



Escuela de Graduados

MAESTRIA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL



Peter Häberle

La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

FONDO EDITORIAL 1997

En la perspectiva de un escenario mundial que tiende a integrar mercados a través de instituciones, la globalización de la cultura jurídico-constitucional no puede estar ausente del mismo. Pero, como todo proceso democrático-constitucional que se asienta en las libertades fundamentales como fuente del Estado constitucional, la realización de la libertad radicarán en el desarrollo de los derechos fundamentales.

Históricamente este proceso de afirmación de los derechos fundamentales, se ha consolidado a partir de la segunda postguerra mundial, transformando el viejo esquema del Estado liberal, según el cual los derechos fundamentales estaban en función de la ley, por la moderna idea propia del Estado social, en virtud de la cual la ley es la que está en función de los derechos fundamentales.

Dentro de este panorama, el Prof. Dr. Dr. *h.c.* Peter Häberle es uno de los exponentes europeos que más ha aportado al fortalecimiento de la teoría institucional de los derechos fundamentales contemporánea. Postulando a los derechos fundamentales como principios del ordenamiento constitucional; lo cual supone que gozan de un doble carácter: individual e institucional, es decir como la realización de derechos subjetivos-objetivos; rompiendo así con el dualismo liberal de enfrentar al hombre con el Estado o, el maniqueísmo autoritario de someter la libertad a la autoridad.

CLASICOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Director de la serie: César Landa

La libertad fundamental en el
Estado constitucional

PETER HÄBERLE

La libertad fundamental en el Estado constitucional

Prólogo de César Landa



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1997

Título original: *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*,
Nis, Roma, 1993

Primera edición, febrero de 1997

Traducción del italiano: Carlos Ramos (revisión: Antonio Luya C.)
Traducción de textos del alemán: Jürgen Saligmann - César Landa
Carátula: Edwin Núñez
Cuidado de edición: Carlota Casalino
Diagramación: Yoryina León

La libertad fundamental en el Estado constitucional

Copyright © 1997 por Fondo Editorial de la Pontificia
Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18.
San Miguel. Telfs.: 462-6390, 462-2540, anexo 220

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso de los editores

Derechos reservados
ISBN: 9972-42-070-1

Impreso en el Perú - Printed in Peru

Indice

Prólogo de <i>César Landa</i>	11
Introducción de <i>Paolo Ridola</i>	19
Abreviaturas	49
1. Naturaleza y función de los derechos fundamentales en el complejo cuadro del ordenamiento constitucional	55
1.1. El significado de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional y su relevancia constitutiva para la totalidad del sistema constitucional de los valores.	55
1.1.1. Los derechos fundamentales como sistema objetivo y unitario de relevancia constitutiva para el conjunto de la Constitución / 1.1.2. La función social de los derechos fundamentales / 1.1.3. Las relaciones de recíproco condicionamiento entre cada uno de los singulares bienes jurídicos constitucionales / 1.1.4. Los derechos fundamentales como "fundamento funcional" de la democracia / 1.1.5. La concurrencia entre intereses públicos y privados con referencia a los derechos fundamentales y a los límites puestos a estos.	
1.2. El principio de equilibrio de los bienes como parámetro para la determinación del contenido y de los límites de los derechos fundamentales y el significado de la reserva de los "principios generales".	86
1.3. El principio de equilibrio y el problema de la "relativización" de los derechos fundamentales.	95
1.3.1. La referencia al sistema objetivo de valores de la Constitución como tutela "absoluta" de los derechos fundamentales / 1.3.2. El carác-	

ter de norma constitucional de los derechos fundamentales como forma de tutela "absoluta" de los derechos fundamentales / 1.3.3 El carácter de regla y de principio de los derechos fundamentales, su pretensión de validez social y el postulado del nexo de coordinación entre ser y deber ser como garantía "absoluta" de los derechos fundamentales.

- 1.4. Los límites esenciales (inmanentes) de los derechos fundamentales, el "contenido esencial" de los derechos fundamentales y el principio de equilibrio. 108

1.4.1. La determinación de los límites esenciales (inmanentes) de los derechos fundamentales y el principio de equilibrio / 1.4.2. El contenido esencial de los derechos fundamentales y el principio de equilibrio.

- 1.5. El principio de la proporcionalidad. 127

2. El doble carácter de los derechos fundamentales: el aspecto de derecho individual y el institucional 163

- 2.1. Generalidades. 163

- 2.2. La relevancia del pensamiento de Hauriou y de Kaufmann para una semejante concepción de los derechos fundamentales en general. 166

2.2.1. El pensamiento jurídico institucional de Hauriou / 2.2.2. El pensamiento jurídico de Kaufmann.

- 2.3. Consideraciones introductorias sobre la valoración del aspecto institucional de los derechos fundamentales y sobre la superación de la aproximación restrictiva de la doctrina de las garantías de instituto e institucionales en la doctrina y en la jurisprudencia contemporáneas. 171

2.3.1. La doctrina / 2.3.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.

- 2.4. Bases culturales del desconocimiento del aspecto institucional de los derechos fundamentales. 177

2.4.1. El voluntarismo / 2.4.2. El iusnaturalismo racionalista / 2.4.3. Subjetivismo, individualismo, liberalismo / 2.4.4. Positivismo y formalismo / 2.4.5. La doctrina de los derechos fundamentales de Schmitt: en particular la doctrina de las garantías de instituto e institucionales

- 2.5. Esencia y relación recíproca de los dos aspectos de los derechos fundamentales en particular. 187
- 2.5.1. Esencia y significado del aspecto de derecho individual y del aspecto institucional de los derechos fundamentales en particular / 2.5.2. El significado de la teoría institucional del derecho de Hauriou en particular para una consideración institucional de los derechos fundamentales: los derechos fundamentales como «*institution-choses*» / 2.5.3. El aspecto institucional de los derechos fundamentales y las relaciones entre *status* en el ámbito de los derechos fundamentales.
- 2.6. Esencia y función de la legislación en relación al aspecto institucional y al aspecto individual de los derechos fundamentales; limitaciones de los derechos fundamentales al objeto de salvaguardarlos como institutos; garantía de los derechos fundamentales “como institutos” frente al legislador. 204
- 2.6.1. Generalidades / 2.6.2. Limitaciones de los derechos fundamentales al objeto de salvaguardarlos “como institutos” / 2.6.3. El significado de la prohibición impuesta al legislador de poner en discusión los derechos fundamentales como institutos.
- 2.7. Respuestas finales y relación entre el principio de equilibrio y el doble aspecto de los derechos fundamentales. 213
- 3. Problemas actuales de la interpretación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional 253**
- 3.1. Concepciones y autocomprensiones de los derechos fundamentales, teorías sobre los derechos fundamentales, intérpretes e interpretaciones de los derechos fundamentales y sus transformaciones. 253
- 3.1.1. Cuestiones prejudiciales (concepto de derecho fundamental en el Estado constitucional, comprensión y teoría de los derechos fundamentales, contenidos determinantes y actores procesales, teorías «generales» y «especiales» de los derechos fundamentales) / 3.1.2. El carácter abierto de la teoría pluridimensional de los derechos fundamentales en favor de una «ampliación del radio de acción y garantía de los derechos fundamentales» / 3.1.3. La sociedad abierta de los intérpretes de los derechos fundamentales: «realización de los derechos fundamentales

mediante la cooperación», en especial por parte de la doctrina; la jurisdicción constitucional y la autocomprensión de los sujetos lesionados en sus derechos fundamentales / 3.1.4. La necesidad de una consideración individualizante de los derechos fundamentales y de los problemas relativos a su «esencia».

3.2. Propuestas teóricas de ampliación del radio de acción en garantía de los derechos fundamentales. 284

3.2.1. La dimensión de los derechos fundamentales con referencia al Estado asistencial como expresión de una teoría de los derechos fundamentales ligada al Estado social: participación material y procesal / 3.2.2. La dimensión corporativa de los derechos fundamentales: el *status activus corporativus* / 3.2.3. La dimensión generacional de los derechos fundamentales / 3.2.4. La teoría científico-cultural de los derechos fundamentales.

3.3. Síntesis concluyente: la política (relativa a los derechos fundamentales) del Estado constitucional en el tema de la garantía del contenido esencial. 348

3.3.1. Las dos funciones de las cláusulas del contenido esencial: la "defensiva" y la "ofensiva" / 3.3.2. ¿Garantías del contenido esencial internas al Estado Constitucional? / 3.3.3. Garantías convencionales o legislativas del contenido esencial en el Derecho Europeo y en los tratados internacionales ("universales") sobre los derechos del hombre.

Bibliografía 411

PROLOGO

El mundo viene experimentando en las última décadas grandes cambios internos en el orden político y económico. Procesos que en América Latina, se han caracterizado por la restauración del régimen democrático-constitucional y la implementación de economías de mercado, con las variantes propias de cada país. Estos desafíos contemporáneos, presentan graves dificultades para la plena vigencia de las clásicas instituciones del derecho y en particular del derecho constitucional: que han buscado infructuosamente respuestas en sus arsenales conceptuales, a fin de asegurar la estabilidad jurídica y bienestar social a largo plazo.

En particular, en el Perú se han venido operando cambios constitucionales, no exentos de graves dificultades, que han dado lugar a la dación de la actual Constitución de 1993. Modelo constitucional que se ha centrado en el quehacer jurídico-político de la autoridad, antes que en los derechos fundamentales. Pero, esta falta de democratización de la vida peruana, se debe precisamente, a los profundos problemas no sólo de irrespeto a la Constitución, sino sobre todo, a que la vida constitucional no está enraizada en el espíritu popular, a través de las instituciones políticas y sociales, debido a que los líderes nacionales no han sabido integrar la cultura de los pueblos del Perú a dicho proceso.

Más aún, en la perspectiva de un escenario mundial que tiende a integrar mercados a través de instituciones, la globalización de la cultura jurídico-constitucional no puede estar ausente del mismo.

Por eso, cualquier proceso de reformas institucionales que se inicie con un horizonte temporal de largo plazo, debe buscar asegurar: tanto, la estabilidad de las organizaciones constitucionales y el respeto a sus decisiones razonables; como, la participación ciudadana a través del reconocimiento y ejercicio de sus derechos fundamentales. Porque, el origen y la causa final del sistema democrático y constitucional reposa en la legitimidad ciudadana.

En esta perspectiva, al derecho constitucional le corresponde asegurar que los derechos fundamentales expresen el estado de conciencia popular acerca de sus necesidades, como también sean expresión de una ética de la responsabilidad, que se asienten en la maduración política y económica de las estructuras sociales y vías institucionales. Partiendo de asumir que la finalidad de todo proceso social es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

Históricamente, este proceso de afirmación de los derechos fundamentales, se consolida a partir de la segunda postguerra mundial, transformando el viejo esquema del Estado liberal, según el cual los derechos fundamentales estaban en función de la ley, por la moderna idea propia del Estado social, en virtud de la cual la ley es la que está en función de los derechos fundamentales.

Pero, es particularmente en Alemania –Häberle, Smend, Luhmann y Schneider– y en los Estados Unidos –Rawls, Dworkin, Ely y Tribe–, donde se han desarrollado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, las tesis jurídicas más relevantes que vienen influenciando el desarrollo de los derechos fundamentales en la comunidad constitucional internacional.

Dentro de este panorama, son las instituciones constitucionales europeas continentales, dada nuestra pertenencia a la familia jurídica romano-germánica, las que directamente continúan alimentando a la dogmática y parcialmente a la jurisprudencia del derecho constitucional regional; perspectiva, que no es excluyente de los aportes del pensamiento y la jurisprudencia anglosajona. Pero, todo

este bagaje jurídico no debe llevar a importar mecánicamente teorías particulares de los derechos fundamentales adecuadas para otras mentalidades, sino de innovarlas de conformidad con la realidad cultural nacional y multinacional.

En tal sentido, Peter Häberle es uno de los exponentes europeos más preclaros de la teoría institucional de los derechos fundamentales contemporánea, quien más ha aportado al fortalecimiento del Estado Constitucional. Postulando a los derechos fundamentales como principios del ordenamiento constitucional; lo cual supone que gozan de un doble carácter: individual e institucional, es decir como la realización de derechos subjetivos-objetivos; rompiendo así con el dualismo liberal de enfrentar al hombre con el Estado o, el maniqueísmo autoritario de someter la libertad a la autoridad.

Ello significa colocar a los derechos fundamentales como la pieza capital del edificio constitucional contemporáneo. En tal sentido, Häberle desarrolla su pensamiento constitucional de los derechos fundamentales, recogiendo los mejores aportes del derecho constitucional comparado. Se distingue, humanistamente, de otras concepciones de los derechos fundamentales, que sólo miran horizontalmente las experiencias —europeas o anglosajonas—. Así, para Häberle las constituciones de otros países, como la del Perú y la de Guatemala, son textos normativos básicos para la enseñanza de los principios del derecho constitucional.

Pero, si bien esta presentación de Peter Häberle sólo adquirirá su sentido real con la lectura de la obra ; para una mejor comprensión de ésta, resulta necesario hacer una semblanza personal del autor. Nació en 1934 en Göppingen, pequeña ciudad de Württemberg al sur de Alemania. Esta ciudad fue un antiguo centro medieval del poderoso reino de los Staufer (S. XI-XIII).

Häberle estudió en las Universidades de Tübingen, Bonn, Montpellier (Francia) y Freiburg. Pero, es en esta última universidad, enclavada en la Selva Negra, donde Häberle encuentra, el ambiente científico y cultural apropiado para su desarrollo académ-

mico. En efecto, en Freiburg participa en el seminario del Profesor Konrad Hesse en 1956; caracterizado por desarrollar la idea de la Constitución como un proceso de integración, idea cultivada por la escuela de Rudolf Smend, en contraposición a la idea de Constitución como decisión política sostenida por la escuela "decisionista" de Carl Schmitt.

En 1961, Häberle se doctoró en la Universidad de Freiburg bajo la dirección del Profesor Hesse, con la tesis sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales del Art. 19°-2 de la Ley Fundamental de Bonn, (*Die Wesengehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962), texto que parcialmente fue traducido al italiano y que hoy presentamos por vez primera en castellano. Con su brillante tesis doctoral Häberle sembró un hito imperecedero en el desarrollo de los derechos fundamentales.

Posteriormente, su obra estará caracterizada por sus aportes a la teoría constitucional, entendida como interés público (*Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970). Investigación que le valió la "Habilitación" en la Universidad de Freiburg, en 1969, para obtener una Cátedra de Derecho Constitucional. Así, inicia su auténtica carrera jurídica que es la libre docencia, en la Universidad de Marburg entre 1969 y 1976, en la Universidad de Ausburg entre 1976 y 1981, para finalmente radicarse en la Universidad de Bayreuth (Alemania) en 1981 y en la Universidad de St. Gallen (Suiza) en 1980.

A la luz de los desafíos políticos y sociales que se inician contra el Estado de bienestar en la década de los setenta y ante la crítica de un Ernst Forsthoff, Häberle salió a la polémica jurídica con una teoría de los derechos fundamentales en el Estado social (*Grundrechte im Leistungsstaat*, 1972). Asimismo, durante esta década, amplió el horizonte constitucional, incorporando el pensamiento: tanto de la sociedad abierta de Karl Popper en la idea de Constitución como proceso de la opinión pública (*Verfassung als öffentlicher Prozeß, Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 1978), como del racionalismo crítico de Jürgen Habermas que recoge en su

tesis sobre la Constitución del pluralismo (*Verfassungs des Pluralismus*, 1980).

En esa línea renovadora del pensamiento constitucional democrático, Häberle analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe (*Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979) y el rol de la jurisdicción constitucional entre la política y el derecho (*Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1980).

Asimismo, incorpora progresivamente la cultura como un problema del quehacer constitucional, desde la perspectiva política, jurídica y científica. En efecto, dado que sólo el contexto cultural puede establecer en última instancia el contenido del texto constitucional, la Constitución deviene en ciencia de la cultura; perspectiva que combina las clásicas ideas formal y material de la Constitución e interpreta la norma constitucional no sólo como un entramado jurídico de normas, sino también como condición cultural de un pueblo (*Kulturpolitik in der Stadt*, 1979; *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, 1980; *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982, etc.). Obras que han influenciado el desarrollo constitucional europeo y que han llegado a los escenarios académicos del Japón y de Corea del Sur.

Durante la década de los ochenta, la obra de Häberle adquiere un carácter intelectual y concreto más amplio, desarrollando fundamentos filosóficos, artísticos y teológicos, propios de su formación, en torno a variados temas, como la Constitución y la educación en tanto un valor orientador del Estado Constitucional (*Erziehungsziele und orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981); la Ley Fundamental de Bonn y los literatos (*Das Grundgesetz der Literaten*, 1983), la protección constitucional de la familia (*Verfassungsschutz der Familie*, 1984), la dignidad humana en el Estado Constitucional (*Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 1988). Así, también, Häberle escribe sobre la garantía de los feriados y del día Domingo (*Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, 1987; *Der Sonntag als Verfassungsprinzip*, 1988).

El paradigma del Estado Constitucional lo plantea desde una perspectiva comparada de los textos constitucionales, con las graduaciones y fases correspondientes a las diferentes latitudes culturales; sobretodo, cuando contemporáneamente los constituyentes y legisladores del mundo a menudo receptionan las experiencias jurídicas de otras regiones (*Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates*, 1989).

Pero, es en la década de los noventa, donde su prolífica producción de libros y ensayos adquieren una especial relevancia, a partir de la caída del Muro de Berlín y el relanzamiento de la Unión Europea, cuando al lado de los métodos de interpretación jurídica de Savigny (gramaticales, lógicos, históricos y sistemáticos) consolida un quinto método de interpretación, como es el del Derecho comparado, vinculado estrechamente al rol de la cultura (*Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*, 1992). Proyección, que se ratifica con los aportes de sus tesis constitucionales, acerca de la cultura jurídica europea (*Europäische Rechtskultur*, 1994) y el problema de la verdad constitucional (*Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, 1995).

Häberle demuestra en su desarrollo científico que no es un técnico o ingeniero del Derecho Constitucional, sino que su formación jurídica se asienta en la filosofía, en la teología y en la cultura. Por eso no es un abogado –litigante–, ni cultiva la docencia como trampolín para cargos políticos; sino, que vive una auténtica vocación académica. Lo que le ha llevado a ser Profesor invitado de las universidades La Sapienza (1991), Tor Vergata (1994), Instituto di Studi sulle Regione (1991/1995), Turin (1992); Universidad de Granada (1995). Profesor conferencista de las universidades de Bern (1978), Innsbruck (1980), Atenas (1980/1990), Sudáfrica (1982), Friburgo (1985/1991), Graz (1988), Sevilla (1992), Turin (1992/1994), Mailand, Perugia, Viena, Zurich, Granada, Varsovia, etc.

La teoría de la Constitución de Häberle, como ciencia de la cultura jurídica europea, ha dado lugar a que sus trabajos clásicos

y modernos sean traducidos con mayor fluidez en los centros universitarios europeos, sobretudo en Grecia (Η ΘΕΩΡΙΑ «ΤΩΝ ΒΑΘΜΙΑΔΩΝ ΕΞΕΛΙΞΗΣ ΤΩΝ ΚΕΙΜΕΝΩΝ», 1992) en Italia (*Le Libertà Fondamentali nello Stato Costituzionale*, 1993) y en España. Así, en el País Vasco se ha publicado una selección de cuatro textos representativos y últimos de su pensamiento (*Retos actuales del Estado Constitucional*, 1996).

Desde 1983, Häberle es editor del Anuario de Derecho Público alemán (*Jahrbuch des öffentlichen Rechts*). Ha sido miembro directivo de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Constitucional, miembro de la Asociación Suiza de Profesores de Derecho Constitucional, de la *Academia Scientiarium et Artium Europea* de Salzburgo y de la Facultad de Política de la Universidad de Munich. Asimismo, Häberle es miembro del Consejo Científico del Intituto de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid y miembro alemán correspondiente de la Fundación Constitución de Filadelfia.

Häberle, también, ha sido convocado como asesor de las últimas reformas constitucionales de Polonia y de Estonia —como en la proyectada en el Cantón de St. Gallen en Suiza—, en las cuales viene utilizando su quinto método de interpretación constitucional, tomando elementos de entre otras constituciones, el artículo de los derechos fundamentales implícitos de la Constitución peruana de 1979. Asimismo, en 1993 ha sido becario del Colegio Científico de Berlín, que reúne anualmente a los más destacados científicos de todas las ramas del saber mundial.

Cuando en 1994 el profesor Häberle cumplió sesenta años, sus discípulos, sus colegas alemanes, suizos, españoles y su maestro Konrad Hesse le ofrecieron la realización del coloquio jurídico sobre las sociedades multiculturales y multiétnicas, publicada en la Universidad de Friburgo, Suiza (*Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft*, 1995). Asimismo, en 1994 el Prof. Häberle recibió el Doctorado *Honoris Causa*, por la Universidad Aristóteles de Tesalónica (Grecia).

En 1996 el Presidente italiano Luigi Scalfaro distinguió a Häberle como Gran Oficial de la Orden de la República de Italia, por el valioso aporte de sus tesis sobre el Estado constitucional. Actualmente es Profesor de Derecho Constitucional, Filosofía del Derecho y Canónigo en la Universidad de Bayreuth (Alemania) y Profesor Visitante de Filosofía del Derecho en la Universidad de St. Gallen (Suiza).

En este horizonte cultural cada vez más sin fronteras, con justa razón Häberle es considerado como uno de los epígonos de la cultura jurídico-constitucional alemana del presente siglo, después de Kelsen, Schmitt, Heller, Smend y Hesse; debido a una prolífica y desafiante producción constitucional, siempre un paso adelante de las circunstancias históricas y, sobretodo, fundamentando su trabajo científico humanistamente, desde la teoría de los derechos fundamentales y la teoría de la democracia.

En ese sentido la Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional ha considerado importante la traducción y publicación de la versión italiana (*Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*. La Nuova Italia scientifica, Roma, 1993) de la tesis doctoral *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19° Abs. 2 Grundgesetz* de Peter Häberle, así como la lograda presentación del prof. Paolo Ridola acerca del pensamiento constitucional de Häberle.

Ideas que han abierto un rico derrotero dogmático tanto para los estados constitucionales maduros, como para los estados constitucionales en plena transformación. De allí, que consideramos que la publicación de la presente obra clásica del Derecho Constitucional contemporáneo, constituirá tanto un aporte en la formación de los estudiantes de derecho, como un texto de consulta obligada para los especialistas e investigadores del quehacer constitucional de los derechos fundamentales, ante los desafíos contemporáneos que afronta el desarrollo de la democracia constitucional.

INTRODUCCION

De Peter Häberle, destacado exponente de la doctrina constitucionalista alemana contemporánea, se presentan aquí al lector partes importantes de su obra mayor, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* (3ª edición ampliada). Los criterios que han inspirado al responsable en la elección de la obra y de sus partes para ofrecerlas en la traducción original, requieren algunas explicaciones. De la amplia monografía de Häberle sobre la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, se publican en este volumen el primer y segundo capítulos del núcleo fundamental de la obra, ampliada en 1962 (titulados respectivamente, *Wesen und Funktion der Grundrechte im Ganzen der verfassungsmäßigen Ordnung* y *Der Doppelcharakter der Grundrechte: ihre individualrechtliche und ihre institutionelle Seite*), además de la cuarta parte de la edición actualizada de 1982, primordialmente dedicada a los temas de la interpretación de los derechos fundamentales y al problema de la comparación constitucional en el ámbito de los derechos fundamentales. De una obra que suscitó, desde su aparición, un intenso debate en la cultura constitucionalista alemana ¹, que ha tenido mucha resonancia entre los estudiosos italianos ², y que puede ser considerada hoy un clásico de la reflexión teórica sobre las libertades fundamentales, pesa al responsable no haber podido ofrecer la traducción integral, que, por lo demás, habría casi doblado la obra. En este volumen no se incluye la parte específicamente dedicada a la garantía de la intangibilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales del Art. 19º, *Abs. 2 Grundgesetz*, que se refiere pro-

piamente al debate constitucional alemán, ni la parte que se ocupa del rol de la legislación en el campo de los derechos fundamentales y de la reserva de ley.

No parece, sin embargo, que hecho esto la obra resulte sacrificada, y no sólo en cuanto concierne a su notable concepción teórica y cultural, la cual, como observara agudamente Erhard Denninger, reseñador de la primera edición, más allá del tema de la *Freiburger Dissertation* del autor, ofrecía una reconstrucción integral de la relación existente entre la libertad y el Derecho ³, pero más aún de su compleja organicidad. No es casual que, respecto a la edición alemana, y con el consentimiento del autor, también el título del volumen italiano resulte modificado, a fin de subrayar que se intenta brindar, en sustancia, un cuadro completo de la reflexión de Peter Häberle sobre los derechos fundamentales, sobre su relevancia en el sistema complejo de los valores constitucionales y sobre sus "dimensiones" inéditas en el Estado constitucional contemporáneo: una reflexión que se ha desarrollado en el lapso de veinte años, enriqueciéndose de nuevos aspectos y sugerencias culturales, y que, como se dirá, ha encontrado ulteriores líneas significativas de desarrollo también en el último decenio.

La tesis de fondo de Häberle es que las cláusulas constitucionales que sancionan la intangibilidad del contenido esencial de las libertades fundamentales tienen normalmente carácter declarativo: el *Wesensgehalt* [contenido esencial] es, por tanto, sólo una fórmula sintética, que reenvía al núcleo de valor que se halla encerrado en cada derecho fundamental y que resulta de la ubicación del derecho mismo en el sistema de los valores constitucionales ⁴. Núcleo de valor y límites del derecho fundamental son, en consecuencia, dos caras de la misma medalla: además los segundos, en cuanto expresiones del firmamento de los valores constitucionales, son "inmanentes" a la totalidad de la Constitución, y los límites admisibles son, por ende, aquellos y sólo aquellos que sean, a la vez, *wesensmäßig*, conformes a la esencia de los derechos fundamentales.

Se deriva de esta premisa la peculiar posición de Häberle en el debate sobre la *Wesensgehaltgarantie* [garantía del contenido esencial] del art. 19 *Abs.* 2 GG ⁵. Así como las libertades fundamentales en general, también la *Wesensgehaltgarantie* tiene un significado que trasciende la protección de la esfera de libertad de cada *Träger* [titular] del derecho fundamental, para presidir, como una suerte de última barrera ("*Schranken-Schranke*") [límite del límite] la integración entre las virtualidades contenidas en el derecho mismo y el ordenamiento constitucional integral. Häberle se sustrae a la crítica a la cual habían estado sujetas representaciones menos penetrantes de la *Wesensgehaltgarantie*, que la habían identificado, por ejemplo, con la intangibilidad de la "dignidad del hombre" según el Art. 1º *Abs.* 1º GG, y precisamente con la reducción del individuo a objeto del arbitrio del Estado ⁶. El contenido esencial debe ser determinado, por el contrario, con referencia a cada derecho fundamental, porque la ponderación entre los intereses en juego, de donde resulta el contenido esencial, no puede ser sino relativa a cada derecho ⁷. Bajo esta perspectiva, resulta muy problemática la relación de Häberle con la así llamada "teoría relativa" del contenido esencial. De un lado, en verdad, él rechaza con decisión las interpretaciones "relativizantes" de la *Wesensgehaltgarantie*, que sugerían resolver la colisión entre intereses individuales y exigencias de la colectividad sobre la base de una suerte de general *Gemeinschaftsklausel* [cláusula comunitaria], susceptible de operar "caso por caso" y de conducir el equilibrio hasta el límite extremo del vaciamiento del derecho ⁸. De otro lado, la determinación del contenido esencial a través del equilibrio es, también en la visión de Häberle, una operación dinámica e interactiva ⁹, no obstante que los otros bienes jurídicos en grado de limitar el derecho no estén "aislados" del contenido esencial, sino que sólo se encuentren, por así decirlo, "develados" en la sustancia del derecho fundamental, dado que de ésta forman parte desde el origen.

Pero, justamente por eso, igualmente problemática se muestra la relación del autor con las "teorías absolutas", que han pretendido

establecer el *Wesensgehalt* sobre la base de posiciones apriorísticas como, por ejemplo, el “fin” del derecho fundamental, que, por efecto de las restricciones, no podría ya ser alcanzado ¹⁰, o bien haciendo referencia a aquella medida mínima de valor a cuya falta el derecho fundamental sería privado de significado para la mayor parte de los miembros de la sociedad civil o para la vida social en su conjunto ¹¹; o en fin, a aquellos únicos intereses invocados expresamente en relación a cada derecho fundamental, susceptibles de justificar restricciones ¹². De las teorías absolutas, Häberle comparte, por otro lado, la preocupación en poner una barrera a los riesgos del “vaciamiento” del derecho fundamental. Recuértese, en primer lugar, los frecuentes llamados de Häberle a la esfera “absolutamente” tutelada del derecho fundamental, identificada como aquella en la que, sin lugar a duda, no existen más bienes jurídicos o intereses que limiten el derecho. No menos significativa aparece, en segundo lugar, la idea evidentemente conectada a la aproximación institucional, conforme a la cual la normatividad de las disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales esté indisolublemente ligada a su “normalidad”, a su capacidad de operar efectivamente en la esfera social y en un ámbito amplio de destinatarios ¹³. También en ello parece posible medir la distancia de Häberle respecto de planteamientos relativizantes de la *Wesensgehaltgarantie*: una concepción en clave institucional u objetivante de ésta no podría abrir el paso a soluciones concretas que, preservando el contenido esencial referido al derecho fundamental en abstracto, sacrificarían su capacidad de instrumento de defensa de la libertad del individuo y de su dignidad ¹⁴. La alternativa entre derecho fundamental como instituto jurídico abstracto o concreto derecho subjetivo del individuo particular, es extraña a la perspectiva teórica del autor, según la cual la “mutación” del hecho en norma, de la cantidad en calidad, es ella misma un elemento que califica la “esencia” de la libertad como instituto ¹⁵.

Si se olvida esta premisa, difícil sería comprender por qué Häberle configura la *Güterabwägung* [ponderación de bienes], fundada en la

inherencia del derecho fundamental a la totalidad de los valores y en la inmanencia a ésta de los límites del mismo, como el criterio-guía en la determinación del *Wesensgehalt*, en cuyo vértice pueden después encontrar ubicación, con el propósito de hacer más detalladas las condiciones que justifican la delimitación de cada libertad, las diversas técnicas interpretativas, basadas en los requisitos de la proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*), razonabilidad (*Zumutbarkeit*), prohibición de exceso (*Übermaßverbot*), necesidad (*Erforderlichkeit*) del límite, requisitos exigidos por las concepciones relativas del contenido esencial ¹⁶. Ni se lograría dar razón de la aparente contradicción entre un contenido esencial que es postulado en términos absolutos como elemento de clausura, y el orden de las libertades fundamentales, pero cuya determinación remite a una operación de equilibrio intrínsecamente dialéctica. Para resolver la contradicción y liberar el pensamiento de Häberle de la estrechez de la contraposición entre concepciones absolutistas y relativas del *Wesensgehalt* ¹⁷, es preciso considerar que, para dicho autor, el aspecto individual de las libertades fundamentales es, él mismo, *wertsystematisch* [pertenece al sistema de valores], y que el equilibrio es una operación esencialmente “guiada”, en un ordenamiento fundado en principios de libertad, por la prioridad de la idea de la tutela de la persona ¹⁸. Consecuentemente, el equilibrio entre los bienes y los intereses constitucionales, que trae a la superficie el contenido del derecho fundamental, no es nunca sólo una *Abwägung* [ponderación], del que puede resultar la completa anulación de uno de los intereses en juego, sino que es siempre además, podría decirse, una compensación entre ellos (*Ausgleich*) [compensación]. El autor mismo no titubea, por lo demás, en recordar frecuentemente, en el pensamiento de Hauriou, el ligamen entre la teoría de las instituciones y la idea de “equilibrio”: mas queriendo invocar los desarrollos sucesivos de la teoría pluralista de Häberle, se podría añadir que el equilibrio se ubica, antes que al interior de una dirección de pensamiento basada sobre las alternativas (*Entweder - oder*) [el uno o el otro], en el marco del “pensamiento de las posibilidades” (*Sowohl - als auch*) ¹⁹ [tanto uno como otro].

Un análisis de la aplicación graduada del principio de la *Guterabwägung* [ponderación de bienes] en la jurisprudencia constitucional alemana no puede ser ni siquiera esbozado en esta sede ²⁰. Si, por lo demás, la peculiar definición teórica de los contornos de la *Guterabwägung*, en equilibrio entre el firme anclaje en los principios de una *salus publica ex constitutione* y la intrínseca "procedimentalización" de la interpretación constitucional ²¹, manifestaba además una tentativa teórica de poner una barrera a las concepciones relativistas que, si bien no sin contrastes, se habían afirmado en la jurisprudencia alemana de los años cincuenta ²², los desarrollos del pensamiento de Häberle a partir del comienzo de los años setenta habrían precisado los contornos de una concepción de los derechos fundamentales centrada en los dos aspectos de *Öffentlichkeit* [lo público, carácter público] y de la *processualità* ²³. La reflexión del autor brota de la tentativa de redefinición teórica de los conceptos de interés público y "bien común" (*Gemeinwohl*), sugerida por la expansión de la esfera pública en las democracias pluralistas y por la superación del presupuesto "predemocrático" de la integral *Staatlichkeit* [estatalidad] de ella ²⁴. A la "pluralización" del interés público y del bien común, en cuanto en ellos confluye la multiplicidad de los intereses sociales que han asumido relevancia, corresponde la transferencia de ambos al interior del cuadro constitucional, de aquel cuadro de principios (democracia, Estado social de Derecho, libertad, etc.), que corresponden a los complejos equilibrios entre una multiplicidad de fuerzas y de articulaciones de la sociedad civil, que la Constitución presupone y estimula ²⁵. Si en las Constituciones de la democracia pluralista *Offenheit* [apertura] y *Öffentlichkeit*, apertura a la sociedad civil y esfera pública están estrechamente ligadas, se desprende de ello, ante todo, que la concreción del interés público y del bien común es sólo un aspecto de la concreción y de la interpretación de la Constitución ²⁶; y en particular, que las libertades fundamentales no son más configurables como un límite negativo de las competencias de la esfera pública, sino como parte de ella, y, por eso, como contenidos constitucionales del bien común ²⁷.

Todo ello debería tener, y en parte ha tenido, según Häberle, importantes repercusiones sobre el reclamo al *Gemeinwohl* como límite de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. De un lado, en efecto, él no es más un *topos* jurisprudencial libre, sino estrechamente vinculado a la Constitución ²⁸. A este propósito, el autor, aun reconociendo las resistencias que ha encontrado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán una concepción así, de estrecha del bien común, advierte sin embargo que, sobre todo en el campo de los derechos fundamentales, el reclamo a criterios como la motivación, la razonabilidad, la no arbitrariedad, y sobre todo la proporcionalidad, pueden configurarse como otros tantos índices de la constitucionalización del *Gemeinwohl*, o mejor, de una interpretación del mismo "interna" a la esencia de los derechos fundamentales ²⁹. Es indudable, de otro lado, que la superación de la oposición "bien común *versus* libertad" hace menos lineal el equilibrio entre los intereses en juego, habida cuenta que la ponderación puede resultar, de un lado, la única vía para la resolución de los conflictos entre las múltiples instancias que conviven al interior de las Constituciones de las democracias pluralistas; y de otro, una *Abwägung* que se configure como una compensación fuertemente pluralizada y dialéctica, tiende inevitablemente a la estabilización de la tensión entre los intereses en juego (*Insichkonflikt*) ³⁰.

Que, en este marco teórico, en el cual los derechos fundamentales amplían su propio radio de operatividad justamente en cuanto parte del *normative Grundordnung der "res publica"* ³¹ [orden fundamental normativo de la cosa pública], no debe maravillar que la elaboración del concepto de "garantía institucional" en la doctrina alemana de los años treinta haya ofrecido una importante clave reconstructiva del *Wesensgehalt*. Pero erraría, evidentemente, quien ocultase las posiciones de Häberle en la más común versión schmittiana de tal elaboración. Como se sabe, Carl Schmitt trazó una línea neta de demarcación entre los derechos de libertad y las garantías institucionales y de instituto. Los primeros son «derechos

anteriores y superiores al individuo», expresión de un «proceso que siempre impulsa *the man versus the state*», derechos que existen «no en razón de las leyes o dentro de la limitación de la ley, sino que indican el margen, en principio incontrolado, de la libertad individual»; las segundas, en cambio, corresponden al reconocimiento constitucional de determinadas instituciones, a las cuales la Constitución asegura una «protección especial» a fin de impedir su remoción por parte del legislador, y que están, por ello mismo, intrínsecamente configuradas como «algo circunscrito y delimitado»³². Es necesario reconocer que, si bien la teoría schmittiana de las garantías institucionales ha sido constantemente blanco de las críticas de Häberle, de ella el autor comparte, en sustancia, la intuición del nexo entre el concepto de garantía institucional y el impedimento de los abusos del legislador, de una *Krisenerscheinung* [etapa de seguimiento de una crisis], signada por una residualidad intrínseca destinada a recobrar fuerza sólo en las “situaciones de riesgo” determinadas por los ataques del legislador a institutos jurídicos profundamente arraigados en la realidad social, organizaciones sociales, esferas de autonomía privada y pública³³. De la reconstrucción schmittiana, sin embargo, se cuestiona la unilateralidad de la idea de fondo: aquella de la inconciliable confrontación entre una esfera de libertad potencialmente ilimitada e instituciones jurídico-sociales intrínsecamente delimitables, aun cuando presididas por el “privilegio” de la protección constitucional.

