), contienen referencias a Centroamérica. Aunque falta un ejercicio para establecer la tipología de estas cláusulas y valorar su función, en general puede

decirse que es válida en este hemisferio la recomendación que el profesor alemán dirige a Europa: el proceso está en marcha y debe intensificarse.

\*\*\*

La mirada siempre atenta del jurista no deja escapar la oportunidad que le ofrece la Constitución suiza de 2000 para identificar los nuevos aportes que esa norma suprema ofrece al derecho (“La revisión...”, pp. 74 y ss.). Ciertamente, esa novísima Constitución lo es tanto por lo reciente de su vigencia cuanto por el contenido de sus preceptos. Häberle en especial subraya la pulcritud y precisión del preámbulo; la técnica de las “disposiciones generales”; el compromiso con “el bienestar de los débiles”; la inclusión de los principios del Estado de derecho (que incluye la obligación del Estado de actuar de manera “razonable”), de la subsidiariedad y de la proscripción de la arbitrariedad, y numerosas disposiciones concernientes al proceso cultural, incluyendo la responsabilidad cultural de los medios de comunicación. Al profesor Häberle le llama la atención, con todo, la ausencia de referencias en esa Constitución a Europa. No por ello, aclara, deja de representar un nuevo modelo para el constitucionalismo europeo.

\*\*\*

Por otra parte, a propósito de la función de los preámbulos constitucionales, con toda propiedad el profesor Häberle (*Teoría...*, p. 56) nos llama la atención hacia el de la nueva Constitución suiza. En unas cuantas líneas, con maestría literaria, se sintetiza el compromiso de un Estado basado en la renovación del pacto social, el fortalecimiento de la libertad y la democracia, el respeto por la diversidad, la responsabilidad ante las generaciones sucesivas y una categórica aseveración: “la fortaleza de un pueblo se mide por el grado de bienestar de sus miembros más débiles”. La función de los preámbulos es analizada con amplitud (*Teoría...*, pp. 96 y ss.) porque permiten que, mediante un texto muy concentrado, la Constitución llegue directamente a la ciudadanía, “sin circunloquios”. La relevancia de los preámbulos ha sido desarrollada de manera exhaustiva por el profesor español Javier Tajadura en diferentes y valiosos estudios; sus conclusiones, ampliamente documentadas, coinciden con la tesis häberliana.

\*\*\*

Refiriéndose al proceso europeo Häberle (“El Estado...”, pp. 94 y ss.) apunta que la Constitución se proyecta esencialmente sobre tres aspectos: en el ámbito nacional; en la demanda de descentralización del poder, que se traduce en formas federales o regionales, y en la apertura de los Estados constitucionales hacia la comunidad internacional. En realidad habría que considerar si esos tres horizontes del constitucionalismo que el profesor identifica en Europa, no están presentes también en las expresiones del constitucionalismo contemporáneo en el resto del mundo.

Con relación a la dimensión nacional del orden constitucional, Häberle afirma que “todos los Estados constitucionales tienen que ser concebidos de manera pluralista”. En este sentido se apunta la nueva dimensión de la democracia, que en la actualidad tiende a combinar el principio mayoritario para la integración del gobierno con una amplia gama de derechos para las minorías. En este ámbito se inscriben los derechos culturales, cuya incorporación a las Constituciones lleva un ritmo creciente, y los derechos de naturaleza política propios de las minorías, que también cuentan ya con diversas expresiones constitucionales. Entre éstos figuran los derechos de los partidos de oposición, por definición minoritarios, y los derechos de las minorías parlamentarias.

En cuanto al segundo aspecto, referido al proceso de descentralización, Häberle señala que incluso en los Estados de tradición unitaria, y cita el caso de Francia, se está avanzando hacia la regionalización. Otro tanto podría decirse del caso británico, donde la devolución de facultades ha significado un cambio importante en la organización y funcionamiento local del poder en Escocia y Gales, e incluso en la ciudad de Londres. Se trata, asimismo, de un proceso generalizado acerca del cual es necesario ejercer una cuidadosa observación. Si por una parte la descentralización del poder es una manifestación del constitucionalismo contemporáneo, por otra, si no se produce conforme a procedimientos responsables y bien articulados, puede auspiciar una nueva tendencia a la entropía, particularmente en sistemas constitucionales relativamente frágiles, como los latinoamericanos, donde a veces el federalismo o el regionalismo han servido para encubrir fenómenos de concentración local del poder, conocidos como “caciquismo”.

Por eso es importante tener en cuenta que las características atribuidas por el profesor Häberle al constitucionalismo europeo contemporáneo forman parte de un conjunto, de suerte que si se pierde cualquiera de esas notas, las restantes quedan sin sentido. En el caso comentado, si sólo se tuviera

presente la descentralización del poder, pero se omitiera la convergencia con los derechos de las minorías, la concentración local del poder haría nugatorios los efectos de la organización constitucional. Los tres factores, por ende, deben darse en un mismo tiempo y en un mismo espacio; no corresponden a expresiones de naturaleza diacrónica sino sincrónica.

El tercer rubro concierne a la apertura del Estado constitucional hacia la comunidad internacional. Este es un aspecto que debe verse con atención para no confundir “apertura” con “integración”. El “constitucionalismo cooperativo” que propone nuestro autor (“El Estado...”, p. 96) reposa en una “comunidad mundial de Estados constitucionales”. Vale la pena reiterar que, por definición, sólo existe el Estado constitucional donde hay soberanía. En esta medida la propuesta de Häberle nada tiene que ver con las temerarias afirmaciones de que el nuevo orden internacional y la nueva dimensión del Estado conducen a una “soberanía restringida”. Esta afirmación carece de base conceptual y práctica, y entraña una contradicción que está resuelta desde el siglo XVII por Hobbes cuando enunció el axioma de que por encima del Estado no puede existir otro poder, porque si existiera, ése sería el Estado.

La comunidad mundial de Estados constitucionales que propone nuestro autor, supone, precisamente, la presencia de un órgano constituyente que no puede ser sino soberano. Desde esta perspectiva, el planteamiento implica una forma de interacción horizontal, responsable y libre, entre los integrantes de la comunidad internacional. Esta posición es relevante, sobre todo ante el discurso, propuesto por Nozick (esp. en *Anarchy, State and Utopia*), que aboga por el denominado “Estado mínimo”. El Estado contemporáneo está haciendo frente a un doble embate: desde su interior, donde se le quiere desmontar para transferir sus potestades a los particulares y a las regiones; y desde el exterior, donde la llamada mundialización se presenta como una garantía en contra del estatismo que identificó en especial a los sistemas socialistas.

\*\*\*

En diversos textos (por ejemplo, en “El Estado...”, pp. 102 y ss.; “Problemas...”, pp. 1186 y ss.; “El eterno combate...”, pp. 105 y ss.) del profesor Häberle está presente la referencia al “jurista europeo”. El concepto incluye tres elementos: la difusión continental de algunos autores de diversos países; la utilidad de que sean impulsados estudios comparativos sobre temas de cuño reciente, como los sistemas regionales, y el nuevo papel del derecho

comparado como quinto método de interpretación, de suerte que los tribunales constitucionales practiquen y utilicen una comparación valorada de derecho, yendo más allá de sus fronteras.

En realidad, esa figura que ha propuesto Häberle puede extenderse a la de jurista continental, interesado en las innovaciones que se van produciendo a lo largo del mundo. Él mismo es un buen ejemplo de ese quehacer, pues sus trabajos reflejan hasta qué punto está atento al acontecer asiático, africano, latino y norteamericano. Hablar de un “jurista universal” podría resultar jactancioso y desproporcionado; pero si por continental se puede entender al que observa y analiza lo más relevante a lo largo y ancho del orbe, se trata de un ejercicio tan necesario como posible.

La insularidad de los sistemas jurídicos ha quedado rota por varias razones. Una de ellas es la red de comunicaciones; pero más importante todavía es la comunidad de intereses. La defensa y desarrollo de los derechos humanos, por ejemplo, encuentra su más efectivo soporte en que constituyen una aspiración colectiva de la humanidad. Las formas de organización política conciernen a cada sociedad en particular; pero los elementos que se integran a las cualidades del ser humano son objeto de interés, de preocupación y aun de expresión solidaria en todos los cantos de la Tierra. De ahí que pueda retomarse la idea del jurista europeo del profesor Häberle y extenderla al planeta.

## 6. *La Constitución alemana*

Al revisar la forma en que ha sido aplicada la Constitución alemana, el profesor Häberle (“Teoría de la Constitución...”, p. 56) nos recuerda que sólo en una ocasión (1982) se ha aplicado el voto de censura constructivo. Esto lo explica en tanto que, por las experiencias negativas, la Ley de Bonn fue concebida como una “contra Constitución” de Weimar. Este notable texto constitucional había sido el producto de una asamblea proclive a los compromisos y con una mayoría fluctuante (Peukert, pp. 35 y ss.) que en no mucho tiempo demostró la incapacidad de las instituciones para preservar la integridad del territorio nacional (como fue el caso de la ocupación franco-belga del Ruhr en enero de 1923) y para asegurar la estabilidad financiera del país (como el desmesurado derrumbe del marco entre enero y agosto de 1923). Diez años después de su establecimiento, el sistema parlamentario estaba en proceso de disolución (Mommensen, pp. 269 y ss.), y se abría la puerta al totalitarismo. Carl Schmitt había iniciado en 1923 el más duro embate posible contra el sistema parlamentario (*El parlamentarismo*, esp. pp. 42 y ss.)



al negar su carácter democrático; recibió una inteligente respuesta de Kelsen en 1925 (*El problema del parlamentarismo*) pero culminó su ataque en 1932 (*Legalidad y legitimidad*, esp. pp. 13 y ss.). De que ahí la certera caracterización háberliana como “contra Constitución” alude, esencialmente, a la decisión de la Ley Fundamental de 1949 en el sentido de dar estabilidad al sistema político y no volver a correr los riesgos de un retorno al totalitarismo. Häberle agrega que un concepto clave es el de una “democracia defensiva”. Ésta es una tesis central.

Cuando el profesor alemán habla de que la democracia sea capaz de defenderse no alude a los procedimientos jurisdiccionales de defensa de la Constitución, ni a la dictadura constitucional (o comisoria) sino a la estructura constitucional del poder que garantice la vigencia de la democracia. Es en este sentido que orienta el ensayo en el que revisa las aportaciones de la norma suprema de su país. En Alemania se tuvo el buen tino de equilibrar las instituciones políticas con una adecuada configuración de derechos tutelares de la libertad, la igualdad, la equidad, la propiedad, la seguridad jurídica y la dignidad. Se trata de un haz de instituciones que generan un poderoso efecto de sinergia democrática. Lo más llamativo de esa Ley consiste, precisamente, en que se potencian todas las ventajas de las diversas instituciones previstas, y se eluden las interacciones negativas.

El ensayo de Häberle deja ver claramente cómo el entramado institucional produce una singular complementación cuyo resultado es precisamente esa “democracia defensiva”. Algunos autores han querido ver en la moción de censura constructiva al único instrumento relevante para la estabilidad democrática en Alemania, pero pasan por alto por lo menos otros igualmente importantes, que Häberle tiene buen cuidado en identificar: la protección del sistema representativo (como también ocurre en Estados Unidos, donde algunos procedimientos de democracia directa sólo se aplican en los estados, pero no en el nivel federal); los principios del Estado social; la prohibición de la arbitrariedad, que ya han adoptado también las Constituciones de Argentina (artículo 43), Chile (artículo 20), España (artículo 9.3) y Suiza (artículo 9o.); y un federalismo muy flexible. El caso de la norma fundamental alemana denota hasta qué punto es funcional la teoría de la Constitución como ciencia cultural. Precisamente la relación entre la formulación normativa y su entorno cultural permite explicar ese singular equilibrio institucional que da estabilidad a la democracia alemana.

\*\*\*

El federalismo cooperativo germano se ha transformado a partir de 1990, con motivo de la reunificación. Häberle llama la atención (“Problemi...”, p. 3360) acerca de las nuevas formas de ayuda financiera y de colaboración administrativa y jurídica ofrecida a los *Länder*, que han originado a su vez nuevas expresiones de responsabilidad por parte del poder federal. El riesgo que presenta esta ampliación del federalismo cooperativo es el de alentar los efectos del federalismo centralizador, en palabras de Hesse. Este apunte preventivo de Häberle es aplicable a la mayor parte de los estados federales. En México, por ejemplo, el federalismo ha carecido de peso cultural, por lo que ha sido extraordinariamente vulnerable y, en buena medida, ha constituido una pieza declarativa. Además, en los últimos años se ha acentuado una fuerte aunque imperceptible corriente para desnaturalizar el federalismo; la reforma constitucional de 1996 introdujo el sistema de senadores de representación proporcional, con lo cual modificó la base territorial para la elección de la segunda cámara, que siempre habían sido los estados federados. Los efectos del “federalismo centralizador” se han dejado sentir, sin encontrar respuesta. Este fenómeno se explica con los instrumentos de análisis häberliano, en tanto que en México el proceso cultural está intensamente centralizado. En el área metropolitana de la ciudad capital se localizan la mayor concentración demográfica nacional y uno de los dos más importantes centros industriales del país; allí está el nudo nacional de comunicaciones aéreas, terrestres y electrónicas; allí se concentra el grueso de la renta nacional. La capital política del país también es la capital financiera y cultural nacional. En la ciudad de México están los más importantes centros de educación superior e investigación científica, las editoriales, los medios impresos y electrónicos de comunicación, las instalaciones culturales (teatros, librerías, auditorios, salas de exposiciones, de conciertos y de cinematógrafo); ahí reside el mayor número de intelectuales del país. Hace años se acuñó la despectiva frase “fuera de México todo es Cuautitlán”, para denotar, por referencia a lo que entonces era un modesto municipio rural colindante con la gran ciudad, que lo que no estuviera en ella era marginal y secundario. Se trata de una realidad cultural que, como es comprensible, tiene su correlato en la organización y funcionamiento del poder. El fenómeno mexicano confirma la tesis häberliana de que no puede haber federalismo sin lo que él llama “soberanía cultural” de los Estados.

\*\*\*

Al analizar el tema de la unidad política y el pluralismo cultural en Alemania, el profesor de Bayreuth nos ofrece lo que podemos denominar como nueva teoría dual del federalismo. El federalismo, nos dice, combina “de manera eficaz” la unidad, que corresponde a un proceso político, con el pluralismo, que concierne a un proceso cultural: “el corazón del federalismo germano radica en la soberanía cultural de los *Länder*”, dice (“Unità...”, p. 178; “Problemi...”, pp. 3373 y ss.). Denominamos “nueva” a esta teoría, porque el dualismo tradicional alude a separación de competencias entre los estados federales y las entidades federativas. En este caso lo que Häberle hace es aplicar los principios generales de su doctrina al caso del federalismo, e introducir el elemento cultural que la identifica.

