

PETER HÄBERLE: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, traducción de Joaquín Brage Camazano, Dykinson, Madrid, 2003, 240 págs.

La colección «Dykinson-Constitucional», dirigida por el profesor Francisco Fernández Segado, Catedrático de Derecho constitucional en la Universidad Complutense de Madrid, no podía tener mejor comienzo que la publicación de la primera traducción directa al español de la tesis doctoral del eminente profesor Peter Häberle, Catedrático de Derecho público, Filosofía del Derecho y Derecho eclesiástico del Estado en la Universidad de Bayreuth (Alemania). Es imposible exagerar la importancia de este trabajo para el Derecho constitucional y para el Derecho público en general, pues nos hallamos ante una contribución capital a la concepción institucional de los derechos fundamentales, que tanta relevancia tiene para el constitucionalismo contemporáneo. Poder acceder a él en una versión fiable en nuestro idioma ayudará a comprender mejor esa teoría y a refinar su aplicación a nuestro Ordenamiento jurídico.

No es éste el momento de trazar una semblanza completa del profesor Häberle, uno de los mayores constitucionalistas alemanes vivos, epígono de una tradición científica de merecida reputación en todo el mundo. El lector la encontrará en el notable Estudio preliminar que el profesor Fernández Segado ha elaborado para presentar el libro. Conviene, no obstante, referirse brevemente a la filiación intelectual del autor, discípulo de Konrad Hesse, que fue discípulo a su vez de uno de los «gigantes» de la época de Weimar, Rudolf Smend. Los ecos de la teoría de la integración de este último resuenan en la obra que nos ocupa, así como los de otra gran influencia, el institucionalismo de Maurice Hauriou. Ambas construcciones doctrinales son dos de los elementos esenciales sobre los que el profesor Häberle se apoyó para levantar su tesis sobre los derechos fundamentales, en consciente oposición a las teorías del positivismo y del formalismo jurídicos. Ello dota a esta obra de un claro acento polémico, manifestado de modo particular en la confrontación con las concepciones de otro de los «gigantes» de Weimar, Carl Schmitt, que no en vano fue el creador de la teoría de las garantías de instituto e institucionales.

Es de justicia hacer una referencia ya desde este primer momento a la labor del traductor del libro, el doctor Joaquín Brage Camazano, discípulo y colaborador del profesor Fernández Segado. Nos encontramos ante una obra de lectura exigente, incluso para el especialista, con lo que es fácil imaginar las dificultades que supone el verterla al español desde un idioma como el alemán. Pues bien, el doctor Brage Camazano sale airoso del empeño y nos

ofrece una versión en la que, combinando su profundo conocimiento de la lengua alemana con su formación como constitucionalista, ha sabido aunar la corrección lingüística con la adecuada traducción de los términos técnico-jurídicos.

La traducción va precedida de una presentación y un estudio preliminar, al que ya se ha hecho referencia, elaborados por el profesor Fernández Segado. El Estudio preliminar, titulado «Peter Häberle: la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo», no sólo incluye una semblanza biográfico-intelectual del profesor Häberle, sino también un completo repaso de las principales aportaciones de éste a la Ciencia del Derecho constitucional, estructuradas en torno a seis temas o ideas: la Constitución como Ciencia de la Cultura, la interpretación pluralista de la Constitución, la comparación jurídica como método de interpretación, el papel de la jurisdicción constitucional, la proyección interior y exterior de la Constitución del pluralismo, en forma de federalismo o regionalismo y del llamado «Estado constitucional cooperativo», y, por fin, la teoría de los valores y los derechos fundamentales.

En este último apartado se enmarca la tesis doctoral del autor y su concepción de los derechos fundamentales como garantías institucionales, con las consecuencias que de la misma se derivan para la garantía del contenido esencial y para la configuración de la reserva de ley y de los límites de aquéllos. El profesor Fernández Segado nos ofrece una síntesis de esta teoría cuya lectura es la mejor preparación para sumergirse en un trabajo de la densidad y complejidad del presente. Es de destacar que, aun dentro de los límites de necesaria contención impuestos por el marco en el que se desarrolla, no se trata de un mero resumen aséptico; el profesor Fernández Segado lleva a cabo una reflexión crítica sobre algunos de los puntos de las tesis häberlianas que más dificultades pueden presentar en su aplicación a nuestro Ordenamiento constitucional, y sobre los que habrá que detenerse de manera especial en esta recensión.

Hay que mencionar asimismo que el propio profesor Häberle ha querido honrar esta traducción al español de su tesis doctoral con un breve prólogo escrito de su mano.

Entrando ya en el contenido del trabajo, se estructura en una Introducción y cuatro capítulos: «Naturaleza y función de los derechos fundamentales en el conjunto del Ordenamiento constitucional», «El doble carácter de los derechos fundamentales: su dimensión institucional y como derecho individual», «Naturaleza y función de la legislación en el ámbito de los derechos fundamentales», y «La significación de la garantía del contenido esencial como tal: su carácter declaratorio y su cualidad de garantía institucional». Una relación alfabética de la bibliografía citada cierra la obra.