Contra el *Reservatcharakter* [carácter de reserva] de las garantías institucionales schmittianas, Häberle tiende a valorizar más bien el complejo equilibrio (mejor, la vinculación), que aquéllas representan, entre derecho y libertad, o entre exigencias individuales y exigencias de la comunidad en el campo de las libertades fundamentales. Con esta perspectiva, Häberle se sitúa ante todo en los filones de la literatura weimariana que había intentado tomar distancia de la teoría schmittiana, bien subrayando, en integración del tradicional componente individualista, el carácter social, constructivo del ordenamiento jurídico (*Grundformen der öffentlichen Ordnung*) [las

formas básicas del orden público], de los derechos fundamentales ³⁴, bien procurando reconducir todas las libertades fundamentales en el ámbito de las garantías constitucionales ³⁵. De la crítica de la aproximación separatista y “unilateral” de Schmitt, también Häberle llega a una hipótesis general reconstructiva de institucionalización de las libertades fundamentales. La aproximación institucional de Häberle no se limita, por eso, a la interpretación de la cláusula de la intangibilidad del contenido esencial.

La calificación de la *Wesensgehaltgarantie* como garantía institucional, «*der Sache nach*», se cumple en el proceso de actualización de la totalidad del sistema de valores constitucionales, y por tanto su eficacia normalmente declarativa, pero potencialmente constitutiva cuando se precisa utilizarla como un “arma espectacular” en defensa de la libertad frente a los abusos del legislador, es sólo un reflejo de la dimensión institucional de las libertades fundamentales, e íntimamente ligada a la idea misma de la libertad como instituto ³⁶. Entre libertades fundamentales y garantías institucionales, situadas en ayuda de «*ein Stück*» [un trozo] del ordenamiento constitucional integral, existe, pues, una sustancial homologación. La diferencia con Schmitt no podría ser más radical: si para ambos el punto central es la protección de las libertades fundamentales de los ataques del legislador, para Schmitt el meollo reside en la separación de una esfera de libertad intrínsecamente ilimitada, mientras que para Häberle, especulativamente, en el núcleo de valores en que, “desde un principio”, cada derecho fundamental se halla inserto, y que el legislador está llamado a conformar y a actualizar en modo *wesensmäßig* [conforme a la esencia].

Han sido, sobre todo, los aspectos suministrados por las teorías institucionales lo que ha constituido la base de la crítica del autor a la radicalidad de la antítesis entre libertad e institución sostenida por Schmitt. Defendiendo a este último de las críticas de Häberle, Roman Schnur observó que de la idea de institución no es posible eliminar un componente de alteridad y de latente contraste respecto a los individuos, que la teoría de las garantías institucionales ha

surgido históricamente no ya en función de la tutela instrumental de libertades individuales, sino de la protección de la institución en sí misma, de su existencia (*Bestehen*), así como ella se ha ido estratificando en la realidad de las relaciones sociales, aunque con sacrificio de ámbitos de libertades individuales: en esta perspectiva, concluía Schnur, un ordenamiento sobre bases individualistas es “intrínsecamente” una amenaza para las instituciones, y en consecuencia una eficaz protección jurídica de éstas pasa inevitablemente por el abandono de la idea clásica de libertad, y la idea de la prioridad de la institución sobre el terreno jurídico no puede sino traducirse en el sacrificio de la libertad individual ³⁷. La crítica de Schnur deja en la sombra, por otro lado, no sólo la compleja relación de Carl Schmitt con las teorías institucionales, a las cuales eventualmente no dudó en defender de los ataques del normativismo ³⁸, sino sobre todo que las mismas teorías institucionales configuran la relación entre el aspecto individual y el supraindividual con acentuaciones diferentes no siempre reconducibles a una absorbente *Einordnung* [clasificación] de tipo organicista del individuo en la institución.

Justamente la eficaz síntesis del pensamiento de Kaufmann y de Hauriou esbozada por Häberle demuestra que, en el clima histórico-político y cultural de los primeros dos decenios de este siglo, en las teorías institucionales de ascendencia organicista, tendencias germinales de pluralismo societario y componentes liberales interferían constantemente, ajustándose entre ellos de modo diverso y a menudo no lineal ³⁹.

Bajo este perfil, no hay duda de que, si las antítesis radicales de Schmitt se movían sobre la base de la solución de continuidad entre los presupuestos del Estado liberal del ochocientos y los referidos al Estado pluralista e intervencionista del novecientos, resaltando las tensiones de esto en toda su fuerza disgregante, las teorías institucionales fueron un capítulo del pensamiento pluralista entre las dos guerras, compartiendo un esquema conciliativo y organizativo de la conflictividad social, y representaron frecuentemente la ten-

tativa de armonizar elementos de la tradición liberal con el reconocimiento de una realidad social organizada ⁴⁰. La reflexión de Häberle sobre las libertades fundamentales es, ciertamente, inseparable de esta aproximación de las teorías institucionales, por cuanto de ellas desarrolla después todas las virtualidades, en la dirección de un ordenamiento fundado sobre principios de libertad (*freiheitlich*), pero al mismo tiempo *institutionenfreundlich* ⁴¹ [abierto a la institucionalidad]. Se advierte en ello, pues, toda la complejidad de la aproximación del autor a las concepciones institucionales de los derechos fundamentales ⁴². De ellas Häberle comparte la idea de fondo, según la cual la libertad individual resulta una mera abstracción donde no se la configura en el contexto de los roles sociales y de las instituciones en cuyo interior ella debiera desarrollarse, y por tanto donde se prescindía de los correspondientes complejos normativos que la encuadran. Son además conocidas las críticas dirigidas a las concepciones institucionales de las libertades fundamentales, las cuales satisfacían la necesidad de seguridad del *homme situé*, pero, asociando las libertades fundamentales a la observancia de normas, de un lado sobrecargaban la libertad-instituto de una más o menos acentuada validez vinculante (*Freiheit als Aufgabe*) [la libertad como tarea], y de otro, incluyendo la actuación de las libertades fundamentales en el interior de complejos institucionales, se encaminaban en el sentido de la aquiescencia al *status quo* fijado por el legislador y de la estabilización de posiciones de "privilegio" adquiridas por las organizaciones sociales ⁴³.

Si bien el tema recurrente de una libertad inseparable de la *Gemeinschaftsgebundenheit* [vinculación comunitaria] del individuo no es extraño al eco de la tradición organicista de la cultura alemana del ochocientos ⁴⁴, no queda el horizonte reflexivo de Häberle circunscrito a dicha tradición.

La elaboración del concepto de la *pluralistische Öffentlichkeit* [opinión pública pluralista] representa, a este propósito, un paso crucial. La expansión de la esfera pública en las democracias pluralistas no ha conducido solamente a su socialización y a la

valorización del rol que en ella desarrollan los grupos sociales, sino que ha potenciado la fuerza de irradiación (*Ausstrahlungskraft*) de la libertad en la esfera pública. La única forma de "organización" coherente con un escenario tan difusamente pluralizado está dada, en lugar de la estratificación de roles y de jerarquías sociales propia de los órdenes de tipo organicista, por la "procedimentalización" de la esfera pública, por la apertura constante y dinámica de ésta al mayor número posible de *chances* y de alternativas ⁴⁵.

Es un diseño teórico que utiliza sólo en parte, evidentemente, el bagaje de las teorías institucionales, y que aparece deudor, además de, en gran medida, la *Integrationslehre* [Teoría de la integración] de Rudolf Smend, de los aportes del racionalismo crítico y de la teoría de la acción comunicativa ⁴⁶. Sobre estas bases, Häberle afronta el problema de la función unificadora de la Constitución en las democracias pluralistas ⁴⁷. Tal función no es incompatible con la complejidad social, que se refleja con significativa relevancia en el contenido de las Constituciones, pero que no puede más fundarse sobre las bases iusnaturalistas del constitucionalismo liberal del ochocientos. La exigencia de construir una teoría de la Constitución desarraigada de la matriz iusnaturalista nace no solamente de la impronta individualista y de la separación entre las esferas civil y política, que ella había impreso en las Constituciones ochocentistas, sino, más aún, de la imposibilidad de reproducir en las Constituciones de las democracias pluralistas las inmutables jerarquías de principios del constitucionalismo de matriz iusnaturalista. Se comprende entonces cómo la procesalización de la esfera pública inviste plenamente la Constitución, convertida también ella en *law in action*, la misma que está en grado de justificar un rol fundacional de consenso, sólo en cuanto ella opere como proceso público (*öffentlicher Prozeß*), cuya actualización se halla abierta a una multiplicidad de aportes ⁴⁸. Si a una esfera pública que escapa a toda tentativa de cristalización no puede corresponder una teoría constitucional materializada sobre axiomas iusnaturalistas, el pluralismo mismo es, en el esquema häberlino, *ein Stück "Idealität"* [una pieza "idea-

lizada”], realidad nunca del todo cumplida, pero, al mismo tiempo, *chance* ofrecida por la Constitución y “tarea” a desarrollar ⁴⁹.

Queda ahora preguntarse qué perspectivas abre, en lo concerniente a los límites de las libertades fundamentales, una teoría constitucional construida a caballo entre la idea popperiana de “sociedad abierta” y la utopía en camino del *Prinzip Hoffnung* [principio de esperanza] de Ernst Bloch ⁵⁰. Fundándose en la premisa del ligamen entre libertades fundamentales y totalidad de la Constitución, y en la inmanencia a ésta del contenido y de los límites de los derechos fundamentales, Häberle llega a una crítica radical de la *Eingriffs- und Schrankendenken* [planteamiento de la intervención y límites], es decir, de la tendencia de pensamiento que había reconstruido, bajo una óptica liberal, las restricciones de las libertades como límites externos a la esfera privada individual. De ello se deriva una configuración distinta del papel del legislador en el campo de los derechos fundamentales, puesto que aquél sería llamado no ya a cubrir espacios reservados a la intromisión en la esfera de dichos derechos, sino a “conformar”, y consecuentemente a delimitar las libertades fundamentales según el equilibrio de intereses inmanente a la esencia de ellos, y a su “originaria” ubicación en el sistema de los valores constitucionales. Las interrogantes que la definición de un envolvente rol de conformación (*Ausgestaltung*) [conformación, estructuración] de los derechos fundamentales por parte del legislador ha suscitado en la doctrina alemana, son numerosas. ¿La normatividad de la Constitución está más garantizada por una red de reservas de ley, que operan como una “barrera” externa de las libertades, y todavía pueden dejar zonas de sombra en el proceso de actuación de la Constitución, o bien por una reserva general de “conformación” de los derechos singulares, que puede desarrollar todas las virtualidades, y eventualmente las ambivalencias del sistema constitucional, pero que al mismo tiempo amplía la discrecionalidad del legislador, confiando la configuración de los derechos fundamentales a “principios generales” (*allgemeine Gesetze*), que a él hacen en gran medida referencia? ⁵¹ ¿No existe el riesgo de que el centralismo de estos

complejos normativos propicie una peligrosa inversión en la interpretación de los derechos fundamentales, que, antes de hallarse concentrada en la medida de la constitucionalidad de las intervenciones legislativas, terminaría por ceñir la lectura de las normas constitucionales a las mismas decisiones conformadoras del legislador? ⁵² ¿Cuál puede ser el precio de una suerte de *harmonisierender Wertperfektionismus* [perfeccionismo de valores armonizante] sobre la situación de la tutela de las minorías y de los límites de las mayorías parlamentarias? ⁵³ Y finalmente, ¿en qué medida una visión “iluminista” de las potencialidades de desarrollo de las libertades fundamentales en un sistema de valores está más expuesta a los riesgos de una perversión ideológico-política? ⁵⁴.

Para sopesar la relevancia de estos argumentos, es necesario tener presente, sin embargo, que los *Normenkomplexe* [complejos normativos], a los cuales está confiada la configuración de las libertades fundamentales, no son entendidos por Häberle como realidades estáticas y cristalizadas, sino como realidades “procesales”, en continuo devenir, condicionadas a su vez por los aportes de la “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución” y de las diversas concepciones y “autocomprensiones” de las libertades fundamentales que ella elabora. En esta visión esencialmente “comunicativa” de la *Ausgestaltung* y de la interpretación de las libertades fundamentales, la reflexión del autor parece sustraerse a la crítica de que el filtro de la institucionalidad homologue la libertad al “privilegio” de realidades ordinamentales cristalizadas en el tiempo y a la garantía del *status quo* ⁵⁵, y se acerca más bien al paradigma smendiano de la Constitución como proceso dinámico de integración del pluralismo social en unidad política ⁵⁶. En la época constitucional del “desencanto” y de la dispersión de los esbozos lineales fundantes de la unidad política del constitucionalismo liberal, la interpretación de las libertades fundamentales no puede prescindir de la toma de conciencia de que la capacidad fundante del consenso de la Constitución está indisolublemente ligada a las “respuestas” del tejido social ⁵⁷, y a la vez a la estruc-

turación de ese tejido como una esfera pública pluralista y abierta. Según la expresión de Scheuner, repetida por Häberle, la Constitución de las democracias pluralistas debe ser en conjunto "norma" y "tarea" ⁵⁸. De un lado, en efecto, los valores que emergen del proceso de integración no son por su naturaleza entidades estáticas ni son nunca completamente actuados, sino que pueden ser constantemente "actualizados" ⁵⁹; de otro lado, no es difícil hallar en el carácter de "proceso público" de la Constitución, en cuya interpretación se componen los delicados equilibrios de la sociedad pluralista que ella presupone, una vía de resolución de la antinomia entre la intrínseca densidad del proceso de integración ⁶⁰ y el anclaje del mismo en principios de libertad y de *Offenheit* [apertura], capaces de garantizar la dimensión "comunicativa" de la realización del sistema de los valores.

Sobre estas bases, por tanto, todavía el pensamiento de Häberle se encuadra en la tendencia común a muchas teorías constitucionales del pluralismo, de establecer una línea de continuidad con la tradición liberal, "neutralizándola" por otro lado en lo concerniente a sus raíces individualístico-posesivas ⁶¹. Estos presupuestos permitieron al autor desarrollar, a partir de los años setenta, una teoría "multidimensional" de las libertades fundamentales, que enriquece el radio de acción (*grundrechtssichernde Geltungsfortbildung*), respecto al tradicional esquema liberal de los *Abwehrrechte* [derechos de defensa] de base individual, en la dirección de la ampliación de los fines del Estado, de los procedimientos participativos, en el ámbito procesal, en el ámbito asociativo de la dinámica de las relaciones entre los grupos sociales y entre individuos y grupos ⁶². La neutralidad del "pluralismo posibilista" de Häberle ⁶³ no puede ser adscrita, por otro lado, ni al compromiso fundado sobre procedimientos, en base al cual se funda la teoría democrática de Kelsen ⁶⁴, ni al funcionalismo de Luhmann. Este hace, en realidad, corresponder la figura de los derechos a las exigencias de una sociedad cada vez más diferenciada funcionalmente, y a aquellas del alcance de «una más alta elasticidad adaptativa del Derecho como estructura de la

sociedad»; para Luhmann, por otro lado, la compensación entre los derechos, realizándose únicamente a través de estructuras y procesos interrelativos y dotados de alternativas, hace abstracción de «una concatenación concreto-inmediata de derechos y deberes como condición de la juridicidad *tout court*». Ello conduce a Luhmann a una recusación radical de los presupuestos teórico-metodológicos del equilibrio entre los bienes, que, incluyendo los derechos en un marco de composición material de los intereses y de reciprocidad de las situaciones, sustrae «las cuestiones estructurales a la atención y a la problematización»⁶⁵. Para poner al fuego los rasgos peculiares de la teoría pluralista de Häberle, se requiere en primer lugar considerar que el significado que él atribuye al rol del Estado en el establecimiento de procedimientos, mecanismos de participación, aparatos de prestación, trasciende una perspectiva meramente funcionalista, pero está íntimamente conectado a la idea del “cambio” del hecho en norma, que es intrínseco a la juridicidad de las disposiciones constitucionales en el tema de las libertades fundamentales: ésta es, en efecto, inseparable de un proceso de “organización” de la libertad⁶⁶, y de mecanismos que hagan posible la efectiva participación de los “muchos” en el ejercicio de las libertades fundamentales. Por otro lado, el pluralismo posibilista del autor se funda en la idea de una Constitución que se coloca en posición de neutralidad respecto a las posibilidades de desarrollo de las diversas *Weltanschauungen*, pero que no es neutral respecto a los contenidos de valor (*wertneutral*)⁶⁷ [neutro de valoración]. El surco de la trinchera “separatista” de Kelsen y Luhmann⁶⁸ está signado, por tanto, de una explícita orientación de Häberle a los valores sociales, y a la armonización del ordenamiento jurídico a las ideas dominantes en un determinado contexto social⁶⁹. En este marco, se inscribe la atención a la “autocomprensión” de los titulares de las libertades fundamentales, al arraigo de la “cultura de los derechos fundamentales” en la conciencia social, que conjuga la multiplicación de las *chances* de vida con los “vínculos” nacidos del consenso difundido en un sistema de valores, sentido como parte integrante de la experiencia cultural de la comunidad⁷⁰.

Es, por tanto, evidentemente difícil aprehender toda la complejidad del hilo conductor de la reflexión de Häberle, la idea de la "referencia" de las libertades fundamentales al proceso de integración comunitaria (*Gemeinschaftsbezogenheit*), poniéndose en perspectivas "separatistas": por ejemplo, del ángulo visual de una teoría del garantismo que persuade a la «asunción, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del Derecho y del Estado, desde el solo punto de vista *externo*»⁷¹; o bien, de un análisis de las transformaciones del poder político en las sociedades post-industriales, que ponga el acento, por un lado, sobre el ineliminable particularismo moral de la decisión política, y por otro lado, sobre la «marcha centrífuga de los subsistemas diferenciados», y sobre la emancipación de los individuos de los «vínculos del organicismo y del consensualismo político» y del modelo de la integración política⁷².

Del mismo modo, es quizá insuficiente reconducir la subvaluación del aspecto individual de las libertades fundamentales sólo a la crítica del individualismo iusnaturalista y del voluntarismo de la tradición liberal, y a aquella del formalismo de la teoría de los *status* de Georg Jellinek, que ponía al centro no a la persona en la realidad de sus condiciones de vida, sino a un individuo abstracto, puro titular de derechos y de deberes⁷³. Es necesario, en verdad, situar la reflexión de Häberle en la «guerra de posiciones sobre los *Grundrechte* [derechos fundamentales]»⁷⁴ en la doctrina constitucionalista alemana que sigue a la segunda guerra mundial. En este marco, tal reflexión se inscribe en el esfuerzo de sustraer la interpretación del fundamento y del significado de las libertades constitucionales a una retrospectiva filosófica caracterizada por la completa interiorización del problema de la libertad. Dicha tradición filosófica, transfiriendo la idea de libertad de la esfera de los «hechos humanos» y de la «realidad concreta de la vida en el mundo», ha exacerbado el «extrañamiento» de la libertad del mundo⁷⁵. Entendida como liberación de la voluntad de una realidad vinculante, la libertad «deviene una libertad-de y no una libertad-con, es decir,

deviene una libertad que anula al otro y nunca una libertad en el vínculo de la relación del recíproco reconocimiento del otro», y por ende, una libertad totalmente carente de una esfera comunicativa ⁷⁶. Las raíces filosófico-políticas de la *Grundgesetz* [Ley Fundamental] de 1949 son inseparables, como se ha mencionado varias veces, de la oposición a la destrucción de los fundamentos ético-jurídicos de la libertad ⁷⁷, y, en cambio, el principio básico de la dignidad del hombre (*Menschenwürde*) coloca su fundamento no en el individuo en su propia esfera individual, sino en el hombre en relación con los otros hombres ⁷⁸. La recuperación de la dimensión de la libertad como libertad en la *polis*, que presupone un espacio público común y «un mundo organizado políticamente, en el cual todo hombre libre pueda insertarse» ⁷⁹, representa en definitiva el hilo conductor de la discusión sobre los *Grundrechte* generada después de la segunda guerra mundial, sólo anticipado en 1933, en la víspera del derrumbamiento de la democracia weimariana, por la idea smendiana, de la que Häberle se declara deudor, de las libertades constitucionales como «fundamento civil del Estado» y como «vocación moral del ciudadano» ⁸⁰. Recientemente se ha recordado que la discusión sobre el problema de la libertad en la cultura política alemana de la postguerra ha oscilado entre perspectivas centradas sobre el Estado, entendido como espacio en el cual se desarrolla la relación entre autoridad y libertad, y por tanto, sobre los instrumentos necesarios de defensa de la libertad, y perspectivas centradas sobre la sociedad, entendida como lugar de realización de la libertad, y en consecuencia sobre la oportunidad de la emancipación y la expresión de nuevas formas de libertad ⁸¹. Frente a las instancias establecidas por el pluralismo de los valores, la primera perspectiva responde a ellas con la afirmación de la necesidad de que los valores se hallen viabilizados por la ley, mientras que la segunda sostiene «la esperanza de que sea posible llegar a un consenso que indique cuáles son los valores a alcanzar» ⁸². En la “guerra de posiciones” entre ambas tendencias, Häberle se afirma por cierto en la idea de efectivizar la libertad en el ámbito de las instituciones; mas, si bien no comparte la fuerte carga crítico-emancipadora del

concepto habermasiano de *Öffentlichkeit* [lo público], irreducible a un mero injerto de la democracia social en el tronco de la ideología liberal ⁸³, reconoce en la dimensión comunicativa de la esfera pública el lugar en el cual se confrontan procesalmente las ambivalencias y se discuten las potencialidades innovadoras de las Constituciones de la democracia pluralista.

En esta dimensión comunicativa y procesal, Häberle reconoce en definitiva lo "específico" del constitucionalismo contemporáneo y del tipo *Stato costituzionale*, algo capaz de reemplazar el establecimiento universalista del fundamento iusnaturalista. El debilitamiento de la dimensión iusnaturalista no ha sacrificado las potencialidades de desarrollo del tipo *Verfassungsstaat* [Estado constitucional]: de un lado, la "sociedad abierta de los intérpretes" se ha extendido más allá de los confines del Estado nacional, en la dirección de una "cooperación", también procesal, fluida y no jerarquizada entre una pluralidad de instancias jurisdiccionales regionales, estatales, supranacionales e internacionales para la tutela de los derechos del hombre; de otro lado, un contexto histórico-político caracterizado por una adhesión difundida a los principios de la democracia pluralista ha ampliado el área sobre la cual se llevan a cabo los procesos de recepción y de comunicación entre las "culturas" constitucionales ⁸⁴.

Es una perspectiva que implica directamente el rol de los estudiosos del Derecho constitucional, trazando una línea de unión entre el compromiso científico y un rol activo de operadores de la *offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten* ⁸⁵ [sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución]. Bastará tan sólo recordar aquí, por su gran actualidad, las páginas de Häberle sobre las relaciones entre libertad y responsabilidad, y sobre la ampliación del radio de acción de las libertades fundamentales en la dirección de la salvaguarda de la libertad de las generaciones futuras ⁸⁶. En esas páginas se recoge el *pathos* de una reflexión que se ha venido desarrollando dentro de los marcos trazados por la *sociedad abierta* de Karl Popper, por el *principio de esperanza* de Ernst Bloch y por el *principio de*

responsabilidad de Hans Jonas ⁸⁷: sensible a la exigencia del «crecimiento del hombre en una humanidad no atrofiada», y a la admonición de que «conservar intacta aquella herencia a través de los peligros de los tiempos, incluso, contra el proceder mismo del hombre, no es un fin utópico, sino el fin, no tan modesto, de la responsabilidad por el futuro del hombre» ⁸⁸.

Paolo Ridola

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. Cfr. sobre todo las reseñaciones de E. Denninger (1963), P. Lerche (1965) y R. Schnur (1965), ahora vueltas a publicar en P. Häberle (hrsg.), *Rezensierte Verfassungsrechtswissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1982, pp. 175 ss.; B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976, *passim* y pp. 128 ss.
2. Cfr. para aspectos y bajo ángulos visuales diferentes, G. M. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, I, Giappichelli, Torino, 1970; P. F. Grossi, *Introduzione a uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, CEDAM, Padova 1972; M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, CEDAM, Padova, 1983; S. Mangiameli, *La proprietà privata nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1986; P. Ridola, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Giuffrè, Milano, 1987; A. Baldassarre, vocablos *Diritti inviolabili*, *Diritti sociali*, ambas en *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989, vol. XI; id., vocablo *Libertà*, *ibid.*, 1990, vol. XIX; M. Ainis, *Cultura e politica*, CEDAM, Padova, 1991; F. Rimoli, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, CEDAM, Padova, 1992; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992; R. Bin, *Diritto e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.
3. Cfr. la reseñación de E. Denninger, en Häberle (hrsg.), *Rezensierte cit.*, p. 175.
4. Cfr. P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, C. F. Müller, Heidelberg, 1983, 3ª ed. ampliada, pp. 236 ss.
5. Al respecto, cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt, a.M. 1986, pp. 267 ss.; y sintéticamente E. Denninger, *Zum Begriff des "Wesensgehaltes" in der Rechtsprechung (Art. 19 Abs. 2 GG)* en *DöV*, 1960, pp. 812 ss.; id., *sub Art. 19 Abs. 2*, en *Alternativkommentar zum Grundgesetz für BRD*, I, Luchterhand, 1984, pp. 1175 ss.; E. Stein, *Staatsrecht*, Mohr, Tübingen, 1988, 11ª ed., pp. 179 ss.; en la doctrina italiana, Grossi, *Introduzione a uno studio cit.*, pp. 149 ss.; Baldassarre, *Diritti inviolabili*, cit., p. 32.
6. Es la tesis de G. Durig, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, en *AÖR*, 1956, pp. 117 ss. (que ha sido, por ello, incluido a veces entre los exponentes de la teoría "relativa" del contenido esencial: en este sentido, Baldassarre, *Diritti inviolabili*, cit., p. 32; Grossi, *Introduzione a uno studio cit.*, p. 152; B. Pieroth, B. Schlink, *Grundrechte-Staatsrecht*, II, C. F. Müller, Heidelberg, 1987, 3ª ed., p. 78. *Contra*, Stein, *Staatsrecht*, cit., p. 181).

7. En este sentido, cfr. también Pieroth, Schlink, *Grundrechte*, cit., pp. 76 ss.
8. Cfr., sobre el punto, Stein, *Staatsrecht*, cit., pp. 179 ss.; Pieroth, Schlink, *Grundrechte*, cit., p. 77.
9. Subrayan este aspecto, en general, U. Scheuner, *Zur Systematik und Auslegung der Grundrechte* (1965), en *Staatstheorie und Staatsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978, pp. 709 ss.; E. W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), ahora en *Staat Verfassung Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1991, pp. 115 ss., y particularmente pp. 129 ss. Enumera a Häberle entre los que sostienen las teorías relativas, Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 269.
10. Cfr. H. Krüger, *Der Wesensgehalt der Grundrechte i.S. des Art. 19 GG*, en *döv*, 1955, pp. 597 ss., y particularmente pp. 601 ss.
11. Así, F. Klein, *sub Art. 19 Abs. 2*, en H. von Mangoldt, F. Klein, *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, I, Berlin - Frankfurt a.M. 1957, pp. 557 ss.
12. En este sentido, cfr. Stein, *Staatsrecht*, cit., p. 180. Para una crítica de las concepciones absolutistas del *Wesensgehalt*, cfr. N. Luhmann, *Grundrechte als Institution - Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965, pp. 59 ss.
13. Sobre este aspecto, cfr. Denninger, *sub Art. 1*, en *Alternativkommentar* cit., pp. 249 ss.
14. Sobre el problema, cfr. sintetizadamente Denninger, *sub Art. 19*, cit., pp. 1178 ss.; Stein, *Staatsrecht*, cit., p. 180.
15. De manera crítica, sobre este aspecto, cfr. E. Denninger, *recensión*, en Häberle (hrsg.), *Rezensierte* cit., p. 176 (que proyecta las peligrosas implicaciones jacobinas de este planteamiento).
16. Sobre estos, cfr., con mucha claridad, Pieroth, Schlink, *Grundrechte*, cit., pp. 72 ss., pp. 153 ss.
17. Cfr., para una interpretación de esto muy cercana a la del autor, que con cualquier aproximación podría definirse como intermedia, K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, C. F. Müller, Heidelberg, 1990, 17ª ed., pp. 113 ss.
18. Cfr. del autor, sobre el punto, sobre todo los dos ensayos, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en J. Isensee, P. Kirchhof (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, I, C. F. Müller, Heidelberg, 1987, pp. 815 ss.; y *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988. Para una interpretación diferente del pensa-

- miento del autor, en el sentido de una desvalorización de la preordenación del aspecto individual, cfr. C. Starck, *sub Art. 1 Abs. 3*, en H. von Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, I, F. Vahlen, München, 1985, pp. 92 ss. Sobre las relaciones entre derechos fundamentales como derechos subjetivos y como elementos del ordenamiento jurídico, que es uno de los temas centrales de la reflexión en la literatura constitucionalista alemana sobre los *Grundrechte*, cfr. Hesse, *Grundzüge* cit., pp. 115 ss.; Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 159 ss., pp. 473 ss.; id., *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, en *Der Staat*, 1990, pp. 49 ss.; J. P. Müller, *Zur sog. subjektiv- und objektivrechtlichen Bedeutung der Grundrechte*, *ibid.*, pp. 33 ss. (para referencias al debate constitucional suizo).
19. Cfr. P. Häberle, *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens* (1977), en *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978, pp. 17 ss.
 20. Cfr., en la amplia literatura, los ensayos del mismo Häberle recogidos en *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Athenäum, Königstein/Ts. 1979; así como Schlink, *Abwägung* cit., pp. 17 ss. (que representan dos valoraciones complejamente antitéticas del equilibrio). Para un examen del problema con referencia a la jurisprudencia constitucional italiana, cfr. C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma 1984; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, 2ª ed., pp. 39 ss.; R. Nania, *La libertà individuale nell'esperienza costituzionale italiana*, Giappichelli, Torino, 1989; A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, en "Politica del diritto", 1991, pp. 639 ss.; Bin, *Diritto e argomenti* cit.
 21. Para retomar aún una expresión de P. Häberle, "*Gemeinwohljudikatur*" und *Bundesverfassungsgericht*, en *Kommentierte* cit., pp. 328 ss.
 22. Cfr. una reseña en E. Denninger, *Zum Begriff des "Wesensgehaltes"* cit., pp. 812 ss.; Schlink, *Abwägung* cit., pp. 80 ss. Entre los revisores del volumen del autor, este aspecto es subrayado sobre todo por P. Lerche, *recensión* en Häberle (hrsg.), *Rezensierte* cit., pp. 178 ss.
 23. Cfr. sobre todo *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten* (1975), en *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, cit., pp. 155 ss.; y "*Gemeinwohljudikatur*", en *Kommentierte* cit., pp. 235 ss.
 24. Cfr. *Öffentlichkeit und Verfassung* (1969), en *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, cit., pp. 225 ss.; *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, Athenäum, Bad Homburg, 1970, pp. 57 ss., pp. 708 ss., "*Gemeinwohljudikatur*", en *Kommentierte* cit., pp. 303 ss.

25. Cfr. Häberle, *Öffentliches Interesse* cit., p. 709; "*Gemeinwohljudikatur*", en *Kommentierte* cit., pp. 302 ss.
26. Cfr. *ibid.*, pp. 236 ss.
27. *Ibid.*, pp. 259 ss.
28. *Ibid.*, pp. 245 ss.
29. *Ibid.*, pp. 250 ss.
30. Para un indicio en tal sentido, cfr. *ibid.*, pp. 261 ss. Reservas sobre el *Abwägungsenthusiasmus* [ponderación entusiasta] de Häberle, en Schlink, *Abwägung* cit., pp. 128 ss. Pero cfr., todavía, sobre los riesgos de que el proceso generador de valores conduzca «a una eterna lucha de los valores y de las concepciones del mundo», a un nuevo *bellum omnium contra omnes*, las páginas de C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, Pellicani, Roma, 1988, pp. 58 ss.
31. Cfr. Häberle, "*Gemeinwohljudikatur*", en *Kommentierte* cit., p. 304.
32. Cfr. C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (1928), traducción italiana de A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 219 ss.; *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* (1931), ahora en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Duncker & Humblot, Berlin, 1958, pp. 140 ss.
33. Cfr. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie* cit., p. 237. Sobre la distinción entre garantías de instituto y garantías institucionales, cfr. U. Scheuner, *Die institutionellen Garantien nach dem Grundgesetz* (1953), ahora en *Staatstheorie und Staatsrecht*, cit., pp. 665 ss.; H. Quaritsch, *Institutionelle Garantie*, en *Evangelisches Staatslexikon*, Stuttgart, 1975, 2ª ed., pp. 1022 ss.; en la doctrina italiana, cfr. Luciani, *La produzione economica* cit., pp. 36 ss.
34. Así, E. R. Huber, *Bedeutungswandel der Grundrechte*, en *AöR*, 1933, pp. 15 ss.
35. Según la reconstrucción de F. Klein, *Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien*, Breslau, 1934, pp. 100 ss.
36. Subraya este aspecto, en la doctrina italiana, Baldassarre, *Diritti inviolabili*, cit., p. 34. El nexo entre las tentativas de determinación del *Wesensgehalt* y los planteamientos de teoría general en el tema de los derechos fundamentales ha sido ilustrado por Denninger, *sub Art. 19*, cit., pp. 1181 ss.

37. Cfr. Schnur, reseñación en Häberle (hrsg.), *Rezensierte cit.*, pp. 190 ss.
38. Cfr. el ensayo sobre *I tre tipi del pensiero giuridico* (1934), ahora en *Le categorie del politico*, al cuidado de G. Miglio y P. Schiera, Bologna, 1972, pp. 257 ss. Sobre la recepci3n de las teorías institucionales en la cultura alemana, cfr. M. Fuchs, *Die Theorie der Rechtsordnung Santi Romanos*, Duncker y Humblot, Berlin, 1979; H. Schelsky (hrsg.), *Zur Theorie der Institution*, Wiss. Buchgesellschaft, Darmstadt, 1970.
39. Sobre este aspecto, remitirse a Ridola, *Democrazia pluralistica cit.*, pp. 45 ss., pp. 129 ss.; así como, en general, cfr. M. Corsale, vocablo: *Pluralismo giuridico*, en *Enciclopedia diritto*, xxxiii, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 1003 ss.; F. Modugno, *Legge – Ordinamento giuridico – Pluralità degli ordinamenti giuridici. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 190 ss. Sobre el pensamiento de Kaufmann y sus relaciones con las teorías institucionales, cfr. E. Castrucci, *Tra organicismo e "Rechtsidee"*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 127 ss.
40. Representativo de esta tendencia es el ensayo de S. Romano, *Lo stato moderno e la sua crisi* (1910), ahora en el volumen con el mismo título, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 5 ss.
41. De acuerdo a la feliz expresi3n de R. Schnur, reseñación en Häberle (hrsg.), *Rezensierte cit.*, p. 190. En el sentido de que la convicci3n de la impotencia del individuo frente a la omnipotencia de los grupos sea el trato común a todas las teorías institucionales, y también a la de Häberle, cfr. E. Denninger, reseñación en Häberle (hrsg.), *Rezensierte cit.*, p.175.
42. Sobre ellas, cfr., sobre todo, además de esta obra de Häberle, I. Gross, *Die Institution Presse*, Duncker & Humblot, Berlin, 1971; D. Stammler, *Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution*, Duncker & Humblot, Berlin, 1971; R. Scholz, *Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, Beck, München, 1971. Para una valoraci3n conjunta de las concepciones institucionales de los derechos fundamentales, cfr. Baldassarre, *Libertà*, cit., pp. 24 ss.
43. Cfr., en este sentido, las observaciones de E. Denninger, *Staatsrecht*, II, Rowohlt, Hamburg, 1979, pp. 183 ss.; Böckenförde, *Grundrechtstheorie cit.*, pp. 124 ss.; así como, desde un ángulo más radical, U. K. Preuss, *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt, a.M. 1979, pp. 165 ss.
44. Sobre ella, cfr. F. Müller, *Korporation und Assoziation*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965.