\*\*\*

Con relación al Tribunal Constitucional alemán es interesante advertir que Häberle (“El recurso...”, p. 235) no considera negativos los compromisos entre los partidos políticos cuando cada una de las cámaras (*Bundestag* y *Bundesrat*) elige a los diferentes jueces que lo integran, a pesar de que reconoce (*ibidem*, p. 248) que en la actualidad esos acuerdos corresponden al arcano de la política. Su expresión se basa en el reconocimiento de que los jueces han mostrado su independencia con relación a todos los partidos. Con todo, también opina (*ibidem*, pp. 236 y 275) que el sistema de designación podría mejorar si también se diera participación en la designación al presidente de la república (como en Italia) y si los candidatos al cargo fueran objeto de interrogatorio público, como en Estados Unidos y en México, por ejemplo.

Al examinar el funcionamiento del Tribunal, el autor subraya la importancia que han tenido los votos particulares, establecidos legalmente a partir de 1971. Ese tipo de voto se inscribe en el proceso de apertura en cuanto a la interpretación constitucional postulada por Häberle (“Los derechos...”, p. 14) y contribuye a que las resoluciones del Tribunal permitan resolver una cuestión controvertida, e identificar la riqueza de posibilidades que ofrecen la ley y el derecho para dirimir conflictos. Por eso incluso los califica como “jurisprudencia alternativa”. Con ese mismo criterio, Häberle valora positivamente la cuestión de inconstitucionalidad, susceptible de ser promovida por un tercio de los integrantes del *Bundestag*, que al proteger a la minoría también supone una forma de ampliar el número de intérpretes constitu-

cionales. Desde esta perspectiva todo esfuerzo constitucional que se haga para extender y garantizar los derechos de las minorías es un paso más en el sentido de universalizar la defensa del orden constitucional, en los términos propuestos por el profesor alemán.

Pero el punto más relevante y original que nos presenta Peter Häberle en cuanto a la jurisdicción constitucional, consiste en su afirmación (“El recurso...”, pp. 242 y ss.) en el sentido de que el Tribunal Constitucional tiene una “responsabilidad mancomunada” en la garantía y en la actualización de la Constitución como expresión del contrato social. En el caso de la Corte norteamericana incluso alude a que es considerada una especie de “congreso constitucional permanente, por el carácter pionero que adquieren sus decisiones”, y en el caso alemán admite que lleva a cabo modificaciones constitucionales materiales. Esta forma de entender el papel del Tribunal no ha sido planteada por ningún otro autor, y confiere a los tribunales constitucionales un papel central en la vida de los Estados constitucionales. Esta tesis häberliana es consistente con toda su concepción cultural de la Constitución. Es comprensible que el órgano del Estado que tiene como función ejercer el control constitucional, al interpretar la norma suprema de manera sucesiva en el tiempo también vaya incorporando nuevos elementos que surgen de varias fuentes: de los actores en juicio, de la renovada configuración de la judicatura, de las fuerzas políticas, y en general de los múltiples agentes que van dando forma a la vida política (y a la cultura política) de una sociedad en cada momento de su historia. He aquí donde se inserta la novedosa tesis häberliana: la Constitución en un sistema democrático es la elaboración normativa que se funda en el constructo denominado “pacto o contrato social”. En tanto que constructo, esto es, una hipótesis valorativa, el contrato social explica las libertades individuales y públicas, de suerte que toda la estructura y el funcionamiento de las instituciones tiene que basarse en la asunción de ese contrato. Si la función de un tribunal constitucional consiste en preservar la norma suprema, se trata, a la postre, de mantener la vigencia del contrato social. La relación advertida por Häberle es incontrovertible y tiene, como es natural, importantes consecuencias. Eso nos explica, entre otras cosas, que en algunos sistemas, por ejemplo el norteamericano, la Corte Suprema desempeñe un papel relevante en el proceso de reforma constitucional. Recuérdese, por ejemplo, que la sentencia en el caso *Dred Scott* (1857) contribuyó a precipitar la guerra civil en Estados Unidos, precisamente porque la resolución de la Corte no correspondió a la necesidad de preservar el pacto social y, por el contrario, introdujo en su resolución elementos que lo fracturaban. En otros numerosos casos, por el contrario, la Corte ha iniciado nuevas formas de ver y aplicar la Constitución.

Cuando identifica al control jurisdiccional de la Constitución como parte central del contrato social, Häberle actualiza el significado de la teoría contractual y le imprime un nuevo alcance, diferente del que sustentan las corrientes neocontractualistas de nuestro tiempo. Más aún: puede decirse que las bases del acuerdo social residen en el principio de que los bienes sociales fundamentales (libertades, acceso a la riqueza, dignidad) deben ser compartidos en igualdad de condiciones, y que la vulneración de ese pacto genera situaciones de injusticia e inequidad que hacen insustentable un orden constitucional democrático. La necesidad de que existan reglas básicas, socialmente compartidas y entendidas como el sustento de todo el orden normativo, a lo que podemos denominar “pacto social”, convierte a los órganos de control del poder en elementos clave para la preservación del pacto mismo.

Al examinar este tema debe tenerse cuidado en no restringir el alcance de la teoría häberliana. Para su autor, los jueces son guardianes de la Constitución, pero no *todos* los guardianes. Téngase presente que en la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales “*¡todos nosotros somos (políticamente) ‘guardianes de la Constitución!’*” (“El recurso...”, p. 244). La consecuencia de esta posición es importante: el control jurisdiccional de la Constitución puede inducir hacia la desconfianza en relación con las demás instituciones de la democracia y a una “confianza desproporcionada” en la función jurisprudencial. Esto lleva al autor a subrayar la relación entre política y derecho, precisamente porque admite que se trata de funciones complementarias en una república. Y apunta a la diana de uno de los problemas cruciales del Estado contemporáneo: la pérdida de confianza en la función de la política. Ahora bien, como históricamente se sabe que los episodios de desconfianza en la política y en las instituciones que se nutren de ella han propiciado el surgimiento del caudillismo, Häberle nos precave con relación a la hegemonía de los jueces. Tal prevención no parte de que él, a su vez, tenga algún tipo de desconfianza con relación a esos magistrados, sino porque el equilibrio exige mantener relaciones simétricas en las responsabilidades y funciones públicas. Además, las sobrecargas de demandas dirigidas a algunos órganos del poder en especial pueden producir insatisfacción para aquellos que las generan. En este punto es fundamental comprender que Häberle entiende (“El recurso...”, p. 243) por cultura política las representaciones, experiencias y expectativas subjetivas de los ciudadanos respecto a las instituciones, y por ende incluye el comportamiento objetivo, las actuaciones de los responsables políticos, las prácticas parlamentarias, la actividad de los órganos jurisdiccionales, el grado efectivo de libertad y de pluralismo. Por otra parte, entiende por cultura constitucional (*Teoría...*, p. 36) la suma de actitudes, ideas, experiencias, valores y expectativas subjetivas

y de acciones objetivas, individuales y colectivas, que resultan de un texto constitucional precedente y hacen posible su estabilidad. Estos conceptos son fundamentales para entender la teoría de Häberle en toda su amplitud. Desde esa perspectiva todas las expresiones que impliquen la distorsión del pluralismo y afecten la adecuada percepción de las instituciones, debe ser considerada extraña a la teoría häberliana de la Constitución.

\*\*\*

La relación entre cultura y los problemas sociales es indisoluble en la teoría häberliana. Aquí se advierte también la renovación del concepto de Estado en general y del Estado social de derecho de Heller, en particular. Con relación al concepto de Estado, Häberle advierte (“El Estado...”, p. 88) que la doctrina clásica sólo reconoce tres elementos que lo integran (pueblo, territorio y poder). La Constitución, que “no tiene sitio en esa tríada”, debe ser considerada un cuarto elemento característico del Estado. La relevancia de esta propuesta debe ser examinada a la luz de la propia teoría constitucional del profesor alemán, en tanto que a través de la integración de la Constitución también se estaría incorporando al Estado la idea de cultura, hasta ahora reservada al concepto de nación. Se trata, desde luego, de un tema que debe ser explorado con detenimiento, pero que en todo caso apunto como una idea que complementa la visión constitucional de Häberle

Por otra parte, Häberle señala (“Desarrollo...”, pp. 32 y 41) que la estabilidad institucional, en el caso de Alemania, tiene mucho que ver con esa idea del Estado social; y al examinar la experiencia germana en el ámbito de la evolución constitucional europea contemporánea señala que el desempleo es una cuestión directamente vinculada con la naturaleza del Estado constitucional. “El desempleado por tiempo indefinido pierde un poco su identidad..., se le despiden del ‘contrato social’..., es marginado. El Estado constitucional y la sociedad constituida de ciudadanos tienen que hacer frente a todo esto”. Como se ve, el componente social está directamente vinculado con el proceso constitucional. Es un enfoque distinto al que se ha presentado por otros autores; no se alude a lo social como una categoría de la justicia, sino como parte consustancial del Estado constitucional. Es una forma radical de entender la integración entre pacto social y norma suprema. Todo ciudadano, en un sistema constitucional abierto, debe mantener una relación simétrica respecto de los demás. Esto explica también la preocupación de Häberle por las minorías, incluidas, como es natural, las religiosas. En la sociedad de ciudadanos no caben exclusiones de ningún

tipo. Y el desempleo es, según esta novedosa perspectiva, una forma de segregación del cuerpo ciudadano, incompatible con el Estado constitucional. A partir de esta tesis pueden distinguirse las políticas públicas de relevancia social, cuya intensidad puede variar conforme a la inclinación del electorado al elegir a sus representantes, y las disposiciones constitucionales del Estado democrático, que obligadamente deben incluir los instrumentos de garantía para la pluralidad y la equidad.

Véase que Häberle no argumenta a favor del Estado intervencionista, porque esto también se opone a su concepción de la sociedad como eje de la vida constitucional; pero tampoco se acerca a las formulaciones doctrinarias que identifican las reglas de la democracia con las del mercado. La gran diferencia es que el mercado se basa en la exclusión del adversario mediante un proceso de libertad competitiva, en tanto que el Estado constitucional se basa en la integración de todos los miembros de la sociedad en un ámbito de libertades individuales y públicas, irrenunciables e imprescriptibles. La función del Estado constitucional no invade ni desplaza la de los ciudadanos; tampoco se limita a observar y arbitrar en los casos de conflicto; su función es promover la vigencia del sistema de libertades, asegurar que no se produzcan distorsiones que lo afecten, y corregir las desviaciones tantas veces como se produzcan. El Estado constitucional no es invasivo ni pasivo, porque tampoco es un simple aparato de dominio en acción o en receso. El Estado constitucional es, para expresarlo sumariamente, un Estado integrador en el que la sociedad dispone de órganos específicos para el ejercicio del poder, pero en el que ella misma ocupa el espacio central.

### *7. El nuevo derecho en Europa oriental*

Desde la perspectiva de la teoría cultural de la Constitución, el proceso constituyente de Europa oriental ofrece al profesor Häberle un ámbito de extraordinaria riqueza para confirmar sus planteamientos. En pocas ocasiones se ha ofrecido una oportunidad semejante a un tratadista, porque el cambio constitucional que se generalizó a partir de 1989 no tiene precedente por su extensión, intensidad y rapidez. El amplio registro de esa experiencia nos permite, a partir del estudio de Häberle (“Avances...”, pp. 150 y ss.), identificar tres constantes: incorporación de instituciones jurisdiccionales que garanticen las libertades individuales y públicas, como reacción ante el pasado comunista; adopción de instituciones sociales que hagan posible un cambio sin el trauma de la violencia; adopción de instituciones políticas que permitan consolidar la democracia.

Para alcanzar esos objetivos, los constituyentes de Europa oriental también han presentado patrones de conducta semejantes: intensa utilización del derecho comparado, como vía de inserción en la comunidad internacional y particularmente en la europea; retorno a los principios clásicos del derecho occidental, como elemento doctrinario para fundamentar la elaboración normativa; equilibrio normativo para no generar una sobrecarga de expectativas prestacionales que los nuevos Estados no estarían en posibilidad de satisfacer.

Se advierte, por otra parte, lo que también es una tendencia generalizada allí donde la política y los políticos han sido objeto de considerable desprestigio: el fortalecimiento de los jueces. La judicatura está desempeñando la arriesgada tarea de recuperar la confianza colectiva en la función de las instituciones y en las figuras públicas. El problema es que ese papel está llevando a los tribunales numerosos asuntos de índole política y está transformando a los tradicionales actores silenciosos de la justicia en protagonistas de la moral pública.

La conclusión del profesor Häberle en cuanto a los avances constitucionales en el este europeo se sintetiza en dos grandes apartados. Por una parte advierte que ha sido mucho lo realizado, y en un periodo relativamente breve; por otro lado, señala que algunos de los textos adoptados “aún se encuentran prácticamente *en el aire*”, precisamente porque falta la infraestructura sociocultural que les confiera positividad.

Este análisis del profesor Häberle nos permite corroborar la relación sinérgica entre la norma constitucional y la cultura. De las experiencias examinadas se pueden desprender algunas consideraciones útiles para entender procesos constitucionales pretéritos, frustráneos, y para prevenir que los sistemas en vías de transformación se aseguren de acompañar los cambios normativos con intensos programas de cultura jurídica. América Latina ha resentido, en especial a lo largo del siglo XIX, el problema de construir sistemas constitucionales sin sustento cultural. Algunos países sufrieron esa dolorosa realidad incluso ya bien entrado el siglo XX. Las tradiciones autoritarias, autóctona y española, se potenciaron recíprocamente e impidieron que las formulaciones normativas elaboradas en las sociedades plurales más experimentadas, pudieran rendir todos sus frutos. No se tuvo en cuenta que también lo fáctico ejercía una poderosa fuerza normativa, que funcionó como elemento derogatorio de la norma escrita.

En sociedades mejor comunicadas como las actuales es posible emprender cambios normativos de gran calado, como los observados en Europa oriental, con la seguridad de que pueden ser asimilados con relativa rapidez por la sociedad. Las actitudes de resistencia al cambio tienden a hacerse me-



nos duraderas y menos enfáticas en sociedades progresivamente más abiertas, de manera que la adopción de nuevas instituciones contribuye a generar también nuevos patrones culturales.