En el primero de esos capítulos, el profesor Häberle pone los cimientos de su concepción de los derechos fundamentales, que se puede condensar en la idea de que son el fundamento funcional de la democracia. Y ello no sólo en el sentido negativo o defensivo de que únicamente mediante la garantía de los derechos fundamentales la minoría puede llegar a ser mayoría, sino también en el positivo de que aseguran la libertad de los individuos en el Estado, convirtiéndolos en ciudadanos activos del mismo. Como puede advertirse, en este punto la influencia de la teoría de la integración de Smend se manifiesta claramente.

El autor aborda también en este capítulo la cuestión de los límites inmanentes a los derechos fundamentales, que derivan de la ponderación de éstos con otros bienes de la misma o superior relevancia constitucional. Partiendo de la afirmación previa de que los derechos fundamentales son el fundamento funcional de la democracia, se niega que tal ponderación conduzca a una relativización de aquéllos, al menos en el sentido negativo que se da a la expresión en el pensamiento liberal clásico, defensor del carácter absoluto de los derechos fundamentales. En efecto, los límites inmanentes derivados de la ponderación con otros bienes constitucionales serían límites conformes a la propia esencia de los derechos fundamentales.

El siguiente capítulo se interna en el núcleo de la tesis del profesor Häberle: el doble carácter de los derechos fundamentales como derechos individuales y como instituciones. Ya se ha adelantado que la doctrina institucionalista en la que se basa el autor es sobre todo la de Maurice Hauriou, que armoniza los aspectos subjetivos y objetivos del Derecho en el concepto superior de institución, aunque también acude a la Filosofía del Derecho de Erich Kaufmann. Sin embargo, hay importantes obstáculos que despejar en el camino hacia la afirmación de la dimensión institucional de los derechos fundamentales; en especial, la concepción liberal de los mismos como límites frente a la acción del Poder público que garantizan a los individuos ámbitos vitales exentos de la intervención estatal.

Sin duda la expresión última y más acabada de ese pensamiento jurídico-político es la de Carl Schmitt, y no por casualidad el profesor Häberle la analiza en último lugar. Puede decirse que la formulación por ese autor de la teoría de las garantías institucionales y de instituto para interpretar determinados preceptos de la Constitución alemana de Weimar tiene como fin último deslindar dicha categoría de la de los derechos fundamentales. La superación de la alternativa entre derechos individuales e instituciones, que el profesor Häberle no duda en calificar de «pseudoalternativa», sería posible gracias al papel funcional e integrador que corresponde a los derechos fundamentales en el moderno Estado democrático y social de Derecho, argumentado en el capítulo precedente de la tesis.

El autor dedica la parte final de este capítulo a explicar la relación entre la dimensión institucional de los derechos fundamentales y su carácter de derechos individuales, con el propósito de demostrar que aquélla no supone la anulación de éste, sino que, bien al contrario, contribuye de manera decisiva a su plena realización. En este sentido habría que interpretar los límites que la dimensión institucional aporta al ejercicio los derechos fundamentales cuando evita un uso abusivo de los mismos como derechos individuales, en línea con las teorías clásicas del abuso del derecho y las más modernas que vetan el uso antisocial del mismo. Por su parte, la prohibición de que el legislador ponga peligro la dimensión institucional de los derechos fundamentales protege a éstos como derechos individuales frente a medidas limitadoras de carácter masivo que impidan su ejercicio a la mayoría de los ciudadanos, provocando así que de regla en la vida social pasen a ser excepciones.

Esta imbricación entre las dos dimensiones de los derechos fundamentales es básica en la teoría de Häberle y desconocerla supone echar por tierra toda la construcción institucionalista de los mismos que lleva a cabo el autor. Así ocurre cuando se hace prevalecer la vertiente institucional de los derechos fundamentales sobre su carácter como derechos individuales hasta el punto de oscurecer este último. En nuestro Ordenamiento jurídico es bien conocido lo que ha sucedido con la libertad de empresa, reconocida por el artículo 38 de la Constitución: un incorrecto manejo por el Tribunal Constitucional de la teoría del doble carácter de los derechos fundamentales ha llevado a que en la práctica la dimensión institucional anule la subjetiva, como han puesto de manifiesto en la doctrina científica autores de la talla del recientemente desaparecido profesor Sebastián Martín-Retortillo Baquer.

A la inversa, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional se encuentra un supuesto, el de la autonomía local, en el que se ha extendido indebidamente el carácter de derecho subjetivo a una garantía institucional que sin lugar a dudas no es un derecho fundamental. El alto Tribunal considera que la autonomía local es una institución garantizada por la Constitución, pero, al mismo tiempo, afirma que su contenido consiste en «un derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la realización entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias» (Sentencia 32/1981, de 20 de julio, fundamento jurídico cuarto). De esta manera, incurre en la confusión, combatida por Carl Schmitt, entre derechos y garantías institucionales en un caso en el que no es posible justificar el doble carácter del que habla Häberle por la sencilla razón de que no se parte del reconocimiento constitucional de derecho fundamental alguno.