45. Cfr. Häberle, *Demokratische Verfassungstheorie* cit., pp. 17 ss.
46. Para los llamados al racionalismo crítico y al pensamiento de Popper, de cuya obra mayor (*La società aperta e i suoi nemici*, 5ª ed., 1966, Armando, Roma, 1973, vol. 2) se retoma la expresión *Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, cfr. Häberle, *Demokratische Verfassungstheorie* cit., y *Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß* (1978), ambos en *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, cit., pp. 17 ss., pp. 121 ss. Para el concepto de "actuar comunicativo", cfr. J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo* (1981), Il Mulino, Bologna, 1986, vol. 2; así como, para sus reflejos en la teoría constitucional, id., *Morale diritto politica*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 81 ss. Recuérdese además que el autor, aun disintiendo en más de un aspecto de la reconstrucción de la esfera pública de Habermas (*Storia e critica dell'opinione pubblica*, 1962, Laterza, Bari, 1974), le reconoce a ella haber suscitado la continuación de la discusión sobre la noción de *Öffentlichkeit* en la doctrina constitucionalista, preparada por R. Smend (*Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit*, 1954, en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, pp. 462 ss.): cfr. *Öffentlichkeit* cit., pp. 225 ss.
47. Para la reconstrucción de esto, que es, como se nota, tema central del debate en la literatura weimariana, cfr. K. Rennert, *Die "geistesgeschichtliche Richtung" in der Staatslehre der Weimarer Republik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1987; C. Müller, I. Staff (hrsg.), *Staatslehre in der Weimarer Republik*, Suhrkamp, Frankfurt, a.M. 1985; A. Bolaffi, *Il dibattito sulla costituzione e il problema della sovranità*, en O. Kirchheimer, *Costituzione senza sovrano*, De Donato, Bari, 1982, pp. xi ss.; G. Gozzi, P. Schiera, *Crisi istituzionale e teoria dello stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, Il Mulino, Bologna, 1987; G. Zagrebelsky, introducción a R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 1 ss.; U. Pomarici, *Oltre il positivismo giuridico. Hermann Heller e il dibattito sulla costituzione weimariana*, Prismi, Napoli, 1989; cfr., en la doctrina alemana de los últimos cuarenta años, sobre todo Scheuner, *Staatstheorie* cit., pp. 135 ss.; Hesse, *Grundzüge* cit., pp. 3 ss.; D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp, Frankfurt, a.M. 1991, pp. 11 ss.; Böckenförde, *Staat Verfassung Demokratie*, cit., pp. 29 ss.; así como ahora la síntesis de M. Fioravanti, *Quale futuro per la costituzione?*, en "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico", 1992, N° 21, pp. 623 ss.
48. Así, P. Häberle, *Verfassungsrecht ohne Naturrecht* (1974), en *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, cit., pp. 93 ss. Para una reconstrucción actualizada de la discusión sobre una teoría de la Constitución, cfr. M. Morlok, *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989.

49. Así, *Verfassungsinterpretation* cit., p. 152.
50. Cfr., para una visión panorámica en tal sentido, P. Häberle, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, p. 716.
51. Cfr., sobre el punto, ampliamente Schlink, *Abwägung* cit., pp. 128 ss.
52. Cfr., en este sentido, Denninger, *Staatsrecht*, cit., pp. 183 ss.; H. Steiger, *Institutionalisierung der Freiheit? Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Bereich der Grundrechte*, en Schelsky (hrsg.), *Zur Theorie der Institution*, cit., pp. 91 ss.; Böckenförde, *Grundrechtstheorie* cit., pp. 125 ss.
53. Así, textualmente, E. Denninger, *recensión en Häberle (hrsg.), Rezensierte* cit., p. 177.
54. Cfr. P. Lerche, *recensión en Häberle (hrsg.), Rezensierte*, cit., pp. 178 ss.; Denninger, *Staatsrecht*, cit., pp. 184 ss.
55. En este sentido, Böckenförde, *Grundrechtstheorie*, cit., p. 128; Denninger, *Staatsrecht*, cit., p. 184.
56. El vínculo del autor a la *Integrationslehre* de Smend, resulta particularmente evidente en algunos trabajos posteriores; cfr., por ejemplo, *Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, Duncker & Humblot, Berlin, 1987; *Rechtsvergleichung* cit., pp. 213 ss., pp. 297 ss., pp. 597 ss.
57. Cfr., en relación a este aspecto, Häberle, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, cit., p. 98.
58. Cfr. Häberle, *Verfassungsinterpretation*, cit., p. 152.
59. Sobre las peculiaridades de la interpretación constitucional *wertorientiert* [orientación valorativa], cfr. en la doctrina italiana, fuera de los ensayos ahora clásicos de L. Mengoni, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, pp. 11 ss., además G. Berti, *Interpretazione costituzionale*, CEDAM, Padova, 1987, pp. 38 ss., pp. 70 ss.; Baldassarre, *Costituzione* cit., pp. 639 ss.; F. Rimoli, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, en "Giurisprudenza costituzionale", 1992, N° 5.
60. Aspecto, este último, a menudo subrayado por los estudiosos italianos de la *Integrationslehre* smendiana; cfr., por ejemplo, C. Mortati, *Dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana* (1962), Giuffrè, Milano, 1986, pp. 160 ss.; así como, más recientemente, R. Nania, *Il valore della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 53 ss.

61. En más de un aspecto son emblemáticos, en tal sentido, algunos de los ensayos recopilados en Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, cit.; así como, del mismo autor, *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Königstein/Ts. 1980. Sobre el pluralismo como *Aufhebung* [superación] del liberalismo y del socialismo, cfr., desde una perspectiva de teoría política, R. Eisfeld, *Il pluralismo fra liberalismo e socialismo*, Il Mulino, Bologna, 1976. Sobre el problema de la superación de las raíces individualistas-posesivas de las libertades (en el sentido indicado por G. B. MacPherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, 1962, traducción italiana al cuidado de A. Negri, ISEDI, Milano, 1973; *La vita e i tempi della democrazia liberale*, Il Saggiatore, Milano, 1980, pp. 7 ss.) en el tránsito del constitucionalismo liberal a la democracia pluralista, cfr. A. Baldassarre, *Privacy e costituzione*, Bulzoni, Roma, 1974.
62. Cfr., además del capítulo 3 de este volumen, el ensayo sobre los *Grundrechte im Leistungsstaat*, en *VVSTRL*, 30, W. De Gruyter, Berlin, 1972, pp. 43 ss.
63. Cfr. *Demokratische Verfassungstheorie* cit., pp. 17 ss.
64. Cfr. H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), en *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 35 ss.
65. Así, N. Luhmann, *Sulla funzione dei "diritti soggettivi"*, en *La differenziazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1990, pp. 299 ss., así como, para los pasajes entre comillas, pp. 310 ss.; y *amplius*, id., *Grundrechte* cit., pp. 53 ss., pp. 201 ss.
66. «*In der gesellschaftlichen Wirklichkeit muß die menschliche Freiheit immer organisiert werden*» [en la auténtica socialización debe estar siempre organizada la libertad humana]: así, H. Heller, *Staatslehre* (1934), Mohr, Tübingen 1983, p. 309 (quien, en realidad, consideraba sólo una abstracción la oposición entre *Plan* y *Freiheit* [Plan y libertad]).
67. De acuerdo a la distinción de Hesse, *Grundzüge* cit., p. 4.
68. Así, A. Febbrajo, introducción a N. Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1978, pp. 8 ss. Cfr. de lo demás el juicio radicalmente negativo de Luhmann, *Grundrechte* cit., pp. 44 ss., sobre la influencia del pensamiento de R. Smend en la dogmática de los derechos fundamentales.
69. De acuerdo a una orientación metodológica que ha ejercido fuerte influencia sobre Häberle, cfr. J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, a.M. 1970, p.119.

70. Con tal motivo, remitirse a la reflexión de P. Häberle sobre el significado de integración de las cláusulas constitucionales en materia de educación y de los derechos fundamentales culturales, respecto a la cual, entre los escritos más recientes, cfr. *Rechtsvergleichung* cit., pp. 139 ss.; *Das Problem des Kulturstaates im Prozeß der deutschen Einigung*, en JÖR, 1991-1992, pp. 291 ss. Para las relaciones entre "Lebenschancen" [opciones de vida] y "vínculos", es imprescindible remitirse a R. Dahrendorf, *La libertà che cambia*, Laterza, Bari, 1979; *Il conflitto sociale nella modernità*, Laterza, Bari, 1989.
71. Así, L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989, pp. 891 ss.
72. Cfr. D. Zolo, *Il principato democratico*, Feltrinelli, Milano, 1992, pp. 210 ss. (donde además una crítica de la idea popperiana de "sociedad abierta" se resuelve simultáneamente en la «desestructuración de la esfera pública» y en la «privatización-dispersión de los sujetos políticos»).
73. Es, me parece, el *leit motiv* de la recensión de E. Denninger en Häberle (hrsg.), *Rezensierte* cit., p. 177, que concluye, no por casualidad, con el llamado a la hölderliana libertad del hombre «aufzubrechen wo er will» [irrumper donde él desea]. Para un cuadro de síntesis de la discusión sobre la teoría jellinekiana de los *status*, cfr. Hesse, *Grundzüge* cit., pp. 113 ss.
74. De acuerdo a la expresión del mismo Häberle (hrsg.), *Rezensierte* cit., p. 175.
75. Cfr. las sugestivas páginas de H. Arendt, *Che cos'è la libertà* (1961), en *Tra passato e futuro*, Garzanti, Milano, 1991, pp. 193 ss., y particularmente p. 197. Para un cuadro de esta problemática, cfr. el gran aporte de K. Löwith, *Da Hegel a Nietzsche* (1941), Einaudi, Torino, 1982; y, sintetizadamente, C. Vasoli, introducción a A. Schopenhauer, *La libertà del volere umano*, Laterza, Bari, 1988, pp. 7 ss.; H. Günther, *Il concetto filosofico della libertà*, en W. Conze et al., *Libertà*, Marsilio, Padova, 1991, pp. 47 ss.
76. Así, B. Romano, *Soggetto, libertà e diritto nel pensiero contemporaneo. Da Nietzsche a Lacan*, Bulzoni, Roma, 1983, pp. 13 ss., y particularmente p. 31.
77. Cfr. *ibid.*, p. 36.
78. Sobre las raíces filosóficas de la CG, cfr. A. Villani, *Diritto e morale*, Morano, Napoli, 1964, *passim* y pp. 65 ss.; C. Amirante, *Diritti fondamentali*

- e sistema costituzionale nella RFT*, Lerici, Roma, 1980; Romano, *Soggetto, libertà* cit., pp. 42 ss. Sobre el principio de la *Menschenwürde*, cfr. Starck, *sub Art. 1 Abs. 3*, cit., pp. 25 ss.; Häberle, *Die Menschenwürde* cit., pp. 815 ss.
79. Así, todavía, Arendt, *Che cos'è la libertà*, cit., p. 199.
80. Cfr. R. Smend, *Bürger und bourgeois im deutschen Staatsrecht* (1933), en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., pp. 309 ss., y particularmente pp. 318 ss. Subraya el significado histórico-político de este aspecto del pensamiento de R. Smend, Denninger, *Staatsrecht*, cit., II, p. 185.
81. Cfr. M. Molteni, *Ordine e libertà. Per una tipologia del concetto di libertà nella filosofia politica tedesca del secondo dopoguerra*, en "Filosofia politica", 1992, pp. 41 ss. Y además, para aspectos candentes de este debate cultural, cfr. M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Westdeutscher Verl., Opladen, 1980, pp. 331 ss.; D. Sternberger, *Immagini enigmatiche dell'uomo*, Il Mulino, Bologna, 1991, pp. 129 ss.
82. Así, en síntesis, Molteni, *Ordine e libertà* cit., p. 54.
83. Cfr. el ya mencionado ensayo *Öffentlichkeit* cit., pp. 228 ss.
84. Es la temática que el autor ha desarrollado, sobre todo en los últimos diez años: cfr. P. Häberle, *Der kooperative Verfassungsstaat* (1978), en *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, cit., pp. 407 ss.; *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1982; *Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodell*, en *JZ*, 1992, 21, pp. 1033 ss.; *Rechtsvergleichung* cit., *passim*.
85. Cfr. por último, por ejemplo, sobre el rol de la ciencia constitucional en la construcción de un *gemeineuropäisches Verfassungsrecht* [Derecho constitucional comunitario europeo], Häberle, *Rechtsvergleichung* cit., pp. 71 ss.
86. Sobre estos perfiles, cfr., en la literatura italiana, G. Amato, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale*, en "Politica del diritto", 1990, pp. 47 ss.; S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Bari, 1992, *passim* y pp. 210 ss.
87. Cfr. *Rechtsvergleichung* cit., pp. 717 ss.
88. Así, H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica* (1979), traducción italiana al cuidado de P. P. Portinaro, Einaudi, Torino, 1990, pp. 286 ss.

ABREVIATURAS

Abtlg.	Abteilung (sección)
ACP	"Archiv für civilistische Praxis"
Adrdvb	Aufruf des Rates der Volksbeauftragten vom 12.11.1918
AGBGB	Ausführungsgesetz zum BGB: Bayern, 9.6.1899
ALR	<i>Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten</i>
Anm.	Anmerkung (anotación)
AÖR	"Archiv des öffentlichen Rechts"
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
Arch. de phil.	"Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique"
du droit et de soc. jurid.	
ARSP	"Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie"
AS	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg, Amtliche Sammlungen
B	Beschluß (decisión)
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bayvbl	Bayerisches Verwaltungsblatt
Bayrverf	Bayerische Verfassung (del 2 de diciembre de 1946)
BayrverfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayrverfGH	Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, en:
NF	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, des Bayerischen Dienststrafhofs und des Bayerischen Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte, Neue Folge
BayrVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BG	Schweizer Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	"Bundesgesetzblatt"
BGH	Bundesgerichtshof

BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bjagdg	Bundesjagdgesetz
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BverfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DA	<i>Droit Administratif</i>
DC	<i>Droit Constitutionnel</i>
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	"Deutsche Juristenzeitung"
DÖV	"Die öffentliche Verwaltung"
DRZ	"Deutsche Rechtszeitung"
DUR	"Demokratie und Recht"
DVBl	"Deutsches Verwaltungsblatt"
E	Entscheidung(en) (decisión(es))
EG	Europäische Gemeinschaft(en) (Comunidad Europea)
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (Corte Europea de Derechos Humanos)
EheG	Ehegesetz
Einl.	Einleitung (introducción)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (Convención Europea de Derechos Humanos)
Entwurf AGB zum ALR	Allgemeines Gesetzbuch, Entwurf zum ALR, 1784
ESC	Europäische Sozialcharta (Carta Social Europea)
ESVGH	"Entscheidungssammlungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg mit Entscheidungen der Staatsgerichtshöfe beider Länder"
EUGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Corte de Justicia de la CEE)
EUGRZ	"Europäische Grundrechte Zeitschrift"
EUR	Europarecht
EVA	Entwurf des Verfassungsausschusses für die Bayerische Verfassung von 1946
FamRZ	"Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht", Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FS	Festschrift
Ges.	Gesetz (ley)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggwb	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

GR	<i>Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte</i> , F. Neumann, H.C. Nipperdey, U. Scheuner (hrsg.), vol. II, 1954; vol. III, 1 ^{er} tomo, 1958; vol. IV, 1 ^{er} tomo, 1960, K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner (hrsg.)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HCHE	Entwurf einer Verfassung des Verfassungskonvents in Herrenchiemsee, 1948
HdBdSTR	<i>Handbuch des Deutschen Staatsrecht</i> , G. Anschütz, R. Thoma (hrsg.), 1 ^{er} vol. 1930; 2 ^o vol. 1932
HdBstkirchr	<i>Handbuch des Staatskirchenrechts</i>
HDSW	<i>Handwörterbuch der Sozialwissenschaften</i>
HDWW	<i>Handbuch der Wirtschaftswissenschaften</i>
HESSTGH	Hessischer Staatsgerichtshof
HV	Hessische Verfassung (vom 1.12.1946)
HWRW	<i>Handwörterbuch der Rechtswissenschaft</i> , F. Stier-Somlo, A. Elster (hrsg.)
J	Jurisprudence
JCP	Jurisclesseur Périodique (La Semaine Juridique)
JÖR	"Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart"
JR	"Juristische Rundschau"
JUS	"Juristische Schulung"
JW	"Juristische Wochenschrift"
JZ	"Juristenzeitung"
KO	Konkursordnung
Kölner z.f.soz.	"Kölner Zeitschrift für Soziologie"
KV	Kantonverfassung
LG	Landgericht
LM	"Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs", Lindenmaier, Möhring <i>et al.</i> (hrsg.)
LS	Leitsatz (principio)
LV	Landesverfassung
MS	Maschinenschrift (mecnografiado)
Nds.stGH	Niedersächsischer Staatsgerichtshof
NF	Neue Folge
Nipp.	<i>Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung</i> , H.C. Nipperdey (hrsg.), vol. I, 1929; vol. II, 1930; vol. III, 1930
NJW	"Neue Juristische Wochenschrift"
NPL	"Neue Politische Literatur"
NVWZ	"Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht"
OLG	Oberlandesgericht

OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE (= AS)	"Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länd Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg"
pharm.ztg.	"Pharmazeutische Zeitung"
PVG	Polizeiverwaltungsgesetz
Rd. Nr.	Randnummer
RDP	"Revue de Droit Publique et de la Science Politique"
Rev. de Met et de Mor.	"Revue de Metaphysique et de Morale"
Rev. gén. du droit	"Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence"
Rev. phil.	"Revue philosophique"
RG	Reichsgericht
RGA	Rechtsgutachten
RGBL	"Reichsgesetzblatt"
RGG	<i>Die Religion in Geschichte und Gegenwart, Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft</i>
RGSt	"Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen"
Rspr.	Rechtsprechung (jurisprudencia)
RTDC	"Revue trimestrielle de droit civil"
RVG	Reichsvereinsgesetz
RVO	Reichsversicherungsordnung
Schmollers Jahrb.	"Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft"
Schweiz. BG	Schweizerisches Bundesgericht
Schweiz. BV	Schweizerische Bundesverfassung
SJZ	"Schweizerische Juristenzeitung"
Sp.	Spalte (columna)
StGB	Strafgesetzbuch
StGG	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger von 1867 (Österreich)
StGH	Staatsgerichtshof
StPO	Strafprozeßordnung
SV	Sondervotum
U	Urteil (sentencia)
UN	United Nations
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VE	Verfassungsentwurf

Verf.	Verfassung(en) (Constitución(es))
versg	Versammlungsgesetz
verwarch	“Verwaltungsarchiv”
verwrspr	“Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland”
vfgH	Österreichischer Verfassungsgerichtshof
Vorbem.	Vorbemerkung
VVSTRL, VVDSTRL	“Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”
WBSTVERR	<i>Wörterbuch des deutschen Staats und Verwaltungsrechts</i> , Stengel, Fleischmann (hrsg.)
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919
WUW	Wirtschaft und Wettbewerb
Z	Zeitschrift (revista)
ZBR	“Zeitschrift für Beamtenrecht”
ZEE	“Zeitschrift für Evangelische Ethik”
zeVKR	“Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht”
zfp	“Zeitschrift für Politik”
z.f.schweizr (= ZSR)	“Zeitschrift für schweizerisches Kirchenrecht”
zgesstw	“Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft”
ZHR	“Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht”
zöffr	“Zeitschrift für öffentliches Recht”
ZSR	“Zeitschrift für Schweizerisches Recht”
zstrw	“Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”

Capítulo 1

NATURALEZA Y FUNCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL COMPLEJO CUADRO DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

La respuesta a la pregunta relativa al contenido esencial de los derechos fundamentales requiere la determinación del significado de estos en el complejo cuadro de la Constitución; exige la ubicación de los derechos fundamentales y la definición de su función en este conjunto; requiere del mismo modo la determinación de las relaciones que sobrevienen entre ellos y los otros objetos de tutela constitucional.

1.1. EL SIGNIFICADO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y SU RELEVANCIA CONSTITUTIVA PARA LA TOTALIDAD DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE LOS VALORES

1.1.1 Los derechos fundamentales como sistema objetivo y unitario de relevancia constitutiva para el conjunto de la Constitución

En el orden constitucional de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*, abrev.: GG), los derechos fundamentales tienen un doble valor: de un lado, representan los "valores supremos", y de otro, permiten al hombre encontrar valores y actualizarlos ¹, garantizándole el *status* de libertad. Los derechos fundamentales son la expresión de un

ordenamiento libre ya realizado, y al mismo tiempo son el presupuesto para que este ordenamiento se reconstituya continuamente a través del ejercicio individual de las libertades por parte de todos. Estos derechos resultan ser elementos constitutivos ² del cuadro constitucional y del ordenamiento inspirado en los principios de libertad de la *Grundgesetz*. Confirman, por tanto, la imagen de un Estado que los garantiza como «*milieu de vie*», según la concepción de Hauriou ³.

La unidad que resulta creada entre los diversos bienes regulados en la Constitución y las relaciones de complementariedad que subsisten entre ellos ⁴, justifican el imperativo de una interpretación “sistemática” de la Constitución. Los límites y el contenido de los derechos fundamentales deben ser determinados mediante una “visión de conjunto” que tenga en cuenta el significado que tienen estos derechos como elementos constitutivos de un sistema unitario. Ninguna norma constitucional puede ser interpretada en sí misma. Se insiste aquí en la exigencia, subrayada por Kaufmann, de proceder a una «interpretación de un conjunto como sistema unitario vital a través de una visión de conjunto de las normas particulares». («*Deutung eines Ganzen als lebendiger Einheit durch Zusammenschau aller Einzelsätze*») ⁵.

Esta “interpretación unitaria” es una práctica muy difundida; sobre todo en el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), que ha definido la imagen del hombre en base a la *Grundgesetz* ⁶.

En una visión de conjunto, que liga entre ellas a las disposiciones constitucionales de los artículos 1º, 2º, 12º, 14º, 15º, 19º y 20º GG, se hace evidente la unión y el vínculo con la comunidad por parte del individuo (*Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit*) [integración comunitaria y vinculación comunitaria] ⁷. La parte organizativa de la *Grundgesetz* debe ser incluida en esta interpretación sistemática, porque los derechos fundamentales están insertos en el sistema de correlaciones del cuadro integral de la Constitución.

Ello significa para los derechos fundamentales que enunciados relevantes sobre su contenido y sobre sus límites se encuentran también en las disposiciones sobre la competencia del legislador cuando la *Grundgesetz*, en el artículo 74º, número 1 habla de "Derecho penal", de "Derecho civil" y otros tantos, no se trata de conceptos formales de significado exclusivamente técnico. Conceptos como el Derecho Penal y el Derecho Civil tienen, ante todo, un bien determinado contenido material fijado por la tradición. Cuando la Constitución atribuye a la legislación una correspondiente esfera de competencia, entonces ello significa que aquélla ha reconocido estas áreas del ordenamiento jurídico junto a los derechos fundamentales, como por ejemplo, el derecho al libre y pleno desarrollo de la persona humana y la libertad de reunión. En esta perspectiva, en cuanto atañe a los límites inherentes ⁸ al Derecho civil y penal elaborados por el Tribunal Constitucional Bávaro (*Bayerischer Verfassungsgerichtshof*, abrev.: BayrVerfGH) trátase de "límites" escritos ⁹. De este modo, en particular puede también hallar legitimación el principio conforme al cual el "bien jurídico" de la administración de justicia limita la libertad de elegir profesión. Por eso las disposiciones sobre competencia poseen a veces un significado material-jurídico para los derechos fundamentales ¹⁰. Además, en lo que se refiere a los límites puestos por las "relaciones especiales de supremacía", no se trata de límites no escritos de los derechos de libertad ¹¹, dado que en la parte organizativa de la Constitución se encuentran referencias a la existencia de tales relaciones.

El sistema objetivo de los valores de la Constitución, así como se configura en su carácter peculiar, es la "material universalidad" que Smend enfatiza con la interpretación del término "universal" ¹². Todavía no se trata de la material universalidad del iluminismo ¹³, sino de aquella de una comunidad concreta y de los hombres que viven en ella, quienes en la Ley Fundamental han fijado sus propios parámetros de valor y determinado la posición y el rango de los bienes jurídicos. La universalidad material es la quintaesencia, la totalidad de los valores legitimados constitucionalmente.

Los valores jurídicos particulares de la *Grundgesetz* no están contrapuestos ni aislados. Se reenvían, por el contrario el uno al otro, y se hallan insertos en un contexto inmanente. Hablando metafóricamente: en cada parte se refleja el todo, del cual forma el elemento constitutivo e integrante, se refleja la totalidad del sistema de los valores constitucionales. En relación con el todo se determina lo particular y viceversa. Quedando firme que el rango y el peso de cada uno de los bienes constitucionales son diferentes entre sí, no se puede alcanzar una suerte de "señorío de valores" ¹⁴, en el sentido de que cada uno de los valores jurídicos no se afirma uno a costa de otro ni se excluyen entre sí. Un señorío semejante está excluido de la unidad del sistema de los valores, de la relación de recíproco condicionamiento en que se encuentra cada uno de los bienes jurídicos y finalmente del carácter constitucional! de este sistema de valores, al que le es propio el efecto de coordinación y de unificación ¹⁵. Cuando se procede a una ponderación de los bienes jurídicos se confirma cada valor, como también el todo, obteniendo un equilibrio entre los bienes jurídicos concurrentes.

Si se debe caracterizar la Constitución como un sistema de valores (*Wertsystem*) y la *Grundgesetz* como un ordenamiento ligado a valores ¹⁶, entonces estos no deben ser interpretados como un firmamento abstracto. Los valores no vienen impuestos a la Constitución y al ordenamiento jurídico desde el exterior o bien desde las alturas. No tienen la pretensión de ser válidos de cualquier modo que sea, *a priori*, sin referencias al espacio y al tiempo en que se manifiestan. Ello sería contrario al sentido de la Constitución, que representa un ordenamiento complejo de la vida del presente y que debe hacer referencia a las "características peculiares" de este presente ¹⁷ y coordinar además las fuerzas vitales de una época en el ámbito de un sistema unitario. Imponer, desde lo alto, un sistema de valores equivaldría a negar el valor intrínseco y la autonomía del Derecho.

Al entendimiento del ordenamiento constitucional de valores como firmamento abstracto de valores, se pueden oponer esencial-

mente las mismas objeciones que se dirigen contra un Iusnaturalismo postulado, a menudo, de manera excesivamente acrítica. En el caso de los valores constitucionales se trata de valores que han sido concretizados y hechos positivos por la Constitución y para los cuales se exige *hic et nunc* una continua renovación ¹⁸.

En la parte relativa a los derechos fundamentales, la Constitución tutela determinados bienes de la vida de los individuos y de la colectividad. Los derechos fundamentales tienen el rango de bienes jurídicos constitucionales ¹⁹. La calidad de bienes jurídicos de los derechos fundamentales ha sido confirmada por interpretaciones de la Constitución más ²⁰ o menos ²¹ recientes. Ella viene considerada como un obvio presupuesto, ya de aquellos autores y de aquella jurisprudencia que convierten los derechos fundamentales en objeto de una ponderación entre bienes jurídicos en relación a la interpretación del artículo 19º, inciso 2), GG, ya independientemente de la garantía del contenido esencial.

Pero los bienes jurídicos tutelados por la *Grundgesetz* no son mencionados de manera exhaustiva por el texto de la Constitución misma. La salud pública, por ejemplo, es un tipo de bien jurídico a menudo reconocido por la jurisprudencia y por la doctrina, incluso con referencia a la limitación de los derechos fundamentales ²²; en la Constitución, ciertamente, la salud pública halla en cada caso expresión en la garantía del Estado social. En otros términos: existen bienes jurídicos que son considerados como presupuestos de la *Grundgesetz*, "inmanentes", aun cuando no sean escritos, y no es raro que la literatura reconozca justamente límites no escritos a los derechos fundamentales ²³. Esto no sorprende del todo. El Derecho constitucional en vigor en un determinado período histórico no halla una expresión plena en el texto escrito de la Constitución ²⁴. Piénsese, por ejemplo, en el rol creativo del juez constitucional, quien debe colmar determinadas lagunas. Sería demasiado pedir al legislador constituyente fijar por escrito de manera exhaustiva el estado del Derecho en el texto de la Constitución. También por este motivo las normas constitucionales tienen a menudo carácter suma-

rio ²⁵. No escrito, empero, no quiere decir "inmanente", y por lo general esta diferencia no es relevada en el contexto de la discusión sobre la teoría de los límites inmanentes a los derechos fundamentales. Los límites inmanentes de los derechos fundamentales no pierden su carácter de inmanencia sólo porque están expresamente positivizados por la Constitución. La cuestión de la inmanencia se halla en otro plano respecto al problema del Derecho constitucional escrito, o bien no escrito.

1.1.2. La función social de los derechos fundamentales

Existe en doctrina un concepto que distingue la importancia específica que tienen los derechos fundamentales para la comunidad: el concepto de función social.

La función social es un elemento esencial del Derecho y sobre todo de los derechos fundamentales. Justamente, en cuanto cumplen una función social, los derechos fundamentales resultan ser elementos constitutivos de la Constitución. Acogiendo el pensamiento de Hauriou ²⁶, se puede considerar la función social como uno de los tres elementos cuya síntesis constituye la esencia del Derecho. La "trilogía" de Hauriou es la siguiente ²⁷: "el interés, el poder y la función" (social), una trilogía de la cual emerge claramente la gran sensibilidad de Hauriou por los equilibrios presentes en el campo del Derecho, una sensibilidad que se encuentra en todo el pensamiento jurídico de este "Bergson de la jurisprudencia" ²⁸.

Cuando se habla aquí de función social de los derechos fundamentales, ello significa al mismo tiempo el abandono de una visión unilateral de la libertad como derecho individual, y sobre todo de una concepción de tipo liberal e individualista de los derechos fundamentales. También para los derechos fundamentales vale la intuición de Hauriou ²⁹, para el cual no existe derecho a cuya base, merced al interés satisfecho por éste, no se halle una función social.

Las interpretaciones más recientes de los derechos fundamentales no han llegado al concepto de función social partiendo de una

noción jurídica abstracta, sino en relación al artículo 19º, inciso 2), GG³⁰. No es, por el contrario, necesario hacer referencia a la garantía del contenido esencial para prohibir al legislador poner en discusión la función social de los derechos fundamentales. Antes bien, el postulado de la función social de los derechos fundamentales emerge del concepto de Derecho y del concepto de derecho fundamental como tales.

Ha sido repetidamente relevada la función social de algunos derechos fundamentales, a veces también sin hacer referencia al artículo 19º, inciso 2) GG. Esto vale, sobre todo, con referencia a la propiedad³¹; e, incluso, con referencia al matrimonio, al cual se ha atribuído un "valor de función social"³² y a la libertad de prensa³³. Fué Gierke quien introdujo en la doctrina la idea de que los derechos (subjetivos) privados pueden, al mismo tiempo, ser medios para cumplir funciones sociales³⁴. Para determinar, pues, el contenido y los límites de un derecho fundamental, es necesario reflexionar sobre su función social³⁵.

Corresponde a la dialéctica del concepto de función social el hecho de que la literatura haya alcanzado esta noción en otro contexto, o bien allí donde un derecho no satisface del todo su propia función social, como en el caso del abuso del Derecho. Al comienzo, el abuso era definido en términos exclusivamente negativos, mientras que después por sí misma se ha abierto camino, en el ámbito de la doctrina civilista francesa, la opinión de Josserand según la cual el abuso del Derecho equivale a un "uso antifuncional del Derecho"³⁶. Esta convicción ha influenciado también a la doctrina alemana del abuso del Derecho. Inclínándose igualmente al pensamiento de Gierke, se ha arribado a la idea de que el contenido del Derecho resulta determinado por su función jurídico-ética y social³⁷. Ello comporta que el ejercicio abusivo de un derecho, siendo antifuncional, ya no resulta cubierto³⁸ por el contenido del derecho mismo.

El concepto de función social permite entonces dar una solución a dos problemas distintos: de un lado, permite determinar los límites (inmanentes) de los derechos subjetivos³⁹, y del otro, obliga al

legislador a respetar en sustancia los principios establecidos por los derechos fundamentales. El legislador no puede amenazar el funcionamiento universal (*allseitiges Funktionieren*) de los derechos fundamentales en la vida social ⁴⁰. Tanto al legislador como al individuo se les colocan límites en sus respectivos campos de acción mediante el concepto de función social de los derechos y de las libertades. Obviamente, esto no es casual. El legislador y el individuo son los dos clásicos enemigos potenciales y reales del derecho y de la libertad.

La función social de los derechos varía de acuerdo a la esfera de aplicación de estos ⁴¹. Para los derechos fundamentales rige el principio por el cual el interés individual y la función social tienen un rango equivalente. Son sin embargo, necesarias algunas diferenciaciones.

La función social del derecho de petición –que consiste en favorecer el diálogo entre el público y la autoridad por este medio de integración de carácter constitucional– ⁴² es menor respecto a la que corresponde a la libertad de opinión, que, para el proceso de formación de la voluntad del pueblo en democracia, es “constitutiva por antonomasia” ⁴³, y que en el interés de la comunidad estatal debe ser constantemente actualizada. La función social de la libertad de conciencia es de diverso tipo de la que atañe a la libertad de elección de profesión. El “valor-función social” del matrimonio es fundamentalmente diverso de la función social de la libertad contractual ⁴⁴, y esto depende del hecho de que el contrato y el matrimonio, siendo ambas instituciones sociales, según la distinción de Tönnies, pertenecen el uno a la esfera de las relaciones de tipo societario, y el otro al ámbito de las relaciones de tipo comunitario ⁴⁵.

Sin embargo reconociendo la función social de los derechos fundamentales, hay que ponerse inmediatamente en guardia contra los límites de dicha perspectiva. No es casual que Duguit y su escuela de pensamiento, que habían colocado la idea de la función social del Derecho en el centro de su teoría jurídica, sean contrarias,

de otra parte a la teoría de los derechos subjetivos⁴⁶. Los derechos fundamentales son, sin embargo, esencialmente derechos subjetivos públicos. Una concepción "funcional" de los derechos fundamentales no puede desarrollarse en menoscabo de su significado de tutela del individuo. Los derechos fundamentales no están garantizados sólo para alcanzar un «resultado global»⁴⁷ (*Gesamterfolg*), sino que también están garantizados en determinados sectores de la vida para permitir el pleno desarrollo de la personalidad individual. Muy fácilmente una acentuación unilateral de la función social de los derechos fundamentales podría degradar al individuo al rol de "funcionario" o "destinatario", o bien reducir el ejercicio individual de los derechos fundamentales a un hacer organicista.

El concepto de función social, sí hace por otra parte, que los derechos fundamentales lleguen a colocarse en un sistema de correlaciones, el que no sería posible con una interpretación exclusivamente centrada sobre el perfil del derecho individual. Son correlativos al conjunto de la sociedad y se hallan insertos en contextos supraindividuales. Se manifiestan como normas que hacen referencia a su "substrato social" (Kaufmann). Adquieren, además, una dimensión que los sustrae a una comprensión exclusivamente limitada al perfil de derecho individual⁴⁸. Justamente, en cuanto encierran una función social, ellos constituyen un "elemento" esencial del ordenamiento social en su conjunto⁴⁹. A causa de su función social, los derechos fundamentales se afirman como elementos constitutivos del sistema constitucional de valores. El reconocimiento de semejante función social presupone obviamente que se tenga bien presente la vinculación que subsiste entre el concepto de la libertad y el concepto de función social. La libertad y la función social no deben ser contrapuestas entre sí como alternativa una de la otra. La libertad constitucional debe poseer un carácter "social", en cuanto debe ser constante y cotidianamente actualizada en la vida social. De otro modo, quedaría solamente una libertad formal⁵⁰. Todo ejercicio de un derecho fundamental es, en sentido específico, una actividad social.

1.1.3. Las relaciones de recíproco condicionamiento entre cada uno de los singulares bienes jurídicos constitucionales

Entre cada uno de los bienes [de carácter] constitucionales subsisten relaciones de recíproco condicionamiento. Que los derechos fundamentales sean bienes jurídicos necesarios para "la existencia de la comunidad" tutelada por la *Grundgesetz* ⁵¹, resulta de la reflexión sobre la interacción que hay entre el individuo y la comunidad. Viceversa, los derechos fundamentales están condicionados por la existencia de la comunidad ⁵². Puesto que una cantidad enorme de bienes jurídicos condiciona la existencia de la comunidad, estos bienes jurídicos son a su vez una condición para los derechos fundamentales. Pero se puede demostrar, por otro lado, que los mismos y también otros derechos fundamentales del individuo se hallan en una relación de recíproco condicionamiento con los derechos fundamentales de sus conciudadanos. Cuando se le impide a un ciudadano el ejercicio de un derecho fundamental, la comunidad entera resulta afectada. Relaciones de condicionamiento subsisten, por otra parte, entre los diversos derechos fundamentales de cada titular de estos derechos, entre los derechos fundamentales y el Derecho penal, entre los derechos fundamentales y el Estado social (y este último es, por lo demás, una consecuencia del concepto de derecho fundamental), así como entre los derechos fundamentales y otros bienes constitucionales, como por ejemplo, las relaciones de supremacía especial ⁵³, o bien la administración de justicia por parte del Estado ⁵⁴. Todos estos bienes jurídicos son el presupuesto de la «coordinación en función unificante» (*«einheitsbildende Zusammenordnung»*, Hesse) que la Constitución se propone alcanzar.