\*\*\*

Todo lo anterior indica que una de las más importantes experiencias contemporáneas de renovación constitucional es la que ofrecen los países del este europeo. A través de algunas Constituciones de esos países se está produciendo la incorporación al constitucionalismo democrático de principios a los que no pueden renunciar las sociedades que durante varias décadas se habituaron a la vigencia de medidas tutelares de la salud, la educación, la vivienda y el empleo, entre otras. La recuperación de las libertades individuales y públicas ha venido acompañada de planteamientos relacionados con medidas de bienestar colectivo. A pesar de que en numerosas construcciones constitucionales están prevaleciendo las tesis que hacen girar a las instituciones públicas en torno a los intereses del mercado, las Constituciones de los países del este presentan características y matices muy particulares en ese aspecto.

El profesor Häberle, en su ensayo “Avances constitucionales en Europa oriental desde el punto de vista de la jurisprudencia y de la teoría constitucional”, ofrece importantes datos y reflexiones sobre este aspecto. El análisis de esos procesos le permite demostrar la pertinencia de su teoría sobre el constitucionalismo cultural. Kant, recuerda (p. 141), formuló la “premisa cultural y antropológica del Estado constitucional”. Conforme a esa premisa se ha implantado fuertemente “la fascinación” por las Constituciones escritas. Esta tendencia, apunta el autor, se ve reforzada por la tradición de respeto por la palabra escrita que se inspira en los grandes libros religiosos, la Torá, la Biblia y el Corán. Así, el constitucionalismo escrito encuentra un poderoso soporte cultural en la arraigada confianza que inspiran los textos en que se sustenta la fe de millones de personas.

Habría que agregar, en la misma dirección señalada por el profesor alemán, que sólo el 16% de la población mundial no profesa religión alguna (*cf. www.adherents.com*), y que el 22% que cultiva el hinduismo y el budismo, en adición al 53% de cristianos, musulmanes y judíos, también se inspira en los formidables textos escritos que conforman la literatura védica (véase, Max-Müller y De Mora) y búdica (véase, Tachibana). La hipótesis del profesor Häberle la confirma el hecho, significativo, de que la Constitución escrita sea objeto de adopción generalizada en el mundo, precisamente a

partir de una cultura que confiere a la palabra escrita una función central en la vida espiritual de todas las sociedades.

\*\*\*

Un aspecto procedimental que señala Häberle (“Avances...”, p. 144) consiste en la figura de las “mesas redondas” para denotar espacios de deliberación y acuerdo. Adoptada en Polonia por Lech Walesa, se irradió a Hungría, Checoslovaquia, República Democrática Alemana, Bulgaria, Rumania y Sudáfrica. La necesidad política de negociar para evitar rupturas violentas y construir un orden normativo viable, desembocó en las “mesas redondas”, cuya sola denominación ofreció una imagen de horizontalidad en la participación de las diversas fuerzas políticas. Las Constituciones derivadas de esas mesas tienen, como apunta nuestro autor, el sentido de un contrato social renovado.

Las Constituciones de Europa oriental se inclinan por el concepto de economía social de mercado, de manera que el derecho a la propiedad privada de los medios de producción sea compatible con el derecho al empleo, la huelga y la seguridad social. Ahora bien, si en este punto el profesor Häberle manifiesta su coincidencia, por lo que considera que en esa zona europea se localiza “un enorme taller constitucional” (“Avances...”, p. 148), también identifica “rasgos regresivos” (p. 161), particularmente en lo que concierne a la intensificación del nacionalismo y a la superficial protección de las minorías. La primera la explica como un intento por llenar el vacío generado por la caída del socialismo, y la segunda porque el reconocimiento de las minorías requiere de un largo periodo de aprendizaje.

## 8. *Federalismo y regionalismo*

El tema del federalismo y el regionalismo es abordado por Häberle con notable precisión. Esencialmente sustenta (“Problemas...”, pp. 1176 y ss.) dos grandes cuestiones: la diferencia entre federalismo y regionalismo y las características propias del regionalismo. En cuanto al primer aspecto es muy enfático al señalar que, aun siendo “parientes cercanos”, federalismo y regionalismo no son lo mismo; más aún, el regionalismo ni siquiera puede considerarse una etapa previa al federalismo. Sus orígenes, estructuras, funciones, fines y estrategias, corresponden a motivaciones, instrumentos, procedimientos, intereses y objetivos diferentes. Está presente, una vez más,

el contenido cultural que define a la norma. Esto lo demuestra el autor con una abundante serie de datos obtenidos del derecho comparado.

Las características propias del regionalismo que Häberle identifica corresponden a una triple dimensión: la relación entre la región y el Estado; la relación entre las regiones, y la organización interna de la región. En lo que atañe al primer aspecto señala que los rasgos generales de la estructura regional deben figurar en la Constitución; que deben existir procedimientos para las formas de cooperación y la solución de conflictos entre región y Estado; que deben existir “pequeñas cláusulas de homogeneidad” que garanticen la “lealtad regional”, y que las regiones deben contar con un derecho de intervención en la toma de decisiones del Estado. En lo que corresponde al segundo punto, debe existir un procedimiento para las formas de cooperación y la solución de conflictos entre las regiones. Y en cuanto al tercer aspecto, señala la naturaleza necesariamente democrática que debe existir en la estructura y el funcionamiento del poder en el ámbito regional.

Concluye este tema apuntando que la ciencia del regionalismo comparado apenas está dando sus primeros pasos. Si bien esto fue dicho en 1994, sigue siendo cierto siete años después. Es evidente que el estudio comparativo de los sistemas federales ha alcanzado mayor profundidad, aunque también es verdad que se ha dispuesto de mayor tiempo. De alguna manera el regionalismo está todavía en construcción: la devolución de facultades en Gales y Escocia, por ejemplo, es muy reciente, y no es posible todavía apreciar sus aciertos y sus debilidades; el debate en Italia no se ha cerrado porque subsiste la tensión con el Piemonte; en España persiste el temor a desatar un proceso centrífugo que vaya más allá de la mera descentralización, particularmente por la situación de Cataluña y del País Vasco, y en Francia están divididas las opiniones, sobre todo por el tema de Córcega, para sólo apuntar unos casos. Como sea, ésta es una vertiente de estudio en la que todavía falta un desarrollo doctrinario amplio, que ayudaría a encontrar respuestas en los Estados donde se produce una confusión entre regionalismo y nacionalismo.

Los nuevos enfoques sobre este asunto tendrán que tomar en cuenta los aportes teóricos häberlianos, en especial los siete factores de legitimación del regionalismo que, con amplitud, presenta el profesor en su ensayo “El regionalismo como principio estructural naciente del Estado constitucional y como máxima de la política del derecho europeo”. Aquí se considera la legitimación del regionalismo como parte de la teoría de los derechos fundamentales, en especial por lo que concierne a la libertad cultural; como parte de la teoría de la democracia, que incluye la protección de las minorías; como parte de la teoría de la separación de poderes, en su variante de

separación vertical; como parte de las políticas económica y de desarrollo; como expresión de la integración, por sus contenidos de solidaridad; como parte de la cultura europea, que implica la conjugación de los principios de diversidad y unidad, y como factor de descentralización y fortalecimiento del principio de subsidiariedad, conforme al cual la unidad mayor (Estado) no debe asumir funciones que la unidad menor (región) pueda realizar satisfactoriamente. A lo largo de la obra häberliana vamos a encontrar como una idea recurrente la invocación al principio de subsidiariedad, según la cual el poder central no debe hacer aquello que pueda realizar el poder local ni el Estado debe actuar en lo que puedan llevar a cabo los individuos. Con esto no se trata de volver al individualismo liberal, sino de asegurar el espacio de libertades del Estado constitucional.

Esos enunciados son susceptibles de extrapolación también al Estado federal no europeo, incluido el último aspecto referido a la cultura, que se puede aplicar por igual en los ámbitos nacionales. En Iberoamérica, por ejemplo, la armonización de los principios de diversidad y unidad cultural pueden tener aplicación nacional en casi todos los Estados. Con excepción de, por ejemplo, Uruguay y Costa Rica, que presentan una gran homogeneidad, los demás Estados son culturalmente complejos.

### 9. *Los derechos fundamentales*

El problema de los derechos fundamentales está presente de diversas formas en toda la obra de Peter Häberle. Con tratamientos más amplios o más ceñidos, es una cuestión que late de manera continua en su obra. A veces, como fue el caso de un discurso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada en 2000 (“La cultura...”, pp. 532 y ss.) le bastan unos cuantos párrafos para precisar ideas medulares. Una de ellas concierne a la fuerza expansiva de los derechos fundamentales. Häberle subraya que esa fuerza expansiva se despliega en el transcurso del tiempo, y en efecto podemos observar que los derechos fundamentales cuentan con una dinámica propia que les permite desdoblarse hacia nuevos espacios y ensanchar su contenido. Es evidente que existe una relación directa entre el desarrollo de los derechos fundamentales y los procesos culturales, que no hace sino confirmar empíricamente la teoría häberliana. El argumento de que el tiempo contribuye a consolidar la eficacia de los derechos fundamentales también queda corroborado en todos los estudios de caso, e indica hasta qué punto se armonizan estos derechos con los ámbitos culturalmente más avanzados. Lo más importante es que ambos procesos (el normativo y el cultural) entran

en sinergia y se estimulan recíprocamente. Lo contrario de alguna manera también puede ocurrir: en la medida en que se deteriora el entorno cultural (por regresiones autoritarias, ausencia de políticas culturales adecuadas, y deficiencias institucionales, por ejemplo) o las funciones normativas se ven entorpecidas (el Estado de derecho se ve condicionado por tensiones políticas no resueltas, diseños constitucionales insuficientes, crisis de naturaleza económica o social que afectan los procesos institucionales, y corrupción, por ejemplo), se advierte un retroceso de los derechos fundamentales.

Una prueba del proceso expansivo de los derechos fundamentales en el tiempo la ofrece Häberle al examinar la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, y dentro de los casos mencionados un ejemplo muy sugerente es el de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. La naturaleza de la sociedad contemporánea presenta nuevos desafíos para el concepto tradicional de Estado de derecho. En nuestro tiempo, ante la aparición de una especie de Estado intangible, se hace necesaria la defensa de los derechos fundamentales también ante los particulares. “La visión unidimensional individuo/Estado es notoriamente insuficiente”, dice Häberle (“Recientes...”, p. 154). En efecto, es demostrable que no solamente los órganos del poder estatal pueden infligir perjuicios e infringir derechos fundamentales. El reconocimiento de este fenómeno ha generado dos modalidades de respuesta: previsiones constitucionales expresas en cuanto a la procedencia del amparo contra particulares, como en Argentina (artículo 43) y Colombia (artículo 86), además de los casos que identifica Peter Häberle (“Los derechos...”, p. 21) en Alemania, en la Constitución de Brandemburgo (artículo 5.1), y en Suiza, en las Constituciones cantonales de Aargau (artículo 7.1 y 2) y de Berna (artículo 27.1), o fórmulas de protección desarrolladas jurisprudencialmente, como ocurrió en Alemania a partir del caso *Lüth*, en 1958, y donde el denominado “efecto de irradiación” (Alexy, p. 507) de los derechos fundamentales sobre el derecho civil ha permitido sustentar resoluciones en que se declara que esos derechos fundamentales también están presentes en el tráfico jurídico privado; como sucede asimismo en Estados Unidos, donde se ha recurrido a la ficción de la “acción estatal” indirecta para proteger los derechos individuales frente a particulares cuando ejercen actividades que requieren autorización, concesión o incluso simple registro público; y como ya se advierte en España, donde el Tribunal Constitucional ha adoptado una interpretación amplísima del concepto de Estado social de derecho para concluir que a los órganos del Estado, entre ellos los tribunales, les incumbe el deber de velar por que también los agentes sociales acaten los derechos fundamentales. Normas supremas, jurisprudencia y doctrina (véase, por ejemplo, Estrada,

Bilbao, García Torres) van confirmando la razón a la observación de Häberle y dan cuenta de la expansión de los derechos fundamentales en el mundo. Las garantías procesales de los derechos fundamentales han encontrado nuevas expresiones, como señala el autor (“Los derechos...”, p. 25), a través de la reclamación constitucional, susceptible de ser planteada por quien considere que el poder público ha afectado alguno de sus derechos fundamentales, y que en Alemania complementa al recurso de amparo.

La función de los derechos fundamentales en el tiempo tiene otra expresión advertida por Häberle: la protección de generaciones sucesivas. “El aspecto generacional atraviesa progresivamente el orden constitucional” dice el autor (“Los fundamentos...”, p. 43; “El concepto...”, pp. 111 y ss.), y alude al caso de la protección del medio ambiente y a la formación de una cultura de los derechos fundamentales, como conjunto de valoraciones que se van formando en el tiempo y tienden a perdurar. Una vez más infiere otra consecuencia del contractualismo y nos habla de un “contrato entre generaciones” para denotar el compromiso sucesivo entre una generación y otra en cuanto a la preservación y transmisión de derechos. Esta tesis permite una lectura extensiva, aplicable a la defensa del Estado constitucional como parte del compromiso contractual generacional. La idea misma del consenso está presente en la construcción häberliana (“La ética...”, p. 162) de la teoría de los derechos fundamentales, y el consenso, como expresión de la autonomía de la voluntad colectiva, representa una actualización constante del pacto social.

Esa tendencia en el sentido de la expansión de los derechos fundamentales ha dado lugar también a la aparición de las que Häberle identifica como “cláusulas de desarrollo” (“El concepto...”, pp. 92 y 108), que son los enunciados constitucionales que prevén la posibilidad de otros derechos no expresamente recogidos por la norma suprema. Estas cláusulas no deben ser confundidas con los *principios* que, según Alexy (pp. 86 y ss.), son “mandatos de optimización”.