Volviendo a la tesis doctoral del profesor Häberle, una vez argumentado el doble carácter de los derechos fundamentales, se abre un nuevo capítulo que contiene la segunda parte del núcleo central del trabajo, la relativa a la naturaleza y función de la legislación en el ámbito de los derechos fundamentales. Si en el capítulo precedente el autor se proponía la superación de la concepción liberal clásica de los derechos fundamentales como límites a la acción del Poder público, ahora pretende hacer lo mismo con la concepción tradicional de la legislación como limitación de aquéllos.

En realidad, ambas cuestiones se hallan íntimamente unidas: si los derechos fundamentales tienen como fin preservar frente a la injerencia estatal determinados ámbitos vitales de los individuos, toda intervención sobre ellos a través de la legislación no puede entenderse más que como una limitación. Por el contrario, si se rechaza esa visión para sustituirla por otra que defienda la función integradora de los derechos fundamentales y se añade una dimensión institucional al carácter de derechos individuales que aquéllos tienen, necesariamente ha de cambiar también el papel que corresponde a la legislación. Desde esta nueva perspectiva, el profesor Häberle asigna una doble misión a la legislación en el ámbito que nos ocupa: explicitar los límites inmanentes a los derechos fundamentales, producto de la ponderación de éstos con otros bienes de igual o superior relevancia constitucional, y desarrollar el contenido de los propios derechos fundamentales para hacer posible su plena realización.

Es ésta una de las partes más discutibles de la tesis del profesor Häberle. Así lo pone de relieve el profesor Fernández Segado en el Estudio preliminar a la obra, cuando señala con acierto que aquí parecen fundirse en una unidad los conceptos de contenido y límites de los derechos fundamentales, de tal suerte que los límites forman parte del contenido de los derechos, y desarrollar o conformar éstos acaba siendo lo mismo que explicitar sus límites. El problema es que la idea de límite presupone la existencia de un contenido que se limita. En particular, en nuestro Ordenamiento jurídico todo esto encaja mal con el artículo 53, apartado primero, de la Constitución, que parte de la tradicional desconfianza hacia el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, fuente potencial de restricciones abusivas frente a la cual hay que proteger el contenido esencial de aquéllos.

Las concepciones del profesor Häberle sobre el contenido y los límites de los derechos fundamentales, así como sobre el papel de la legislación en este ámbito, tienen su corolario en el último capítulo de la tesis, en el que se estudia el artículo 19, apartado segundo, de la Ley fundamental de Bonn. Esta norma, que recoge la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, sería para el autor meramente declarativa y, en rigor, superflua, puesto que

dicha garantía se puede deducir de la naturaleza y función de los derechos fundamentales en la Constitución del moderno Estado democrático y social de Derecho. Ello no obstante, la cláusula del artículo 19, apartado segundo, de la Ley fundamental alemana es calificada por el profesor Häberle de verdadera garantía institucional, que ayuda a explicitar lo que, como se acaba de decir, está implícito en el propio sistema constitucional.

En conclusión, hay que reiterar que la Editorial Dykinson y el director de su colección de Derecho constitucional, profesor Fernández Segado, prestan un gran servicio a la comunidad iuspublicista de habla hispana con esta edición en nuestra lengua de la tesis doctoral del profesor Häberle. La atinada labor de traducción del doctor Brage Camazano nos facilita el acceso a una obra ya clásica que no ha perdido su actualidad, según se ha podido comprobar a lo largo de la presente recensión, sobre todo cuando se cuenta con una Constitución fuertemente influenciada por la Ley fundamental de Bonn, como ocurre en el caso español. Es de desear que el libro tenga la acogida que se merece y contribuya a perfeccionar la interpretación constitucional en el campo de los derechos fundamentales en nuestro país y los demás de habla hispana.

*Luis Míguez Macho*

GÖRAN ROLLNERT LIERN: *La Jefatura del Estado, símbolo de integración política en la constitución vigente*. Valencia. C.I.P.C. 2003.

El doctor Rollnert nos ofrece con este libro la doble posibilidad de conocer un aspecto inédito en la literatura jurídica nacional y, sobre todo, de hacerlo desde un enfoque estrictamente constitucional en el que el punto de partida es la institución de la Jefatura del Estado y no, como suele ocurrir en otros trabajos, el Rey como titular de la misma. Tal vez por ello la primera afirmación que cabría hacer sobre la obra es el acierto del título o, por mejor decir, la fidelidad que todo el contenido del libro mantiene con el título escogido que en sí mismo indica ya la originalidad de un enfoque que resultaba necesario en nuestra bibliografía contemporánea. Así, esta obra viene a llenar una laguna bibliográfica en un doble sentido.

I. De una parte, en lo que se refiere al modo como el autor, expresamente, ha querido llenar dicha laguna; ésta, como todas las cuestiones en que aún hay mucho que decir, es susceptible de enfocarse desde varios prismas, pero en este concreto tema no puede ignorarse la exigencia de extrema cautela en lo que se refiere a su tratamiento y de una decidida opción (que no prejuicio) a la hora de escoger el enfoque que necesariamente, a mi juicio, ha