Es fácilmente demostrable que los diversos derechos fundamentales, incluso en relación a cada uno de los titulares, se condicionan recíprocamente. Al objeto del pleno desarrollo de la personalidad, debe ofrecerse al individuo la oportunidad de hacerse de una propiedad. La acumulación de propiedad contribuye a incrementar la seguridad, la que a su vez reforzará su sentido de

libertad. A los fines del pleno desarrollo de la persona, el individuo necesita de la libertad de elegir profesión y, para la seguridad de su existencia, debe serle garantizada la posibilidad de concluir contratos y acuerdos semejantes. En el momento en que falten la libertad de elegir profesión, la libertad contractual y el derecho a la propiedad, el individuo estará amenazado en su ser espiritual. La libertad de conciencia constituye el fundamento de los otros derechos fundamentales, incluso si en la vida cotidiana no emerge de manera constante y actual. La familia y el matrimonio necesitan también de muchos otros derechos fundamentales. Bastaría recordar en particular la propiedad y el derecho sucesorio como garantías de la base material de ambas. Familia y matrimonio son, por otra parte, instrumentos de realización y de protección de la personalidad, a la cual dan una dirección y un sostén, más allá de la "seguridad". La libertad de opinión forma parte del pleno desarrollo de la persona humana y da vitalidad al espacio moralmente necesario (Smend) del individuo. La formación de una opinión presupone de un lado una libertad interna (libertad de conciencia), y del otro, una libertad externa. La libertad contractual es un requisito indispensable en los campos más diversos de la existencia humana y para una serie de otros derechos fundamentales: para la libertad de elección de la profesión y para el derecho a la propiedad, pero también para un derecho general de la personalidad. Hasta según los casos se deberá correlacionar la libertad contractual a los respectivos derechos fundamentales, en parte al Art. 14^o 55, en parte al Art. 2^o 56, en parte al Art. 12^o GG 57, y en parte a otras disposiciones relativas a los derechos fundamentales 58. El derecho de formar asociaciones religiosas presupone de parte suya la libertad de conciencia y viceversa. Existe una relación inmanente también entre las libertades de opinión, de reunión y de asociación. El sentido sustancial de la libertad de reunión es propiamente el de permitir la formación de opiniones y sus manifestaciones en comunidad con otros. Lo mismo vale para la libertad de asociación. Una libertad de opinión que no fuese integrada por la garantía de la libertad de reunión resultaría vaciada de su núcleo sustancial. Las relaciones apenas descritas

pueden ser definidas como "funcionales". Similares relaciones existen también entre los derechos fundamentales de los individuos y los que corresponden a los grupos, como por ejemplo las asociaciones o los sindicatos. Sin los derechos fundamentales de los segundos, los correspondientes derechos fundamentales de los individuos perderían su propia eficacia. El derecho subjetivo de la asociación es condición para la libertad individual de asociación; aquel del sindicato es condición para el ejercicio individual de la libertad sindical. Todo lo afirmado, por último es fácilmente demostrable dando una ojeada a la realidad social actual.

La relación de complementariedad en que se hallan cada uno de los derechos fundamentales ⁵⁹ es una relación de condicionamiento no sólo con referencia al conjunto de la Constitución, sino también con referencia al individuo titular de los derechos subjetivos ⁶⁰. Todos los derechos fundamentales se encuentran en una relación más o menos estrecha entre sí. Se garantizan y se refuerzan recíprocamente ⁶¹.

Otros bienes jurídicos que forman los presupuestos de los derechos fundamentales son la salud pública, la seguridad y el orden público ⁶².

Una relación de recíproco condicionamiento subsiste sobre todo entre los derechos fundamentales y el Derecho penal; lo mismo vale para las normas sobre los ilícitos civiles. Ramas del Derecho, como por ejemplo el Derecho civil y el Derecho del trabajo, son los presupuestos y las formas de expresión de las libertades individuales. Solamente gracias a un complejo de normas de Derecho penal se hace posible el efectivo ejercicio de algunos derechos fundamentales. Si la libertad del individuo no fuese tutelada penalmente contra la amenaza derivada del ajeno abuso de la libertad, no habría más lugar para hablar del significado de la libertad "para la vida social en conjunto". Se impondría el "más fuerte". El "resultado integral" al cual tienden los derechos fundamentales vendría puesto en discusión, puesto que hasta la realización individual de las libertades

resultaría estar seriamente amenazada. No se llegaría hacia una interacción entre el individuo y la comunidad destinada a plasmarse sobre la base de valores, o bien al proceso de "hallar" las ideas (Hauriou) ⁶³. Los elementos culturales específicos, que están sobre el fondo de la disciplina constitucional, y los valores asignados al individuo para que los realice, resultarían seriamente amenazados. Sin la existencia de un Derecho penal sustantivo y procesal, la comunidad cultural (*Kulturgemeinschaft*) tutelada por la *Grundgesetz*, recaería en un estado de precivilización. Sin las normas penales que tutelan la seguridad del Estado y la Constitución, "la existencia de la comunidad" (*Bestand der Gemeinschaft*), que a su vez, tiene carácter constitutivo para los derechos fundamentales, estaría amenazada ⁶⁴. Si el derecho fundamental de la libertad de reunión no fuese tutelado por medio de la amenaza de sanciones penales, con motivo de perturbación de las reuniones por parte de terceros se podría poner en duda la existencia misma de la libertad de reunión en la vida social real. Una libertad de opinión que no estuviera protegida por leyes penales aptas para prevenir ofensas u otros abusos, perdería su carácter constitutivo. El derecho de propiedad sería ilusorio, si no fuese amparado contra el hurto, la estafa, etc. De manera similar, se podrían agregar todavía muchos otros tipos legales de delito a cada uno de los derechos fundamentales: los delitos contra la libertad de la persona podrían ser conectados a la libertad general de acción; los delitos contra la residencia, al derecho de inviolabilidad del domicilio. Las leyes penales que prohíben, imponiendo determinadas condiciones, la creación de carteles que amenazan los derechos fundamentales de la libre elección de la profesión y la libertad contractual, permiten la realización de estos derechos, como de otra parte también las leyes contra los abusos del poder económico, refuerzan y tutelan la libertad en un sector económico de la vida social real. De un análisis particularizado surge que no cabría como hipótesis ni un solo derecho fundamental que no resulte condicionado por las leyes penales. Hasta cuando el Derecho penal halla legitimación en la ley moral, esta relación de condicionamiento resulta del hecho de que sólo la libertad éticamente vinculada es

una auténtica libertad, pero el propio Derecho penal debe impedir que esta libertad degenera en un albedrío que amenace tanto al individuo como a la comunidad. Obviamente no todas las normas de Derecho penal se hallan en una relación semejante de recíproco condicionamiento con los derechos fundamentales. Son, sin duda, configurables algunas hipótesis en las que la abrogación de una norma de Derecho penal no comporta una menor tutela para la existencia del Estado y de los derechos fundamentales. La fundamental exactitud de la tesis precedentemente expuesta no resulta, sin embargo, cuestionada por estas hipótesis particulares.

Cuando se reconocen tales relaciones de condicionamiento entre las normas de Derecho penal y los derechos fundamentales, entonces debe concluirse que también la administración de la justicia penal y las instituciones a ella vinculadas, condicionan la libertad fundamental ⁶⁵. Si se reconoce que el Derecho penal realiza y tutela el ejercicio de los derechos fundamentales en sus propias finalidades intrínsecas, entonces ello va en beneficio de su legitimidad.

La relación de condicionamiento que subsiste entre los derechos fundamentales y el principio del Estado social consiste en lo siguiente: si el individuo, por motivos de carácter material, no estuviese en grado de ejercitar efectivamente su propia libertad, entonces ésta sería sólo un valor formal; quedaría en el papel. La Constitución, en cambio, quiere tutelar la libertad real. El fin de los derechos fundamentales es el de garantizar un proceso de vida inspirado en principios de libertad, al cual cada uno aporta efectivamente su propia contribución correspondiente al propio contexto social y *status*. Porque toda forma de ejercicio individual de un derecho fundamental es un elemento vital del conjunto, es el vehículo de las "fuerzas creativas de ideas" ⁶⁶. Al Derecho constitucional debe corresponder una realidad constitucional, en la que los titulares de los derechos fundamentales no deben hallarse excluidos de la participación a la vida comunitaria por motivos de carácter material. Resultaría dañada no sólo la esencia de los derechos fundamentales como libertad, sino también la esencia de los derechos fundamentales como

derechos, si ellos no fueran actualizados por medio del efectivo ejercicio de parte de todos.

El "resultado integral" (Fleiner) perseguido por la Constitución por medio de la garantía de los derechos fundamentales estaría puesto en discusión cada vez que una parte de los titulares formales de los derechos fundamentales no pudiese ejercitar más en concreto sus propias libertades, porque estaría restando a estos las bases económicas para una existencia digna. En tal caso los derechos fundamentales perderían eficacia. Resultaría impedida la explicación de su función social. Perderían su sentido "como conformadores" de la colectividad (*gemeinschaftswirkende Bedeutung*), porque una comunidad se forma solamente entre hombres libres⁶⁷. Los hombres que por el contrario, padecen restricciones económicas devienen presa fácil de quienes son más fuertes económicamente y por este motivo resultan menos aptos para tomar decisiones autónomas. Vendrían excluidos del proceso de concretización y de ampliación de valores a los que mira la Constitución, y del proceso de desarrollo de nuevos "embriones de valores" (*Wertkeime*)⁶⁸. Puesto que en lo relativo al libre operar del individuo subsiste un interés sustancial de la colectividad, resultarían afectados no sólo aquel que de hecho ha devenido un sujeto no libre, sino también la comunidad misma. El ordenamiento integral inspirado en los principios de libertad sería seriamente amenazado. Los ciudadanos del Estado, que contribuyen a la realización del todo, acabarían como súbditos. La Constitución ya no podría cumplir su fin propio de coordinar a los hombres al interior de una comunidad política⁶⁹. La importancia de los derechos fundamentales como fundamento funcional de la democracia sería puesta en discusión. Todo ello presupone obviamente que se dé una ojeada a las "condiciones de vida reales" (*tatsächliche Lebensverhältnisse*), integrando éstas en la consideración jurídica, y que se confirme allí el valor efectivo (*tatsächliches Gelten*) de los derechos fundamentales. La esencia misma de la Constitución estaría comprometida, su «coordinación en función unificante» (Hesse) estaría seriamente amenazada, si los sujetos más fuertes

económicamente estuviesen contrapuestos a los sujetos no libres de hecho a causa de restricciones materiales. El reconocimiento de la garantía del Estado social resulta ser entonces una exigencia encajada en el concepto de libertad. La garantía del Estado social hace efectivos los derechos de libertad. El Estado que se organiza sobre el terreno social sirve a la libertad. El fin esencial del Art. 20º GG es el de garantizar a los individuos un mínimo de bienes materiales, sin los cuales no podrían realizar en la práctica su libertad⁷⁰. En este sentido se manifiesta, en la garantía del Estado social, la misma idea que ha llevado a la Constitución a garantizar la libertad sindical⁷¹.

El concepto de Estado social y la garantía de las libertades están, entonces íntimamente unidos, no se hallan en antinomia entre sí⁷². Es útil subrayar este aspecto, sobre todo especialmente con referencia al hecho de que, a veces, la garantía del Estado social es vista sólo desde el ángulo de la tendencia a la nivelación⁷³; un punto de vista que no puede ser acogido por las razones expuestas. La relación de condicionamiento antes descrita impide, por otro lado, trasladar el principio del Estado social fuera del ámbito de la Constitución y correlacionarlo a la función administrativa, según el pensamiento de Forsthoff⁷⁴.

Si se reconoce una relación de condicionamiento entre los derechos fundamentales y el Estado social, en tal caso acarrea eso un incremento de la legitimidad del Art. 20º GG, en cuanto esta disposición puede ser motivada, justamente, partiendo de la idea de libertad.

Obviamente no es posible legitimar en este modo, o bien partiendo del concepto de libertad, todas las formas de concretización de la cláusula del Estado social. Pero no se puede silenciar la tesis por la cual la garantía del Estado social, en virtud de su reconocimiento *constitucional*, es una condición del proceso de unificación. La Constitución se prefija esencialmente tal proceso de coordinación. No podría ya cumplir esta tarea en la actual realidad social,

si no hubiese reconocido el principio del Estado social como un principio poseedor de un rango paritario al principio de libertad.

1.1.4. Los derechos fundamentales como “fundamento funcional” de la democracia

El desarrollo del significado constitutivo de los derechos fundamentales para la vida entera de la comunidad y el orden integral de la Constitución justifican el hecho de que ellos sean considerados, en el marco de la inspiración democrático-liberal de la *Grundgesetz*, como el “fundamento funcional” de ésta ⁷⁵, como “institutos conexos a la democracia” ⁷⁶.

Si no son tutelados los derechos fundamentales, no existe para la minoría alguna posibilidad de convertirse en mayoría. Justamente esto es una característica esencial de la democracia ⁷⁷. Con esto también resulta corroborada la opinión de Smend, según la cual los derechos fundamentales no son “restricciones” contrapuestas al Estado; más bien, forman con él una “relación unificante” (*«verbindende Beziehung»*) ⁷⁸. Los derechos fundamentales no garantizan solamente la libertad del Estado ⁷⁹, si no además la libertad en el Estado. La democracia liberal tiene necesidad de un ciudadano político. Se espera de este que haga efectivamente uso de sus derechos. Sólo quien está tutelado por los derechos fundamentales puede reclamar responsabilidad a los gobernantes ⁸⁰. El derecho de sufragio y el derecho de voto presuponen derechos fundamentales como las libertades de conciencia ⁸¹, de opinión ⁸², de reunión y de asociación ⁸³, porque de otro modo el titular de los derechos de sufragio y de voto no podría decidir libremente sobre cómo ejercitar su derecho político. Lo mismo vale para la libertad sindical y para la propiedad ⁸⁴. A través del ejercicio individual de los derechos fundamentales, se realiza un proceso de libertad que constituye un elemento esencial de la democracia. La democracia liberal tutela los derechos fundamentales en sí y para sí. Mediante el ejercicio de los derechos fundamentales se aportan a la totalidad de Estado las fuerzas creativas indispensables.

Desde este punto de vista, los derechos fundamentales incluyen un perfil de ciudadanía activa, que no les era atribuido por la doctrina de los *status* de G. Jellinek ⁸⁵, puesto que está marcado por el hecho de que los *status* particulares se encuentran aislados y rígidamente paralelos en el cuadro de una perspectiva orientada a la separación. Por medio de la garantía de los derechos fundamentales, los titulares de estos son puestos "efectivamente", "socialmente" en la condición de ciudadanos activos del Estado ⁸⁶. Puesto que los derechos fundamentales y los derechos del ciudadano se condicionan recíprocamente ⁸⁷, se debe entender la parte organizativa de la Constitución y la parte relativa a los derechos como una íntima unidad ⁸⁸. Los derechos fundamentales y los derechos relativos al *status* de ciudadano deben ser coordinados con el propósito de formar la unidad de un *status* integral.

Cuando Smend distingue los derechos fundamentales como «ejercicio del derecho personal y político» (*persönliches politisches Berufsrecht*) del ciudadano alemán, se expresa con esto claramente que el ejercicio de los derechos fundamentales es un "Beruf", una vocación a la cual todos deben responder dentro del propio contexto social. De ese modo se supera la concepción liberal de la libertad. Esta vocación se refiere a los derechos fundamentales como también a los derechos propios del *status* de ciudadano ⁸⁹. Los derechos fundamentales ofrecen al individuo la libertad a su servicio (*Freiheit zum Dienst*) en el Estado ⁹⁰.

Los derechos fundamentales no son entonces sólo derechos negativos de defensa (*Abwehrrechte*) ⁹¹; poseen sí un lado negativo como contra las amenazas ⁹², pero esta función les sirve también para dirigir al individuo hacia el Estado y hacia la comunidad ⁹³. Los derechos fundamentales serían privados de su carácter específicamente constitucional si acaso se desease ver en ellos sólo una función de defensa. Esto no correspondería al fin de la Constitución, que es aquel de «coordinar a los hombres al interior de una comunidad política» ⁹⁴. De otro modo, bien miradas las cosas, los

derechos fundamentales vendrían a encontrarse fuera de ella, no obstante su garantía en la Constitución.

El individuo y la comunidad; así como el ciudadano y la democracia liberal, se encuentran sobre el mismo plano en materia de derechos fundamentales. Los derechos fundamentales protegen «la personalidad que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social»⁹⁵. Crean las formas en las que ellos se coordinan entre sí, una coordinación que se puede observar con referencia a las normas jurídicas que desarrollan ámbitos de vida que son, precisamente, objeto de tutela a través de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales son, entonces, siempre un límite para el Estado: es preferible hablar de "límite", (*Grenze*) antes que de "barrera" (*Schranke*), porque de este modo se expresa terminológicamente que los derechos fundamentales no protegen a un individuo que se contrapone como extraño al Estado, sino que ellos forman parte del Estado y lo condicionan, y que, en el caso de los titulares de los derechos fundamentales, se trata de ciudadanos que están moralmente ligados al Estado⁹⁶.

Los derechos fundamentales no son, sin embargo, sólo un límite⁹⁷. En tal sentido, la concepción en términos de barreras (*Schranken*) a ellos asignada y ampliamente definida (derechos fundamentales como «derechos contrapuestos al Estado»⁹⁸, está puesta en discusión en un contexto importante. La esencia de los derechos fundamentales no se encuentra entonces en un confinamiento⁹⁹ que se deriva del concepto mismo del Derecho¹⁰⁰.

Los derechos fundamentales no representan ámbitos en los cuales existen límites a los "derechos de soberanía" (*Herrschaftsrechte*) del Estado y al "poder público". La soberanía¹⁰¹ y el poder, entendido en este sentido, son dos conceptos que no satisfacen a la libertad individual que signa y forma al Estado y, viceversa, al Estado que hace posible un ordenamiento jurídico inspirado en principios de libertad. De "poder público", así entendido, se podría hablar sólo en el caso en el cual el Estado procediese efectivamente de manera

contraria al Derecho. Es pues evidente la necesidad de poner en discusión la noción misma de relación de supremacía especial ¹⁰² (como también el pensar según el esquema mental de la supra y sub-ordenación). No consigue ya satisfacer al Derecho público contemporáneo lo que la Constitución entiende por estas "relaciones". Un Estado que depende, por su propia voluntad, de la acción del individuo, como es el caso de las democracias liberales, no somete esto a su "poder" ¹⁰³. Reducir el Estado a relaciones de dominio ¹⁰⁴ es igualmente incorrecto, como también lo es reconducir el Derecho ¹⁰⁵ a relaciones de voluntad y de poder.

Aun reconociendo la importancia de los derechos fundamentales para la vida política, no se debe olvidar que los derechos fundamentales sirven también para asegurar la vida "privada". Una "politización" de los derechos fundamentales amenazaría conducir su fin muy fácilmente hacia una limitación de la esfera de lo privado. Los derechos fundamentales protegen, esferas privadas de la vida individual y social en sí y para sí; las protegen al mismo tiempo como presupuestos de la vida política. Los derechos fundamentales no están, entonces, garantizados sólo para la exclusiva satisfacción individual del ciudadano no político ¹⁰⁶. Pensar en términos de alternativas y de primados no reconocería la paridad de rango de los dos aspectos.

1.1.5. La concurrencia entre intereses públicos y privados con referencia a los derechos fundamentales y a los límites puestos a estos

La concurrencia entre intereses públicos y privados con referencia a los derechos fundamentales

Si los derechos fundamentales tienen igual importancia constitutiva, sea para los individuos como para la comunidad; si no están garantizados solamente a favor del individuo; si cumplen una función social, y si forman el presupuesto funcional de la democracia, entonces se sigue de esto que la garantía de los derechos fundamen-

tales y el ejercicio de los mismos están caracterizados por la concurrencia entre intereses públicos e individuales ¹⁰⁷.

Los intereses públicos de la comunidad no son, sin embargo, "un grupo de intereses individuales" ¹⁰⁸, lo que correspondería a una interpretación atomizante que coloca al individuo y la comunidad en una relación de medio y de fin. Los intereses públicos no resultan de la sumatoria de los intereses individuales; respecto de estos representan más bien un *aliud*.

La tutela de la vida, de la libertad y de la propiedad es, en el ámbito del Estado social de Derecho, una exigencia legítima sea del individuo como de la comunidad ¹⁰⁹; vale decir que dicha tutela subsiste, ya como interés público, ya como interés privado. Lo mismo vale para el matrimonio y la familia. Lo "público" (*die Öffentlichkeit*) no tiene sólo un interés para el mantenimiento del orden familiar vigente en el conjunto, tiene también interés para la protección de cada familia concreta ¹¹⁰. Para el mantenimiento de los fundamentos del matrimonio subsiste, ya un interés público como un interés personal del cónyuge, los cuales persisten sobre el matrimonio tutelado por el artículo 6° de la GG ¹¹¹.

De otro lado, la eliminación de una situación contraria a la moral corresponde a un interés público: se quiere evitar que la general confianza en el matrimonio como instituto de Derecho vaya desaparecer ¹¹²; por otra parte, el valor de la ley moral se apoya en el interés de la comunidad (aunque no sólo en él).

La libertad de prensa protege tanto intereses públicos como privados ¹¹³. Con referencia a la tutela de la propiedad, este enlace entre intereses públicos y privados característicos de los derechos fundamentales comporta que para el equilibrio de los intereses, que se hace necesario en el caso de la expropiación, estén en juego los intereses públicos de ambas partes ¹¹⁴. Los derechos fundamentales son, como "garantía concedida a la comunidad" ¹¹⁵, "elementos del orden público" ¹¹⁶, y son al mismo tiempo para el individuo medios de tutela de bienes jurídicos ¹¹⁷.

Si con referencia a los derechos fundamentales existe una concurrencia entre intereses públicos y privados, puede decirse que tan pronto sea "limitada" una libertad constitucional, termina también afectada la comunidad ¹¹⁸. Apenas son violados los derechos fundamentales, resulta también afectado el interés público ¹¹⁹. Viceversa, los intereses públicos entran a tallar allí donde los derechos fundamentales intentan proteger esferas de la vida privada: éstas no se presentan como esferas de vida "separadas" sino que, más bien, forman ámbitos insertos en el ordenamiento general y son por esto esenciales en su específica particularidad ¹²⁰. El ordenamiento general los inserta –legitimándose de este modo– en su conjunto, inserción que no se halla absolutamente en conflicto con la esencia de la libertad, porque la libertad humana debe existir siempre organizada en el interior de la realidad social ¹²¹.

También si los derechos fundamentales reflejan la relación sustancial de concurrencia en la que se hallan el individuo y la comunidad –que se concretiza en tensiones siempre nuevas, las mismas que deben ser resueltas–, no se pueden reconducir los derechos fundamentales, ni en particular, ni como esferas más amplias de vida –como institutos– a una contraposición, o bien a un acercamiento de intereses de diversa naturaleza: se caracterizan, más que nada, por una "coincidencia de los intereses" ¹²².

Se puede explicar también, sobre el terreno específicamente constitucional, la razón por la cual no se pueden reducir los derechos fundamentales a la alternativa entre intereses públicos o privados. La Constitución puede desarrollar su fuerza coordinadora y unificante sólo cuando garantice derechos no sólo en favor del "beneficiario", sino también en favor de la generalidad. Sólo entonces la Constitución, en cuanto fundada en principios de libertad, tendrá una legitimación. Si el principio de equilibrio es utilizado como parámetro para determinar los límites puestos a los derechos fundamentales de otros bienes constitucionales, se deberá considerar, de todas maneras, esta coincidencia de intereses públicos y privados.

La concurrencia entre intereses públicos y privados con referencia a los límites puestos a los derechos fundamentales

A los derechos fundamentales se les imponen muchos límites para tutelar intereses públicos y privados.

Según la doctrina dominante, la "restricción" (*Beschränkung*) y la "delimitación" (*Begrenzung*) de los derechos fundamentales, asimismo la "intervención" (*Eingriff*), en algunas libertades –sea que se concreten en forma de reserva de ley ¹²³, sea a través de los límites inmanentes a los derechos fundamentales– están legitimadas exclusivamente por intereses públicos y por intereses de la comunidad. Esto, sin embargo, sin razón. A menudo se puede demostrar, también en mérito a tal cuestión, que las realidades multiformes con las que tiene que ver el Derecho público no pueden constreñirse en un esquema conceptual del tipo "el uno o el otro" (*Entweder-Oder*); mientras que es mucho más probable hacerles justicia mediante una concepción más conciliante y diferenciadora del tipo *non modo sed etiam* (*Sowohl-als-auch*) ¹²⁴. Justamente esta común legitimación de los límites de los derechos fundamentales, partiendo exclusivamente del interés público, es un ejemplo evidente de una simplificación de los problemas tan injustificada como difundida.

La exactitud de la tesis conforme a la cual los límites de los derechos fundamentales pueden ser caracterizados por una concurrencia entre intereses individuales y públicos, se deduce ya de la idea misma de Derecho ¹²⁵.

La esencia de todas las normas jurídicas se encuentra precisamente en el hecho de que deben garantizar simultáneamente la tutela de intereses públicos y privados ¹²⁶. También el Derecho creado por el legislador, con la finalidad de poner límites al derecho fundamental, es «equilibrio y unificación de intereses públicos y privados» ¹²⁷. Lo mismo vale para el legislador que concretiza y desarrolla los derechos fundamentales. Así como el Derecho no encuentra su fundamento sólo en el individuo y en sus exigencias, o en entidades supraindividuales ¹²⁸; tampoco, se pueden reducir las normas de

Derecho, que concretizan los límites de los derechos fundamentales, al solo individuo o bien a la supraindividual. También el legislador, al poner límites a los derechos fundamentales, realiza parte de la «unidad de lo individual y de lo supraindividual»¹²⁹ que distingue al Derecho, al Estado y a la comunidad. Si el Derecho es «condición esencial para la realización del proyecto moral de vida» («*unerläßliche Bedingung für die Durchführung des sittlichen Lebensplanes*», Haenel)¹³⁰ del individuo y para «la unión de fuerzas humanas dirigidas al logro de los fines de la comunidad», entonces el Derecho se sustrae a la alternativa intereses públicos o privados.

Si de un lado se deduce ya del concepto mismo de Derecho que, incluso en el caso de los límites a los derechos fundamentales, está en juego, aunque no en la misma medida, el interés individual –el aspecto institucional de los derechos fundamentales que, como ya se ha demostrado en otra parte, está parametrado por el aspecto individual, impide igualmente fijar los intereses en cuestión dentro de la alternativa: intereses de la comunidad o intereses privados–, en tal caso eso puede ser demostrado también en una serie de casos particulares. En el caso del Derecho penal, de los límites puestos a los derechos fundamentales por exigencias de la ley moral, de las normas de Derecho que sancionan el abuso de las libertades, y en otros casos más, se puede demostrar evidente la exactitud de la tesis sostenida.

La reserva de ley es un aporte de los derechos fundamentales –y toda limitación a los derechos fundamentales tiene también carácter de elaboración de los derechos fundamentales–¹³¹, no es necesario aducir argumentos particulares: si los derechos fundamentales, que están también garantizados justamente en favor de los individuos, deben ser “actuados”, ello ocurre de modo particular en beneficio de los titulares mismos de los derechos fundamentales.

Si, como se verá en seguida, los límites puestos a los derechos fundamentales resultan legitimados también partiendo del interés individual, es necesario decir que ello no ocurre sólo en los casos

en los cuales un derecho fundamental resulta limitado a causa de la titularidad ajena de un idéntico derecho fundamental, o bien, para tutelar el interés privado de un tercero ¹³². Se debe, en cambio más bien pensar en que los límites impuestos en favor del "titular" mismo de los derechos fundamentales, resultan afectados por ese interés.

A primera vista podría parecer algo aventurado pretender legitimar los límites establecidos por el legislador penal partiendo también del interés individual (muchas reservas de ley hacen efectivamente referencia al Derecho penal)¹³³. En particular, una actitud de tipo liberal clásico no tendrá ningún sentido para una empresa tan audaz ¹³⁴.

No se debe considerar al Derecho penal sólo como un "arma" a disposición de la comunidad. Se debería, más bien, intentar establecer una relación íntima, sustancial y fecunda entre aquél y los titulares de los derechos fundamentales llamados en causa. No sólo con referencia al Derecho penal, sino también con relación al Derecho público, debería ser superada toda aquella concepción formal de la sanción, por la cual la sanción misma era considerada como «la remoción de la posibilidad de poner en movimiento las normas del Derecho público para la tutela de la esfera de las libertades» ¹³⁵. También la condena en el proceso penal es algo más que el simple "cumplimiento de una condición" al cual el Estado mismo ha vinculado el ejercicio del propio poder ¹³⁶. Aunándose a las concepciones modernas del Derecho penal, se pueden deducir importantes consecuencias para la problemática de la legitimación de los límites puestos a los derechos fundamentales en interés del titular de estos, que ha sido afectado por la sanción.

El Derecho penal está dado, a menudo, para hacer operativos los valores que son objeto, a su vez, de los derechos fundamentales. Dicho en otros términos: si se le pregunta sobre el sentido y el fin de las leyes penales admisibles constitucionalmente –y para definir los límites admisibles para los derechos fundamentales se debe

razonar de ese modo— se puede demostrar sin duda que el fin que se propone realizar el Derecho penal no solamente no es contrario a los derechos fundamentales, sino que opera en favor de estos, y por eso también en favor del individuo mismo.

Castigando determinadas acciones, el ordenamiento jurídico enuncia un juicio de valor negativo. Una libertad que no estuviese vinculada a un valor equivaldría al albedrío. En el conjunto de las normas penales se reflejan las concepciones de los valores de la comunidad. El individuo depende de estos valores, estando sustancialmente asociado a la comunidad. El hombre deviene “persona” solo en el momento en el cual no ejerce más un albedrío, sino que toma decisiones que se hallan conexas a los valores. Acogiendo el pensamiento de Welzel, podemos decir que la tarea principal del Derecho penal consiste en asegurar la real operatividad (y observancia) de los valores de comportamiento producto de una reflexión jurídica («*Aktwerte rechtlicher Besinnung*») ¹³⁷ y en garantizar el respeto a la vida, a la libertad, a la salud y a la propiedad ajenas ¹³⁸. También, en la acción del Estado que ejerce la potestad punitiva se manifiestan las concepciones de los valores dominantes. Justamente estas concepciones forman el juicio ético-social de los ciudadanos, y por ellas se refuerza su “persistente actitud de fidelidad al Derecho”. Esta función ético-social y educativa del Derecho penal, como se ha reconocido en varios lugares, opera por el contrario justamente en favor del sujeto afectado. A través del castigo, se le quiere indicar el camino justo para que él pueda construirse una vida sensata y responsable; el Derecho penal debe transmitir al titular de los derechos fundamentales la comprensión del “correcto” ejercicio de la libertad. Desde este punto de vista, el Derecho penal adquiere un elevado nivel de legitimación partiendo justamente de la idea misma de los derechos fundamentales ¹³⁹. De ese modo, el Derecho penal y el Derecho procesal penal se ubican en una situación conexas a la libertad (moral), a la cual refuerzan, circunscriben y “actúan” ¹⁴⁰. El Derecho penal aparece entonces como la consecuencia misma de las libertades constitucionales.

A causa de esta íntima relación ¹⁴¹ entre pena y libertad, la punición del ladrón debe ser, por ejemplo, considerada en el ámbito del contenido del derecho a la libertad personal ¹⁴². El contenido y los límites de las libertades de opinión y de reunión vienen determinados, justamente, por las leyes penales ¹⁴³. El Tribunal Constitucional bávaro ha reconocido, especialmente con referencia a la libertad personal, la íntima conexión entre el Derecho penal y el derecho fundamental, cuando en la jurisprudencia penal considera las "limitaciones" puestas por el Derecho penal como la esencia del derecho fundamental a la libertad personal ¹⁴⁴. Por eso –el Derecho penal– aunque a primera vista pueda parecer sorprendente– forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales ¹⁴⁵. Que ello no sea justificable partiendo exclusivamente del interés público, es totalmente evidente. Y ello sugiere además que el Derecho penal no debe ser visto como una "intromisión" en el contenido propio y verdadero de los derechos fundamentales, concepción ésta que será desarrollada alternamente a continuación. Resulta por tanto, en conclusión, que la punición del "titular" de los derechos fundamentales no ocurre en interés exclusivo de la comunidad.

Además aquellos límites, a los derechos fundamentales, que tienen su origen en la ley moral (Art. 2º, inciso 1), GG) no pueden ser comprendidos partiendo exclusivamente de la comunidad ¹⁴⁶. El hombre no está vinculado a la ley moral solo a causa de los valores de la comunidad, sino sobre todo a causa de su condición de persona. Por "ley moral" se deben entender las indispensables normas éticas puestas en defensa ya del individuo como de la comunidad ¹⁴⁷. El vínculo general a la moral del hombre corresponde a su naturaleza de persona.

La ley moral, siendo elevada por el ordenamiento jurídico a límite de la libertad individual, contribuye al desarrollo de la personalidad del titular de los derechos fundamentales. A éste se le transmiten de ese modo las concepciones éticas de los valores difundidos en la comunidad. Estas concepciones lo ayudan en su propia realización de los valores y le facilitan la "búsqueda de los

valores". La «barrera ética del no desorden» («*ethische Nichtstörungsschranke*», Dürig)¹⁴⁸ adquiere legitimidad, si se la comprende partiendo también del individuo, sin reconducirla exclusivamente a la comunidad. Se niega la esencia misma de las concepciones de los valores morales difundidos en la sociedad, si se la quiere explicar surgiendo exclusivamente de la comunidad. En realidad, ella es, al mismo tiempo, una "ayuda" para el titular mismo de los derechos fundamentales.

A una concepción de tipo liberal clásico podría parecer, sin duda, sospechosa la legitimación de los límites puestos a los derechos fundamentales a partir del interés del titular de los derechos fundamentales en cuestión. Al liberalismo, un ligamen moral del ciudadano con el Estado puede parecer extraño. En el sistema de la *Grundgesetz*, en el cual el ciudadano está ligado moralmente al Estado y al Derecho, una concepción de este tipo ya no tiene ninguna justificación¹⁴⁹.

Así como la comunidad inserta en los derechos fundamentales al ciudadano vinculado a la ley moral para asegurarse que él opera en interés de la generalidad¹⁵⁰, así también el ciudadano, tiene un interés propio al verse reenviado a la ley moral que opera en la comunidad, ya que ésta le muestra el camino para desarrollar su propia personalidad. En cuanto el ordenamiento de los derechos fundamentales y el ordenamiento jurídico comprenden por definición¹⁵¹ a la ley moral, ellos encuentran su propia fuente de legitimación. Los derechos fundamentales ofrecen al individuo el acceso a los parámetros de los valores en vigor. El hombre —en tanto «*wirkendes Gewirktes*» [transformado y transformador] (Heidegger)— necesita de estos para poder alcanzar, moviéndose dentro de tales parámetros, un hacer creativo, y la realización de su propia esfera de valores. Este reconocimiento de los valores y su actualización, que hacen al hombre finalmente hombre, resultan facilitados por el ordenamiento jurídico y por los principios morales sobre los cuales éste se funda. El hombre no puede decidir de manera "autónoma" e independientemente de las valoraciones de la comunidad, a la cual

resulta siempre sustancialmente vinculado, que cosa debe entenderse por ley moral ¹⁵². Si la Constitución debe ser un libro para la educación del ciudadano ¹⁵³, en tal caso lo es también con referencia a las "restricciones" a los derechos de libertad fundados en la ley moral.

En otros términos: también las restricciones o más bien los límites a los derechos fundamentales reconocibles a la ley moral, no existen sólo en interés de la comunidad, sino también en interés de los titulares mismos de los derechos fundamentales.

Las normas jurídicas que frenan el abuso de una libertad no deben ser vistas exclusivamente desde el punto de vista del vínculo social y del interés de la comunidad ¹⁵⁴. Similares disposiciones de ley no solamente no tocan la libertad ¹⁵⁵, sino que sirven también justamente al mantenimiento de la libertad. Indican al titular de los derechos el camino para un "correcto" y sensato uso de su libertad. El individuo resulta reenviado al ordenamiento de los valores ya existentes, el que corresponde también al supremo interés personal del sujeto afectado. Por lo demás, sirven a este propósito algunas observaciones similares a las expuestas con referencia a la ley moral y al Derecho penal ¹⁵⁶. Obviamente se debe también tener en cuenta el hecho de que no todas las normas que sancionan el abuso de la libertad pueden ser legitimadas partiendo de la ley moral o del Derecho penal, así como de otra parte no se pueden sancionar penalmente todas las manifestaciones del ejercicio de los derechos fundamentales condenados por la ley moral.

La exactitud de la concepción por la cual los límites de una libertad puede ser establecida también en el inmediato interés del individuo afectado, puede ser demostrado también con una serie de casos particulares. Por ejemplo, "la intromisión" en la salud personal implícita en la obligación de vacunarse, no se produce sólo en el exclusivo interés de la comunidad. El propósito de esta intromisión es, más bien, preservar al vacunado de peligros mayores. En otros términos: la obligación de vacunarse contribuye justamente con su

finalidad a la realización del mantenimiento de la integridad personal ¹⁵⁷. Algo parecido vale también para una serie de leyes especiales que tienen su fundamento en el artículo 104º de la GG. En el caso del encierro obligado de los enfermos mentales, por ejemplo, se trata de una medida de prevención social ¹⁵⁸. Está en juego no sólo la seguridad de la colectividad, sino que al mismo tiempo, tal medida tiene también un fuerte relieve para la seguridad del enfermo mismo ¹⁵⁹. Se quiere tutelar de este modo su vida y su integridad personal. También en este caso se demuestra que los límites puestos a los derechos fundamentales atienden a la tutela de intereses ya sean públicos o privados ¹⁶⁰.