Una vía adecuada para alcanzar este objetivo es posibilitar la interpretación judicial conforme a la Constitución, originada en Suiza. En México un grupo de especialistas encabezado por el profesor Héctor FixZamudio ha propuesto enmendar el artículo 107 constitucional, para incorporar la posibilidad de que la Corte pueda establecer la interpretación de la ley conforme a la Constitución. Esta idea se ajusta a los principios de igualdad ante la norma y de racionalidad en el ejercicio de los controles jurisdiccionales. Si esta reforma llega a ser adoptada, permitirá evitar desviaciones de las autoridades, sobre todo de las fiscales. La interpretación conforme a la Constitución es una manera inteligente, seria y eficaz de desarrollar los de-

rechos fundamentales. En la dirección de un incesante enriquecimiento de los derechos fundamentales el profesor Häberle advierte (“El concepto...”, p. 106) que las situaciones de peligro para la sociedad generan la necesidad de nuevos derechos. Para hacerles frente se requiere una disposición abierta que permita ofrecer respuestas creativas. Uno de los ejemplos que invoca es el de la soberanía informativa, como en el caso de la protección de datos (“Recientes...”, p. 165). En todo caso, la evolución cultural va presentando nuevos estadios de desarrollo que requieren planteamientos jurídicos, muchas veces directamente relacionados con nuevos contenidos y expresiones de los derechos fundamentales. Como se puede apreciar, esta posición es una forma adicional de asumir las implicaciones de la teoría häberliana del Estado constitucional. En este particular punto pueden mencionarse, como ejemplo adicional, las técnicas de clonación, ante las cuales se están produciendo diversas respuestas éticas y normativas.

Un tema abordado con menor frecuencia por la doctrina es al que Häberle denomina “obligaciones fundamentales” (“El concepto...”, p. 116). En su infatigable labor precursora, Peter Häberle aborda esta nueva cuestión y la deja para un desarrollo ulterior más amplio. Una de las características de Peter Häberle es su capacidad para identificar problemas y encontrar soluciones. En este caso subraya que “pequeños textos de obligaciones fundamentales se contraponen a catálogos completos” de derechos. Deja abierta la cuestión de si ese fenómeno se debe a que la ética de las obligaciones ciudadanas es difícilmente trasladable a definiciones jurídicas. Una de las consecuencias de esa percepción es la teoría häberliana del *status activus processualis*, o deberes de protección del Estado, que su autor ha configurado a partir de 1971 (véase, “Recientes...”, p. 157).

\*\*\*

Acierta P. Häberle, una vez más, al indicar (*Diritto...*, p. 31) que en la medida en que los derechos humanos se han convertido en una materia del mayor interés para la comunidad internacional, también han influido para que la cuestión de la verdad haya pasado a ser parte del derecho internacional. Nos explicamos este fenómeno al que alude el profesor alemán, por la confluencia de factores endógenos y exógenos en la vida del Estado contemporáneo. Por una parte, las guerras civiles (España, por ejemplo), los sistemas totalitarios (stalinismo, *polpotherismo*, por ejemplo), el terrorismo (Irlanda, por ejemplo), el separatismo (Chechenia, por ejemplo) y las guerras por razones étnicas (Bosnia, por ejemplo); por otra parte, las guerras

internacionales a lo largo del siglo XX dejaron una huella terrífica en la historia de la humanidad y generaron una explicable reacción en favor de los derechos fundamentales. La barbarie a la que asistimos durante el siglo XX no tiene precedente. Téngase en cuenta que en ese siglo perdieron la vida casi doscientos millones de personas como resultado de conflictos armados y de actos contrarios a la humanidad perpetrados por motivos políticos. Brzezinski (pp. 18 y ss.) ha demostrado que esa cifra de fallecimientos por violencia de origen político es superior al total de la registrada en los diecinueve siglos precedentes.

#### 10. *El problema de la verdad*

El problema de la verdad se plantea como una cuestión central en el constitucionalismo contemporáneo. El derecho a la verdad, según la cita que Häberle hace de Grocio (*Diritto e verità*, p. 32), se funda en la libertad de juicio del destinatario de la comunicación. Desde esta perspectiva es imposible construir un sistema constitucional democrático que no presuponga la salvaguarda del derecho individual y colectivo a la verdad. Así no esté expresamente enunciado, se trata de un principio incorporado en el derecho a la información. Con este tema el profesor Häberle desarrolla un trabajo elocuente, elegante y erudito. *Diritto e verità* es uno de los más fascinantes textos sobre derecho publicados en las últimas décadas. El autor acude, con la maestría de siempre, a las fuentes del derecho comparado y a la doctrina, pero en esta ocasión alterna las referencias al derecho y a la filosofía con abundantes ejemplos de poesía que imprimen a su obra una dimensión difícil de alcanzar en un estudio jurídico. Publicado en alemán en 1995 y traducido al italiano en 2000, este texto pone de relieve la relación inextricable entre derecho y cultura, y deja ver el compromiso ético y el perfil renacentista del profesor de Bayreuth.

Desde las primeras líneas de la edición italiana el autor advierte que, en el lustro transcurrido desde su aparición en Alemania, el tema de la verdad ha adquirido en el mundo una presencia de creciente amplitud. Este hecho, corroborable, es una prueba empírica de la vinculación entre la verdad y la democracia. El derecho a la verdad es una expresión más del reconocimiento de la dignidad como un derecho fundamental.



\*\*\*

El profesor Häberle ofrece extensos y convincentes argumentos para probar que aun cuando la verdad da lugar a una polisemia (*Diritto...*, pp. 9 y ss.), representa un valor esencial del derecho contemporáneo. Sea cual fuere el concepto que adoptemos, la verdad funciona como un elemento integrador de las relaciones sociales en todas las escalas, y sin ella no es viable el desarrollo de la cultura.

Para dar coherencia a su argumentación, y con la notable capacidad que tiene para identificar los elementos de relevancia teórica cuando analiza un problema, Häberle encuentra (*ibidem*, pp. 77 y ss.) siete modalidades de expresión normativa concernientes a la verdad, que aunque refiere expresamente a Europa del Este, pueden ser aplicables como útil esquema de encuadramiento en otros sistemas constitucionales: cláusulas que proscriben la ideología de Estado; cláusulas del pluralismo; obligación de los funcionarios de producirse con verdad; cláusula de neutralidad científica; cláusula de libertad de información y enmienda; cláusula de responsabilidad judicial, y cláusula de objetividad política (“separación entre el Estado y los partidos”).

Pocos trabajos han calado tan hondo en cuanto a la relación entre verdad y derecho, como el de Peter Häberle. Desde otra perspectiva, el conjunto de cinco conferencias dictadas por Michel Foucault en 1973 (*La verdad y las formas jurídicas*), había marcado un nuevo derrotero para la investigación; pero mientras que el profesor francés, a partir de un novedoso enfoque de Edipo, se orienta a resolver las incógnitas de la historia externa de la verdad, donde se sitúa el derecho, el profesor alemán formula una teoría concernida con el Estado constitucional moderno y contemporáneo. Uno y otro enfoques pueden complementarse si se tiene en cuenta que Foucault acentúa la relación entre la búsqueda de la verdad jurídica y el desarrollo de diversas ciencias del conocimiento que han significado una sucesión de profundos cambios en la cultura a través de la historia.

### 11. *La idea de dignidad*

La idea de dignidad tiene una importante implicación para el profesor alemán. La democracia, dice (“El Estado...”, p. 93), es “la consecuencia organizativa de la dignidad del hombre” y en otro texto reafirma que la dignidad es la premisa cultural antropológica del Estado constitucional (“De-

recho constitucional...”, p. 222). Aquí nos encontramos, sin duda, con una tesis central. La ilustración centró sus preocupaciones en los grandes temas que nutrieron al constitucionalismo desde su origen. El catálogo de derechos fundamentales se agotó con las diversas expresiones de cuatro principios: libertad, igualdad, justicia y seguridad jurídica (que incluye el derecho a la propiedad). Siempre habrá que tener presente el argumento renacentista de Pico della Mirandola (*De hominis dignitate oratio*) como precursor de la defensa de la dignidad; el imperativo categórico de Kant, enunciado en 1785 (*Fundamentación...*, pp. 54 y ss.) y reiterado en 1797 (*La Metafísica...*, p. 335), con sus claras resonancias en Hegel (“sé una persona y respeta a los demás como personas”, núm. 36) y más tarde en Stammler (con los “principios del respeto” en el derecho justo, núm. 95). Sin embargo, Larenz (cap. II) y González Pérez han demostrado que la dignidad como contenido explícito de la norma corresponde a un estadio cultural relativamente reciente. En el ámbito constitucional el desarrollo de la dignidad sólo se ha producido a partir de la Ley Fundamental alemana de 1949. Es, por lo mismo, la aportación más original que se ha hecho en cuanto a los derechos fundamentales desde el siglo XVIII. “La dignidad del hombre es intangible. Los poderes públicos están obligados a respetarla y protegerla”, establece el artículo 1o. de esa Ley.

Tiene razón Häberle al identificar a la dignidad como causa de la democracia; es una aportación germana al constitucionalismo contemporáneo. Resulta comprensible que después de la tragedia bélica, el constitucionalismo de la posguerra se haya orientado por incluir la dignidad como un derecho fundamental. Es significativo que las Constituciones de países que han pasado por severas crisis de principios éticos presenten, desde su inicio, una referencia a la dignidad. Así ocurre también con el artículo 1o. de la Constitución de Sudáfrica. En el caso de Alemania, refiriéndose a la primera posguerra, Ernst Troeltsch había dicho que todos los excesos que dan lugar a la glorificación del Estado se hacen a expensas de la libertad y de la dignidad humanas. No menos se puede decir en la segunda posguerra y en los días de nuestro tiempo, ante la intolerancia, con expresiones de racismo y fundamentalismo, que afecta la vida de numerosas sociedades.

Es previsible que ante una serie de nuevas reivindicaciones, que tienen como eje el respeto a la dignidad, se generalice la incorporación constitucional del precepto germano. El derecho a la intimidad, que justifica algunos aspectos del derecho a la información; a las preferencias sexuales, y a las decisiones sobre la disposición de la vida, como la eutanasia, son sólo algunos ejemplos de cuestiones que están directamente relacionados con la protección jurídica de la dignidad.

## 12. *El problema del fundamentalismo*

Un tema de especial trascendencia es el que corresponde a la relación entre fundamentalismo y Estado constitucional. En este punto, el enfoque del profesor Häberle contiene dos aportaciones centrales: la caracterización del fundamentalismo y de sus diversas expresiones (religioso, político, económico, científico, ecológico), por una parte, y por la otra una convocatoria a la apertura hacia el reconocimiento de las diversidades culturales. Lejos, por ende, de situarse en una posición de rechazo y descalificación, y congruente con la función integradora de la cultura a través del orden constitucional, la doctrina häberliana ofrece una respuesta constructiva ante los peligros, que identifica, representados por las distintas formas de fundamentalismo.

Cuando el profesor Häberle perfila (“El fundamentalismo...”, pp. 146 y ss.) los rasgos definitorios de los fundamentalismos, encuentra una pluralidad de elementos que podríamos agrupar en varias categorías. Algunos tienen aspectos negativos (monismo, intolerancia, reacción frente al cambio); otros tienen implicaciones parcialmente negativas combinadas con otras positivas (positivo: volver a las raíces o fundamentos, negativo: excluir la convivencia con otras expresiones culturales; positivo: búsqueda de identidad, negativo: afectar o desconocer los derechos humanos, alentar la violencia), y advierte como elemento positivo que, contra lo que suele considerarse en el sentido de que el fundamentalismo maneja “cuestiones engañosas de siglos anteriores”, se plantean problemas de nuestro tiempo. Ante este haz de elementos ofrece una doble respuesta: un debate cultural profundo y un esquema constitucional que permita “organizar pragmáticamente la convivencia de los muchos fundamentalismos de nuestro tiempo”. Como se ve, lejos de una posición intransigente, la teoría häberliana demuestra que el constitucionalismo contemporáneo cuenta con los instrumentos para conciliar diferencias extremas. Los fundamentalismos representan un desafío mayor para la convivencia entre y dentro de las naciones. Orientar el sentido posible de la absorción de los conflictos que plantean es una posición constructiva que prueba, además, las posibilidades integradoras de la teoría häberliana.

Debe tenerse presente que la diversidad de fundamentalismos a que alude el propio autor también conduce a pensar en soluciones constitucionales diferentes. Es sensiblemente menos complicado atenuar los efectos del fundamentalismo económico (excesos de la economía de mercado) o ecológico (inhibición del desarrollo en algunos aspectos científicos y tecnológicos), que superar los problemas del fundamentalismo religioso (intolerancia)

y político (“limpieza étnica”, separatismo). Con todo, como no resulta aceptable que los conflictos queden sin solución ni que ésta pueda adoptarse al margen de los instrumentos del constitucionalismo, es menester hacer un esfuerzo en el sentido señalado por el profesor Häberle.

### 13. *El derecho cultural*

Como es natural, una de las áreas de interés del profesor Häberle corresponde a las normas concernientes a los bienes del patrimonio cultural. “La protección de los bienes culturales ha hecho ‘carrera’ como tema de la política y las ciencias, especialmente en los últimos años”, declara (“La protección...”, p. 11). Para corroborar su aserto ejemplifica con diversos instrumentos internacionales y con los casos de las Constituciones colombiana, checa, eslovaca, española, guatemalteca, hondureña, paraguaya, peruana, rusa, salvadoreña, ucraniana, además, por supuesto, de la propia alemana. Podemos agregar que en el caso de México la Constitución también alude a la naturaleza pluricultural de la nación (artículo 2o.) y faculta al Congreso para legislar en cuanto a la defensa del patrimonio cultural (artículo 73, XXV). Pero lo más relevante no es el detenido examen de los ejemplos ofrecidos por el derecho cultural comparado, sino lo que él denomina a partir de 1980 como “una modesta teoría constitucional de la protección de los bienes culturales” (*ibidem*, pp. 26 y ss.). Esa teoría en esencia sustenta que la protección de los bienes culturales es una de las piezas fundamentales para la comprensión de la Constitución como cultura. No debe entenderse que el profesor alemán circunscribe su concepto a las Constituciones que incluyen referencias expresas a la cultura o a los bienes culturales; estos son elementos testigo de la naturaleza cultural de las Constituciones, pero aun las Constituciones que no los incorporan textualmente son siempre una autorrepresentación cultural de un pueblo.

Las siete tesis que componen esta fascinante parte de la teoría häberliana brindan un amplio campo para la reflexión: la comunidad mundial de los Estados culturales, que ofrece un nuevo fundamento para la cooperación internacional; el contrato social mundial en materia de cultura y naturaleza, que resulta central para la preservación del planeta y que representa una nueva dimensión del contractualismo; la libertad mundial gracias a la cultura, que introduce una dimensión mucho más amplia que la tesis de Marshall McLuhan de la “aldea global”, sólo por la acción de los medios de comunicación; el patrimonio cultural universalmente protegido, que explica la relevancia de las minorías; la percepción de la humanidad en el Estado

constitucional, que confirma la fuerza expansiva de los derechos humanos; la construcción de la humanidad a partir de la protección internacional de los bienes culturales, donde una vez más el profesor de Bayreuth deja ver sus vínculos con el profesor de Königsberg (*La paz perpetua*), y la relación de interdependencia entre la protección nacional y la internacional de los bienes culturales, que ofrece una nueva base doctrinaria para atenuar los efectos excluyentes de los fundamentalismos.

#### 14. *La evolución constitucional*

El profesor de Bayreuth, en una de sus obras centrales (*Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 35) deja caer una aseveración fundamental: “los propios textos constitucionales deben literalmente ser ‘cultivados’ para que devengan auténticamente Constitución”. Como consecuencia de esta tesis podrían resultar numerosas consideraciones y hasta conclusiones. “Cultivar” un texto constitucional puede tener varias implicaciones en la teoría de Peter Häberle: buscar acuerdos constituyentes entre los agentes políticos prevaecientes; construir instituciones que progresivamente deriven hacia el objetivo final predeterminado, después de un cuidadoso proceso adaptativo; abrir espacios para ir modelando las nuevas instituciones por la vía del ensayo y el error; evitar resistencias al cambio; alentar la interiorización individual y colectiva de nuevas conductas; identificar las expectativas en su fase larvaria para darles forma y cauce; asociar eficazmente los elementos tradicionales de la cultura con las tendencias culturales innovadoras; tender puentes de integración cultural que superen la inercia de lo existente y no generen quiebres históricos traumáticos. Ahí encuentra nuestro autor la “auténtica Constitución”: en el punto donde convergen norma y normalidad para expresarse como cultura.

Un concepto que debemos tener muy presente es el que atribuye a la cultura una función mediadora en la formulación de la norma (Häberle, “Teoría de la Constitución...”, p. 44). No se trata de una tesis paralela a la enunciada por Habermas en cuanto a la función mediadora de la norma. La norma es, desde la perspectiva de Häberle, una forma de autorrepresentación cultural de la sociedad. En este sentido, la norma es el medio de que se vale la sociedad para articular su organización y funcionamiento y la expresión misma de la forma de ser de esa sociedad.

\*\*\*

En su ensayo sobre la Constitución europea, Häberle ofrece una serie de consideraciones atinentes a los procesos constitutivos. Entre ellos resalta su inclinación por el gradualismo (“Colloquio...”, p. 203) traducido en aproximaciones progresivas, en cuanto a la adopción de reformas. Para evitar reacciones que invaliden las reformas y para dar a esas reformas tiempo suficiente de adaptación, la gradualidad es muy recomendable. Esta posición es explicable dentro de la teoría häberliana; más aún, es una consecuencia natural de ella. Como elemento de la cultura, la Constitución tampoco puede ser objeto de sacudidas intempestivas, a menos que se produzcan como parte de un proceso revolucionario. Los cambios por aproximación sucesiva no se pueden identificar con una actitud conservadora; por definición el cambio no es conservador. Lo que debe valorarse es que sólo el cambio voluntarista, impuesto, puede serlo en gran escala. Este tipo de cambio no corresponde a un proceso cultural y por ende no encaja en el Estado constitucional. El cambio drástico y completo obedece a impulsos que van más allá de la interacción con el entorno cultural y, por lo mismo, además de no ser necesariamente democrático corre el riesgo de quedarse en la epidermis social, de no pasar de una declaración sin correspondencia con la realidad. Podría decirse que su objetivo es modificar la realidad, y que oponerse a ese proceso es una actitud refractaria al cambio. No lo veo así, en tanto que los cambios constitucionales tienen que ir acompañados con los cambios culturales, a menos que como ya se dijo sean producto de una revolución, que por su misma esencia representa un quiebre cultural. Si los cambios constitucionales se producen sin considerar el entorno cultural, muy probablemente desembocarán en cualquiera de dos destinos: serán norma huera, o para su imposición podrán dar pábulo a excesos de poder. Ninguno es saludable. La posición de Häberle permite superar ese doble problema. El cambio normativo corresponde a un proceso cultural o lo induce, pero no lo desconoce.

Un buen ejemplo de esos cambios paulatinos es el que invoca P. Häberle cuando alude a los tribunales constitucionales. En una sugerente entrevista con Landa (“El rol...”, p. 281) afirma, a propósito de la jurisdicción constitucional, que su “cimentación en la cultura política” de un pueblo sólo se produce en un periodo muy amplio. “Las Constituciones *jóvenes*, agrega, no deberían otorgarle demasiadas competencias a los tribunales constitucionales”. Esta inteligente advertencia la hace a partir de su convicción del cambio paulatino. Repárese que de ninguna manera niega que esos tribunales sean incorporados al orden jurídico; más aún, subraya que su presencia es

muy frecuente en los casos de transición a la democracia. Pero una cosa es que se instituya la jurisdicción constitucional, y otra que se le sobrecargue. La generación de expectativas excesivas con relación a nuevas instituciones con frecuencia tiene dos tipos de resultados negativos: o bien las instituciones se deforman y actúan por encima o por debajo de su ámbito competencial, o bien la percepción social acerca de su funcionamiento se torna adversa, aun cuando su actuación corresponda a la previsión normativa. La peor de las combinaciones se produce cuando a pesar de la atrofia de las instituciones (por distrofia o hipertrofia), la opinión pública muestra satisfacción, porque denota un problema cultural profundo.

De manera muy esquemática puede decirse que la respuesta al absolutismo del ochocientos fue la afirmación de la igualdad de los hombres (“es una de las cuestiones más interesantes que la filosofía puede proponer y de las más espinosas que los filósofos puedan resolver”, decía Rousseau, *Discours...*, p. 17); que la consecuencia de la gran Revolución fue la lucha por la libertad en el siglo XIX; que la reacción frente a la exclusión y a la concentración de la riqueza, fue la bandera de la equidad en el siglo XX. El siglo XXI tal vez sea el periodo en el que se desenvuelvan los derechos concernientes a la dignidad, entre los que se incluye la verdad. Se trata de etapas sucesivas en la construcción de un orden normativo menos imperfecto. Es un proceso acumulativo que permite confirmar, históricamente, que la organización del Estado se reconstruye de manera permanente y paulatina, y que entre derecho y cultura se produce un efecto sinérgico que va generando, progresivamente, instituciones renovadas, primero, y renovadoras, después. Como producto de la creación cultural, en el Estado constitucional se puede observar un desarrollo *autopoiético* del derecho. Una formidable síntesis de ese proceso evolutivo basado en el compromiso (contrato social) se debe a Nietzsche (pp. 240-2) cuando afirmó que la transformación del gobierno autoritario en gobierno constitucional no se consigue mediante nuevos repartos de violencia, “sino por transformaciones graduales” alcanzadas a través de compromisos colectivos. Cuando el filósofo alemán escribía su “Ojeada sobre el Estado” en 1874, advertía premonitoriamente que para llegar a ese gobierno constitucional por la vía evolutiva “podría hacer falta aún un siglo”; casi acertó.

\*\*\*

Acerca del problema de la reforma constitucional existe una amplia bibliografía entre la que sobresalen dos obras fundamentales: la de G. Jellinek: *Reforma y mutación de la Constitución*, y la de P. de Vega: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Häberle (“Desarrollo...”, pp. 15 y ss.)

introduce un concepto novedoso: el de “desarrollo constitucional”, como una categoría temporal. Aquí aparece una consecuencia más de la teoría háberliana. En tanto que la Constitución es parte de un proceso cultural, incluye por igual los procesos expresamente normados y los informales. La Constitución, por ende, forma parte de la fluidez cultural que incluye la creación, recepción, estabilización, transformación e interacción de conocimientos, valores, creencias, comportamientos, actitudes, estilos y tradiciones. El tiempo juega un papel axial en ese flujo incesante, en el que Häberle localiza un nuevo factor: la fuerza normativa de la opinión pública. Este es un rico filón sobre el que seguramente el profesor alemán seguirá explorando en todos sus ricos pliegues. Es un elemento innovador en el que tal vez sea posible encontrar algunas resonancias de Jellinek (la fuerza normativa de los hechos) y de Habermas (la acción comunicativa), pero que apenas ha sido esbozada y está en espera de un tratamiento más extenso. Numerosas claves podrían ser identificadas a partir de esa sugerente aportación háberliana. En su trabajo “Desarrollo constitucional y reforma constitucional” aborda extensamente un aspecto del cambio constitucional en el tiempo, vinculado con la acción de los tribunales constitucionales y, desde luego, de los órganos y procedimientos formales de reforma. Sus referencias a los cambios informales, empero, son las más relevantes. No escapa a su análisis que la tensión entre estabilidad y cambio genera “toda una escala de procesos formales e informales” cuyo desenlace en el tiempo va produciendo efectos diferenciados. Seguramente éste será un tema sobre el que el profesor volverá, y con nuevos hallazgos.

### 15. *El Estado constitucional*

En un hombre universal como Peter Häberle es comprensible lo que podríamos llamar “ecumenismo institucional”, que se manifiesta en la disposición a recibir nuevas influencias culturales y a coexistir con ellas. El concepto de cultura en el que basa su teoría de la Constitución le permite concebir a la norma suprema como un sistema normativo muy abierto. Esto se hace evidente, por ejemplo, cuando alude, en diversos ensayos, a la necesidad de admitir la realidad islámica como parte de la cultura europea. La idea de un “Euro-Islam” está presente en varios de sus trabajos, y corresponde a un hecho cultural que se viene extendiendo por Europa. En realidad, el islamismo ha sostenido su proceso expansivo constante desde el año 711. A partir del Medio Oriente, ha alcanzado el Lejano Oriente, África, algunos países europeos, con diversa intensidad, y tiene inequívoca presencia en Estados



Unidos. El islamismo es parte de la cultura de países muy distintos entre sí; su reconocimiento, como propone Häberle, corresponde a una de las características centrales de la cultura occidental: la tolerancia.

La tesis häberliana con relación al Islam corresponde a una disposición ecuménica, pero tiene también una implicación positiva que debe subrayarse: la asimilación cultural del islamismo en occidente podrá alentar una actitud más receptiva de los valores de la tolerancia en los países musulmanes. Después de todo, el fundamentalismo —en el que con tanta precisión ahonda Häberle— es una impostura que no corresponde a la verdadera tradición islámica que durante la Edad Media representó los altos valores del humanismo.

\*\*\*

En 1998 el profesor Häberle publicó en alemán, y con diferencia de meses en español, un ensayo de extraordinaria importancia para entender los alcances de su teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Tomando la tríada conceptual revolucionaria francesa, libertad, igualdad, fraternidad, el profesor de Bayreuth (*Libertad...*, pp. 45 y ss.) desarrolla una profunda reflexión en torno a esa gran cantera constitucional representada por los textos fundamentales franceses, asociándolos con los textos británicos, a partir de 1215, y norteamericanos. Häberle retoma el artículo 28 de la declaración de derechos que precede a la Constitución francesa de 1793 (“ninguna generación puede imponer sus propias leyes a las generaciones futuras”), para corroborar su argumento de la “eterna peregrinación hacia el tipo Estado constitucional” (*ibidem*, p. 58). Este formidable ensayo no es un trabajo de interpretación histórico-jurídica, sino una serie de hallazgos mediante los que el autor confirma (*ibidem*, p. 90) que la actualización del contrato social es un trabajo acumulado en cuya realización están concernidas todas las generaciones.

\*\*\*

El lector de *El Estado constitucional* corroborará que se encuentra, como bien ha dicho E. Mikunda Franco (Häberle, *Teoría*, p. 17), ante un inspirado demócrata que ha sabido encontrar en la relación entre derecho y cultura uno de los más sólidos sustentos del pacto social. Ese perfil del profesor de Bayreuth se complementa con la reseña que de su entorno doméstico nos

hace Domingo García Belaúnde (p. 73). El profesor habita una casa en cuya sala están presentes las efigies de Kant, Savigny, Marco Aurelio y Beethoven.

A Häberle le es aplicable el concepto griego de *paideia* que tan bien ha analizado Jaeger. Como concepto omnicomprendivo, *paideia* denota lo que en términos modernos se identifica como cultura, civilización, ciencia, literatura o educación. Por eso Jaeger (p. 439) alude a que las grandes obras de la *paideia* se identifican como poesía, ciencias, arte, política, leyes, y acaba siendo “la morfología genética de las relaciones entre el hombre y la *polis*” (p. 465). Es así como entiendo la teoría del profesor Häberle: como una nueva lectura del mundo clásico; como un nuevo gran retorno al origen del pensamiento occidental. Desde esta perspectiva la teoría häberliana es auténticamente renacentista. Es la primera de las grandes construcciones teóricas de la Constitución que rescata los auténticos valores y principios del clasicismo. Häberle, ciertamente, ha conseguido ver más allá que aquellos que le enseñaron; que aquellos en cuyo saber abrevó; que aquellos que le precedieron en el tiempo cercano y lejano. Su gran valor reside en que ha sabido entender lo que otros han dicho, y ha sabido innovar con maestría. En su teoría se advierten las pulsaciones de un saber acumulado por siglos y están presentes las ideas nuevas que servirán para fijar el derrotero de la ciencia constitucional en los años por venir. Por eso es un jurista para el siglo XXI.

\*\*\*

He querido ofrecer al lector un cuadro general de la prolífica obra del profesor Peter Häberle, que sin reserva alguna puede ser considerada una de las más importantes contribuciones al constitucionalismo en las dos últimas décadas y, más todavía, se perfila como la construcción conceptual más sugerente al inicio del siglo. Las claves de la cultura y el derecho permitirán descifrar las incógnitas que todavía reserva el Estado constitucional.

El pensamiento häberliano es rico en sugerencias y abundante en ideas e imágenes que a su vez conducen a nuevas consideraciones. Fiel a su idea de que siempre es posible ver más lejos, nos conduce por los peldaños del constitucionalismo con tal maestría que además de brindar un panorama diferente a los antes vistos, invita e incita a seguir avanzando. A través de Peter Häberle podemos contemplar viejos paisajes con mirada diferente, y nuevos panoramas con la sorpresa del descubrimiento.

Miguel Ángel decía que él no inventaba las formas; que sólo le quitaba a la piedra lo que le sobraba. Parece como si Peter Häberle hubiera procedido con el mismo toque genial, y que al ir desgranando ideas, párrafo tras párrafo, sólo procediera a descubrir lo que, como en el mármol del genio renacentista, ya estaba ahí. Y es que ni el artista ni el jurista se han apartado un ápice de la realidad; lo que cada uno ha hecho, en su tiempo y en su esfera, es descubrir lo que permanecía oculto para los demás. Tampoco Newton inventó las leyes de gravedad ni Mendel las de la herencia. El artista advierte la belleza ante lo que otros quedan indiferentes, y el científico encuentra nuevas verdades donde otros se conforman con lo establecido.