Normalmente las reglamentaciones y las “restricciones” ¹⁶¹ establecidas con referencia a la libertad de elección de la profesión son legítimas derivándolas exclusivamente del interés de la comunidad. También aquí son sin embargo, necesarias las diferenciaciones. Las condiciones de admisión objetivas subsisten —obviamente solo directamente ¹⁶²— en interés exclusivo de la comunidad. El problema, empero, se presenta de manera diversa en el caso de las condiciones de admisión subjetivas. Las disposiciones de ley que establecen requisitos de idoneidad y de competencia subsisten *también* en interés del titular mismo de los derechos fundamentales; sin una adecuada preparación práctica y teórica no se pueden ejercer muchísimas profesiones. El ejercicio de la profesión sería «imposible» o «no apropiado» ¹⁶³. El legislador, estableciendo similares disposiciones, indica simultáneamente al titular de los derechos fundamentales el camino a seguir y los requisitos que ya «según la naturaleza de ella», están presupuestos para el ejercicio de la profesión en cuestión ¹⁶⁴. Con ello sin embargo no se debe desconocer en modo alguno que las condiciones subjetivas de admisión tienden también a evitar los peligros de un ejercicio indisciplinado de las profesiones. Se trata sustancialmente de comprender que el legislador, estableciendo determinadas reglas, para las profesiones crea “modelos de profesión” que pueden servir al titular mismo de los derechos fundamentales. También en este caso el legislador, intervi-

niendo en la materia reservada, tutela simultáneamente un interés de los individuos correctamente entendido. Si es verdad que las obligaciones profesionales del médico están reglamentadas sustancialmente para tutelar la salud pública, subsisten también para proteger al médico mismo ¹⁶⁵.

La competencia en materia de policía atribuida a cada uno de los *Länder**, no debe ser entendida sólo *sub specie* del interés público. De acuerdo a la parte I de la ley de policía del *Land* del Baden-Württemberg, la policía tiene la obligación de proteger al individuo y a la comunidad de la amenaza de la violación del Derecho o del ordenamiento en cuanto ello sea establecido así por el interés público. El artículo 2º, inciso 2), de la ley en cuestión enumera los presupuestos en cuya presencia de los cuales la policía debe garantizar la protección de los intereses privados.

La institución policial del arresto por razones de seguridad pública ¹⁶⁶, tiene su fundamento en la idea de tomar en custodia a una persona para garantizar la protección. También la institución de la prestación de fianza (parte 26 de la ley de policía del *Land* del Baden-Württemberg) halla su fundamento en el interés individual (del propietario o del titular del derecho de dominio efectivo). También en el Derecho policial se manifiesta entonces una concurrencia entre intereses individuales y de la comunidad. Aquí el interés individual está siempre en juego ¹⁶⁷, sea de manera inmediata o mediata; mediata en cuanto que sin la existencia de un "Derecho de policía", la libertad fundamental del individuo devendría inconsistente en el ámbito de la vida social, no sería una libertad real, y en cuanto la libertad y el ordenamiento forman una «dupla necesaria» ¹⁶⁸.

El paralelismo y la concurrencia entre intereses públicos y privados, que se ha evidenciado para los derechos fundamentales, no

* Demarcaciones territoriales de la organización federal del Estado alemán (nota del traductor).

existe sólo en el Derecho público. En una serie de otros sectores del Derecho existen normas que de un lado van en favor del individuo, y de otro sin embargo no menoscaban su función de tutela, no obstante su carácter privatista. Ello vela, por ejemplo, para las normas de carácter cogente del Derecho civil, que protegen a un titular contra sí mismo en interés de la comunidad ¹⁶⁹. También en el ámbito del Derecho del trabajo se podría encontrar una similar coincidencia entre intereses públicos y privados sobre algunas cuestiones particulares ¹⁷⁰. Algo similar puede observarse también con referencia a recientes desarrollos del Derecho de la competencia ¹⁷¹.

1.2. EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO DE LOS BIENES COMO PARAMETRO PARA LA DETERMINACION DEL CONTENIDO Y DE LOS LIMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL SIGNIFICADO DE LA RESERVA DE LOS "PRINCIPIOS GENERALES"

Si los derechos fundamentales se integran recíprocamente formando un sistema unitario, si son elementos constitutivos del cuadro integral de la Constitución y si se encuentran en una relación de recíproco condicionamiento con los otros bienes constitucionales, entonces se concluye que su contenido y sus límites deben ser determinados teniendo en cuenta también otros bienes constitucionales reconocidos más allá de ellos. Por medio de sus límites, los bienes constitucionales entran en relación entre sí. El principio en base al cual deben ser determinados los límites y el contenido de los derechos fundamentales, y a través del cual se resuelven los conflictos que pueden surgir entre bienes constitucionales vecinos, es el principio de la ponderación (o del equilibrio entre bienes: *Güterabwägung*). Su relevancia constitucional aparece manifiesta si se considera que el ordenamiento de los valores consiste en un ordenamiento de la jerarquía de los valores ¹⁷² y de las relaciones entre los valores ¹⁷³. Este principio puede ser entonces, definido como inmanente a la Constitución.

Es verdad que todo derecho fundamental se encuentra inserto en una relación específica con los otros bienes constitucionales,

conforme a las propias características y a su concreta reglamentación constitucional; existe, sin embargo, una fórmula que hace justicia simultáneamente a la inserción y a la correlación de los derechos fundamentales en el ámbito integral del sistema constitucional de los valores, al valor propio de los derechos fundamentales y a la necesaria aplicación del principio de equilibrio entre los bienes: los derechos fundamentales están sujetos a la reserva de los "principios generales". El término "general" tiene aquí el mismo significado material que le ha sido atribuido por Smend y Kaufmann ¹⁷⁴ con particular atención a la interpretación del artículo 118° de la Constitución de Weimar. Los bienes jurídicos tutelados por los principios generales son "generalmente válidos", es decir que tienen una validez así de universal para delimitar el derecho fundamental en cuestión. En la palabra "general" se refleja la sustancial generalidad de la Constitución. La reserva de los principios generales reenvía a los "valores y a las clasificaciones de jerarquía" de la *Grundgesetz* ¹⁷⁵. Los principios generales son considerados por la Constitución, respecto a cada derecho fundamental sujeto a examen, como paritarios o de jerarquía superior. Según la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo, se trata de normas emanadas «en el interés de la comunidad» ¹⁷⁶. Si se piensa que los derechos fundamentales están sujetos a una reserva similar, ello significa dos cosas: estos pueden ser limitados sólo para tutelar bienes jurídicos de igual o superior jerarquía constitucional, y pueden ser circunscritos cada vez que ello resulte necesario para la tutela de estos bienes. La esfera de operatividad de los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos que los delimitan puede ser determinada solamente recibiendo el impulso de un fundamento constitucional.

El concepto de "general", así entendido, impide la arbitrariedad del legislador en el campo de los derechos fundamentales, no importa en base a qué título ejercita sus poderes, si con referencia a reservas especiales de ley, o en base a la cláusula del Estado social, o bien para tutelar particulares "relaciones de supremacía especial".

Obviamente el problema verdadero se inicia sólo después del

reconocimiento de una reserva de "generalidad". Puesto que el principio de la ponderación, y entonces, también la reserva de los principios generales, tienen naturaleza solamente formal, se debe en tal caso individualizar cuidadosamente aquellos bienes jurídicos que son sustancialmente de rango igual o superior respecto al derecho fundamental. La reserva tiene, con tal motivo, una serie de ventajas: ella evidencia la correlación de los derechos fundamentales con los otros bienes constitucionales, y su inserción en el complejo sistema de los valores. Además, tal reserva permite una confirmación diferenciada de los límites que pueden ser puestos a los derechos fundamentales; dado que la fórmula de los principios generales debe entenderse como una fórmula de «significado variable» (Heckel), la reserva comporta que no habrá ninguna "nivelación" de las "reservas de ley diferenciadas" ¹⁷⁷ contenidas en la *Grundgesetz*. Se puede relevar separadamente para cada derecho fundamental los bienes jurídicos que tengan rango equivalente o superior respecto a él y además, qué rango y qué peso reviste el derecho fundamental en el ámbito del sistema de tutela de los bienes jurídicos de la *Grundgesetz*. Será, además, posible proteger al mismo tiempo bienes jurídicos que no están mencionados explícitamente en el derecho fundamental puesto en examen, pero que derivan de normas de competencia y son la lógica consecuencia de la función social de los derechos fundamentales. Con todo ello, la reserva de principios generales parece ser la forma adecuada para caracterizar el equilibrio de los bienes, al cual se recurre ampliamente para determinar los límites de los derechos fundamentales.

En cuanto al reconocimiento de tal reserva, se le puede remitir a lo que ha sido escrito en la jurisprudencia y en la literatura, y además incluso a las explícitas disposiciones de los textos Constitucionales. Se recuerda, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional bávaro, que sujeta la libertad de acción a las limitaciones "generales" del Derecho civil y penal ¹⁷⁸; recordemos la jurisprudencia y la doctrina relativas al artículo 118° de la Constitución de Weimar, o bien al artículo 5°, inciso 2); GG, en cuanto

individualizan el concepto de "ley general" por medio del equilibrio¹⁷⁹ y reenvían finalmente a todos esos numerosos casos en los que la doctrina recurre al límite de las leyes generales en el sentido del artículo 5º, inciso 2); GG –naturalmente en el contexto específico de la teoría de la función legislativa– para llegar a las ulteriores delimitaciones de los derechos fundamentales¹⁸⁰. En las cartas constitucionales, la reserva de los principios generales se utiliza muy a menudo en lo concerniente a las libertades de opinión y de religión.

Ameritan una consideración particular los dos proyectos de Constitución en los cuales los derechos fundamentales son situaciones en conjunto sujetas a una reserva de normación general: el artículo 122º del proyecto de la comisión constituyente para la Constitución bávara de 1946, que precedió al ulterior artículo 98º de la Constitución bávara¹⁸¹, tiene el siguiente contenido:

"Los derechos fundamentales pueden ser limitados con leyes generales sólo por motivos de seguridad pública, buena costumbre, salud pública, y para garantizar mejor el interés público".

El tenor del artículo 21º, párrafo 3, del proyecto de Constitución de la Asamblea Constituyente de Herrenchiemsee, de 1948, los derechos fundamentales deben ser comprendidos «...en el cuadro integral del ordenamiento jurídico general»¹⁸². Más allá de esta referencia al ordenamiento jurídico general, el mencionado artículo 21º, en el párrafo 4, inciso 1); establece la obligación explícita del legislador de atenerse al principio de equilibrio, cuando él deba poner límites a los derechos fundamentales: límites a los derechos fundamentales son admitidos solamente si la seguridad pública, el respeto a las buenas costumbres o la salud pública lo requieren explícitamente¹⁸³. En la octava sesión de la comisión constituyente¹⁸⁴ fueron anuladas ambas disposiciones, con la motivación de que ellas ya habían hallado acogida en la formulación de los particulares derechos fundamentales. Ello puede ser aducido para sostener la interpretación acá sugerida de la reserva de los princi-

pios generales: las leyes, o bien, los bienes jurídicos que ponen límites a los derechos fundamentales, no pierden su “sustancial generalidad” sólo porque tienen su fundamento constitucional ya no en cláusulas de carácter general, sino en cláusulas especiales de autorización ¹⁸⁵.

La relación de los “principios generales” con los derechos fundamentales tiene un carácter peculiar: los derechos fundamentales no están simplemente subordinados a los principios generales, del mismo modo que sería por otra parte injustificado atribuirles sin duda una preponderancia sobre estos últimos. Se comprueba más bien para todos los derechos fundamentales el recíproco condicionamiento que ha sido observado por el Tribunal Constitucional Federal con particular referencia a la libertad de opinión ¹⁸⁶. Los derechos fundamentales y los principios generales se limitan recíprocamente. Se encuentran en una relación “recíproca”. Cuando se interpreta un derecho fundamental, se debe tener en consideración los valores jurídicos tutelados por los principios generales; al examinar los efectos delimitantes de estos últimos sobre los derechos fundamentales, se debe tomar en consideración el contenido de valor del derecho fundamental en cuestión. De este recíproco condicionamiento entre el derecho fundamental y los principios generales –que ocurre de manera específica para todos y cada uno de los derechos– pueden deducirse el contenido y los límites de los derechos fundamentales. A primera vista, puede parecer extraño tomar impulso de algo fijo, y poner ello en relación con otros elementos, buscando definir de esto los contenidos y los límites, en donde el contenido y los límites de los bienes constitucionales tomados en cuenta, considerados inicialmente rígidos, influenciándose recíprocamente, cambian. Conceptualmente este proceso no es fácilmente comprensible. Esto se explica, sin embargo con el hecho de que los límites de un derecho deben ser determinados siempre con referencia a otros bienes jurídicos, toda vez que no se puede excluir que estos bienes jurídicos ejerciten sus efectos sobre el derecho. El contenido y los límites de los derechos fundamentales deben ser defi-

nidos mediante una operación mental diferenciada, que exige una interpretación "sistemática" de la Constitución. El derecho fundamental es un elemento que asume, por así decir, formas siempre nuevas de acuerdo a la situación de conflicto, y que debe ser actualizado y concretizado caso por caso, no obstante el hecho de que él ya haya sido fijado en la Constitución. A una interpretación fundada sobre conceptos exclusivamente técnico jurídicos, que pretende tener resultados "finales" según una concepción estática e inmutable, puede parecer extraña una perspectiva semejante. Ella, sin embargo, corresponde a la idea de la Constitución como un sistema unitario de valores, en el cual el rango y el peso encubierto de cada valor jurídico, y sobre todo del valor encerrado en cada derecho fundamental, deben ser determinados teniendo presente que él se encuentra inserto en un contexto con otros bienes jurídicos, y que a través de un equilibrio –cuya pista ya está ya dada por la Constitución– debe ser realizada la inserción de cada elemento en el conjunto integral de la Constitución misma. Cuanto ha sido dicho será ahora aclarado en un caso particular.

Como ejemplo de la hipótesis, donde algunos derechos fundamentales delimitan otros, puede ser citada la relación entre el artículo 5° y el artículo 6° de la GG. La libertad de opinión resulta delimitada por el artículo 6°¹⁸⁷. Para determinar los límites precisos se debe recurrir al equilibrio. En este sentido, el artículo 6° es fuente de un principio general en el entendimiento de la reserva arriba expuesta. Otro tanto puede decirse para los límites de los derechos fundamentales que descienden de la cláusula del Estado social¹⁸⁸. La línea demarcatoria entre los derechos fundamentales y la cláusula del Estado social (*Sozialstaatsklausel*) puede ser determinada tan sólo recurriendo al equilibrio entre los bienes¹⁸⁹. En la propia función de cláusula delimitativa de los derechos fundamentales, la cláusula del Estado social viene entendida como un "principio general". También las "relaciones de supremacía especial" delimitan los derechos fundamentales, en fuerza de su reconocimiento a nivel constitucional al lado de estos últimos¹⁹⁰. Los conflictos entre re-

laciones de supremacía especial y los derechos fundamentales pueden ser resueltos en algunos casos sólo por medio del equilibrio de los valores ¹⁹¹. Las relaciones de supremacía especial son elementos integrantes del conjunto del sistema constitucional de los valores, y por tanto, un límite "general" de los derechos fundamentales. También la propiedad halla límites preordenados a la tutela de bienes jurídicos de rango igual o superior ¹⁹². Y todavía, los conflictos entre los diversos derechos fundamentales pueden ser resueltos por medio del equilibrio de los bienes ¹⁹³. Los derechos fundamentales crean entre ellos recíprocamente un parecido límite "general". En este punto es prácticamente superfluo subrayar, después que también los límites de la libertad de opinión deben ser definidos mediante el equilibrio. E igualmente, los límites de la libertad general de acción del Art. 2º, inciso 1) de la GG deben establecerse recurriendo al equilibrio entre los bienes, y ello quiere decir que también este derecho fundamental está sujeto a una reserva de los "principios generales". En doctrina, sin duda, se apela al equilibrio de los bienes cuando se quiere circunscribir este derecho fundamental, obviamente partiendo de reconstrucciones jurídicas diversas ¹⁹⁴. Del mismo modo, también los límites al derecho de libre elección de una profesión deben ser determinados a través de un equilibrio, conforme al rumbo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ¹⁹⁵. Los bienes jurídicos tomados en consideración por el Tribunal Constitucional Federal en el *Apothekenurteil* tienen "carácter general", en el sentido visto hasta ahora. También todas las diversas tentativas de interpretación del Art. 12º de la GG, que hacen referencia a la garantía del contenido esencial, concuerdan en recurrir al principio de equilibrio para determinar los límites admisibles para este derecho fundamental.

No es configurable la hipótesis de un derecho fundamental que no esté circunscrito por bienes jurídicos de rango igual o superior, y al cual, por lo tanto, no sea inmanente un "límite general". También los principios de Derecho penal conforme a la Constitución configuran análogamente un límite general. Si se analizan los de-

rechos fundamentales y el Derecho penal en vigor, se demuestra fácilmente que todos los derechos fundamentales resultan estar delimitados por normas penales, las cuales pueden ser justificadas tan sólo si son consideradas como instrumentales para la tutela de bienes jurídicos de rango igual o superior. Otro tanto vale para todo el ordenamiento de Derecho privado, que pone igualmente un “límite general” a los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal fija estos límites en el caso al juicio de Lüth. Su punto de partida es, justamente ¹⁹⁶, la idea de que la relación de recíproco condicionamiento ya descrito entre los derechos fundamentales y el ordenamiento de Derecho privado deba ser determinada de manera general.

La tesis por la cual todo derecho fundamental está sujeto a la reserva de los “principios generales” no disminuye la importancia de las reservas de ley especiales. Sobre todo no debe hacer pensar que éstas tengan tan sólo un carácter declarativo. Ya que el principio de equilibrio tiene sólo naturaleza formal ¹⁹⁷, las reservas específicas de ley tienen el fin de indicar los bienes jurídicos –obviamente no de manera exhaustiva– que vienen tomados en consideración, y su valor. En este proceso, cada derecho fundamental concurre con otros bienes jurídicos según sus características. En las reservas específicas de ley están entonces nominados a menudo aquellos bienes jurídicos con los cuales los derechos fundamentales confluyen tradicionalmente. El hecho de que la libertad de difusión del pensamiento pueda ser delimitada para tutelar a la juventud y la dignidad personal (Art. 5º, inciso 2), GG) y de que la libertad de enseñanza no colisiona con la obligación de fidelidad a la Constitución (Art. 5º, inciso 3), GG) podría ser justificado obviamente también en garantía de los derechos fundamentales y del cuadro constitucional integral, si no hubiese en él una reserva explícita referida a ello ¹⁹⁸. La dignidad personal coexiste con la libertad de opinión. Ambas son una condición de la unidad del Estado. La libertad de enseñanza coexiste con el orden constitucional, por el cual está condicionada y es parte del mismo. La tutela de la juventud podría hallar fundamento quizá

también en el artículo 6º GG y en el límite “general” de la ley moral que circunscribe todos los derechos fundamentales¹⁹⁹. En cada caso pueden naturalmente subsistir disensos en mérito al valor de los bienes jurídicos concurrentes. Esta diversidad de opiniones, por otro lado, no puede ser excluída ni siquiera en presencia de reservas de leyes especiales, como demuestra el recurso al equilibrio, de modo excesivamente conciliante, en el caso de la ley sobre la tutela a la personalidad. Habiendo la Constitución indicado concretamente en las reservas específicas de ley los bienes objetos de tutela, el equilibrio resulta, por otro lado, facilitado e indica además dentro de qué «Constelación de valores»²⁰⁰, se encuentra inserto el derecho fundamental tomado en examen. La tutela de la juventud, la dignidad personal, etc. son, sin sombra de duda, bienes jurídicos señalados con claridad por la Constitución.

Si se recurre al equilibrio como medida para determinar las limitaciones de los derechos fundamentales que son admisibles se debe con ese motivo prevenir desde el principio un posible malentendido: los bienes jurídicos constitucionales concurrentes no se encuentran insertos en una relación de supra o subordinación, de modo tal que uno excluye al otro. Por el contrario, están más bien coordinados²⁰¹ y de manera tal que se condicionan recíprocamente. La Constitución quiere el Estado social y los derechos fundamentales²⁰², puesto que ambos son presupuestos para la «coordinación unitaria» (Hesse) a que se apunta; ambos son elementos destinados a favorecer en el conjunto un ordenamiento fundado sobre principios de libertad. Del mismo modo, la Constitución quiere también ajustar las relaciones de supremacía especial y las libertades individuales²⁰³; los derechos fundamentales y el Derecho penal; las libertades de uno y de otro hombre. La *Grundgesetz* ha reconocido simultáneamente muchos ámbitos de vida. Ella admite la propiedad y la expropiación. Mediante el equilibrio se tiene una composición de bienes jurídicos en conflicto entre sí, a través del cual ellos se insertan en el conjunto de la Constitución²⁰⁴, para la cual todos son igualmente indispensables. Por esta razón, sólo un análisis “global”

de la Constitución permite alcanzar una adecuada ponderación. Esta composición²⁰⁵, en el ámbito de los límites puestos a los derechos fundamentales, debe ser entonces obtenida mediante un equilibrio del tipo descrito. Merced al equilibrio entre los valores se realiza la inserción de los bienes constitucionales en el cuadro integral de la Constitución, o mejor: esta inserción, que está ya lograda con su inserción en el texto de la Constitución se construye solo lógicamente. Por el equilibrio se realiza el balanceo en el cual se encuentran entre sí los bienes constitucionales.

Entendido en este sentido, el balanceo «equilibrio y coordinación»²⁰⁶. Se realiza a través de él, la tarea del Derecho público de alcanzar «un proceso de unificación hacia un orden unitario»²⁰⁷. Con ello, sin embargo, no se quiere negar las posibilidades efectivas de conflicto entre normas, pero sí se debe considerar que el Derecho público, en el momento en que constata la existencia de antítesis e incompatibilidades, no debe permanecer inerte, sino intentar una composición²⁰⁸.

1.3. EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO Y EL PROBLEMA DE LA "RELATIVIZACION" DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Desde cuando se recurre al principio de equilibrio para determinar cuáles límites son admisibles, se va al encuentro de la acusación de una relativización. Por varios motivos, sin embargo, este reproche no parece idóneo para el tipo de equilibrio aquí propuesto.

1.3.1. La referencia al sistema objetivo de valores de la Constitución como tutela "absoluta" de los derechos fundamentales

Desde que se hace referencia a la Constitución como sistema objetivo de valores, desde que se respetan en este proceso las relaciones de complementariedad y condicionamiento subsistentes entre cada uno de los bienes constitucionales, no viene al caso asustarse por la tan temida relativización. Los bienes jurídicos con-

currentes con los derechos fundamentales, como los “derechos de terceros”, el Estado social, las leyes penales, esto es, las relaciones de supremacía especial, o aquellos bienes jurídicos cuyo contenido se determina colocándolos en una relación de reciprocidad, tienen un contenido bien definido. El reconocimiento del sistema de equilibrio en el cual encuentran disposición cada uno de los bienes constitucionales previene el riesgo de que uno solo de ellos tenga el predominio sobre los otros. La ya indicada interpretación de tipo “sistemático” es una garantía segura para la tutela de los derechos fundamentales, ya que si acaso resultase la violación de una parte suya resultaría arrastrado el orden integrado de la Constitución. Si es verdad que los derechos fundamentales son elementos constitutivos del sistema constitucional de los valores, este mismo vendría amenazado por la tan temida “relativización” de los derechos fundamentales. Desde que se parte de la idea de que la Constitución es un sistema de valores fundado sobre la libertad, los derechos fundamentales permanecen como valores de tal manera supremos para poderse imponer incluso sobre bienes jurídicos considerados comúnmente de rango superior. La composición de los intereses perseguida con el equilibrio entre los bienes jurídicos y el postulado de la función coordinadora de la Constitución son dos aspectos que tornan inmotivado cualquier temor en cuanto a una relativización de los derechos fundamentales. Cuando, en el proceso de equilibrio, se haga referencia a la “imagen del hombre” (*Menschenbild*) proporcionada por la *Grundgesetz*, cuando el alto valor de los derechos fundamentales halla su fundamento no tan sólo en el individuo, sino también en orden de la comunidad; cuando vienen tenidos en consideración la función social de los derechos fundamentales, su “relevancia para la vida social en su conjunto” y el resultado integral perseguido por la Constitución mediante la tutela de los derechos fundamentales, así como la adecuación necesaria entre derechos fundamentales y democracia liberal, los derechos fundamentales resultan protegidos del riesgo de una relativización. Dado que en el Estado social de Derecho la pretensión de libertad del individuo y la protección de la comunidad son «exigencias igualmente legí-

timas»²⁰⁹, no se tiene en particular ninguna relativización de los derechos fundamentales, por efecto de aquellos límites que hallan su fundamento en el artículo 20º de la GG. La igualdad de rango entre derechos fundamentales y garantía del Estado social comporta que el equilibrio, al cual se recurre repetidas veces para la resolución de conflictos, no conduce a una absolutización de las libertades fundamentales a expresar de la garantía del Estado social o viceversa. Es gracias a un equilibrio que se desarrolla bajo el signo de la libertad que la *Grundgesetz* se diferencia de la Constitución de Estados totalitarios, en los cuales «los reales o presuntos intereses del Estado tienen prioridad incondicionada respecto a la libertad individual del ciudadano»²¹⁰. Tanto en el fallo sobre las farmacias como en el fallo de Lüth, el Tribunal Constitucional Federal ha indicado en dos casos particulares, el modo en que se pueden evidenciar, por medio del equilibrio, las delimitaciones admisibles para los derechos fundamentales, sin incurrir en la acusación de relativización. Además, la exigencia, expresamente reclamada, para que los bienes constitucionales objeto de tutela deban ser individualizados a partir de un fundamento constitucional, tutelan los derechos fundamentales en la medida necesaria.

El escepticismo muchas veces demostrado en las confrontaciones sobre el principio de equilibrio²¹¹ no parece justificado ni siquiera si se vuelve la mirada a aquellos campos del Derecho en los cuales este principio es sin duda reconocido, y en los cuales siempre ha mantenido su propia relevancia para la determinación del contenido y de los límites del Derecho.

Como se sabe, este principio juega un rol eminente en el Derecho penal, que tiene como objetivo la tutela de los valores fundamentales de comportamiento ético-sociales²¹² y de los correspondientes bienes jurídicos. El equilibrio determina en este caso la relación entre la culpa y la pena²¹³. En la doctrina penal ha devenido un principio general²¹⁴. En este caso ha colaborado la decisión de la Sala Penal del *Reichsgericht* (Tribunal Supremo del Reich) 61, 242, en la cual este ha tomado como punto de referencia las valoraciones

de los bienes jurídicos operadas en el marco del Código penal alemán. Por esta vía el *Reichsgericht* (Tribunal Supremo del Reich) perseguía, en el ámbito del Derecho penal, una “consideración unitaria”, así como es aquí postulada para el campo del Derecho constitucional ²¹⁵.

En fin, también la jurisprudencia de la Corte Suprema para el Derecho civil ha experimentado la necesidad del equilibrio para la solución de los problemas de Derecho ²¹⁶. Asimismo, con referencia al derecho general de la personalidad la idoneidad del principio de equilibrio para la determinación del contenido y para la delimitación de este derecho ²¹⁷, reconociendo más o menos con pleno conocimiento que cualquier delimitación de un derecho, es al mismo tiempo, la determinación del contenido del derecho mismo y viceversa. Y por consiguiente, esta jurisprudencia no puede ciertamente ser acusada de haber relativizado el derecho de la personalidad u otros bienes jurídicos.

1.3.2. El carácter de norma constitucional de los derechos fundamentales como forma de tutela “absoluta” de los derechos fundamentales

La tan temida relativización de los derechos fundamentales aparece inmotivada si se reflexiona sobre el carácter de norma constitucional de las disposiciones en materia de derechos fundamentales. El legislador no puede crear una suerte de «segunda constitución» ²¹⁸ vía la legislación en el campo de los derechos fundamentales —ello sería contrario a la “lógica interna de la Constitución”—, de otro modo se trataría de una modificación material de la Constitución. El legislador no se puede sustituir a la Constitución. La tutela de los derechos fundamentales de ingerencias del legislador se funda sobre bases específicamente de Derecho constitucional. Se presenta entonces la cuestión de cómo debe entenderse la esencia constitucional específica de los derechos fundamentales.

La Constitución, elevando las libertades al rango de normas constitucionales, establece para el legislador la prohibición de privar

al derecho fundamental de su rango constitucional –por ejemplo, a través de la introducción de excepciones, como reservas de ley u otras normas constitucionales (expropiación, nacionalización, relaciones de supremacía especial). No por nada se trata de derechos fundamentales. El concepto mismo de Constitución incluye la exigencia de la garantía de la Constitución misma, vale decir una protección del legislador ordinario. Justamente en esto se encuentra su particularidad ²¹⁹.

El reconocimiento de tal prohibición inmanente a la Constitución presupone obviamente una concepción material de ésta: la Constitución como ley suprema ²²⁰, la Constitución como supremo sistema de valores que tiene un carácter fundamentalmente duradero ²²¹, que la distingue de la legislación ²²². Una Constitución de la cual no se podría evidenciar esta obvia prohibición, estaría en contradicción consigo misma. Los derechos fundamentales serían puestos, por así decir, fuera de la Constitución, como ha ocurrido a menudo durante el período de la República de Weimar ²²³. Tan solo la negación de la calidad específica de normas constitucionales de los derechos fundamentales ha podido conducir al afamado “vaciamiento” (*Leerlauf*) de los derechos fundamentales, al abuso de la función legislativa en el campo de los derechos fundamentales, así como a la perversión del principio de la reserva de ley. La Constitución no renuncia a esta calidad normativa, ni cuando estatuye específicas reservas de ley, ni en aquellos casos en los que la Constitución permite ulteriores límites a los derechos fundamentales a través del instrumento de la codificación. El hecho de que estas normas, que también delimitan los derechos fundamentales, no comporten y no puedan comportar una renuncia al rango constitucional de los derechos fundamentales en cuestión, y que por el contrario son más bien una “confirmación” de los derechos fundamentales, ha sido desarrollado en otra parte ²²⁴.

Para considerar mejor este aspecto, es fundamental partir de una diferenciación cualitativa y sustancial y no sólo formal ²²⁵, entre las leyes ordinarias y la Constitución. La Constitución puede ser un

orden supremo de valores sólo en el momento en que no puede ser abrogada por leyes de rango inferior. Su carácter de conjunto de principios destinado a durar en el tiempo subsiste sólo si ella no está sujeta a las cambiantes metas de la legislación ordinaria. La Constitución está en grado de ejercitar una función unificante y coordinadora sólo si no es puesta en discusión por el legislador ordinario. El sustancial carácter estático de la Constitución ²²⁶ no puede ser sacrificado en nombre de una legislación necesariamente más dinámica que la Constitución misma. Una teoría de la legislación debería hallarse en grado de demostrar que el "momento dinámico", que distingue la legislación de la Constitución, va justamente en beneficio de la Constitución misma, potenciando su eficacia. En cuanto la legislación consigue adaptarse a las necesidades cambiantes en el cuadro bosquejado por la Constitución, incluso si algunos desarrollos no le habían sido previstos por ella, la estabilidad de la Constitución resulta acrecentada.

Una ulterior garantía de los derechos fundamentales contra la temida relativización inducida del equilibrio resulta también de ulteriores. De la calidad constitucional de las normas sobre los derechos fundamentales resulta la tarea de los derechos fundamentales; por otra parte, la atribución de una obligación es una característica esencial de la normatividad de la Constitución ²²⁷. Justamente, vía el ejercicio individual de los derechos fundamentales se cumple una parte de ese «proceso de unificación hacia un orden unitario» ²²⁸ que caracteriza la normatividad del Derecho público. Esta no puede ser puesta en discusión por el legislador con sus intervenciones en el campo de las libertades. Al contrario, la fuerza normativa de la Constitución es una "tarea" (*Aufgegebenes*) ²²⁹ también para el legislador. El ciudadano y el legislador contribuyen, cada uno en su propio campo, a la realización del mismo objetivo. No se puede efectuar un equilibrio en modo tal que venga puesto en discusión este proceso de unificación hacia un orden unitario.

La cuestión acerca de eventuales contenidos iusnaturalistas de algunas normas constitucionales puede ser por ahora dejada abierta.

Encuentra espacio, por así decir, también en otro contexto. El punto de partida para la determinación de la relación entre la Constitución y la legislación debe ser la Constitución en cuanto tal, dado que ella no contiene tan solo normas de "Derecho natural" ²³⁰. La norma constitucional entendida en sentido material es un concepto amplio, en cuanto ella comprende figuras jurídicas e institutos de Derecho sea de origen iusnaturalista como histórico-tradicionales, o bien creados *ab ovo*. De tal modo, no se quita nada al Derecho natural, otorgando sin embargo, a la norma constitucional cuanto le corresponde. Se notará, como fuere, que una protección "absoluta" de algunas normas constitucionales de la acción del legislador no sólo es posible gracias a su rango de normas superlegislativas, sino que es francamente impuesta. No es raro que se alcancen por esta vía los mismos resultados ya obtenidos juntando la tentativa de proteger los derechos fundamentales de la acción del legislador, a su "especificación constitucional".

1.3.3. El carácter de regla y de principio de los derechos fundamentales, su pretensión de validez social y el postulado del nexo de coordinación entre ser y deber ser como garantía "absoluta" de los derechos fundamentales

La aplicación del principio de equilibrio no debe poner en discusión el carácter de regla y de principio (*Grundsatz -und Regelcharakter*) de los derechos fundamentales querido por la Constitución y ni siquiera su pretensión de operatividad social.

Todo derecho fundamental quiere ser "regla". El Derecho es una «realidad correspondiente a las reglas» (*«regelmäßige Wirklichkeit»*) ²³¹. Es propósito de una Constitución el que, por medio de la garantía de los derechos fundamentales, la normatividad se acompañe "paralelamente" a la normalidad ²³². Al legislador le está por eso impuesta, pues, la prohibición de pervertir un derecho fundamental hasta hacer excepción. Son entonces legítimos los muchísimos reenvíos al carácter de principio de los derechos fundamentales hechos ya en la época de la República de Weimar como actualmente ²³³.

Se debe, sin embargo, distinguir atentamente del carácter de regla y de principio de los derechos fundamentales la interrogante sobre si el legislador puede intervenir en este campo sólo excepcionalmente, o bien regularmente ²³⁴.

De la observación de la realidad social se puede deducir cuando un derecho fundamental ha sido privado de su carácter de regla. Tan sólo una corriente de pensamiento ²³⁵, según la cual la realidad social no es distinta de la norma, está en grado de determinar si una reglamentación legislativa priva a los derechos fundamentales de su carácter de regla. Los reflejos efectivos de una reglamentación legislativa en el campo de los derechos fundamentales son entonces relevantes para resolver la cuestión de la admisibilidad constitucional de ella, como ha sido reconocido claramente por el Tribunal Constitucional Federal en la jurisprudencia sobre la garantía del contenido esencial ²³⁶. Puesto que los derechos fundamentales quieren ser regla, la "efectividad" de la norma no es una característica extraña a su substancia; forma, más bien, sustancialmente parte de aquéllos. Tal efectividad no puede ser traída de fuera de la norma. Para el legislador que interviene en el campo de los derechos fundamentales, ello significa que él no puede privarlos de su capacidad de desplegar concretamente sus efectos ²³⁷. La norma que incluye el derecho fundamental quiere actuar en la realidad el objeto regulado en ella. La "fuerza normativa" de los derechos fundamentales se explica a través de la concreta aplicación y el efectivo ejercicio por parte de una pluralidad de titulares. Como, por otra parte, todo otro derecho, el derecho fundamental vive justamente gracias a su reivindicación y a su ejercicio, que lo hacen efectivo y lo actualizan. Los derechos fundamentales necesitan de esa constante actualización. Vienen esencialmente puestos "en ejercicio", ya que los individuos están efectivamente en grado de ejercitarlos. Los derechos fundamentales no deberían entonces perder su carácter concreto "concretividad" ²³⁸ y no deberían ser vaciados de sus "efectos prácticos" con una norma establecida por el legislador. El derecho fundamental debe ser mantenido «en correspondencia con la reali-

dad»²³⁹. Los derechos fundamentales no deben carecer de un «resultado efectivo». Al titular de los derechos fundamentales le debe ser permitida una «posibilidad realizable»²⁴⁰.

En este contexto también encuentran lugar las sugestivas metáforas de la prohibición de un “vaciamiento” (*Aushöhlung*), de un “estrangulamiento” (*Abschnürung*) de los derechos fundamentales, y la prohibición de su degradación y de su degeneración a *nudum ius*, a “pura forma”, a un simple derecho aparente, etc.²⁴¹. Así entendido, el postulado del carácter de regla y de principio de los derechos fundamentales no es un parámetro formal de medida²⁴². Se trata, más bien, de un carácter objetivo, que protege “de modo absoluto” los derechos fundamentales. La normatividad de estos adquiere a través del concepto de su normalidad una garantía absoluta.