El lector tiene ahora en sus manos una obra en la que el profesor de Bayreuth ha vertido la quintaesencia de sus ideas. En la plenitud de la madurez intelectual, el profesor Häberle seguirá produciendo y beneficiándonos con otras aportaciones. La suya es la vida de un investigador y de un pensador infatigable. La fecundidad de su poderosa inteligencia y de su insaciable curiosidad científica nos depararán muchas nuevas obras suyas. Ahora podemos asomarnos, desde el hombro que como generoso soporte nos ofrece, para contemplar mediante la provechosa lectura de esta obra, lo que a lo largo de varios años ha acumulado un excepcional jurista de nuestro tiempo. Es probable que a partir de esta notable obra de Peter Häberle haya quien, como él mismo diría, alcance a ver más lejos; muchos, sin embargo, nos sentiremos satisfechos con que, orientados sabiamente por él, podamos ver tanto como nos enseña este texto lúcido e innovador.

\*\*\*

El profesor Häberle señala la importancia institucional que tuvieron los acontecimientos de 1989, "*annus mirabilis*". En términos de Jaspers podemos decir que ese año representa un nuevo eje histórico en el mundo. Pero, como en todos los cambios históricos, ese año ha generado una tendencia en el sentido de transformar al Estado constitucional en la dirección que apunta Häberle, mientras que otra corriente ha aprovechado el fenómeno histórico para intentar desarticular el Estado constitucional.

El desprestigio de las grandes burocracias, la corrupción desarrollada con el pretexto del Estado de bienestar, y el autoritarismo institucionalizado han tenido una doble respuesta antitética: el impulso del Estado constitucional y el desmantelamiento del Estado. Para ofrecer una base conceptual a ambas tendencias, se ha generado una importante literatura jurídica y política, y así como el profesor Häberle manifiesta que sus reflexiones están

en línea con muchas tesis de Heller, por ejemplo, hay otros que sintonizan con las de Hayek (esp. *The road to serfdom*), para sólo mencionar dos figuras paradigmáticas.

*El Estado constitucional* ofrece una amplia gama de argumentos que en torno a la consolidación de la democracia a través de la Constitución, y presenta un enfoque original para entender las relaciones simbióticas entre norma y cultura. Se trata de una de las formulaciones teóricas de la Constitución más relevantes del siglo anterior, y será sin duda una de las más esclarecedoras en el que comienza. Para soportar sus argumentos el autor recurre a la doctrina y a las aportaciones legislativa y jurisprudencial de numerosos países, pero, sobre todo, se apoya en su formidable capacidad de asociar información y de formular, de manera persuasiva y clara, ideas que aportan nuevas luces a viejos problemas. Es importante también hacer notar que estas virtudes de la obra original no serían suficientes si no se contara con la traducción pulcra, precisa y elegante que ha hecho Héctor Fix-Fierro. Es comprensible que así sea, porque Fix-Fierro además de dominar la lengua alemana es un jurista de gran talla.

El profesor, doctor, doctor *honoris causa* múltiple, Peter Häberle, es un jurista cuyos aportes científicos permitirán descifrar las claves del poder, complejo y proteico, de un siglo que se caracterizará por la expansión y consolidación de los derechos culturales. El ilustre hombre de derecho alemán, en cuyas páginas el lector encontrará una nueva forma de agrupar la información y una nueva cantera de ideas, corresponde a la mejor tradición ilustrada europea. Es comprensible que vea las relaciones entre Constitución y cultura con la diafanidad que expone en esta obra, porque él mismo encarna una admirable conjunción de científico y artista. El derecho, la filosofía y la historia, por una parte; la música y la poesía, de otra, enriquecen la vida de Peter Häberle. Su obra es prometeica porque nos ofrece una nueva luz sobre el secular problema de organizar el poder y asegurar la libertad y la justicia. Seguramente el profesor habrá releído muchas veces a Goethe, uno de sus favoritos, cuando dice “cubre tu cielo, Zeus / con bruma y con nubes, / e igual que el infante / que juega a desmochar el cardo, / ejerce tu poder sobre las encinas en la cumbre del monte. / Pero deja mi tierra, / y mi pobre cabaña, que no es obra tuya, / y mi hogar, / que al iluminarme / enciende tu envidia”.

## II. PETER HÄBERLE: AUTORRETRATO DE UN JURISTA UNIVERSAL A LOS OCHENTA AÑOS DE EDAD

El 13 de mayo de 2014, el eminente profesor Peter Häberle cumplió ochenta años de edad. Su andadura académica comenzó como estudiante en las universidades de Tubinga, Bonn, Montpellier y Friburgo. En esta última se doctoró con honores en 1961 y ahí mismo comenzó más tarde su labor docente, que continuaría en Marburgo y culminaría en Bayreuth, donde ahora es emérito, y en la Universidad de St. Gallen, donde es profesor visitante permanente. Sus lecciones han sido escuchadas por el público universitario de varios países europeos y asiáticos; en América Latina ha dictado conferencias en Argentina, Brasil, México y Perú.

Su voluminosa obra comprende medio centenar de libros, incluidas las traducciones, y casi setecientos ensayos, artículos y reseñas (Mikunda Franco, 2009). Muchos de ellos han sido traducidos a diversos idiomas y son estudiados con atención e interés crecientes por los juristas iberoamericanos. Esto explica que haya sido editado en Argentina, Brasil, Colombia, España, México y Perú.

Sobre el profesor Häberle se han escrito muchos ensayos y monografías. Sólo en el documentado estudio del profesor Emilio Mikunda Franco, de la Universidad de Sevilla, son citados treinta y tres, aparecidos Alemania, Argentina, Brasil, Corea, Croacia, España, Italia, Japón, México, Perú y Portugal.

La lectura del jurista alemán nos pone ante textos de enorme riqueza conceptual. Su sólida formación filosófica, jurídica, histórica, literaria y musical permite que sus trabajos alcancen una gran profundidad y confirmen los argumentos centrales de su teoría cultural de la Constitución. Pero, además de los trabajos de su autoría disponemos de otra rica cantera para abreviar en su pensamiento. En 2006, recopilé en un volumen las diversas entrevistas especializadas que hasta ese momento había concedido el profesor Häberle (*Conversaciones académicas con Peter Häberle*, 2006, pp. 204). Para tener un panorama de su formación e ideas, en sus propias palabras, reproduzco a continuación algunos fragmentos de esas conversaciones, con relación a temas específicos. También incorporo la entrevista que le hizo Jorge León Vásquez en 2014, la más reciente de todas.

Me atrevo a llamar “autorretrato” a este texto. Si bien la selección es mía, las páginas que siguen son todas del profesor Häberle. Las agrupé en diversos rubros, para facilitar su lectura.

## 1. *Autobiografía intelectual*

Comencé mis estudios jurídicos en Tubinga, continuándolos en Friburgo; estuve después un semestre en Bonn, otro posterior en Montpellier, volviendo luego a Friburgo, de cuya facultad de entonces guardo los mejores recuerdos que puedan imaginarse. Inicialmente me concentré en el derecho penal y estudié con el muy conocido, también en España, profesor Jescheck. Pero entonces, era mi quinto semestre, en el año 1956, asistí por primera vez al nuevo seminario del joven profesor Konrad Hesse, con el que, desde el principio me entusiasmé, sobre todo por su arte para conducir un seminario de manera sistemática (“Entrevista de Francisco Balaguer Callejón...”, *Conversaciones académicas con Peter Häberle*, 2006, p. 17).

Me he esforzado siempre en desarrollar el derecho constitucional sobre la base de sus profundas dimensiones filosófico-jurídicas (*ibidem*, p. 19).

He presentado propuestas concretas para los trabajos constituyentes en Polonia, que se han publicado en el *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* que dirijo y que se han traducido, además, al polaco y al inglés. Esas propuestas han sido tenidas en cuenta, especialmente en relación con la garantía del contenido esencial de los derechos o las fuentes del derecho (*ibidem*, p. 22).

Me considero afortunado de haber vivido, en 1989, en Bayreuth, porque antes se encontraba en la frontera alemana. Hoy se encuentra en medio del corazón de la reunificada Alemania. Para mí representa la reunificación, en el aspecto social, la experiencia más feliz de mi biografía. Y lo más importante no es la reunificación de un Estado nacional, sino la reunificación de Alemania entendida como nación cultural, y porque de esta manera nos encontramos en el camino de aquello que exigió Thomas Mann: una Alemania europea (“Entrevista de Zvonko Posavec”, *Conversaciones...*, p. 151).

Yo fui ingenuo hasta el año 1989, si usted así lo quiere, partidario de la idea del hombre de John Locke. Pero frente a la confrontación en sus Balcanes, en la ex Yugoslavia, frente al exterminio de minorías étnicas por los serbios, frente a los sucesos en Kosovo entre serbios y ortodoxos, para mí incomprendible, contra la minoría islámica, frente a todo eso, he comenzado a dudar si somos justos insistiendo en una idea optimista del hombre tanto para con el Estado constitucional como para el hombre mismo” (*ibidem*, p. 156).

## 2. *Fuentes de inspiración*

Es manifiesto que yo le debo más que a nadie, tanto en el aspecto personal cuanto en el científico, a Hermann Heller. Él es, para todos nosotros, un modelo debido a su integridad personal e independencia, su compromiso democrático y, ciertamente, su inclinación a España, donde pudo encontrar

asilo en su exilio. En el plano científico, debo a Hermann Heller la comprensión profunda de una teoría del Estado culturalmente integrada, que yo he intentado continuar bajo la idea de una teoría científico-cultural de la Constitución (“Entrevista de Francisco Balaguer Callejón...”, *Conversaciones...*, pp. 24 y 25).

Al profesor Hesse le debo yo la formación en un pensamiento disciplinado y estrictamente sistemático, así como la disposición para una revisión permanente de las propias posiciones y la cercanía a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Él fue uno de los pocos jueces no vinculado a los partidos, de los considerados como jueces neutrales; quizá el último (1975-1987). Por lo demás, me ha alentado desde el principio, desde los tempranos tiempos de estudiante en Friburgo hasta hoy y me ha honrado con su dedicación amistosa (*ibidem*, p. 26).

Mis maestros Konrad y Horst Ehmke llamaron mi atención sobre la riqueza del pensamiento de Hermann Heller en relación con los temas como: derecho como ciencia de la realidad, o también: teoría del Estado como ciencia de la cultura. Sin importar que el punto de partida de las reflexiones de Hermann Heller sea siempre el Estado, cuando para mí el punto de partida es la Constitución. Esa es una diferencia clara entre ambos (“Entrevista de Zvonko Posavec”, *Conversaciones...*, p. 150).

Como trasfondo de la idea expresada por mí, por primera vez en 1991, del “derecho constitucional común europeo”, puede mencionarse la teoría de Josef Esser que, como privatista, formuló la concepción del carácter «principal» del derecho, con referencia a Hermann Heller. En mi opinión hoy ha sonado ya la hora del derecho constitucional común europeo, que no comprende sólo principios escritos sino, ante todo, principios no escritos. Puedo ponerle ejemplos: derecho constitucional común europeo se encuentra en la dignidad humana, la división de poderes, el principio de Estado de derecho, el principio de igualdad como prohibición de arbitrariedad, la democracia (“Entrevista de Francisco Balaguer Callejón...”, *Conversaciones...*, p. 52).

Un escritor austriaco (Robert Musil) ha hablado sobre el hombre posible. Yo distingo entre tres formas del pensamiento: el pensamiento posible, el pensamiento real y el pensamiento necesario. A través del pensamiento posible gana el intérprete mayor espacio de juego. El pensamiento necesario, relacionado sobre todo al aspecto del bienestar común, determina lo que es necesario para alcanzar ciertas metas. El pensamiento real lo incluyo dentro del canon interpretativo con ayuda de una antigua consigna: la *realidad orientada* a la interpretación de la Constitución (“Entrevista de Zvonko Posavec”, *Conversaciones...*, p. 133).

*La sociedad abierta y sus enemigos*, de Popper... me inspiró... como paradigma de explicación y publicar *La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución*. Esto significa que no sólo los juristas interpretan la Constitución, sino también

cualquier ciudadano común dentro de una democracia ciudadana (*ibidem*, p. 138).

Rudolf Smend fue quien con su escrito de 1954 en memoria de Walter Jellinek colocó en el centro del interés de la teoría alemana del Estado de derecho el aspecto público. En seguida debo mencionar a mi profesor Konrad Hesse, quien desarrolló el aspecto público de los partidos políticos. Jürgen Habermas, a quien usted ya ha entrevistado, escribió su trabajo de habilitación en Marburgo, que ha resultado ser un clásico a la fecha, sobre los cambios en la estructura de lo público. Sobre la base que crearon estos tres autores he intentado desarrollar mi teoría sobre el aspecto público de la Constitución (*ibidem*, p. 146).

A lo largo de mi carrera he intentado explicar la influencia que la poesía y los textos clásicos de la literatura y del pensamiento ejercen en la Constitución como concepto de cultura. Los ejemplos son innumerables; para empezar podríamos citar a Schiller, quien ya estableció una relación directa entre poesía y política en las *Cartas sobre la Educación Estética del Hombre*, o a Rousseau, que había escrito poesía además de sus conocidos textos filosóficos (“Entrevista de Héctor López Bofill”, *Conversaciones...*, p. 188).

### 3. Crítica doctrinaria

Unas palabras sobre Kelsen. No necesito decirle que yo me separo del mundo de Kelsen en el aspecto metodológico; pero debo señalarle igualmente que su gran contribución sigue viva, por un lado en cuanto a la teoría de la *construcción escalonada* del sistema jurídico. Hoy tenemos en muchas constituciones nuevas la indicación expresa de la primacía de la Constitución norma suprema, *como norma de las normas* lo que es claramente también un gran mérito de Kelsen. Finalmente Kelsen es, por otro lado, uno de los padres de la jurisdicción constitucional en Europa (“Entrevista de Francisco Balaguer Callejón...”, *Conversaciones...*, p. 25).

...un padre del Estado constitucional que siempre debe leerse es J. Locke (“Entrevista de César Landa. Reforma...”, *Conversaciones...*, p. 79).

Necesitamos un John Locke para toda Europa y para la teoría constitucional con el fin que encuentre una conceptualización adecuada para este nuevo *constructo*, incluso en caso de ser necesario con la ayuda de categorías de una utopía concreta. Recordemos que cuando John Locke desarrolló los elementos del Estado constitucional en la Inglaterra de su tiempo, pasaban sus ideas por meras utopías, no obstante hoy día sean para muchos de nosotros realidad. En ese sentido exijo a los juristas, como parte de su tarea, incluir *quantos* utópicos en su pensamiento con el fin de anticipar la realidad (“Entrevista de Zvonko Posavec”, *Conversaciones...*, p. 155).



Necesitamos un Montesquieu que revise la teoría original de la división de poderes en función de la nueva realidad europea (“Entrevista de Héctor López Bofill”, *Conversaciones...*, p. 200).

Mi pregunta a Popper —nosotros hablamos de ello en su extraordinaria conferencia que ayer sostuvo aquí en Bayreuth— que él no es justo con Platón, como tampoco con Hegel, cuando habla del *pensamiento-oráculo*. Popper establece una línea de conexión entre Platón, Hegel y la totalidad de las formas aparecidas del joven Estado mundial. Esto es a todas luces injustificado (“Entrevista de Zvonko Posavec”, *Conversaciones...*, p. 139).

La doctrina del enemigo-amigo, que formuló Schmitt en su “teología política”, se entiende en el contexto del fracaso de Weimar y del advenimiento de los Estados totalitarios. Esta doctrina ganó tanta fuerza en Europa, y por tanto también en Alemania, por la manera tan brillante en que fue expuesta. Es sin lugar a dudas falsa, y por eso mismo peligrosa, y fatal en sus consecuencias históricas. La sociedad política de las naciones y la comunidad política europea, como actualmente se desarrolla hacia una comunidad constitucional, no puede vivir dentro del pensamiento de la doctrina del enemigo-amigo sin desembocar en una guerra civil. En el contexto político, los enfrentamientos con el opositor exigen, sobre todo en determinados procesos, honestidad y tolerancia (*ibidem*, p.148).

#### 4. Metodología

El gran Rudolf Smend se ha dedicado más bien a la historia jurídica, no a la comparación jurídica. Yo, por mi parte, me he centrado más en la comparación en el espacio y he hecho raramente comparación en el tiempo (“Entrevista de Francisco Balaguer Callejón...”, *Conversaciones...*, p. 41).

Podemos alegrarnos ante todo por el hecho de que la Constitución alemana no se haya inclinado a favor de alguna teoría constitucional (correcta), sino que ha trabajado con las puertas abiertas a nuevos desarrollos teóricos, liberándose con esto de una *mentalidad encajonada* (“Entrevista de H. Kuriki”, *Conversaciones...*, p. 126).

#### 5. Constitución y cultura

En 1982 emprendí un primer intento programático de conformar la teoría de la Constitución como una ciencia cultural. Ello recurriendo a los debates de la época de Weimar, en particular a Hermann Heller, aunque también a otros grandes autores, como Max Weber o Gunter Holstein. Lo que se pretende decir es lo siguiente: 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 (“Entrevista de Francisco Balaguer Callejón...”, *Conversaciones...*, p. 43).

Entendemos por cultura constitucional algo más que el texto jurídico o la legislación, sino la expresión de un Estado cultural que sirve de medio para la autoconciencia de un pueblo, que funge como espejo de su legado cultural y fundamento de sus futuras expectativas (“Entrevista de Paolo Ridola”, *Conversaciones...*, p. 90).

Una teoría constitucional europea, entendida como teoría de la cultura, debe recordarnos que no todo es susceptible de ser reducido a mercado, que el mercado tiene límites, que si bien la libre competencia es en algunos aspectos productiva, no obstante está sujeta a condiciones culturales (*ibidem*, p. 99).

En 1975 aventuré el paradigma de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”. Con ello se quería expresar lo siguiente: quien tiene relación con las formas, participa también, de manera consciente o inconsciente, en su interpretación. El ciudadano que interpone un recurso de amparo, el partido que promueve un proceso ante el Tribunal Constitucional, influyen finalmente en la interpretación de las normas constitucionales (“Entrevista de Francisco Balaguer Callejón...”, *Conversaciones...*, p. 45).

El concepto de cultura política es un invento de los autores norteamericanos Almond y Verba. Ese mismo concepto de cultura política se impuso más tarde en Alemania. Yo, por mi parte, propuse en 1982 el concepto de «cultura constitucional», al que usted de manera amistosa se ha referido. Este concepto significa lo siguiente: que la Constitución no es sólo un texto jurídico junto con sus instrumentos de interpretación, sino que el hecho de que nosotros podamos vivir en una Constitución, o dispongamos de una Constitución viva, es necesariamente porque cuenta también la mentalidad de los pueblos, su herencia cultural (“Entrevista de Zvonko Posavec”, *Conversaciones...*, p. 136).

Los poetas proporcionan la suficiente dosis de utopía que orienta el sentido de la realidad constitucional. Podría citarse el caso de la nueva Constitución Federal Suiza de 1999, una parte de cuyo preámbulo fue concebida por el poeta suizo A. Mushg al proclamar que la fuerza del pueblo se mide en el bienestar de los débiles (“Entrevista de Héctor López Bonfil”, *Conversaciones...*, p. 189).

Considero la encuesta llevada a cabo por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (Concha, Hugo *et al.*, 2004) como una *contribución pionera* de primer nivel, sin precedentes, hasta donde conozco, en Europa o el resto del mundo. La encuesta debe hacer escuela, tanto en sus métodos como contenidos, al servicio del tipo del *Estado constitucional* y de sus procesos de crecimiento interno y de difusión externa. De este modo se esboza una *sociología de la cultura de la Constitución*, entendida como *sociología cultural de la Constitución* y como *sociología de la cultura constitucional* (“Entrevista de Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés”, *Conversaciones...*, p. 173).

## 6. *Derechos fundamentales*

En relación con su pregunta sobre el doble carácter de los derechos fundamentales. Desarrollé esa tesis del *doble carácter* de todos los derechos fundamentales en mi tesis doctoral de 1962. La idea directriz era la siguiente: todos los derechos fundamentales tienen una doble faceta, una subjetiva-individual y una objetiva-institucional. Yo estaba entonces fuertemente influido por el gran teórico del Estado Maurice Hauriou. Tan sólo la faceta institucional, jurídico-objetiva permite reconocer las necesidades de conformación de todas las libertades, que no nos son *naturalmente* dadas (“Entrevista de Francisco Balaguer Callejón...”, *Conversaciones...*, p. 30).

Sobre la idea del *status corporativus*, propuesta por mí por primera vez en 1980, se trata de lo siguiente: muchos catálogos de derechos fundamentales de los primeros tiempos son, por influencia de la Declaración de Derechos de 1789, ahora como antes, unilateralmente orientados en sentido individualista. Hoy sólo hay correcciones parciales... Este principio me ha inspirado la idea del *status corporativus*, en base al cual puede decirse que el ser humano no vive sólo como individuo aislado para sí, sino que vive desde el principio en una plenitud de grupos sociales, comenzando por la familia, culminando acaso en una asociación Mozart o Goethe, mostrándose en los sindicatos, manifestándose en cierto modo también en las sociedades religiosas. Casi la totalidad de la vida individual tiene también una referencia de grupo, incluida la libertad ideológica y de creencias (*ibidem*, p. 36).

## 7. *Tribunales constitucionales*

Una parte de los jueces... debería ser elegida por las entidades que dan las leyes; otra parte por los presidentes de la república... y la tercera parte por un órgano... de jueces y abogados (“Entrevista de César Landa. El rol...”, *Conversaciones...*, p. 8.)

El proceso de elección de los jueces, practicado en este momento en Karlsruhe me parece digno de sospecha, no obstante que los resultados desde hace 50 años hayan sido tan positivos. La razón es que los partidos se comportan como los *señores* de las sillas de los jueces, y, además, como es necesario lograr la mayoría con sus dos tercios, tienen que ponerse de acuerdo los grandes partidos. Por lo mismo, personalidades de los pequeños partidos, o que no realizan servicio alguno a los grandes partidos, han perdido toda oportunidad. Así es como falta al partido *verde* un vínculo con los jueces de la Corte Constitucional, no obstante que su importancia a nivel federal es mucho mayor que el FDP (liberales) que dispone de su lugar para *limpiarse los zapatos* gracias a sus coaliciones con los grandes partidos (CDU y SPD). Rara vez obtienen algún

lugar en la Corte Constitucional Federal alemana personalidades que no pertenecen a partido alguno. Mi profesor K. Hesse fue un caso excepcional en 1975 (“Entrevista de H. Kuriki”, *Conversaciones...*, p. 120).

Una sentencia judicial termina convirtiéndose en texto constitucional (“Entrevista de Francisco Balaguer Callejón...”, *Conversaciones...*, p. 47).

## 8. Interpretación

El profesor Häberle sostiene que a los cuatro métodos clásicos de interpretación (gramatical, lógica, histórica y sistemática) que canonizó F. C. Savigny en 1840, debe agregarse uno más. “Pienso que, desde 1989 la época ya está madura para un *quinto método de interpretación*, a saber, el derecho comparado”. Esto, porque “la comunidad mundial de Estados constitucionales hoy está en camino hacia una *comunidad de derechos humanos*”. Aclara que “Este planteamiento... debe entenderse como una comparación cultural... (no como una trasposición esquemática). Esto quiere decir que los *contextos culturales* deben «corresponderse»” (*ibidem*, p. 11).

## 9. Ética

En Inglaterra observamos un puritanismo quizás exagerado. Ciertos políticos tienen que dimitir rápidamente por faltar al decoro y a la moral en ámbitos muy personales de su vida privada. Lo mismo vale para Estados Unidos. En este aspecto no sería yo tan riguroso, ¡a pesar de que soy protestante!... Tiene que haber un mínimo de ética en la vida política. Pero no podemos desconocer que los políticos se dedican a la *res pública*, a menudo con grandes sacrificios personales (*ibidem*, p. 65).

El jurista es alguien que se asienta en el bien común, en la democracia como modo de organización de la colectividad, en el derecho como estructura de convivencia (“Entrevista de Héctor López Bofill”, *Conversaciones...*, p. 194).

## 10. Estado constitucional

El Estado constitucional debe mantenerse preparado para la reforma y apto para ser reformado (“Entrevista de Francisco Balaguer Callejón...”, *Conversaciones...*, p. 59).

El Estado constitucional debe eludir el dirigismo, la imposición de criterios estéticos, debe ser receptivo a la ebullición de tendencias que disputan en la sociedad y en la que libremente (y en constante alternancia) se discute la cali-

dad y la excelencia de las distintas aportaciones (“Entrevista de Héctor López Bofill”, *Conversaciones...*, p. 193).

#### 10. *Estado social*

La transformación del Estado social necesita un enorme impulso en atención a las cuestiones relativas al derecho constitucional laboral (“Entrevista de Francisco Balaguer Callejón...”, *Conversaciones...*, p. 60).

El Estado constitucional crea condiciones marco para el crecimiento de la riqueza: las libertades económicas de los empresarios, pero también la libertad de asociación de los trabajadores, cuya fuerza deriva sólo de su organización colectiva en sindicatos (“Entrevista de Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés”, *Conversaciones...*, p. 176).

#### 11. *Constitución, Estado y mercado*

El mercado es hasta hoy *un ser desconocido*. Necesitamos una teoría constitucional del mercado. Yo sostengo que el mercado no es el sentido último del Estado constitucional. La sociedad abierta no es un juego de ganancias económicas. Una república se basa en el trabajo, como dice la Constitución italiana de 1947, se fundamenta en la dignidad humana, descansa sobre la cultura, pero no se basa en los mercados. Desde 1989 observamos cómo va ganando terreno el pensamiento económico unilateral. El Estado social tiene que ser capaz de ofrecer prestaciones; tenemos que pasar de un entendimiento cuantitativo del Estado social a un entendimiento cualitativo (“Entrevista de Francisco Balaguer Callejón...”, *Conversaciones...*, p. 33).

La idea del mercado ha emprendido su grandiosa marcha triunfal en todo el planeta desde la derrota del marxismo-leninismo y de su economía planificada. Existe la amenaza de que hoy día se convierta en un fin en sí mismo sometiendo a las estructuras culturales (“Entrevista de Paolo Ridola”, *Conversaciones...*, p. 98).

Desde la perspectiva del Estado constitucional es el mercado un simple instrumento y nunca la medida de todas las cosas. Economía de mercado refiere a economía social del mercado en el sentido que le ha dado Ludwig Erhardt. Debemos domar el capitalismo, acotarlo a través de derechos fundamentales culturales y sociales, a través de nuevas formas de democracia, también con desarrollo regional y mecanismos parecidos. En 1989 no era predecible la globalización (“Entrevista de Zvonko Posavec”, *Conversaciones...*, p. 152).

¿Cuáles fueron los costos de la reunificación? El peligro de un nuevo economismo, una sobrevaloración de lo económico sin importar el significado del bienestar material para la democracia y sus ciudadanos. La valoración

de cualquier cuestión humana en relación con el éxito económico muestra el infeliz curso que han tomado las cosas, contradiciendo el ideal de la antigua polis, así como también el idealismo alemán durante los clásicos de Weimar y la democracia plural. El materialismo poscomunista en Occidente, muestra un desarrollo que me hace dudar si la expresión *annus mirabilis* todavía es adecuada... Desde el punto de vista político, humano, científico sigue siendo para mí el año 1989 la experiencia más feliz, el comienzo de una nueva unidad europea y el reforzamiento del Estado constitucional y su modesta verdad para hacer coincidir justicia con bienestar general (*ibidem*, p. 153).

### 13. *Pluralismo y democracia*

*Pluralismo*: es la representación de una diversidad de intereses e ideas. La fundamentación teórica de la Constitución del pluralismo hay que buscarla en Popper. La idea de la sociedad abierta podemos tomarla de él. Lo que en Popper falta, sin embargo, es el principio científico-cultural: toda sociedad abierta necesita un consenso cultural fundamental, que hace posible la apertura y la cohesión (“Entrevista de Francisco Balaguer Callejón...”, *Conversaciones...*, p. 48).

El precio de la democracia consiste precisamente en que tengamos libertad de expresión y de prensa tan amplia como sea posible, aun cuando ocasionalmente los sacrificios sean altos. No existe, en principio, alternativa (*ibidem*, p. 66).

Una palabra sobre el posible fortalecimiento de los instrumentos de democracia directa en la Unión Europea. La tesis dice que en el nivel de desarrollo en que se encuentran los Estados constitucionales nacionales son igualmente valiosas ambas variantes de democracia: la directa e indirecta. Suiza es el país que a la fecha ha logrado la “combinación” más exitosa, porque se practica la “medio-directa democracia”. También en las nuevas provincias federales alemanas se “arriesga más democracia”. Esto, por cierto, en concordancia con la pacífica revolución de octubre de 1989 que se abanderó con la divisa: “nosotros somos el pueblo”, y que finalmente en nuestra historia constitucional significó la reunificación (“Entrevista de Paolo Ridola”, *Conversaciones...*, p. 107).