Cuando no obstante se afirma el carácter de regla y de principio de los derechos fundamentales, esto no significa que ellos no estén privados de límites. El “principio de distribución” (*Verteilungsprinzip*) encuentra su base en la absolutización de la posición jurídica del individuo y en el concepto de la libertad como derecho individual, en la discutible suposición de un individuo “autónomo”, autosuficiente, aislado de la comunidad no inserto en ella ni en su Derecho, y para el cual la comunidad posee un carácter instrumental. Pero dicho principio no puede pretender en verdad tener validez para los derechos fundamentales²⁴³. La doctrina de la libertad –en principio– ilimitada del individuo no se puede sostener además en consideración de la “función social” de los derechos fundamentales, de las relaciones de complementariedad y de condicionamiento subsistentes entre estos y otros bienes constitucionales; y en atención al postulado del propósito asignado a la Constitución, de llegar a una “unificación hacia un orden unitario” (*Einigung zu einem Gesamtzustand*), una esfera de libertad sustancialmente ilimitada ya que pondría en discusión este proceso de unificación. Los derechos fundamentales no tutelan libertades “de por sí” ilimitadas²⁴⁴. La imagen del hombre de la *Grundgesetz*, caracterizada por la referencia

y por el vínculo del individuo a la comunidad (*Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit*) ²⁴⁵, prohíbe ver al individuo separado de la comunidad, del Estado y del Derecho. Precisamente este punto de vista se encuentra, por el contrario a la base de la doctrina de la libertad como esfera sustancialmente ilimitada. En definitiva, la validez de esta doctrina para la interpretación de la *Grundgesetz* puede ser puesta en discusión por aquella concepción de la libertad que se resume en el concepto de personalismo ²⁴⁶. En el Estado social de Derecho, la pretensión de libertad del individuo y la tutela de la comunidad son instancias "igualmente" ²⁴⁷ legítimas. Puesto que las garantías de las libertades no se colocan, con respecto al principio del Estado social como regla y excepción, sino como tesis y antítesis ²⁴⁸, que finalmente alcanzan una síntesis y un equilibrio, los límites puestos a los derechos fundamentales, sobre la base de la garantía del Estado social ²⁴⁹, no pueden ser degradados a excepciones. Ello con mayor razón en cuanto la garantía del Estado social, como parte constitutiva del cuadro integral de la Constitución, se encuentra inserta en una relación de condicionamiento con los derechos fundamentales. La libertad individual y el vínculo social se encuentran, entonces, en equilibrio entre sí ²⁵⁰. El vínculo con la comunidad no es una simple excepción. Los derechos fundamentales están sujetos a una instancia de "sociabilidad", sea que ella se justifique mediante el artículo 14º, inciso 2) GG ²⁵¹, sea que se la desprenda de la cláusula del Estado social. Las libertades fundamentales no son libertades que autorizan el albedrío ²⁵², sino libertades cuyo "correlativo" está dado por la responsabilidad ²⁵³, y que presuponen al hombre como un ser espiritual y moral, que asume un comportamiento responsable en las confrontaciones con la comunidad y con su prójimo. Los derechos fundamentales no son entonces, sustancialmente ilimitados, si bien están garantizados como principios-reglas ²⁵⁴.

De allí se deriva que los coasociados deben "generalmente" ²⁵⁵ permanecer en la condición de poder reivindicar su derecho fundamental. La mayoría de los coasociados debe tener la posibilidad de

actualizar el derecho fundamental con el ejercicio. El legislador debe cuidar de no transformar, con sus intervenciones, el "caso normal" en una excepción. El "caso normal" evidencial en este contexto, a causa de su referencia al concepto de norma, una relevancia normativa. El "resultado integral" que busca la Constitución por medio de la garantía de los derechos fundamentales no sería alcanzado si los derechos fundamentales fuesen pervertidos por excepción. La Constitución espera que, con la garantía de los derechos fundamentales, se alcance un *optimum* de este "resultado integral" al cual anhela, si todos se esfuerzan en hacer lo que es "justo" ²⁵⁶.

Solamente una consideración superficial podría hacer pensar que ésta sea una concepción de tipo cuantitativa. En verdad, la cantidad se transforma en calidad ²⁵⁷ tan pronto como un derecho fundamental deviene sólo una excepción en la vida social a causa de las intervenciones del legislador y cuando la "mayoría" de los coasociados no está más "reclutada" por la idea de los derechos fundamentales. Lo que puede ser logrado "objetivamente" por un derecho de libertad ²⁵⁸ significa justamente que puede ser realizado todavía con él "comúnmente".

Por medio del constante ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los coasociados se realiza esa normalidad conexas a la normatividad de la Constitución. De este modo, el individuo sirve de soporte a la Constitución, por así decir, "desde abajo". También gracias a él los derechos fundamentales se convierten en regla ²⁵⁹. Mediante el ejercicio individual de los derechos fundamentales, él contribuye sustancialmente a la realización de la función social de los mismos. La Constitución depende de la contribución activa de todo individuo, correspondiente al contexto social de cada cual. En todo caso, el individuo, a través del ejercicio individual de los derechos fundamentales, toma las decisiones que tienen relevancia para la comunidad ²⁶⁰. Todo juicio individual y cualquier acción individual poseen una dimensión social. Los derechos fundamentales son "derechos de realización" (*Gestaltungsrechte*) en el sentido más comprometido de la palabra. También el legislador debe esti-

mular este proceso siempre nuevo del “devenir en regla” (*Regelwerdung*) de los derechos fundamentales, que se funda en la Constitución misma ²⁶¹. El legislador debe crear los presupuestos a fin de que los titulares de los derechos fundamentales puedan cumplir su propia tarea, que consiste en favorecer una realización óptima del significado de “su” derecho fundamental, una tarea que, sin duda, es extraña a quien ve la esencia de las libertades fundamentales en la “libertad negativa”, tan sólo en contraposición con el Estado.

Si se conviene sobre el postulado del carácter de regla y de principio de los derechos fundamentales, entonces se satisface también la pretensión de validez social esgrimida por los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales están garantizados de manera “absoluta” por la actividad del legislador.

La doctrina del “*Regelcharakter*” [“carácter de regla”] de los derechos fundamentales y la exigencia de que los coasociados deban estar “generalmente” en grado de poder reivindicar su propio derecho pueden ser justificadas también partiendo del “nexo de coordinación” entre ser y deber. Hasta ahora este postulado ha sido tomado en consideración bajo el perfil de las condiciones de efectividad y de desarrollo de la esfera de operatividad del Derecho constitucional ²⁶², ahora, en cambio, él asume relevancia para la solución de la cuestión acerca de la admisibilidad de la intervención legislativa en el campo de los derechos fundamentales. A la norma del derecho fundamental, al deber ser de él (*Grundrechts-Sollen*), debe corresponder un “ser del derecho fundamental” (*Grundrechts-Sein*). En el campo de los derechos fundamentales ser y deber deben hallarse coordinados entre sí. El legislador obraría contra el “nexo de coordinación” entre ser y deber, ²⁶³ si privase a los derechos fundamentales de la normalidad. También al legislador está atribuída la tarea de favorecer una “eficacia optimizadora” ²⁶⁴ de la Constitución.

Como ocurre además para cualquier otra norma de Derecho, así también en el caso de los derechos fundamentales el legislador no puede privar de valor efectivo el alcance preceptivo que la Cons-

titución ha entendido asegurar. Por el contrario. El legislador puede y debe buscar incrementar la fuerza normativa de la Constitución, que está a su vez condicionada por las condiciones concretas de vida²⁶⁵. Debe hacer todo lo posible para favorecer la efectiva vigencia de las condiciones de vida encerradas en los derechos fundamentales.

La "función social" de los derechos fundamentales, la importancia de los mismos para la vida social "en su integridad", perseguida por la *Grundgesetz* a través de su garantía, adquiere en el presente contexto un interés particular: también ella impide una "relativización" de los derechos fundamentales. Al legislador no le está permitido amenazar la "función social" de los derechos fundamentales. No puede atacar el "funcionamiento poliédrico"²⁶⁶ de la libertad en la vida social ni el "resultado integral" al cual atiende la Constitución. Por el contrario, en la legislación en el campo de los derechos fundamentales el objetivo del legislador debe ser el de alcanzar, el *optimum* del significado de los derechos fundamentales para la vida social en su conjunto. Ello ocurre por medio de la elaboración y la "realización" de los derechos fundamentales²⁶⁷. Un equilibrio que tuviese que poner en duda la función social de los derechos fundamentales sería inconstitucional²⁶⁸. Privaría a los derechos fundamentales de su relieve constitutivo para el ordenamiento constitucional.

En la solución del problema cuando una normación legislativa en el campo de los derechos fundamentales está en contraste con el postulado de la función social de un derecho fundamental, recogido independientemente del Art. 19º, inciso 2), GG, parece relevante cuanto ya se ha sostenido a propósito del carácter de regla de los derechos fundamentales. Tan sólo si los derechos fundamentales son reglas, ellos pueden cumplir una función para la vida social en su conjunto. Con ello deviene actual, en primer lugar, la pregunta sobre cómo los derechos fundamentales y las correspondientes actuaciones legislativas se reflejan sobre las condiciones de vida social, qué efectos tienen desde un punto de vista "de hecho", "concreto"

y cómo se reflejan sobre el ordenamiento general de la sociedad. Los derechos fundamentales son correlativos a la realidad social. Su constante actualización en la esfera social del ser —que ocurre mediante el ejercicio individual de los derechos fundamentales de todos— deviene en una exigencia. En caso de que esta exigencia no fuere satisfecha, el reconocimiento de los derechos fundamentales como “valores supremos” sería poco real para el individuo y para la vida de la comunidad estatal ²⁶⁹. La normatividad de los derechos fundamentales debe ser considerada, en atención a su función social, desde el punto de vista de la realidad social a la cual los mismos hacen referencia. Con ello se debe incluir en la consideración normativa también «lo efectivo» («das Tatsächliche») ²⁷⁰. Para la definición del concepto de función social se extiende, por así decir, un “puente” entre el ser y el deber, el cual es también auspiciado por la doctrina que sostiene la correlatividad entre ser y deber y por la corriente de pensamiento institucionalista. Con el concepto de función social, además, se esclarece que la libertad constitucional del individuo se pone en marcha simultáneamente del todo.

Sin perjudicar, por lo tanto, el significado como derechos individuales de los derechos fundamentales y el principio de su arraigo en el individuo y en el valor de la personalidad, la comprensión de su función social favorece, sin embargo, su protección de la intervención del legislador, el que hace parecer injustificada la preocupación acerca de la tan temida “relativización”.

1.4. LOS LÍMITES ESENCIALES (INMANENTES) DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, EL “CONTENIDO ESENCIAL” DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO

Hasta ahora se ha indicado el camino para determinar el contenido y los límites de los derechos fundamentales. No se ha hablado, sin embargo, de los límites esenciales y del contenido esencial. Ahora ha llegado el momento de preguntarse qué cosa significan límites esenciales y contenido esencial de los derechos fundamentales y cómo pueden ser determinados.

1.4.1. La determinación de los límites esenciales (inmanentes) de los derechos fundamentales y el principio de equilibrio

Los límites de los “principios generales” son los límites esenciales de los derechos fundamentales. A la inversa, la reserva de los principios generales es inmanente a los derechos fundamentales. Ello significa, de un lado, que los límites esenciales admisibles, puestos a los derechos fundamentales, deben ser determinados mediante un equilibrio que tiene como punto de referencia el sistema objetivo de los valores de la Constitución; y de otro lado, que son admisibles tan sólo limitaciones esenciales de los derechos fundamentales. La caracterización de los límites de los “principios generales” admisibles como límites esenciales se impone, en cuanto los derechos fundamentales se encuentran insertos en una relación sustancial con el cuadro general de la Constitución y con cada uno de los bienes constitucionales ²⁷¹ y porque el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace en su esencia, referencia todo derecho fundamental. Si se evidencian los límites admisibles de los derechos fundamentales de la relación de reciprocidad subsistente entre los derechos fundamentales y los bienes jurídicos, que colocan límites a estos, y si se pone a cada bien jurídico en concurrencia con los otros bienes jurídicos, entonces se debe recurrir a una fórmula que haga evidente la relación más íntima posible (inmanente a la norma) entre los bienes jurídicos. A tal fin resulta apropiado el concepto de los límites inmanentes de los derechos fundamentales. El demuestra que la concretización de los límites admisibles de los derechos fundamentales no es un proceso que afecta los derechos fundamentales desde el exterior. Entre los derechos fundamentales y sus límites, o bien los bienes jurídicos tutelados por estos últimos, subsiste una íntima relación, que puede comprenderse tan sólo si se la distingue como “esencial” (*wesensmäßig*). Los límites esenciales de los derechos fundamentales indican al derecho fundamental el lugar que le corresponde desde el principio al interior del cuadro integral de la Constitución.

Semejante “*iter*” de pensamiento es del todo nuevo. El Tribunal administrativo federal define su cláusula de la comunidad (*Gemeinschaftsklausel*), caracterizada por el equilibrio entre los bienes, como una limitación inmanente ²⁷² que vive en todo derecho fundamental. También Ipsen considera este límite como inmanente a los derechos fundamentales ²⁷³. En su jurisprudencia más reciente, el Tribunal Administrativo Federal reconstruye, reiteradamente, límites inmanentes a un derecho fundamental, preordenados para la tutela de bienes jurídicos de rango igual o superior respecto al derecho fundamental mismo ²⁷⁴. La Corte de Casación Federal quiere llegar, con la jurisprudencia relativa a la garantía del contenido esencial –aun si no lo declara abiertamente– a una determinación de los límites esenciales de los derechos fundamentales, que adviene siempre vía equilibrio. El Tribunal Constitucional Federal reconstruye los límites esenciales de los derechos fundamentales en el fallo Lüth y en el fallo sobre las farmacias. Pero no señala estos límites de los derechos fundamentales por ella determinados como límites “inmanentes”. Es común a ambas Cortes el haber determinado los límites admisibles a los derechos fundamentales a través de un equilibrio. El Tribunal Constitucional bávaro también ha determinado dichos límites, en particular aquellos inherentes a la libertad de acción ²⁷⁵. Dicho tribunal sin embargo, no establece, expresamente que los límites inherentes al Derecho civil y al Derecho penal ²⁷⁶, pueden ser determinados mediante un equilibrio de los valores, si bien estos puedan individualizarse únicamente por esta vía. Con referencia al Derecho penal, ello ha sido demostrado por la doctrina del equilibrio, que ha operado en la interpretación de los principios generales en el tema de la libertad de opinión ²⁷⁷; el Tribunal Constitucional Federal lo ha reconocido con referencia a la relación entre derechos fundamentales y ordenamiento del Derecho privado ²⁷⁸. Derecho penal es tutela de los bienes jurídicos. Tutela de los bienes jurídicos que tienen rango igual o superior a los derechos fundamentales. Lo mismo vale para el Derecho civil. También en este caso resultan tutelados bienes jurídicos específicos.

En doctrina, los límites inmanentes, a menudo, vienen determinados por medio del equilibrio. Se recordará la elaboración por Kaufmann de los límites inmanentes a la propiedad y a la libertad de opinión ²⁷⁹, y; aún en el tema de la libertad de opinión, la reconstrucción por Noltenius de las limitaciones de los principios generales, vía el equilibrio de los valores, y entendidas como “límites inmanentes” de este derecho fundamental ²⁸⁰.

A Hamel pertenece el mérito de haber determinado los límites esenciales de los derechos fundamentales en general por medio del equilibrio ²⁸¹. Obviamente él no los identifica empero con las limitaciones de los “principios generales”. Además, los límites admisibles de los derechos fundamentales, vienen a menudo determinados por medio de un equilibrio, que se distingue de aquel aquí propuesto, porque no está regido por el explícito reconocimiento que por esta vía vienen definidos los límites esenciales de los derechos fundamentales.

En el proceso de determinación de los límites inmanentes de los derechos fundamentales, deben seguirse los criterios que ya han sido señalados con atención para determinar el contenido y los límites de los derechos. Los límites inmanentes deben ser definidos individualmente para cada derecho. Es “nueva” tan sólo la circunstancia de que los límites admisibles vengan definidos como inmanentes: ello vale sobre todo, para los límites preordenados para la tutela de aquellos bienes jurídicos contenidos en específicas reservas de ley que delimitan la libertad individual sobre la base de la función social de los derechos fundamentales. Señalamos en fin, sólo el hecho de que esta doctrina de la inmanencia viene reforzada y postulada por la tesis de la “conurrencia” (*Ineinanderstehen*) entre Derecho y libertad. Este último argumento, por el cual todos los límites admisibles serían inmanentes a los derechos fundamentales, se examina más de cerca en otro lugar ²⁸².

Para la determinación de los límites inmanentes a los derechos fundamentales es necesario un equilibrio entre bienes y esto requie-

re una alta sensibilidad para los "equilibrios" (*Balancen*, Hauriou), que son un tema recurrente en el Derecho constitucional-, un equilibrio entre bienes, que tiene en consideración al mismo tiempo el postulado de "la relevancia de los derechos fundamentales para la vida social en su conjunto" y el carácter de norma constitucional y de regla de los derechos fundamentales.

No es admisible una ley que restrinja un derecho fundamental más de lo que sea necesario para la tutela de bienes jurídicos de rango igual o superior, pero no obstante que los bienes jurídicos no son enumerados de manera exhaustiva en cada uno de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución. No está permitido al legislador adelantarse en el campo "absolutamente" tutelado por los derechos fundamentales; esto es circunscrito por los límites esenciales, con el objetivo de poner límites ulteriores. Una "variabilidad" del campo de los derechos fundamentales nace naturalmente del hecho de que, a menudo, el legislador no se impele a avanzar hasta encontrar efectivamente los límites esenciales de los derechos fundamentales, y que no siempre se encamina a la tutela de todos aquellos bienes jurídicos que tienen un fundamento constitucional. Por consiguiente, a la libertad individual casi siempre se le deja más espacio del que le corresponde sobre la base de la Constitución misma. En conclusión, no todos los límites esenciales de los derechos fundamentales vienen concretizados verdaderamente por el legislador. Este no siempre agota a fondo los propios poderes ²⁸³, una intuición que debe haber sido percibida por los exponentes de la teoría absoluta del contenido esencial, que creen que el "límite" del contenido esencial es alcanzado tan sólo excepcionalmente ²⁸⁴.

Cuanto se ha dicho debe ser posteriormente aclarado. Se pueden postular como hipótesis muchas leyes penales, que también serían admisibles constitucionalmente, en cuanto ellas operarían en tutela de bienes jurídicos de rango igual o superior respecto a los derechos fundamentales y que todavía no han sido puestos en práctica. En casi todas las numerosas leyes emanadas cada año, sea

a nivel federal como a nivel de cada *Länder*, se han previstos disposiciones finales que contienen sanciones penales. En este caso el legislador hace uso, paso a paso, de los propios poderes. De otro lado, leyes más antiguas, que contienen limitaciones a la esfera de las libertades, cuando así tratan de legitimarlas a través del equilibrio, resultan infundadas. A las necesidades nuevas que se presentan puede hacerse frente en el cuadro de la Constitución vía la emanación de leyes apropiadas gracias al carácter de cláusulas generales de las normas constitucionales. Algo semejante puede ser demostrado con referencia al Derecho privado. Entre los conciudadanos tiene lugar constantemente *ab ovo* una composición entre los intereses y una recíproca delimitación de los derechos en base al principio de equilibrio entre los bienes ²⁸⁵. El Derecho privado pertenece a aquella "esfera social" a la que hace mención el Tribunal Constitucional Federal, una esfera en la que debe tener lugar constantemente un «equilibrio y una ponderación» entre los derechos concurrentes en base a su grado de merecimiento de la tutela" (*«Ausgleich und eine Abwägung der einander entgegenstehenden Rechte nach dem Grade ihrer Schutzwürdigkeit»*) ²⁸⁶. Para los derechos fundamentales esta valoración de los bienes jurídicos es relevante en cuanto se refleja sobre el ordenamiento del Derecho privado, que, a su vez, debe hacer referencia a los derechos fundamentales ²⁸⁷. El Derecho civil delimita muchos derechos fundamentales, la libertad de opinión y la libertad contractual, la propiedad y el derecho sucesorio, el matrimonio y la familia: un lugar común que debe sin embargo ser subrayado sólo en cuanto él que evidencia el equilibrio entre bienes. En este contexto, empero, el legislador, sin duda, no habrá regulado todos los límites esenciales y admisibles de los derechos fundamentales.

Esta variabilidad no significa, sin embargo, que el titular de los derechos fundamentales se mueva en un espacio vacío de Derecho en los casos en los cuales le queda más libertad de lo que le corresponde constitucionalmente. Ello evidencia sólo que en el caso de concretización de los límites esenciales de los derechos fundamen-

tales, a la esfera de la libertad no se le sustrae nada de cuanto corresponda a su núcleo esencial.

Se deben distinguir aquellos casos en los que subsiste una necesidad actual de tutela de un bien jurídico, pero en los cuales el legislador no recurre a su facultad de poder fijar límites a los derechos fundamentales, de aquellos casos en los que tal actualidad no subsiste. En este último caso, los límites esenciales se desvían, por así decir, "hacia el exterior"; en otras palabras, el campo delimitado por los límites esenciales se amplía, puesto que no puede tener lugar ningún equilibrio legítimo entre los bienes.

Durante las situaciones de emergencia, que deben ser distintas del estado de emergencia ²⁸⁸, vale lo que sigue: las situaciones de emergencia justifican limitaciones de los derechos fundamentales más severas que durante los períodos normales ²⁸⁹. No obstante ello, sin embargo, en ambos casos las limitaciones admisibles de los derechos fundamentales deben ser esenciales. En situaciones de emergencia, el conflicto entre bienes jurídicos tiene diversa naturaleza. Aquí subsiste un baremo "variabilidad" del área de los derechos fundamentales, que se distingue netamente de aquella anteriormente descrita. Cuando el artículo 13º GG prevé en el inciso 3) una limitación al derecho a la inviolabilidad del domicilio para resolver una situación de escasez de habitaciones, entonces se trata en este caso de un límite ²⁹⁰ del derecho fundamental, que es considerado "esencial" tan sólo mientras persiste dicha escasez ²⁹¹. Lo mismo vale para la propiedad, a la cual puede serle atribuída en períodos de crisis un contenido variable en fuerza de la cláusula que consiente en imponerle a ella obligaciones conexas a su función social (Art. 14º GG).

Por motivos válidos no se habla de "barreras", sino de "límites" inmanentes de los derechos fundamentales: se quiere eliminar todo recuerdo de aquella concepción que configura como admisibles límites "desde el exterior" a los derechos fundamentales ²⁹². Obviamente, en doctrina y en la jurisprudencia se habla no sólo de "ba-

rreras" (*Schranken*)²⁹³, sino también de "restricciones" (*Beschränkungen*) y de "limitaciones" (*Einschränkungen*)²⁹⁴ en relación a los límites inmanentes de los derechos fundamentales. La Corte de Casación Federal sin embargo ha superado en algunos casos una concepción basada en la "idea de la intervención" estatal (*Eingriffsdenken*)²⁹⁵. El legislador, que concretiza en el campo de los derechos fundamentales los límites esenciales, positiviza los límites que ya existían desde el principio. Tan sólo este "desde el principio" (*von vornherein*) ilumina la naturaleza de los límites esenciales de los derechos fundamentales: no aparecen como límites aportados sucesivamente y desde el exterior al derecho fundamental. Los derechos fundamentales están delimitados desde el principio por aquellos bienes jurídicos de rango igual o superior que gozan igualmente de reconocimiento constitucional. La concretización de los límites, y ello vale también para las reservas especiales de ley, no es un proceso que afecta los derechos fundamentales "desde el exterior". Los derechos fundamentales están tutelados desde el principio por límites inmanentes al conjunto sustancial del sistema constitucional de los valores. Este "desde el principio" se contrapone particularmente, a aquella concepción que parte originariamente de una libertad "absoluta", ilimitada, que sería sin embargo en seguida corregida por algunas "limitaciones" en el sentido de una concesión o de una simple "corrección" preordenada para satisfacer cualquier carencia o cualquier necesidad externa. Esta concepción desconoce que el individuo y la comunidad poseen un valor propio, que se realiza de manera óptima por medio de la recíproca correlación; ella ignora que el individuo es de siempre parte de la comunidad y "del Derecho", que el individuo necesita de la comunidad para el pleno desarrollo de su personalidad, y que, a la inversa, la comunidad está ordenada en función de esta personalidad que se desarrolla libremente. Este "desde el principio" expresa que los derechos fundamentales explican su propia función tan solo mientras no violan ni amenazan bienes jurídicos de rango igual o superior²⁹⁶, y que, mediante la concretización de límites "esenciales", no resultan privados de cuanto le corresponde "de por sí". Se hace entonces evi-

dente que resultan regulados los límites “internos” a las libertades y que la actividad del titular de los derechos fundamentales viene circunscrita por límites que existen “desde el inicio”, “desde el principio” en el interior del sistema de la Constitución misma ²⁹⁷. Los derechos fundamentales están garantizados “tan sólo” en el ámbito de sus límites inmanentes.

El legislador, al concretizar los límites inmanentes a los derechos fundamentales, no vulnera estos últimos, no los “relativiza” ²⁹⁸; más bien los refuerza y los garantiza, o antes bien los “determina”. Los límites inmanentes son una “consecuencia” del concepto de derecho fundamental. En esta labor de concretización, el legislador no regula un derecho que se coloca en contraste con el sistema de los derechos fundamentales; más bien da ejecución a estos últimos; un motivo suficiente para levantar la interrogante, a la cual ya ha sido dada una respuesta anteladamente, de si el legislador “interviene” legítimamente para mellar la libertad y la propiedad: una interrogante que puede ser resuelta de modo correcto, o bien negativamente, tan sólo por quien tiene bien claro que las libertades y el Derecho, y por consiguiente también el derecho establecido por el legislador al fijar límites a los derechos fundamentales, van juntos. Los límites esenciales de los derechos fundamentales forman parte de la esfera de lo “normativo”, así como también toda otra norma constitucional. No se les entiende correctamente, si no se pone en primer plano el componente existencial de ellos ²⁹⁹. Tales límites se encuentran con tal motivo insertos, como corresponde a su cualidad de norma jurídica, en una “correlación” con las condiciones efectivas de vida. En fin, los límites a los derechos fundamentales, para determinarse en el modo descrito, tienen carácter inmanente también en el caso de los derechos fundamentales recibidos *ex novo* en la Constitución ³⁰⁰.

1.4.2. El contenido esencial de los derechos fundamentales y el principio del equilibrio

Es una característica del contenido esencial de los derechos fundamentales (corresponde a su “telos”) el hecho de que ellos

resulten delimitados respecto a bienes jurídicos de rango igual o superior; es decir, a través de los límites inmanentes que circunscriben el contenido esencial, según el principio de equilibrio. Los límites inmanentes son aquellos que corresponden al contenido esencial ³⁰¹, o bien lo comprenden ³⁰².

También en esta formulación encuentra una adecuada expresión la íntima y sustancial relación en la cual se hallan insertos los derechos fundamentales respecto a la Constitución en su conjunto, y respecto a los bienes particulares colocados al interior de la totalidad del sistema constitucional de los valores. En relación a una perspectiva, la cual, desde el principio, no es característica del contenido esencial de los derechos fundamentales que otros bienes jurídicos pueden ser vulnerados ³⁰³, ella tiene la ventaja de que estos bienes no vienen aislados del contenido esencial ³⁰⁴. Ella aclara que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es un elemento que puede ser desprendido “de por sí” e independientemente del conjunto de la Constitución y de los otros bienes reconocidos como merecedores de tutela al lado de los derechos fundamentales –ellos son omitidos por la teoría “absoluta” del contenido esencial–, y que el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites, que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad ³⁰⁵. Esta perspectiva aclara, además que la determinación del contenido esencial aquí propuesta sería insuficiente, cada vez que se la definiese simplemente como “interpretación del contenido esencial por medio del equilibrio”: se recuerda una vez más el postulado de la relevancia de los derechos fundamentales para la “vida social en su conjunto”, el postulado del carácter de regla de los derechos fundamentales y la relevancia de las sugestivas metáforas usadas por la teoría absoluta del contenido esencial, y se da a entender enseguida el carácter de *institutio* de los derechos fundamentales.

Esta “transferencia hacia el interior” (*Hineinverlagerung*; inclusión) de los límites admisibles a los derechos fundamentales, o bien la inclusión de bienes jurídicos en el contenido esencial de los derechos fundamentales, es el segundo método para comprender concep-

tualmente la relevancia del principio de equilibrio para la determinación de los límites y del contenido de los derechos fundamentales. A esta transferencia hacia el interior se hace recurso ora literalmente, ora objetivamente; el reconocimiento de Gierke de que los derechos tienen «en sí mismos» barreras (mejor dicho; límites) implícitas es un paso precoz y decisivo hacia esta concepción ³⁰⁶.

Según Peters ³⁰⁷, forma parte de la esencia misma de la libertad el que ésta venga delimitada en relación a fines más altos. Ya que los derechos fundamentales tutelan la libertad en las diferentes esferas de la vida, Peters se aproxima a fin de cuentas mucho a la transferencia hacia el interior aquí propuesta. A una similar concepción de la libertad puede adherirse obviamente tan sólo quien no deduce de la *Grundgesetz* la libertad como albedrío, sino una libertad cuyo correlato es la responsabilidad; tan sólo quien no ve la esencia de la libertad en la libertad negativa (sólo en el sentido de “libertad de”), sino en una libertad positiva (en el sentido de “libertad hacia”). En el cuadro de tal concepción de la libertad es coherente considerar como esencia de las libertades constitucionales el hecho de que ellas sean delimitadas a favor de “fines” (mejor dicho; “contenidos sustanciales”, *Sinngehalte*) de rango igual o superior. La “imagen del hombre” proporcionada por la *Grundgesetz* exige una similar concepción de la esencia de la libertad.

El Tribunal Administrativo Federal expresa muy claramente la “*Einbeziehung*” (“inclusión”) de la cual aquí se discute, cuando, por ejemplo, en el caso de la libertad de elección de profesión, valora si la tutela de bienes de rango igual o superior será allí “incluida” desde el principio ³⁰⁸.

En la doctrina, la interpretación del contenido esencial de Hamel se acerca mucho a la aquí propuesta. Cuando Hamel considera inmanentes al contenido esencial todas las restricciones admisibles ³⁰⁹, pero tiende a individualizar a un tiempo, por medio del equilibrio, para la tutela de cuales bienes un derecho fundamental pueda ser delimitado, entonces también él ha recurrido objetiva-

mente a la “transferencia hacia el interior” de los límites de los derechos fundamentales en el contenido esencial, así como se ha propuesto ahora. Ello es particularmente evidente en la construcción, que él sugiere, de una relación de correspondencia entre bienes jurídicos de rango superior ³¹⁰ y el contenido esencial de los derechos fundamentales, como también en la justificación de las “limitaciones de las restricciones” sobre la base del “telos” de los derechos fundamentales, y todavía cuando él define los límites no escritos como “partes del contenido esencial”, y en fin, cuando él observa que, a continuación de la “determinación inmanente” de un derecho fundamental, éste se pone en un segundo plano respecto a los valores que tienen prioridad en el ámbito de la comunidad ³¹¹.

Si se considera con atención este acercamiento a la determinación del contenido esencial, entonces ello significa, por ejemplo, que el Derecho penal vigente es parte integrante del contenido esencial ³¹²: es decir, no existe un derecho fundamental que no sea delimitado por el Derecho penal según su contenido y sus características. Hasta la libertad de opinión encuentra límites en el Derecho penal. También el Derecho civil forma parte, en este sentido, del contenido esencial de los derechos fundamentales. Aquel que ve el Derecho penal como un límite sustancial de la libertad puede seguir, sin duda, este razonamiento. Por otra parte, él debería sorprender tan sólo a primera vista: el Derecho penal protege constantemente uno o más bienes que son constitutivos para el conjunto de la Constitución, y por eso también para los derechos fundamentales. Tutela a menudo directamente aquellos valores que son objeto del derecho fundamental en cuestión. El Derecho civil, por el contrario, es “ejecución” y delimitación de derechos fundamentales, como por ejemplo la libertad general de acción, la libertad contractual, el matrimonio y la familia. Forma parte de la esencia de estos derechos fundamentales.

Esta “transferencia hacia el interior” significa, además, que los bienes jurídicos señalados en las reservas de ley son parte integrante del contenido esencial del derecho fundamental; pero, a este pro-

pósito, se debe observar que estas reservas no hacen siempre referencia de manera exhaustiva a los bienes jurídicos de rango igual o superior respecto a un derecho fundamental ³¹³.

Por medio de la determinación de los límites esenciales y por eso, de los límites de los “principios generales”, se configura el contenido esencial de los derechos fundamentales, ya que los límites inmanentes lo abarcan. Debe entonces ser determinado según los principios expuestos en los capítulos precedentes. En su jurisprudencia relativa a la libertad de obrar y a los límites inherentes a ella, el Tribunal Constitucional bávaro ha delimitado el contenido esencial de este derecho, obviamente en relación al Derecho penal y civil. El equilibrio al cual recurre el Tribunal Constitucional Federal en el fallo Lüth, y cuyo bosquejo había sido prefigurado por Smend y por Kaufmann, conduce a la determinación del contenido esencial de la libertad de opinión. En el caso del fallo sobre las farmacias, viene en cambio indicado el camino para alcanzar a definir el contenido esencial de la libertad de elección de la profesión ³¹⁴. Kaufmann y el Tribunal Constitucional bávaro configuran, mediante la determinación de límites inmanentes, el contenido esencial del derecho de propiedad.

La inclusión de bienes jurídicos de rango igual o superior tiene en fin algunas otras implicaciones. Los conflictos, que parecen a menudo necesidades urgentes que presionan desde el exterior sobre un Derecho fundamental, se resuelven por así decir “en el interior” del Derecho mismo. Con ello, sin embargo, no se quiere subvaluar la seriedad de estos conflictos; y no se debe ni siquiera hablar de una tentativa de “armonización” de los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos que los delimitan. Si con tal motivo se resuelve el conflicto en consonancia con la Constitución, entonces no se quita a la libertad fundamental nada de lo que le corresponde en su esencia. Se trata de una determinación de los límites de los derechos fundamentales “a partir del interior” (*von innen her*), vale decir, “de los límites que son implícitos a la esencia misma del derecho fundamental” ³¹⁵.

“En el contenido esencial” de los derechos fundamentales están comprendidos, por ejemplo, también el principio del Estado social, los derechos (fundamentales) de los otros y las leyes penales. Los “contenidos esenciales” de cada uno de los bienes constituciones no están desvinculados entre sí; más bien se determinan recíprocamente ³¹⁶.

En el contenido esencial está comprendida también la tutela de bienes que poseen rango igual o superior. Hablando con metáforas: en el contenido esencial de los derechos fundamentales se refleja la totalidad del sistema constitucional de los valores. Tal concepción consiente reconocer que la necesaria ponderación entre los intereses, en caso de obtenerse por medio del equilibrio, no ocurre atribuyendo al menos una precedencia a bienes jurídicos heterogéneos respecto al derecho fundamental, sino que ocurre porque los bienes reconocidos merecedores de tutela se encuentran en el contenido esencial de los derechos fundamentales mismos; este equilibrio entre los intereses, por tanto, hace evidente la constelación de valores en que se hallan insertos los bienes constitucionales ³¹⁷. A estos resultados debe llegar en todo caso una interpretación que reconozca una relación inmanente a las normas entre cada uno de los bienes constitucionales; una interpretación que considere el principio del equilibrio como un principio inmanente a la Constitución, que parta del presupuesto de que cada uno de los bienes constitucionales es un elemento constitutivo del conjunto y delimitado contextualmente por otros elementos igualmente constitutivos, y que tome en consideración, en fin, las relaciones de complementariedad y de condicionamiento precedentemente expuestas ³¹⁸.

La doctrina de Hamel sobre los bienes jurídicos, que preceden el contenido esencial del derecho fundamental con arreglo a una determinación de él fundada sobre un criterio de “inmanencia”, es una tentativa para alcanzar a dominar los conflictos que se desarrollan “al interior” de los derechos fundamentales. Que ello no sea logrado terminológicamente depende en último análisis del hecho de que los bienes jurídicos que poseen rango igual o superior son

determinados a través de una interacción; pero Hamel, obviamente, no lo dice expresamente. Esta interacción significa, de un lado, que se debe considerar como característica del contenido esencial de los derechos fundamentales el hecho de que ellos sean delimitados respecto a los bienes jurídicos de rango igual o superior, y de otro, que, mediante este equilibrio de los valores, se determine el contenido esencial mismo, y que dos grandezas "consideradas" fijas dependan, "relativizándose", recíprocamente, de grandezas absolutas. Por consiguiente, tan sólo a través de una reflexión sobre los "contenidos esenciales" de los otros bienes constitucionales, se puede determinar lo que reingresa en el contenido esencial de un determinado derecho fundamental. Si se resuelve de tal modo el conflicto entre más derechos fundamentales entre sí, o entre estos y las "las relaciones de supremacía especiales", como también el conflicto entre los derechos fundamentales y los derechos de terceros, entonces se determina contextualmente el "contenido esencial" de los bienes constitucionales que están en discusión.

Ello vale también para la más remota jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal relativa a la *Gemeinschaftsklausel*. Si esta Corte considera, de un lado, como quintaesencia, pero también como contenido esencial de los derechos fundamentales, la inadmisibilidad del ejercicio de estos en el caso de una amenaza a los bienes reconocidos esenciales para la existencia de la comunidad, y si, de otro lado, ve en ello un *vulnus* admisible del contenido esencial de los derechos fundamentales³¹⁹, entonces se puede decir que la Corte ensaya convertirse en dueña de la citada interpretación, aunque de manera terminológicamente no lograda. Como fuere, el campo de aplicación de esta cláusula es limitado, en cuanto, según su contenido literal, son considerados tan sólo los bienes jurídicos creídos esenciales para la existencia de la comunidad y no aquellos tutelados constitucionalmente, y por eso ni siquiera los derechos fundamentales³²⁰.

En doctrina, los límites admisibles de los derechos fundamentales vienen determinados a veces para cada uno, otras veces para

todos los derechos fundamentales, partiendo del contenido esencial o de la naturaleza de los derechos fundamentales mismos. Una total «transferencia hacia el interior» de los límites admisibles se verifica en Maunz ³²¹, cuando, considerando el “derecho natural del hombre” a unirse en matrimonio y a formar una familia, opina que el Estado puede delimitar este derecho tan sólo por motivos extremadamente graves implícitos “en la naturaleza” misma de la familia y del matrimonio (consanguinidad). La interpretación de Maunz sobre los derechos fundamentales en cuestión es, al mismo tiempo, un ejemplo de una concepción en términos de *Schrankendenken*, repetidamente criticada, en cuanto el Estado no obra de manera “delimitante” en el verdadero y exacto sentido de la palabra (desde el exterior), cuando él coloca los límites partiendo de motivos implícitos “en la naturaleza” del matrimonio y de la familia. La transferencia hacia el interior de los límites admisibles, esto es, con cuidado a la esencia misma de los derechos fundamentales, puede ser observada todavía en el pensamiento de E. R. Huber ³²². Así consta cuando él sugiere que todas las libertades fundamentales constitucionales no serían ilimitadas, sino delimitadas para determinadas reservas correspondientes a “su naturaleza” y a su reglamentación constitucional. Y enunciaciones similares también se encuentran en la doctrina actual ³²³ y hasta en aquella que se remonta al período de la República de Weimar ³²⁴.

Con referencia a la “transferencia hacia el interior”, se podría decir que en el derecho fundamental “en cuanto tal” ³²⁵ está implícita la tutela de bienes jurídicos de rango igual o superior, aunque no se pueden eliminar las dudas relativas al concepto, poco asible y un poco desteñido, de derechos fundamentales tutelados “en cuanto tales” ³²⁶.

En el equilibrio al que se hace aquí referencia para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales, no se quiere empero desconocer que el contenido esencial de un derecho fundamental es algo sustancial. En efecto, el contenido esencial no pierde la “sustancialidad”, si es determinado con referencia a otros bienes

jurídicos poseedores de rango igual o superior, porque estos bienes jurídicos también poseen una sustancia que debe ser determinada. La interacción entre cada uno de los bienes constitucionales no los priva de su sustancia; al contrario, más bien conduce a ésta. Desde el punto de vista de la perspectiva mencionada, que aspira a negar la tesis de que el equilibrio configuraría una "relativización" de los derechos fundamentales, una crítica semejante no está más permitida.

La elección entre teoría "absoluta" o "relativa" del contenido esencial resulta ser entonces una alternativa tan solo aparente. Si se considera la determinación del contenido y de los límites de los derechos fundamentales, la definición de sus límites y de su contenido como esenciales, en tal caso es evidente que han sido utilizados los resultados de ambas teorías. Por medio del modelo de equilibrio aquí propuesto, es, sin duda, tomada en consideración la aspiración de la teoría absoluta del contenido esencial, que consiste en mandar excluir una relativización de los derechos fundamentales. Lo que es considerado ser el "núcleo" ³²⁷ intocable de la libertad de acción o bien de la libertad contractual es aquel campo en el cual, sin sombra de duda, no existen más bienes de rango igual o superior que puedan delimitar legítimamente estos derechos fundamentales. Ya en relación a la pretensión de atribuir el carácter de regla a los derechos fundamentales, ha sido mencionada la relevancia de las sugestivas metáforas empleadas por la teoría absoluta del contenido esencial. Además, la aspiración de fondo de esta doctrina es tomada en consideración todavía bajo una serie de otros puntos de vista: mediante el postulado del significado de los derechos fundamentales para la vida social en su conjunto, significado resguardado de la acción del legislador; la instancia por la cual los ciudadanos deberían estar "generalmente" en grado de poder reivindicar los propios derechos fundamentales; el referirse el equilibrio a la Constitución como sistema objetivo de los valores; la reflexión sobre el carácter de norma constitucional de los derechos fundamentales y la coordinación correlativa entre ser y deber, como también la pre-

tensión de validez social de los derechos fundamentales y, en fin, el postulado por el cual los derechos fundamentales están tutelados "como institutos".

En base a estos principios, los derechos fundamentales están protegidos de las intervenciones del legislador, sea que ellas aparezcan legitimadas por la cláusula del Estado social, o sea que ellas sean funcionales "a relaciones de supremacía especial", o bien sobre la base de otras autorizaciones para delimitar los derechos fundamentales. Con ello hemos respondido a la problemática relativa al campo de aplicación ³²⁸ de la garantía del contenido esencial, o a la cuestión tocante a la tutela de los derechos fundamentales contra la acción legislativa en base a las diversas cláusulas constitucionales de legitimación: los principios, que nos conducen a la determinación del contenido esencial, encuentran aplicación en todo caso en la actividad del legislador frente a los derechos fundamentales.

El equilibrio aquí propuesto no comporta pues renuncia alguna a importantes consecuencias de la teoría absoluta del contenido esencial y a sus objetivos. Este equilibrio permite tutelar de manera "absoluta" el campo de las libertades fundamentales, sobre la base de la indagación sobre un conjunto de valores, sin que ello comporte un aislamiento ³²⁹ de los derechos fundamentales de los otros bienes constitucionales o una exclusión recíproca entre estos. Sobre todo es posible ahora, contrariamente a lo que ocurría con referencia a la teoría absoluta ³³⁰ del contenido esencial y a la más antigua jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal ³³¹, interrogarse sobre las razones y sobre los motivos que están en la base de la delimitación de un derecho fundamental y atribuir al principio del equilibrio su rol de primera importancia para la determinación del contenido y de los límites de los derechos fundamentales, un rol correspondiente al carácter "inmanente a la Constitución" de este principio. Ello se impone sobre todo con referencia a la tesis de Hauriou, por la cual las libertades individuales deben ser a veces limitadas a causa del interés superior de la libertad, y frente al hecho de que todos los bienes que colocan límites admisibles a los derechos

fundamentales poseen directa o indirectamente un carácter de tutela de las libertades fundamentales y son al mismo tiempo una condición de estas libertades.

El resultado de un equilibrio semejante es el campo «absolutamente» tutelado de los derechos fundamentales, o bien es aquello que debe «quedar»³³² de un derecho fundamental. El Tribunal Constitucional Federal ha circunscrito este campo en el fallo Lüth como en el fallo sobre las farmacias. No se conocen otros puntos de vista que delimiten ulteriormente los derechos fundamentales. Por cuanto puedo conocer en la literatura no ha sido adelantada, una razón, en ningún caso la objeción por la cual en estos fallos habrían sido relativizados los derechos fundamentales. Naturalmente, el término “absoluto” no debe inducir en el error de pensar que el derecho fundamental se encuentre inserto en la Constitución de manera no mediata; él ha sido en verdad determinado a partir del sistema de coordenadas del cuadro integral de la Constitución.

Entonces, ni siquiera la confrontación entre derechos fundamentales tutelados de manera absoluta o relativa, que había tenido tanto éxito durante el período de la República de Weimar³³³, es más sostenible. Todos los derechos fundamentales están tutelados de manera “absoluta” en un ámbito que debe ser determinado por medio de un equilibrio de bienes, y esto en las confrontaciones con cualquier ley, no importa en qué disposición constitucional ella encuentre su fundamento. Que esta tutela tenga lugar sin recurrir al artículo 19º, inciso 2), GG será un modo de demostrar en seguida el carácter declarativo de esta disposición.

La determinación del contenido esencial aquí propuesta está pensada como tentativa de vincular entre sí los objetivos y los resultados sustanciales de la teoría absoluta y de la así llamada teoría relativa del contenido esencial³³⁴. Se quiere demostrar que no raras veces las “teorías”, que se contraponen de manera inconciliable desarrollan puntos de vista que no se excluyen absolutamente, y que, por el contrario, pueden ser a menudo reconducidas a una

conciliación *non modo sed etiam*, un hecho ciertamente no único en las disputas jurídicas. Seguramente no ha sido dada con ello una “solución patentada” para la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales y, con buen derecho, se puede francamente dudar de la existencia de una solución semejante. No se pueden ni aún excluir las dudas en mérito a la “practicidad” de la solución aquí perfilada. Se recuerda como fuere, que ella ha sido varias veces puesta a prueba por la jurisprudencia de altas instituciones jurisdiccionales como el Tribunal Constitucional bávaro, la Corte de Casación Federal, el Tribunal Administrativo Federal y el Tribunal Constitucional Federal.

1.5. EL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD

El principio de la proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*), que deriva originariamente del Derecho de policía y del Derecho administrativo, ahora ya ha adquirido una relevancia constitucional: según la doctrina dominante³³⁵, tal principio vincula también al legislador y posee por tal motivo una directa relevancia para las cuestiones que surgen en relación con el artículo 19º, inciso 2); GG. Sin embargo, debe ser distinto del principio del equilibrio³³⁶. En efecto, el problema de la proporcionalidad deviene actual tan sólo si de por medio ya ha habido un equilibrio³³⁷. En otros términos, el principio de la proporcionalidad presupone el equilibrio, aunque esto no siempre se reconozca claramente³³⁸.

El principio de la proporcionalidad exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean adecuados³³⁹. Con el principio del equilibrio, él tiene en común la característica de ser de naturaleza solamente formal.

En doctrina, el principio de la proporcionalidad es justificado a veces sobre base iusnaturalista³⁴⁰, a veces sobre base constitucional³⁴¹. También en este contexto debería imponerse un fundamento específicamente constitucional, que asuma como punto de partida la relevancia de la libertad para el conjunto de la Constitución, que

vea la Constitución como “unificación hacia un orden unitario” y que reconozca la correlación entre Derecho y libertad.

Como criterio para la delimitación y la concretización legislativa de los derechos fundamentales, el principio de la proporcionalidad resulta adecuado, tan sólo si es aplicado de manera diferenciada, de modo que el legislador tenga una distinta libertad de concretización.

Existen una serie de derechos fundamentales que deben ser delimitados por medio del principio de la proporcionalidad: elementos en tal sentido se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal relativa al artículo 12º GG. Semejante artículo 12º GG, allí están los derechos fundamentales que contienen los campos de tutela de la libertad más o menos amplios ³⁴² como por ejemplo el artículo 2º, inciso 1), GG, la libertad contractual y la propiedad. Tal amplitud impone para el legislador una diferenciación correspondiente «a los diversos niveles» ³⁴³.

Tan sólo de manera diferenciada ³⁴⁴ el principio de la proporcionalidad resulta ser idóneo para determinar el tipo y la medida de los límites admisibles a los derechos fundamentales, después que se haya cumplido el necesario equilibrio. Leyes que poseen, según la opinión del Tribunal Constitucional Federal, carácter de reglas del ejercicio de un derecho no existen sólo en el campo de la libertad de elección de la profesión ³⁴⁵. El principio de la proporcionalidad del medio no puede ser aplicado desde luego en su forma extrema, como reclama la Corte de Casación Federal partiendo de la garantía del contenido esencial. A menudo es suficiente que, con referencia a determinadas disposiciones, una ponderación razonable del bien común haga aparecer como “adecuada” la delimitación de un derecho fundamental ³⁴⁶. La situación en la que el legislador está más libre es aquella en la que él debe regular tan sólo puras y simples reglas de ejercicio ³⁴⁷, según la concepción del Tribunal Constitucional Federal, o bien cuando establece solo el modo en el que los titulares de los derechos fundamentales pueden realizar su propia

libertad ³⁴⁸, vale decir, cuando se trata exclusivamente de “cómo” utilizar su propia libertad ³⁴⁹. En este contexto, son ampliamente legítimas apreciaciones basadas en la adecuación respecto al fin ³⁵⁰. Está dado amplio espacio a la libertad creativa del legislador para delinear y concretizar las modalidades de ejercicio del Derecho. Son inadmisibles tan sólo aquellas delimitaciones legislativas «demasiados pesadas e irracionales» ³⁵¹.

Las delimitaciones de la libertad que por el contrario tienen relación con la “decisión” relativa al ejercicio de un derecho fundamental, que se refieren por eso al “sí” (*ob*) ³⁵², son admisibles únicamente si lo exigen “de modo apremiante” bienes extremadamente importantes para la comunidad ³⁵³. Entre las dos categorías se hallan, sin duda, puntos en común, de manera que no es posible una neta distinción ³⁵⁴, y la diferencia es por eso tan sólo relativa ³⁵⁵. A medida que aumenta la intensidad de las delimitaciones de una libertad, deben hacerse más rigurosas todavía las condiciones relativas a la admisibilidad de las mismas ³⁵⁶, lo cual significa para el principio de la proporcionalidad que, en el caso de una delimitación extremadamente severa, debe subsistir una exigencia “*cogente*” ³⁵⁷.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. «A través de las “fricciones” que se determinan entre los valores particulares, del “Wertkeimen” [“embriones de valores”] se desarrollan “Wertrealitäten” [“las realidades del valor”]» (Kaufmann, 1991, p. 143.)
2. Hauriou, 1910, p. 558; id. DA, 1907, p. 315: «...quand on les (scilicet les droits individuels) envisage par rapport au régime d'état dont elles sont un élément constitutif, on les appelle droits publics ou libertés publiques» [«...cuando ellos (scilicet los derechos individuales) se proyectan a partir de relaciones en el régimen de Estado, del cual son un elemento constitutivo, se les llama derechos públicos o libertades públicas»]. El otro punto de vista por el cual Hauriou considera los derechos fundamentales es «par rapport à l'individu qui en bénéficie» [«en relación al individuo que se beneficia»]. En este contexto él los caracteriza como «libertés individuelles», o bien como «droits de l'homme et du citoyen». Kaufmann, 1928, VVStRL, 4, p. 78: «Die Institutionen der Grundrechte als wirklich konstituierende Realitäten für jeden individuellen Staat».
3. Hauriou, DA, 1907, p. 54. Cfr. también Rivero, 1956, pp. 461 ss: «L'état “milieu de vie”, créateur d'une ambiance qui laisse produire les initiatives des êtres qui vivent en elle» [«El Estado “medio de vida”, creador de un ambiente que permite producir las iniciativas de los seres que viven en él»].
4. Con particular referencia a la propiedad, cfr. Weber, 1954, GR, II, I, p. 353: «Eigentumsгарantie als Ergänzung der Freiheitsгарantie».
5. Kaufmann, 1908, *Auswärtige Gewalt*, pp. 233 ss.
6. BVerfG, 4, pp. 7 ss; 7, pp. 377 ss; 8, pp. 274 y 329.
7. Cfr. además el fundamento según Bachof, 1958, GR, III, 1, p. 155, de la referencia a la comunidad partiendo de los artículos 20º y 2º GG; además la interpretación de Weber, 1954, GR, II, I, p. 357, de la propiedad partiendo del «“freiheitlichen” Zusammenhang des GG» [«contexto “liberal” de la GG»]; el postulado de Scheuner, 1958, DVBL, p. 845, relativo a una «“verknüpfenden”, die Grundrechte gegenseitig abstimmienden Auslegung» [«interpretación que liga armonizando mutuamente los derechos fundamentales»].
8. BayrVerfGH NF, 1, II, pp. 93 ss.; 3, II, pp. 10 ss.; 4, II, p. 30; 4, II, p. 150; 6, II, pp. 131 ss.
9. De una visión de conjunto de disposiciones como los artículos 9º, inciso 2); 11º, inciso 2); 74º; número 1; 101º y 103º y en fin, el artículo 104º GG

en conexión a la opción inspirada en principios de libertad de la GG, resulta que la GG presupone para el instituto de la "pena" un contenido sustancial bien determinado.

10. BVerfG, 7, p. 377, en particular en relación al artículo 12^o y al artículo 74^o, Número 19, GG; cfr. también OVG de Münster, 8, p. 377; Scheuner, 1955, p. 363; id, 1954, VVStRL, 11, p. 23, nota 55. Ahora, en particular, BVerfG, decisión del 20 de diciembre de 1960, en JZ, 1961, p. 491.
11. En este sentido, sin embargo Kaufmann, 1962, VVStRL, 9, pp. 1 ss.
12. Smend, 1955 (1927), pp. 89 ss.
13. Contra una interpretación de la palabra "*allgemein*" ["general"] (Art. 5^o, inciso 2), GG), en el sentido de la generalidad racional cfr. exactamente Hamel, 1957, p. 49.
14. Schmitt, 1960, *passim*.
15. A este propósito Smend, 1955 (1933), pp. 309 ss. (p. 320, nota 15); id, 1956, HDSW; abajo 2a Hesse, 1956, p. 63; id, 1959, VVStRL, 17, pp. 11 ss; Hamel, 1957, pp. 16, 20 y 24. Cfr. también la interpretación de los conceptos smendianos "*Werte*" ["valores"], "*Wertsystem*" ["sistema de valores"] hecha por Hollerbach, 1960, AöR, 85, pp. 241 ss.
16. BVerfG, 6, p. 32; 7, p. 198; Bachof, 1959, pp. 19 ss.
17. A este propósito Hesse, 1959, p. 11.
18. Es la concepción de la positividad constitucional de los derechos fundamentales que está acentuada fuertemente así por Smend, 1955 (1928), pp. 266 ss, nota 15.
19. Fikentscher, 1958, p. 83.
20. Cfr. también Nawiasky, Leusser, 1948, p. 177; muy expresamente Hamel, 1957, pp. 7 y 44; cfr. también Lerche, 1961, p. 225: la Constitución como «*Rechtsgutgemälde*» [«una pintura de derechos»].
21. Cfr. también Bühler, 1914, p. 75; sobre todo Smend, 1955 (1928), pp. 119, ss. (p. 264): «*Grundrechtskatalog als Normierung eines Gütersystems*»; también Smend, 1955 (1927), pp. 89 ss; Hensel, 1928, AÖR NF 14, p. 321; Giere, 1932, p. 118; E. R. Huber, 1933, AÖR NF, 23, pp. 1 ss; Häntzschel, 1932, HdBDStr, vol. 2, pp. 659 ss; Kaufmann, 1928, VVStRL, 4, p. 77; diversamente, sin embargo Schmitt, 1928, pp. 163 y 167.
22. Por ejemplo, BVerwG, 1, pp. 48 y 269; 9, p. 334; Hamel, 1957, pp. 55 ss.

23. Cfr. para la existencia de una reserva no escrita relativa al abuso del derecho, Kaufmann, 1952, VVStRL, 9, pp. 1 ss; además Hamel, 1957, pp. 49 ss. Para el reconocimiento de limitaciones no escritas de los derechos fundamentales, cfr. Geiger, 1959, bajo los números 4 y 5; Bäumlín, 1954, pp. 65 ss.
24. Kägi, 1945, pp. 80 ss.
25. A este propósito cfr. Häberle, 1983, p. 185.
26. Hauriou, 1910, pp. 32 ss.
27. Ibid, p. 38.
28. Duguit, 1927, p. 26. La síntesis de los tres elementos efectuada por Hauriou va declaradamente contra Ihering, Duguit, contra la "*Willensmachttheorie*" ["teoría del dominio de la voluntad"] de G. Jellinek y Laband, y contra la visión unilateral del Estado como poder de dominio (Hauriou, 1910, pp. 60 ss).
29. Ibid, p. 35.
30. BVerfG, 2, p. 266 (p. 285 «*Bedeutung des Grundrechts für das "soziale Leben im Ganzen"*»). Igualmente Herbert Krüger, 1955, DÖV, p. 600; Klein, 1934, p. 555; Wintrich, 1957, p. 20; Hamel, 1957, pp. 50 y 34. El hecho de que la doctrina no haya llegado a la función social de los derechos fundamentales partiendo del concepto de Derecho, es sintomático de la escasa atención que se presta a este concepto.
31. Fraenkel, 1953, JÖR, 2, pp. 35 ss; E. R. Huber, 1954, p. 16; Hamel, 1957, p. 29; Raiser, 1952-1953, AÖR, 78, pp. 118 ss; Dürig, 1958, pp. 13 ss., el cual insiste en el principio por el cual la propiedad es libertad, contrariamente a aquella corriente del pensamiento que ve en la propiedad tan sólo una función social.
32. Mitteis, 1949, pp. 66, 15 y 57.
33. Bäumlín, 1954, pp. 99 y 103.
34. Gierke, 1895, p. 319. La función social de las instituciones de Derecho privado, la mutación de función de la propiedad, que está incluida en instituciones conexas y complementarias, como instituciones que toman a su cargo la función social de la institución principal, todo ello ha sido hecho objeto de atención por parte de Renner, 1929.
35. Entre los varios derechos fundamentales subsisten nexos funcionales, por ejemplo, las libertades de asociación y de reunión tienen una función complementaria a la libertad de opinión.

36. A este propósito cfr. Hauriou, 1910, p. 35; Renard, 1930, p. 242, nota 3.
37. Soergel, Siebert, 1959, Prefacio; II, 2 a y b con referencia al párrafo 226 BGB.
38. Enneccerus, Nipperdey, 1960, p. 1441.
39. Cfr. Soergel, Siebert, 1959, Vorbem, II, 2 a y b, con referencia al párrafo 226 BGB; Coing, 1957, comentario 1 relativo al párrafo 226 BGB; Hamel, 1957, p. 34, el cual considera admisibles solamente los límites inmanentes, y no obstante deduce al mismo tiempo la admisibilidad de ulteriores limitaciones partiendo de la "función social" de los derechos fundamentales (Ibid, pp. 34 ss.). Cfr. también la reserva generalmente "inmanente" a todos los derechos de libertad (Ibid, p. 65) que Bäumlín deduce de una concepción "funcional" de los derechos de libertad (Ibid, pp. 62 ss.). Bäumlín deduce esta reserva directamente de la esencia de los derechos de libertad.
40. Bäumlín, 1954, p. 63.
41. Hauriou ve el «*droit individualiste*» reforzado por el interés, puesto que el «*droit social*» está caracterizado más fuertemente por la función (1910, pp. 40 ss.).
42. Smend, 1955 (1928), pp. 119 ss. (p. 267, nota 17).
43. BVerfG, 7, pp. 198 ss.
44. Raiser, 1960, pp. 101 ss., ha delineado una "doctrina funcional del contrato". En este contexto él se adhiere entonces a la concepción de la "función económico social" del contrato, en cuanto ella contemple además las manifestaciones extrajurídicas e inserte cada contrato en más amplias relaciones de eficacia social (Ibid, p. 120). Además él subraya también la función ordenadora del contrato (Ibid, p. 105) y la necesidad de interrogarse en torno a la función del contrato en el ordenamiento general (Ibid, p. 104).
45. Cfr. Heller, 1934, pp. 91 ss.
46. Duguit, 1920, pp. 1 ss., pp. 19 ss. Cfr. también Coing, 1957, comentario 2 y relativo al párrafo 226 BGB; Simonius, 1929, pp. 1 ss. La ya citada trilogía de Hauriou ha sido desarrollada justamente en contraposición a aquella corriente de pensamiento que ve en los derechos individuales tan sólo «*fonctions sociales*» (1910, p. 61).
47. Fleiner, 1928, pp. 178 ss.

48. Que un derecho esté referido, gracias a la propia función social, al conjunto social es una idea de Hauriou, 1910, p. 41.
49. Con particular referencia al matrimonio cfr. Mitteis, 1949, p. 57.
50. Cfr. la concepción de Smend, 1955 (1933), pp. 309 y 319, de la garantía de la propiedad y de la libertad sindical como "dotaciones" constitucionales de libertad y garantías a favor de los trabajadores, que colocan al trabajador en la posición de libre ciudadano también desde un punto de vista social.
51. Hamel, 1957, p. 44.
52. Cfr. la jurisprudencia del BVerwG relativa a la cláusula comunitaria: 1, p. 42; 1, p. 92; 2, p. 85; 2, p. 255; 3, p. 21; 4, p. 95; 4, p. 167; 5, p. 153; 6, p. 1; 7, p. 125.
53. Hesse, 1959, VVStRL, 17, pp. 11 ss., apenas una alusión en Hamel, 1957, p. 51.
54. En la jurisprudencia (por ejemplo BVerwG, 2, p. 89; 6, p. 1; 7, pp. 349 ss.) la administración de justicia está considerada. Así resulta entre otras causas, de la parte organizativa de la GG y de la idea misma del Derecho y los derechos fundamentales, ya que el "Derecho" y los derechos fundamentales pueden devenir en realidad tan sólo mediante "la administración de justicia". Cfr. Kaufmann, 1932, p. 10: «*Das Recht sucht seinem Wesen nach das Gericht*» [«El Derecho por su esencia se dirige a los Tribunales»].
55. En este sentido también Weber, 1954, GR, II, pp. 331 ss.; Hamel, 1957, p. 35.
56. Cfr. sin embargo la doctrina dominante (señalada en Laufke, 1956, p. 145, nota 1, pp. 162 ss.; Raiser, 1958, JZ, pp. 1 ss., p. 5, nota 25), que coloca la libertad contractual exclusivamente en relación al artículo 2º GG.
57. Hamel, 1957, p. 35; Lerche, 1958, DVBL, p. 524 (p. 525, nota 14).
58. Como en BVerfG, 8, pp. 274 y 328.
59. Hamel, 1957, pp. 15 ss. De diversa opinión Forsthoff, 1959, p. 40, quien niega una semejante relación entre los derechos fundamentales, cuando los describe como derechos poseedores de «una lógica propia por sí mismos».
60. Aquello que el BayrVerfGH NF, 11, II, p. 82 ss., dice de la regulación de la propiedad –que este ordenamiento no sirve tan sólo a la tutela

- del interesado en particular, sino contextualmente al interés general-vale correspondientemente para todo derecho fundamental.
61. Así en otro tiempo Hauriou, 1910, p. 562; id., DA, 1907, p. 320; id., DC, 1923, pp. 115 ss.
 62. Si bien Hamel define la seguridad pública (1957, p. 45) y la salud pública (ibid, p. 44, pp. 57 ss.) como bienes jurídicos, que gracias a su misma prioridad justifican la limitación de ciertos derechos fundamentales, él no pone de relieve el hecho de que estos bienes condicionan los derechos fundamentales. Cuando observa en general, no obstante, que los valores y los bienes jurídicos están condicionados por personalidades libres y viceversa, entonces sí señala ya en este contexto al recíproco condicionamiento (ibid, p. 52).
 63. Hauriou, 1925, pp. 15 ss. Cfr. también id., DC, 1929, p. 65 «[...] *ce sont les idées qui mènent le monde*» [«[...] son las ideas que conducen el mundo»] (igualmente ibid. p. 74).
 64. Cfr. en particular las instituciones penitenciarias como relaciones de supremacía especiales en Hamel, 1957, p. 51.
 65. Ibid, pp. 44 ss., donde, aun definiéndose la administración de justicia como bien jurídico, que, en fuerza de su posición prioritaria, puede delimitar algunas libertades, no se subraya, sin embargo, el hecho de que este bien jurídico hace posible y condiciona el ejercicio de los derechos fundamentales. Hamel delimita una serie de derechos fundamentales –la libertad de opinión (ibid, p. 45), la libertad de reunión (ibid, p. 50)– expresamente mediante las leyes penales, lo que no ocurre empero en consideración del hecho de que estas últimas permiten el ejercicio de los derechos fundamentales. Diversa y exactamente a su interpretación del artículo 13º GG. (ibid., p. 50).
 66. Así exactamente y con fuerza Burdeau, 1949, p. 235, a propósito de la teoría de las instituciones de Hauriou.
 67. Cfr. Hamel, 1957, p. 25.
 68. Kaufmann, 1911, p. 143.
 69. Cfr. Smend, 1955 (1933), pp. 309 ss.
 70. Cfr. también Hamel, 1957, p. 23.
 71. Cfr. Smend, 1955 (1933), pp. 319 ss.; además Hamel, 1957.
 72. Bäumlín, 1954, pp. 66 ss., en particular pp. 71 ss.; E. R. Huber, 1956, DÖV, pp. 200 ss.

73. En este sentido Leibholz, 1958, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, p. 130.
74. Forsthoff, 1954, VVStRL, 12, p. 29, donde opina que la garantía del Estado de Derecho y la garantía del Estado social no se fundan en el plano constitucional.
75. Cfr. Giacometti, 1941, p. 167; Fleiner, Giacometti, 1949, p. 245; Giacometti, 1933, p. 61; Kägi, 1956, p. 836 a; Bäumlín, 1954, p. 94. Ya Hatschek, 1922, p. 173, deduce de la función de los derechos de libertad en una democracia la inviolabilidad de los mismos.
76. Drath, 1952, VVStRL, 9, pp. 17 ss., para una serie de libertades. Cfr. también la caracterización, sugerida por Bloch, 1954, de particulares derechos fundamentales, como por ejemplo la libertad de matrimonio y la familia (ibid, pp. 82 ss.) y la libertad de opinión (ibid, pp. 50 ss.), como "garantías institucionales" de la democracia.
77. Hesse, 1959, VVStRL, 17, pp. 11 ss. En razón de la forma de Estado no es posible la temida "relativización" de los derechos fundamentales. Cfr. BVerfG, 7, p. 198, en el que Bverfg se demuestra contrario a toda relativización de la libertad de opinión por parte de una simple ley, a causa de la importancia de este derecho fundamental para el Estado democrático-liberal.
78. Smend, 1955 (1933), pp. 309 ss.; del mismo modo Noltenius, 1958, p. 92.
79. Cfr. Hamel, 1957, p. 40.
80. Similarmente Bäumlín, 1954, pp. 118 ss.
81. Para la relación intercurrente entre libertad de religión y democracia, cfr. ibid.
82. Para la importancia "constitutiva por antonomasia" de la libertad de opinión, cfr. BVerfG, 5 p. 85; 7, p. 198; 10, p. 118. Para la relación intercurrente entre libertad de religión y democracia según la doctrina suiza, cfr. Bloch, 1954, pp. 50 ss; Bäumlín, 1954, pp. 104 ss.
83. Para la relación intercurrente entre libertad de asociación y democracia, cfr. en otro tiempo Tocqueville, 1956, pp. 58 ss.: además, Loewenstein, 1959, p. 335.
84. Cfr. Smend, 1955 (1933), p. 319; y también Hamel, 1957, p. 23.
85. Crítico con referencia a esto, Hauriou, 1910, p. 173 y 560, nota 1.

86. Smend, 1955 (1933), del mismo modo Hamel, 1957.
87. Ehmke, 1953, p. 103.
88. Smend, 1955 (1933), p. 318. Contra una separación de los derechos fundamentales de la forma del Estado en una democracia caracterizada por principios de libertad, véase Ehmke, 1953, pp. 96 ss.
89. Smend, 1955 (1933), pp. 318 y 319, nota 15, así como p. 323.
90. Que los titulares de los derechos fundamentales sean llamados al ejercicio de estos derechos y que tengan una función específica en este sentido, resulta del carácter de norma constitucional de los derechos fundamentales. El ejercicio de los derechos fundamentales refuerza la importancia unificante de la Constitución (a este objeto cfr. Smend, 1955-1933-, pp. 319 ss., nota 15; Hesse, 1959, VVStRL, 17, pp. 11 ss.; además Hamel, 1957, pp. 16 y 20).
91. Hesse, 1959, VVStRL, 17, pp. 32 y 38; Ehmke, 1953, p. 103; Hamel, 1957, p. 15.
92. Ibid, p. 20.
93. Ibid.
94. Smend, 1955 (1933), pp. 319 ss., nota 15.
95. BVerfG, 7, p. 198.
96. A este propósito cfr. Smend, 1955 (1933), p. 322.
97. Kaufmann, 1953, pp. 77 ss.
98. Cfr. Nawiasky, 1950, p. 18.
99. Diversamente, sin embargo, Forsthoff, 1954, VVStRL, 12, p. 9.
100. Häberle, 1983, p. 161, nota 552.
101. Cfr., sin embargo, la caracterización delineada por Forsthoff, del Estado como organización de dominio (1961, Verfassungsprobleme, p. 5: «*Man kann den Staat Freiheitlich als Rechtsstaat in Schranken verweisen, innerhalb dieser Schranken bleibt er Herrschaft*») [El Estado puede ser puesto a raya como Estado de Derecho liberal; dentro de esos límites mantiene su dominio]. Para una crítica de la definición de Laband del Estado como quintaesencia de relaciones de dominio, cfr. Gierke, 1883, p. 1130; cfr. también Kaufmann, 1921, pp. 76 ss. En referencia a todo esto cfr. también Häberle, 1983, pp. 156 ss.

102. Ya Gierke, 1883, p. 1131, sugiere con razón que la teoría de la relación de supremacía está emparentada con algunas concepciones absolutistas.
103. Para hacer justicia al momento “cogente” propio del Estado y del Derecho, se debería hablar de “imperio”. Con referencia a las prestaciones del Estado social y de Derecho ha sido señalado repetidamente inadecuado de categorías como aquellas del “mando” y la “coerción”.
104. Cfr. Gierke, 1883, p. 1129.
105. Häberle, 1983, pp. 153 ss.
106. Kaufmann, 1953, pp. 77 ss.
107. Hauriou, DA, 1907, p. 315; Id, 1910, p. 558: los derechos fundamentales como «*patrimoine commun et la chose de tous*» [«patrimonio común y la cosa de todos»].
108. Así, sin embargo, Uber, 1952, p. 72.
109. Cfr. Peters, RGA, p. 23.
110. Con razón el BVerfG, 6, pp. 360 ss., exige en las decisiones relativas a la emisión de una prohibición de residencia para una familia un equilibrio entre el interés público a la tutela de la familia y “los otros intereses públicos”.
111. Cfr. BGHZ, 6, pp. 367 ss.
112. Ibid,
113. Cfr. BGHZ, 19, pp. 392 ss. Si el BVerfG, 10, pp. 118 y 121, ha reconocido el derecho de la prensa a una autonomía institucional, incluyendo por medio de este derecho también los derechos subjetivos de aquellos que operan en el sector del papel impreso, entonces concurren también en este caso intereses ya públicos como privados. Un precursor de esta decisión ha sido Ridder, 1954, GR, II, pp. 242, ss.
114. Cfr. Forsthoff, 1961, p. 301.
115. BVerfG, 2, p. 266; OVG de Münster, AS, 8, pp. 277-8.
116. Fleiner, 1928, p. 178; cfr. también E. R. Huber, 1933, AÖR NF, 23, pp. 1 ss.: «*Grundrechte als Kategorien der öffentlichen Ordnung*»; similarmente ibid, p. 85.
117. Diversamente, G. Jellinek, 1919, para el cual, en el ámbito del *status negativus libertatis*, se trata de satisfacer las «necesidades estrictamente individuales» (Ibid, p. 87).

118. Cfr. Reuß, 1951, NJW, pp. 777 ss.
119. Fleiner, 1928, p. 175.
120. Hesse, 1959, VVStRL, 17, pp. 11 ss (p. 43, nota 92).
121. Heller, 1934, p. 273. Cfr. también la relación que Hamel crea entre los bienes jurídicos a tomar en consideración a fin de delimitar los derechos fundamentales y las "personalidades libres" (1957, pp. 52 ss., en particular p. 52).
122. Cfr. Wehrhahn, 1955, p. 58, en particular para la libertad de enseñanza y de investigación.
123. Häberle, 1983, pp. 126 ss.
124. Ulteriores ejemplos de similares alternativas aparentes e infructuosas: los derechos fundamentales como derechos institucionales o subjetivos. Hauriou, RDP, 1916, p. 25: «*Le Droit est tout en nuances et en distinctions, parce qu'il est tout en analyse d'une réalité singulièrement complexe*» [«El Derecho es un todo de matices y de distinciones, porque es un análisis total de una realidad singularmente compleja»]: un ejemplo comprometedor para el «*esprit synthétique*» [«espíritu sintético»] de Hauriou (Aubry, 1912, pp. 13 ss.; cfr. también Gurvitch, 1932, p. 649) y para su preferencia por las «*idées de combinaison et de complexité*» [«ideas de combinación y de complejidad»] (Hauriou, DA, 1907, p. 4). Para tal aspecto del pensamiento de Hauriou en el sentido de un «*esprit de complexité*» [«espíritu de complejidad»] cfr. también Hauriou, Mestre, 1902, pp. 346 ss.
125. Puesto que los límites admisibles a los derechos fundamentales deben ser desprendidos mediante el equilibrio de los bienes, el valor de los bienes jurídicos que están en conflicto con los derechos fundamentales no puede ser determinado partiendo exclusivamente de la comunidad.
126. Kaufmann, 1914, WBStVerR, pp. 688 ss.
127. Ibid.
128. Kaufmann, 191 p. 141.
129. Ibid, p. 144. Con referencia al *non modo sed etiam* del interés individual y del interés público, de modo así el caracterizado por el Derecho privado, ibid, pp. 175 ss.
130. Haenel, 1888, p. 206.
131. Häberle, 1983, pp. 179 ss.