En la historia del pensamiento alemán podría estar relacionado el dogma de la separación dualista del derecho y la política con la separación del Estado y la sociedad. Sin embargo, yo tengo otra opinión. El Estado y la sociedad coinciden en parte. En el Estado constitucional sectores de la sociedad están estructurados y constituidos. Por eso desde 1978 yo hablo de la “sociedad constituida”, piénsese como ejemplo en los efectos indirectos de los derechos fundamentales frente a terceros (G. Dürig, uno de mis mentores). Se puede hablar de “sociedad civil” en lugar de sociedad. Con ello están comprendidos

desde el principio el ciudadano y los grupos pluralistas. Algunas constituciones nuevas textualmente emplean ya el concepto “sociedad civil”, por lo que están un paso adelante de la literatura científica. Esto es un testimonio de mi paradigma de las etapas textuales de 1989 (*Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 2014, p. 161).

#### 14. *Teoría constitucional*

La teoría de las formas de gobierno debe ser revisada a la luz de una teoría constitucional. Debemos persistir en esta pluralidad de formas de gobierno, sobre todo cuando cada una de ellas tienen algo que aprender de las otras (“Entrevista de Paolo Ridola”, *Conversaciones...*, p. 107).

He concebido a la Constitución como legítimo orden del Estado y sociedad (“Entrevista de Zvonko Posavec”, *Conversaciones...*, p. 139).

La Constitución debe organizar la comunidad diferenciando las funciones del Estado, creando órganos y procesos para cumplir con su finalidad de hacer realidad la cláusula del Estado social, la protección del medio ambiente o el Estado cultural. Pero la Constitución tiene, además de eso, una función simbólica, a saber; simboliza la relativa unidad de la comunidad política, incluso en Europa. Esto significa que posee una función integradora que cumple junto con una función pedagógica, y esta es la idea más audaz que causa rechazo por muchos de mis colegas. Función pedagógica que se realiza cuando nosotros, partiendo de la Constitución, extraemos algunas metas educativas, como he expuesto en otro lugar, para los jóvenes escolares... He olvidado una función más, se trata de la clásica función que limita y controla el poder (*ibidem*, p. 141).

Mi concepción de Constitución no pretende eliminar la función y conceptos clásicos de la Constitución, sino que sólo pretende ser un complemento de aquello que desarrollaron los gigantes de Weimar y otros más (*ibidem*, p. 143).

Constitución entendida como lo *público* y Constitución entendida como *proceso público*, indican que la Constitución se desarrolla a través de la interpretación viva de todos los ciudadanos y de aquellos profesionales ocupados con la interpretación constitucional, como juristas (*ibidem*, p. 147).

La calidad de una Constitución en el Estado constitucional se mide por las *funciones* que aquélla debe desempeñar y por la posición y el valor reales y vívidos que ha adquirido en una sociedad civil abierta (“Entrevista de Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés”, *Conversaciones...*, p. 165).

La Constitución no es sólo un conjunto de reglas jurídicas, sino también una guía cultural para el ciudadano (*ibidem*, p. 166).

Constitución que no es sólo un conjunto de reglas jurídicas, sino también expresión de la herencia cultural de un pueblo, fundamento de sus esperanzas y espejo de su identidad. La encuesta es consecuencia de la teoría de la

*sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución* (1975); es decir, de la idea de que cualquiera que viva la norma contribuye en primera y última instancia a su interpretación. La concepción de la *sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución* vive de dos preocupaciones: por un lado, de la *democratización* de la interpretación constitucional y, por el otro, del impulso *teórico* que deriva del ejercicio práctico de los derechos fundamentales para la comprensión jurídica de estos derechos (*ibidem*, p. 174).

El concepto de *derecho eclesiástico del Estado* tiene que ser reemplazado por el de *derecho constitucional de la religión*, si tomamos en cuenta que en Francia el Islam es ya la segunda religión en importancia, y entre nosotros la tercera (*ibidem*, p. 170).

### 15. Colofón

Las páginas que preceden ofrecen una especie de *autorretrato* del profesor Häberle. Seleccioné párrafos de sus entrevistas que considero una buena muestra de sus ideas. Son sólo, como en las representaciones que hacen de sí mismos los grandes maestros, trazos aislados que no sustituyen la lectura de la gran obra que ha venido escribiendo a lo largo de su fructífera vida, pero presentan una imagen general de sus múltiples contribuciones a la ciencia jurídica.

En varias de sus conversaciones declara, con la modestia espontánea que siempre lo ha caracterizado, que no es más que un enano a quien le fue dado contemplar el mundo jurídico desde los hombros de gigantes. Tal vez así comenzó, al asomarse al mundo jurídico en su etapa de estudiante; pero sin duda hoy, él mismo es un gigante que con su inteligencia y erudición ayuda a ver más lejos a quienes emprenden la grata y enriquecedora tarea de estudiarlo a fondo.

Como en toda selección dejé otras muchas páginas brillantes fuera de este texto; tuvo que ser así por razones naturales, pues de otra manera habría reproducido íntegras las entrevistas. Aquí, insisto, sólo ofrezco unas pinceladas con el ánimo de inducir al lector a la lectura completa de sus entrevistas y, por supuesto, de sus obras.

Este texto lo preparé gracias a las cordiales exhortaciones de mi admirado y querido amigo Domingo García Belaunde, por quien el profesor Häberle también profesa genuino afecto. Rindo así un nuevo homenaje a uno de los pensadores más sobresalientes del mundo jurídico contemporáneo.



## 16. Referencias

- ABIGNENTE, Angelo, “Il contributo di Rudolf Smend ed Hermann Heller al dibattito weimariano su diritto e Stato”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milán, Giuffrè, 1992.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARMINJON, P. et al., *Traité de droit comparé*, París, LGDJ, 1950-1952.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “Un jurista europeo nacido en Alemania”, *Anuario de Derecho Constitucional*, Universidad de Murcia, núm. 9, 1997.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- BRZEZINSKI, Zbigniew, *Out of Control*, Nueva York, Macmillan, 1993.
- CARPISO, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980.
- CARBONELL, Miguel, “Estudio introductorio”, en JELLINEK, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- CONCHA, Hugo A. et al., *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, UNAM-TEPJF-Cofemer, 2004.
- DAVID, René, *Tratado de derecho civil comparado*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953.
- ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.
- ESTRADA, Alexei Julio, *Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1980.
- FUETER, E., *Historia de la historiografía*, Buenos Aires, Nova, 1953.
- GAOS, José, *Historia de nuestra idea del mundo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Los gigantes de Weimar”, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), 2000.
- GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ BLANCO, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1986.
- GOETHE, J. Wolfgang, *Prométhée, en Théâtre*, París, Pleiade, 1942.

- , *Egmont, en Théâtre*, París, Pleiade, 1942.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “A mais recente obre de Peter Häberle”, ponencia presentada en el homenaje a Peter Häberle, Universidad de Granada, Facultad de Derecho, marzo de 2000.
- , *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986.
- HÄBERLE, Peter, “Problemi attuali del federalismo tedesco”, *Giurisprudenza Costituzionale*, año XXXVII, núm. 4, Milán, Giuffrè, julio-agosto de 1992.
- , “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, Universidad Carlos III, febrero-octubre de 1993.
- , “Unità politica e pluralismo culturale in Germania”, en SABELLA, Marco y URBANITI, Nadia, *Quale federalismo*, Florencia, Vallecchi, 1994.
- , “El concepto de los derechos fundamentales”, en SAUCA, José Ma. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1994.
- , “Avances constitucionales en Europa Oriental desde el punto de vista de la jurisprudencia y de la teoría constitucional”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, s. n., 1995.
- , “Derecho constitucional común europeo”, en PÉREZ LUÑO, A. E. (coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- , “Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica”, en PÉREZ LUÑO, A. E. (coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- , “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, en HÄBERLE, P., *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñate, Gobierno Vasco, 1996.
- , “El regionalismo como principio estructural naciente del Estado constitucional y como máxima de la política del derecho europeo”, en HÄBERLE, P., *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñate, Gobierno Vasco, 1996.
- , “Programas sobre Europa en Constituciones y proyectos constitucionales recientes. El desarrollo del «derecho constitucional nacional sobre Europa»”, en HÄBERLE, P., *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñate, Gobierno Vasco, 1996.

- , “El fundamentalismo como desafío del derecho constitucional: consideraciones desde la ciencia del derecho y la cultura”, en HÄBERLE, P., *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñate, Gobierno Vasco, 1996.
- , “La ética en el Estado constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el derecho”, *Direito*, Santiago de Compostela, vol. 5, núm. 2, 1996.
- , “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional”, en GARCÍA BELAUNDE, D. y FERNÁNDEZ SEGADO, F. (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.
- , “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, vol. 18, núm. 54, 1998.
- , *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 1998.
- , “Teoria de la Constitució com a ciència de la cultura en lexemple dels 50 anys de la llei fonamental”, *Revista de Llengua i Dret*, Barcelona, núm. 32, diciembre de 1999.
- , “Colloquio sulla Costituzione europea”, *Diritto romano attuale*, Roma, ESI, 1999.
- , “El eterno combate por la justicia. La ciencia jurídica en el camino hacia Europa”, *Revista General de Derecho*, núms. 652-653, Valencia, enero-febrero, 1999.
- , “Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Exposición y crítica”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, tercera época, núm. 2, 1999.
- , “La cultura europea de los derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, tercera época, núm. 3, 2000.
- , *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000.
- , *Diritto e verità*, Turín, Einaudi, 2000.
- , “El Estado constitucional europeo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Estudios Constitucionales*, México, núm. 2, enero-junio de 2000.
- , “Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, núm. 7, 2000.

- , “La revisión ‘total’ de la Constitución federal suiza de 1999/2000”, *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima, núm. 1, 2000.
- , “Problemas fundamentales de una teoría constitucional del regionalismo en perspectiva comparada”, s. p. i.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1987, t. II.
- HALE, John, *La civilización del Renacimiento en Europa (1450-1620)*, Barcelona, Crítica, 1996.
- HAYEK, Friedrich A., *The Road to Serfdom*, Chicago, The University of Chicago, 1944.
- HEGEL, G. W. F., *Fundamentos de la filosofía del derecho*, Madrid, Prodhufi, 1993.
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1961.
- , *Las ideas políticas contemporáneas*, Madrid, s. p. i., 1977.
- JAEGER, Werner, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, México, Fondo de Cultura Económica, 1962.
- JASPERS, Karl, *La filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1953.
- JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1954.
- , *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Santillana, 1996.
- , *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989.
- KELSEN, Hans, “El problema del parlamentarismo”, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988.
- KNOLLES, Richard, *The Generall Historie of the Turkes*, Londres, Adam Islip, 1621.
- LANDA, César, “El rol de los tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos”, entrevista con Peter Häberle, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, núm. 3, 1997.
- , “Reforma de la enseñanza del derecho constitucional”, entrevista con Peter Häberle, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, núm. 6, 1999.
- LARENZ, Karl, *Derecho justo*, Madrid, Civitas, 1985.
- LASSALLE, F., *¿Qué es una Constitución?*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1964.
- LEÓN PORTILLA, Miguel, “Encuentro de dos mundos”, *En torno al 12 de octubre de 1492*, México, Instituto Matías Romero, 1992.

- LINZ, Juan, *El factor tiempo en un cambio de régimen*, México, Instituto de Estudios para la Transición Democrática, 1994.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1964.
- LUTERO, Martín, “Charlas de sobremesa”, *Obras*, Salamanca, Sígueme, 1977.
- MÁRTIRES COELHO, Inocêncio, “Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder”, *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, Universidad de Brasília, núm. 5, primer semestre de 1998.
- MAX-MÜLLER, F., *Origen y desarrollo de la religión estudiados a la luz de la religión de la India*, Madrid, La España Moderna, s. f.
- MOMMSEN, Hans, *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1996.
- MIKUNDA FRANCO, Emilio, *Filosofía y teoría del derecho en Peter Häberle*, Madrid, Dykinson, 2009.
- MORA, Juan Miguel de, *Tantrismo*, México, UNAM, 1988.
- MORTATI, Costantino, *La Costituzione in senso materiale*, Milán, Giuffrè, 1998.
- NIETZSCHE, F., *Humano, demasiado humano*, Madrid, Aguilar, 1932.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Nueva York, Basic Books, 1974.
- OVALLE, Alfonso de, *Histórica relación del reino de Chile*, Roma, F. Cavallo, 1646.
- PEUKERT, Detlev J. K., *The Weimar Republic*, Nueva York, Hill and Wang, 1989.
- PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni, *Oration on the Dignity*, Chicago, Gateway Edition, 1956.
- STAMMLER, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho*, Madrid, Reus, 1930.
- RANKE, Leopold von, *Historia de los papas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943.
- Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, 2014.
- ROEHRSEN, Carlo, “La Integrationslehre di Rudolf Smend: un sintomo significativo della patogenesi del nazismo”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Boloña, Il Mulino, vol. XII, núm. 1, 1982.
- RODRÍGUEZ OLVERA, Óscar, *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Granada, Comares, 1998.
- ROUSSEAU, J. J., *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, en *Oeuvres politiques*, París, Garnier, 1989.
- , *Du contrat social*, en *Oeuvres politiques*, París, Garnier, 1989.
- SCHMITT, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990.

- , *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971.
- SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- TACHIBANA, S., *The Ethics of Buddhism*, Londres, Oxford University Press, 1926.
- TAJADURA TEJADA, Javier, *El preámbulo constitucional*, Granada, Comares, 1997.
- , “Exposiciones de motivos y preámbulos”, *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 44, 1998.
- , “La Constitución cultural”, *Revista Jurídica del Perú*, Lima, año XLVIII, núm. 17, octubre-diciembre de 1998.
- , “La función política de los preámbulos constitucionales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Estudios Constitucionales*, México, núm. 5, julio-diciembre de 2001.
- TROELTSCH, Ernst, *El protestantismo y el mundo moderno*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951.
- TUNC, André, “Standars juridiques et unification du droit”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, abril-junio de 1970.
- VALADÉS, Diego, *El control del poder*, México, Porrúa-UNAM, 2000.
- (comp.), *Conversaciones académicas con Peter Häberle*, México, UNAM, 2006.
- VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.

Diego VALADÉS