132. Ya el texto de la Constitución (Art. 2, inciso 1), GG: los derechos de terceros) hace pensar que aquí el ordenamiento jurídico tutela ya intereses privados como públicos. Sobre los casos citados en el texto reflexiona Marti, 1959, pp. 81 ss. cuando se dirige, uno de los pocos en hacerlo, contra la tesis simplista: las limitaciones de los derechos fundamentales suceden en el interés público. Su ejemplo: la disposición de horarios de trabajo.
133. Reservas de ley, que se encuentran tradicionalmente con referencia a la garantía del secreto postal y al secreto de la correspondencia, son establecidas principalmente partiendo del Derecho penal (hasta prescindir de aquellos casos contemplados por la ley de quiebras y por el reglamento postal). También en el caso del artículo 104^o GG se hace referencia en primer lugar –aunque no exclusivamente– al legislador penal. Una referencia explícita del GG a las leyes penales se halla en el Art. 9^o, inciso 2), y en el Art. 11^o, inciso 2) GG.
134. Cfr. también la polémica de Schmitt, 1958 (1932), p. 208, nota 72; id., 1958 (1931), p. 167, contra la libertad “real” o “moral”.
135. En este sentido G. Jellinek, 1912, p. 112.
136. En este sentido, Laband, criticó con referencia a esto, Gierke, 1883, pp. 1097 ss. Al mismo tiempo un ejemplo para una concepción absolutista en el ámbito del positivismo en el campo del Derecho público.
137. Welzel, 1960, pp. 1 ss.
138. La función última del Derecho penal consiste en la tutela de los bienes jurídicos y en la tutela de la comunidad. Cfr. Häberle, 1983, pp. 188 ss.
139. El verdadero Derecho penal criminal convoca al hombre a una responsabilidad. Pero asumir responsabilidades es justamente una característica esencial del hombre.
140. El Estado, que sanciona conforme a la institución de la “pena”, así configurada a nivel constitucional, realiza “el Derecho”, la justicia y la libertad.
141. Una clara alusión a ello puede encontrarse en la BGHSt, 2, p. 194. El hombre es caracterizado en ella (pp. 200 ss.) como un ser libre, responsable, distinto a la propia autodeterminación moral, y ¡en razón de ello! posee la facultad de decidirse por lo justo contra lo injusto. Por eso si el hombre viola el Derecho penal, entonces viene a menos justamente su autodeterminación moral.

142. Cfr. Haug, 1946, pp. 115 ss; cfr. también H. Huber, 1936, 109 a, que no quiere más concebir las leyes penales como simples excepciones de un derecho de libertad.
143. Cfr. Hamel, 1957, p. 45.
144. 1, 2, pp. 93 ss; 6, 2, p. 131.
145. En este sentido, con particular referencia a la relación intercurrente entre la "detención legítima" y la libertad de la persona, cfr. Hamel, 1958, DVBl, p. 42; id, 1957, p. 47: «*Die legitime Haft entspricht dem sittlichen Wesensgehalt der Freiheit der Person*» [«La detención legítima corresponde al contenido esencial ético de la libertad de la persona»].
146. Coing, 1957, comentario 1 b relativo al párrafo 226 BGB, señala que el problema del abuso de un derecho no debe ser considerado exclusivamente desde el punto de vista del vínculo que liga a la comunidad al individuo, sino también desde el punto de vista del vínculo –más general– moral del hombre.
147. Wintrich, 1957, p. 25.
148. La palabra "barrera" (*Schranke*) no hace por cierto justicia a la ley moral, ya que el Derecho no trae al hombre esta ley desde el exterior (cfr. Maunz, 1961, p. 98).
149. Contrariamente a otros: Ballerstedt, 1957, p. 392: en realidad ella (la libertad del Art. 2º es una libertad moral, o bien una libertad en el vínculo. BayrVerfGH NF, 1, 2, pp. 93 ss.: «*Ein sittlicher Anspruch auf Freiheit besteht nur im Rahmen der sittlichen Ordnung, die auch "dem natürlichen Freiheitsdrang" Grenzen zieht*» [«La pretensión moral de la libertad se encuentra en el marco del orden ético, orden que también delimita el "impulso natural de la libertad"»]. De otro lado, ya que el Derecho debe encontrar su propio fundamento en la moralidad de los destinatarios de las normas (cfr. Kaufmann, 1906, p. 83), deviene evidente también en este contexto la concurrencia entre intereses ya públicos como privados.
150. Smend, 1955 (1933), p. 323.
151. Cfr. también párrafos 817, 138, 826 BGB, 226 a StGb.
152. Cfr. también Geiger, 1959, columna 1126.
153. Dohna, 1929, pp. 68 ss.
154. Cfr. además, en referencia al instituto del abuso del Derecho: Coing, 1957, comentario 1 b relativo al párrafo 226 BGB al final.

155. Cfr. E. R. Huber, 1957, I, p. 354.
156. Por esta razón tan sólo la "*Innentheorie*" ["Teoría interior"] (cfr. Häberle, 1983, pp. 179 ss.) permite comprender la esencia del abuso de derecho. Normas de Derecho, que afectan el verdadero abuso de una libertad, no significan una "injerencia" en la libertad, sino que son más que nada una "determinación objetiva" de esta libertad.
157. BGH, DVBl, 53, pp. 370 ss.; BVerwG, 9, pp. 78 ss. El "contenido esencial" del Art. 2º, inciso 2); GG no sólo no es tocado, sino que es francamente tutelado.
158. BGHZ, 5, pp. 46 ss.
159. Justamente ibid. También Hamann, 1956, nota C₉, relativa al artículo 2º, inciso 2), GG, admite "injerencias" que se producen al mismo tiempo en el interés de los sujetos afectados.
160. El "ordenamiento" sirve también al interés del individuo. (Similarmente Uber, 1952, p. 54) Ello porque el ordenamiento pensado por la *Grundgesetz* es un ordenamiento inspirado en principios de libertad. Lo mismo podría demostrarse para la ley sobre la prevención de las enfermedades venéreas del 23 de julio de 1953 (BGBl, I, p. 700) y para la ley sobre prevención de enfermedades peligrosas para la comunidad del 30 de junio de 1900 (RGGBl, I, p. 306). La ley sobre el fenómeno de la emigración del 9 de junio de 1897 (cfr. Eckhardt, 1913, p. 137), es un último ejemplo. La intención de esta ley era la de prevenir las situaciones penosas que se encontraban en el fenómeno de la emigración (Pohl, 1929, Nipp., I, pp. 250 ss.; Scheuner, 1949, pp. 220 y 223). Disposiciones de ley de este género poseen un específico carácter de tutela, sirven al interés individual y pueden ser calificadas como una "limitación de la libertad" tan sólo si se consideran superficialmente. En referencia a las normas que, como por ejemplo el artículo 62º AGBGB, persiguen contextualmente el fin de esfera personal, cfr. BayrVerfGH, 11, II, pp. 81 ss.
161. BVerfG, 7, pp. 377 ss.
162. Consisten indirectamente en el interés individual, en cuanto el ser persona presupone la existencia de una comunidad y en cuanto las condiciones de admisión objetivas estén dirigidas a la tutela de aquellos bienes jurídicos que son indispensables para la comunidad, o bien para el conjunto de la Constitución.
163. BVerfG, 7, pp. 377 ss.

164. Ibid. Cfr. la concepción de Gerber, 1956, AÖR, 81, pp. 1 ss., según la cual mediante la reserva de ley prevista por el artículo 12º, inciso 1), período 2, GG sería explicitado nada más de cuanto el individuo haría en todo caso si se interpretase correctamente la propia libertad.
165. Es evidente que de este modo están tutelados también los intereses "privados" de los pacientes.
166. Párrafo 15 PVG; párrafo 22, número 2 del Baden-Württembergisches Polizeigesetz.
167. La actividad de policía se caracteriza fundamentalmente por su carácter de tutela (cfr. von Jan, 1931, p. 72). Por esta razón determinadas normas del RVG no pueden ser calificadas como "delimitaciones" en el sentido del AdRdVb de 1918 (cfr. Anschütz, 1930, p. 500; von Jan, 1931, pp. 15 ss., pp. 71 ss.), sino sólo como disposiciones de tutela. La policía toma en consideración en este mismo contexto (también) los intereses de aquellos que ejercitan su derecho a la libertad de reunión. Nawiasky, Lechner, 1953, p. 121, retoman esta concepción, cuando, también en ausencia de una reserva de ley, sujetan el artículo 8º, inciso 1), GG ulteriormente a todas aquellas delimitaciones que significan y favorecen una tutela de la libertad de reunión.
168. Hauriou, 1910, p. 8.
169. Cfr. Enneccerus, Nipperdey, 1960, párrafo 49, IV, 1, BAG, AP, nº 1, en relación al Art. 6º GG, abajo III; cfr. también Coing, 1957, párrafo 138, comentario 3 g; la naturaleza de la familia y del matrimonio está sustraída al poder de disposición del individuo.
170. Ulteriores ejemplos: las disposiciones relativas a la tutela de los menores de edad.
171. Cfr. Fikentscher, 1958, pp. 200 ss. Si hasta ahora se partía de la idea de que la ley contra la competencia desleal tutelase a los competidores de manera individual, y que el Derecho sobre las limitaciones puestas a la competencia fuese, por el contrario apto para tutelar la competencia como institución de la economía de mercado, en cambio surge hoy en día el reconocimiento de que la ley sobre competencia desleal tutela a la colectividad y se contrapone en el interés público a los excesos de la competencia (BGHZ, NJW, 56, p. 588), y de que el Derecho sobre las limitaciones puestas a la competencia tutela también al individuo. Cfr. además Raiser, 1961, JZ, pp. 465 ss., para el Derecho sobre la competencia: «*Institutionsschutz und Einzelschutz ergänzen sich*» [«La protección institucional y la protección individual se complementan»].

172. BVerfG, 7, p. 198; Geiger, 1959, p. 21.
173. BVerfG, 7, p. 198.
174. Smend, 1955 (1927), pp. 96 ss.; id, 1928, VVStRL, 4, pp. 44 ss. y principios 2a, 2b. Kaufmann, 1928, VVStRL, 4, pp. 77 ss. Smend mismo no ha generalizado su enseñanza como se presenta en el texto, aun cuando ello habría sido fácilmente comprensible en consideración de su sugerencia (1955-1927; p. 97) por la cual desde el nacimiento de los derechos del hombre siempre ha sido reconocida tal barrera "general" al ejercicio de los derechos fundamentales.
175. En este sentido, la interpretación de Scheuner del concepto de la "verfassungsmäßigen Ordnung" ["Orden constitucional"] (1954, VVStRL, 11, pp. 61 ss).
176. En esta jurisprudencia (38, I, p. 492) se señala claramente la generalidad del texto: como ordenamiento con caracteres de publicidad, a los significados del artículo 50º de la Constitución Federal suiza, que delimita la libertad, equivale al «ordenamiento jurídico general», vale decir, a las «disposiciones emanadas en interés de la colectividad». El BG requiere en este caso «intereses de la colectividad que sean dignos de tutela».
177. Cfr. BVerfG, 6, pp. 32 ss.
178. BayrVerfGH NE, 1, II, pp. 93 ss.; 6, II, p. 131, principio 2.
179. Cfr. Häntzschel, 1932, HdBDStR, II, pp. 651 ss.; Hamel, 1957, pp. 46 y 49; Glaubens- und Gewissensfreiheit, GR, IV, 1, p. 70; E. R. Huber, 1959, pp. 34 ss.; Köttgen, 1957, p. 71; con variaciones: Noltenius, 1958, pp. 138 ss.; Nipperdey, 1958, DVBl. pp. 445 ss.
180. Cfr. Wernicke, 1950, comentario II d relativo al Art. 4º GG, en referencia a los límites a colocarse al artículo 4º (igualmente von Mangoldt, 1953, pp. 56 ss.). Igualmente Wernicke en lo relativo al artículo 8º, inciso 1), GG (1950, comentario II, 1, d relativo al artículo 8º GG). Ibid., comentario 3 c, relativo al artículo 5º GG: para la libertad de arte, de ciencia y de investigación; igualmente von Mangoldt, 1953, p. 68 Nawiasky, Leusser, 1948, p. 188: para la libertad de culto; ibid., p. 190; Nawiasky, Lechner, 1953, p. 116: para la libertad de ciencia. Para la libertad de reunión y de asociación cfr. Nawiasky, Leusser, 1948, pp. 195 y 196 en el ámbito de la "ley penal general". Para los casos de interferencia entre derechos fundamentales: Wernicka, 1950, comentario II, 1, relativo al Art. 8º GG; Von Mangoldt; Klein, 1957, pp. 312 ss. Además cfr. von Mangoldt, 1953, p. 47: el libre desarrollo de la personalidad humana

- está garantizado tan sólo en el caso en que esté en sintonía con "las" disposiciones generales del Derecho civil y penal.
181. Cfr. Nawiasky, Leusser, 1948, p. 179.
182. JÖR NF, 1, p. 176.
183. Dürig, 1953-1954, AÖR, 79, pp. 57 ss., contrapone a estas limitaciones, que según su punto de vista son aportadas del exterior al derecho fundamental, aquellas del artículo 21^o, inciso 3), HCHE como "límites inmanentes". El Art. 21^o, inciso 4), HCHE puede ser utilizado como ejemplo para el Art. 98^o, período 2 de la Constitución bávara (en este sentido von Mangoldt, 1953, p. 37, y von Mangoldt, Klein, 1957, p. 131, nota 31).
184. JÖR NF 1, p. 177.
185. Nawiasky, 1950, p. 22, interpreta el artículo 21^o, inciso 3), HCHE en el sentido de una valoración de los bienes jurídicos. Cfr. sin embargo Giacometti, 1941, p. 177, el cual interpreta en sentido "facultativo" la reserva de algunas Constituciones cantonales a favor del "derecho general" (Ibid., p. 174; Constitución del cantón de Zurich 3, Constitución del cantón de Aargau 17, Constitución del cantón de Thurgau 13).
186. BVerfG, 7, pp. 198 ss.; decisión del 25 de enero de 1961, NJW, 1961, pp. 535 ss.
187. BAG, 2, pp. 274 ss.; cfr. Hildegard Krüger, AP, número 1 concerniente al artículo 6^o GG. BVerwG, DÖV, 55, p. 345, en lo relativo al Art. 5^o, inciso 3), período 1 GG y otros derechos fundamentales.
188. Cfr. Bachof, 1954, VVStRL, 12, p. 42; id, 1959, GR, III, 1, p. 155; E. R. Huber, 1956, DÖV, pp. 200 ss.; Scheuner, 1955, p. 390; ibid., pp. 65 ss.; id., 1954, pp. 101 ss.; BayVertGH NF 8, II, pp. 1 ss.
189. Hamel, 1958, DVBl, 58, pp. 37 ss.; el BVerfG, 7, pp. 377 ss., recurre al equilibrio entre los bienes, también en el conflicto entre la libertad de elección de profesión y las exigencias de la comunidad legitimadas por la cláusula del Estado social. Para el equilibrio de los valores por parte del BVerfG en mérito al conflicto entre el "Bestandschutz" ["Tutela de la existencia"], una concretización del Art. 28^o GG y la libertad contractual (BAG, 1, pp. 128 y 136) cfr. Hueck, 1958, pp. 65 ss.
190. Hesse, 1959, VVStRL, 17, pp. 11 ss.
191. Köhl, 1955, pp. 101 ss.; Fikentscher, 1955, WUW, pp. 205 ss.; Hamel, 1957, p. 51.

192. BVerwG, 2, p. 172; 5, p. 171; 7, p. 297.
193. Cfr. Fikentscher, 1958, pp. 79 ss., pp. 84 ss.; con reserva, von Mangoldt, Klein, 1957, p. 125; Maunz, 1958, p. 117.
194. Ejemplos: la "*Existenzklausel*" ["cláusula de existencia"] de Herbert Krüger, 1955, NjW, pp. 201 ss.; la "*Gemeinwohlklausel*" ["cláusula del bien común"] de E. R. Huber, 1956, DöV, p. 136; Wiverwr, I, p. 663; II, pp. 215 y 271. Menger, 1957, VVStRL, 15, pp. 3 ss.: a los fines de la injerencia en la esfera de las libertades tuteladas por los derechos fundamentales se debe recurrir a un equitativo equilibrio entre los intereses de la colectividad y los del sujeto afectado, ello en razón de los arts. 1º y 2º GG. Uber, 1952, p. 63, el cual depende del Art. 2º, inciso 1), GG ciertos "postulados de la comunidad", que delimitan cualquier ejercicio de los derechos fundamentales. La "*Meßbarkeitsgeneralklausel*" ["cláusula general de la mensurabilidad"] de Uber, conforme al Art. 21º, inciso 4), HCHE, está caracterizada a su vez por el equilibrio entre los bienes. Hasta cuando allí se interroga sobre la limitación de la libertad general de hacer obras en las relaciones entre varios titulares de los derechos fundamentales, es de otro modo necesaria la aplicación del principio del equilibrio entre los bienes (Wintrich, 1958, p. 10). Cfr. *ibid.*, p. 7, el equilibrio entre los bienes para la realización del postulado del carácter de norma constitucional de la libertad.
195. BVerfG, 7, p. 377; BVerfG, NJW, 1961, pp. 2011 ss.
196. BVerfG, 7, pp. 198 ss.
197. Fikentscher, 1958, p. 83, nota 149.
198. Análogamente para el vínculo de la libertad de enseñanza a la Constitución, cfr. Hamel, 1957, p. 17.
199. Algunos de los bienes jurídicos regulados por específicas reservas de ley podrían ser tutelados también por medio de la garantía del Estado social: por ejemplo, limitaciones del derecho a la inviolabilidad del domicilio a través de disposiciones del régimen vinculado a las habitaciones.
200. Según Smend, 1955 (1927), pp. 89 ss.
201. Cfr. Hesse, 1956, pp. 72 ss., en referencia a la relación intercurrente entre Iglesia y Estado.
202. BVerfG, 7, pp. 377 ss.: en el ámbito del Estado social de Derecho, el reclamo de libertad de parte del individuo y el anhelo de tutelar las exigencias de la comunidad son dos postulados "igualmente" legíti-

- mos. Los conceptos de Estado social y de Estado de Derecho son de igual valor (Maunz, Dürig, Rd. Nr. 4, relativo al Art. 28^o); se condicionan recíprocamente, sin que el uno prevalezca sobre el otro (E. R. Huber, 1956, DÖV, pp. 200 ss.). Por este motivo no se puede proceder a alguna contraposición antinómica entre los derechos fundamentales y el Estado social. En particular con referencia al Art. 2^o, inciso 1), GG y a la cláusula del Estado social, cfr. Ballerstedt, 1957, pp. 369 ss.
203. Hesse, 1959, VVStRL, 17, pp. 11 ss.
204. En este sentido Noltenius, 1958, pp. 140 ss., en relación a la libertad de opinión. En referencia al equilibrio entre los bienes en el sentido de una composición, en particular con consideración al Art. 5^o, cfr. BVerfG, 7, pp. 198 ss.
205. Ha sido realzada varias veces que las libertades individuales y el principio del Estado social se encuentran en relación con un ordenamiento basado sobre la composición (E.R. Huber, 1953, pp. 30 ss.; Bachof, 1954, VVStRL, 12, pp. 45 ss.; BVerfG, 1, pp. 97 ss.).
206. Así, Krüger, 1955, DÖV, pp. 597 ss., en relación al Art. 14^o, inciso 3), GG.
207. Cfr. Hesse, 1959, VVStRL, 17, pp. 11 ss.
208. Ibid, pp. 46 ss.; similarmente E. R. Huber, 1956, DÖV, pp. 200 ss. La aplicación del equilibrio de los bienes para determinar los límites admisibles a ponerse a los derechos fundamentales no es una peculiaridad de la interpretación constitucional alemana. También en los Estados Unidos y en Suiza el contenido y los límites de los derechos fundamentales están determinados mediante el equilibrio. En Suiza los derechos fundamentales están sujetos a una reserva en favor de los "intereses públicos" que según «una concepción inspirada en principios de libertad sean dignos de tutela» (Giacometti, 1941, pp. 173 ss.; Fleiner, Giacometti, 1949, p. 246). Se requiere aquí una valoración ponderada entre los derechos fundamentales y los bienes jurídicos en conflicto con ellos (Marti, 1959, pp. 81 ss.). Algo similar vale para los Estados Unidos. En este país, en el ámbito de las libertades democráticas fundamentales, la Suprema Corte pone severas condiciones al legislador. El principio de equilibrio se ha abierto camino, en este caso, en la doctrina del "*clear and present danger*" (cfr. Carstens, 1953, pp. 164 ss.). Por eso, las limitaciones a las libertades fundamentales son admisibles tan sólo si esto se hace necesario para prevenir un peligro evidente e inminente para los bienes jurídicos que sean dignos de tutela (ibid., pp. 164 y 227). El banco de pruebas de esta doctrina se

- encuentra sobre todo en los conflictos entre seguridad y libertad. También los conflictos entre derechos fundamentales y otros bienes jurídicos merecedores de tutela (la administración de justicia, el orden público) serán resueltos en base a esta doctrina (*ibid.*, pp. 188 ss.). Se requiere que las Cortes valoren en cada caso, si ha sido apropiado el comportamiento del imputado al causar un peligro inmediato, de tal modo de hacer necesaria una delimitación de sus libertades fundamentales (en este sentido la teoría "de carácter concreto" *ibid.*, pp. 191 ss.). En diversos casos (teniendo por protagonistas los Testigos de Jehová) (*ibid.*, pp. 221 ss.), son resueltos mediante el equilibrio de los valores también los conflictos entre la libertad de culto y la seguridad pública, el orden público y la moralidad colectiva. En lo relativo, a los casos del saludo a la bandera, *cfr. ibid.*, pp. 226 ss.
209. BVerfG, 7, pp. 377 ss.
210. BVerfG, 8, pp. 71 ss.
211. G. Jellinek, 1928, VVStRL, 4, pp. 82-3 (de la discusión); Schmitt, 1928, p. 167; E. R. Huber, 1954, p. 27; *id.*, 1956, DÖV, p. 146; de modo diferente aunque correcto, *id.*, 1959, p. 34.
212. Welzel, 1960, pp. 1 ss.
213. BVerfG, 6, p. 389, en adición a BayrVerfGH NF, 3, II, p. 109; *cfr. además* la Constitución francesa (*cfr. Häberle*, 1983, p. 142, nota 103).
214. *Cfr. Mezger*, 1960, párrafo 48; Schönke, Schröder, 1961, premisa III, 10, relativa al párrafo 51; Maurach, 1958, párrafo 27.
215. *Cfr. también* los párrafos 53, 193 StGB; 227, 228, 904 BGB y la doctrina respectiva, sobre todo la jurisprudencia relativa al párrafo 193 StGB.
216. *Cfr. sustancialmente* Hubmann, 1956, ACP, 155, pp. 85 ss.
217. BGHZ, 13, pp. 334 ss.; BGHZ, 24, p. 72; BGHZ, 3, p. 270; BGH, NJW, 59, pp. 1269 ss.; BGHZ, 24, p. 300. Concordadas con esta jurisprudencia, Hubmann, 1957, JZ, pp. 521 ss.; aunque sustancialmente *id.*, 1953, pp. 144 ss.; Hamel, 1957, DVBl, pp. 618 ss.; críticos, sin embargo, Neumann, Duesberg, 1957, NJW, pp. 1276 ss.; Palandt, 1962, comentario 6 al par. 823 BGB.
218. Con referencia a las reservas de ley, Hensel, 1933, DJZ, pp. 42-5, habla expresamente de una «segunda Constitución».
219. En este sentido el BVerwG, 4, p. 24, deduce del Art. 2º GG, como norma de derecho fundamental, que este artículo no está puesto a disposición

- del legislador ordinario. Von Mangoldt, Klein, 1957, pp. 113, 564 ss., deducen del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales en cuanto tales, la garantía de su contenido esencial, obviamente prescindiendo de la adhesión a la diferenciación entre “limitación” y suspensión de un derecho fundamental.
220. Kägi, 1956, pp. 747 a ss.
221. Ibid., pp. 751 a ss.
222. Para la exigencia de un concepto sustancial de Constitución, cfr. Kägi, 1945, pp. 66 ss.
223. Por ejemplo Hofacker, 1926, p. 9: los derechos fundamentales como «abhängige Funktion einer beliebig Veränderlichen» [«función dependiente de cualquier cambio de la constitución»]; Häntzschel, 1926, ZöfFR, vol. V, pp. 205 ss., pp. 222 ss.; Kelsen, 1925, pp. 155 ss.
224. Cfr. Häberle, 1983, pp. 202 ss.
225. Contrariamente a Laband, 1911, 2º vol., pp. 39 ss.; G. Jellinek, 1920, p. 534.
226. Kägi, 1945, p. 150, la ha subrayado con razón en contraposición a la concepción demasiado dinámica de la Constitución derivada de la teoría de la integración.
227. Hesse, 1959, pp. 19, 24 y 12; id., 1959, VVSTRL, 17, pp. 11 ss.
228. Ibid., pp. 11 ss., pp. 44 ss.
229. Ibid., p. 15.
230. En mérito a la gran atención prestada al Derecho natural en la actual doctrina constitucional, se le debe preguntar si no está conectada a ella una desvalorización de la norma constitucional en cuanto tal sin querer llegar de tal modo a una “hipostatización” del Derecho constitucional.
231. Heller, 1934, p. 252.
232. Para el paralelismo entre normatividad y normalidad, cfr. ibid. Normatividad, normalidad y ordenamiento van juntos (en el Derecho), así como la “normatividad y la existencialidad” no son conceptos contrapuestos entre sí (Kaufmann, 1932).
233. Exponentes de la “Grundsatz-Ausnahmelehre” [“doctrina de principios y excepciones”] son, por ejemplo, en parte independientemente del Art. 19º, inciso 2), GG: Häntzschel, 1926, ZöfFR, vol. V, pp. 222 ss.;

- Schmitt para los derechos fundamentales "absolutos", 1928, pp. 166 ss.; id, 1958 (1932), pp. 208 ss.; E. R. Huber, 1933, AöR NF, 23, p. 1; para determinados derechos fundamentales cfr. además W. Jellinek, 1948, pp. 204 ss; id., 1947, DRZ, pp. 4 ss.; Nawiasky, Leusser, 1948, pp. 95 ss.; BVerfG, 2, pp. 276 ss.; BVerwG, 3, pp. 309 ss.; 7, pp. 242 ss.; 9, p. 97 (p. 100: los derechos fundamentales no son derechos de excepción); BayrVerf GH NF, 1, II, p. 64, principio 7; 2, II, p. 64, principio 3; 2, II, p. 72; 7, II, p. 49, principio 1; en parte con referencia al Art. 19º inciso 2), GG: Maunz, Dürig, Rd. Nr. 25 relativo al Art. 2º, inciso 1) (p. 23, nota 3 al final); BGH, DÖV, 53, p. 343.
234. Cfr. Häberle, 1983, pp. 195 ss.
235. Confróntese la separación efectuada por Laband de los fines de una institución de Derecho de la institución de Derecho en cuanto tal.
236. 1, pp. 48 ss.; 1, pp. 90 ss.; 1, pp. 92 ss.; 2, pp. 85 ss.; 2, pp. 345 ss.; 5, pp. 283 ss.; 6, pp. 50 ss.
237. Similarmente Von Mangoldt, Klein, 1957, pp. 561 ss.
238. BVerwG, 2, pp. 85 ss.; 2, pp. 345 ss.
239. E. R. Huber, 1956, DöV, p. 142.
240. BVerfG, 8, pp. 71 ss.
241. Krüger, 1955, DöV, p. 600; id., 1950, DVBl, p. 627; Peter, RGA, p. 26; E. R., Huber, 1956; BayrVerfGH NF, 11, II, pp. 81 ss.; 11, II, p. 110; 9, II, p. 158; BVerwG, 2, pp. 85 ss.; 4, p. 24; 5, pp. 31 ss.; 6, pp. 19 ss.
242. De diversa opinión Reinhardt, 1957, pp. 115 ss.
243. Contra esta doctrina: Wintrich, 1952, p. 235; id., 1958, p. 7; Scheuner, 1956, DöV, pp. 65 ss.; Hamel, 1957, pp. 8 y 31. Para el Art. 2, inciso 1), GG, cfr. en particular E. R. Huber, 1953, p. 200. De manera diversa, empero, Maunz, 1961, p. 78; Jesch, 1961, pp. 139 ss.
244. En este sentido, sobre todo con referencia al Art. 2º, inciso 1), GG, cfr. Raiser, 1958, JZ, pp. 1 ss.
245. BVerfG, 4, pp. 7 ss.
246. Peters, 1953, p. 671; id., 1953, *Auslegung*, p. 464; id., RGA, p. 16; Maunz, Dürig, Rd. Nr. 47 en referencia al Art. 1º, inciso 1) GG. Para el concepto de personalismo, cfr. también Bentele, 1949, pp. 30 ss.
247. BVerfG, 7, p. 377.

248. Así en particular para la relación entre el Art. 2º y el Art. 20º GG, cfr. Raiser, 1958, JZ, pp. 1 ss. Concordes Maunz, Dürig, Rd. Nr. 25, en referencia al Art. 2º, inciso 1), GG (nota 3), que sin embargo quieren que el juicio se atenga allí al carácter de regla de la libertad y al carácter de excepción del vínculo estatal, "ya a causa" del artículo 19º, inciso 2), GG.
249. Interpretación de todos los derechos fundamentales "a la luz" de la garantía del Estado social, Bachof, 1954, VVStRL, 12, principio I, p. 3.
250. E. R. Huber, 1953, p. 46; *ibid.*, p. 200: una ruta de auxilio entre libertad individual y vínculo social.
251. Así Hamel, 1957, p. 26. Para elementos nuevos relativos a la historia de las ideas en la base de esta cláusula (proveniente de la ética luterada de la propiedad), cfr. Kübler, 1960-1961, ACP, 159, pp. 236 ss.
252. De manera diversa, sin embargo, Haug, 1946, pp. 117 ss. (caracterización de los derechos de libertad en contraposición a los "derechos de institución", sobre la base del argumento de la "libre disponibilidad"), y el concepto de libertad en la época del constitucionalismo liberal según Schmitt.
253. Schindler, 1948, pp. 169 ss. (donde cita la opinión de M. Huber).
254. Cfr. también Häberle, 1983, pp. 195 ss.
255. H. J. Wolff, 1958, p. 145.
256. Krüger, 1955, DöV, pp. 597 ss.
257. Ello no es reconocido por Krüger no lo reconoce así (*ibid.*, p. 600), ni por Hamel, 1957, p. 44, en su crítica al "método de la sustracción" del BVerwG. Es correcta la sugerencia de Scheuner, 1955, p. 395, y de Ipsen, 1956, DVBl, p. 362, relativas a un "resultado estadístico de valor promedio".
258. En el sentido de Herbert Krüger, 1955, DöV, p. 601.
259. Ello presupone que, contrariamente a una opinión ampliamente difundida, la ejercitabilidad y el ejercicio de un derecho no sean separados de su contenido. Esta separación entre Derecho y posibilidad de su ejercicio podría encontrar su causa, de un lado, en el hecho de que se interpreta de manera errada la pretensión social de aplicación de la norma, sin advertir su referencia a lo social y abstrayéndola de la realidad; y de otro lado, en el hecho de que no se reconoce que la limitación de un derecho es siempre una limitación de su contenido.

260. Herbert Krüger, 1955, DöV, pp. 597 ss.
261. Ello se concede al legislador, en cuanto corresponde a la naturaleza del derecho mismo el deber producir los efectos que formarán la realidad social. En mérito a la posibilidad de que la Constitución devenga una "fuerza activa", cfr. Hesse, 1959, pp. 12 y 16. En referencia a la pre-tensión de la Constitución de dar forma a la realidad, cfr. siempre *ibid.*, p. 8.
262. Cfr. Hesse, 1956, pp. 29 ss.; *id.*, 1959 *passim*; *id.*, 1959, VVStRL, 17, p. 11 ss.
263. El pensar en términos de "categorías de correlación" (Kaufmann, 1921, p. 65, donde refuta la concepción que separa *Sein* [ser] y *Sollen* [debe ser], juega en el presente contexto un rol importante en relación a diversas problemáticas: en la determinación del contenido y de los límites de los bienes constitucionales particulares, que ocurre poniéndolos en correlación entre sí, y además en el ámbito de la explicación de la relación intercurrente entre el contenido personal con aquel objetivo (institucional) de los derechos fundamentales.
264. En mérito a esta finalidad, cfr. Hesse, 1959, p. 19.
265. *Ibid.*, p. 15.
266. Bäumlin, 1954, p. 63.
267. Cfr. Häberle, 1983, pp. 180 ss., pp. 197 ss.
268. Los derechos fundamentales reciben a través del reconocimiento de su función social una garantía y un reforzamiento, y esto justamente gracias a una concepción que podría parecer a quien parta de una perspectiva liberal como una limitación y un prejuicio a las libertades individuales.
269. Wintrich, 1952, pp. 235 ss.
270. Con ello se exige a la legislación y a la jurisprudencia también tomar en examen las circunstancias de hecho, como está delineado en BVerfG, 7, pp. 377 ss.
271. Una semejante aproximación a la determinación de los límites esenciales a ponerse a los derechos fundamentales se dirige contra la objeción de que el legislador no esté más vinculado a los derechos fundamentales (Krüger, 1955, NJW, pp. 201 ss.), y es otro tanto inmune a la opinión conforme a la cual se trataría no de opciones objetivas, sino de valoraciones subjetivas (E. R. Huber, 1956, DöV, p. 135).

272. BVerwG, 2, pp. 295 ss., pp. 345 ss.; 5, p. 153 ss.: el límite inmanente del ejercicio del derecho.
273. RGA, p. 24.
274. BVerwG, 5, pp. 283 ss.; 5, pp. 171 ss.; 5, pp. 286 ss.; 6, pp. 145 ss.
275. Además Hubman, 1953, p. 256: limitación interna del derecho a la personalidad a través del principio de equilibrio con los intereses de la colectividad; en referencia al Art. 141º, inciso 3), BayrVerf, cfr. BayrVerfGH NF, 7, II, p. 59.
276. En referencia a los límites inmanentes a los derechos de libertad reconducibles al Derecho civil y penal, cfr. también Laufke, 1956, pp. 145 ss.
277. Smend, 1955 (1927), pp. 96 ss.; E. R. Huber, 1933, AöR NF, 23, pp. 1 ss.; Hamel, 1957, pp. 44 ss. La doctrina de las leyes especiales (cfr. E. R. Huber, 1959, p. 32) falla en la determinación de las leyes generales.
278. BVerfG, 7, p. 198.
279. Kaufmann, 1928, VVStRL, 4, pp. 77 ss.
280. Noltenius, 1958, p. 141.
281. Hamel, 1957, pp. 38 ss.; id, 1958, DVBl, pp. 37 ss.
282. Cfr. Häberle, 1983, pp. 222 ss.
283. Ulteriores ejemplos: mayor libertad de opinión a causa de la ausencia del todo hay disposiciones en favor de la tutela de los menores de edad; ulteriores esferas de libertad, puesto que el legislador no ha cumplido exhaustivamente su tarea de conformación del orden social, que conduce sustancialmente a limitaciones de los derechos fundamentales, mediante el equilibrio de los bienes.
284. Herbert Krüger, 1955, DöV, pp. 597 ss.: «Wesensgehalt als äußerste Schranke»; Wintrich, 1958, pp. 6 ss. Cfr. también von Krauss, 1955, pp. 50 ss. y ahora Lerche, 1961, p. 236.
285. Cfr. Wintrich, 1958, p. 10.
286. BVerfG, 7, pp. 198 ss.
287. Ibid.
288. Los problemas que derivan del Art. 19º, inciso 2), GG y de su relación con el estado de emergencia deben ser resueltos del siguiente modo: el derecho del estado de emergencia debe hallarse justificado de ma-

nera específicamente constitucional, puesto que una Constitución que admitiese sin oponer resistencia su propia supresión, estaría en neto contraste consigo misma, puesto que se suprimiría a sí misma. Para decirlo con Hesse, el contenido y los límites del estado de emergencia, deben desprenderse partiendo de su función y de su finalidad (1960, JZ, pp. 105 ss.). Su "objetivo constitucional" (ibid.) justifica una restricción de los derechos fundamentales fuera de lo ordinario. El estado de emergencia no es una "violación" de la Constitución, sino su indispensable "complemento y refuerzo" (ibid.). Si temporalmente la suspensión parcial o total de los derechos fundamentales es el único medio para encontrar el camino hacia la normal vida constitucional, entonces –siguiendo la terminología del artículo 19^o, inciso 2) no se viola el contenido esencial de los derechos fundamentales. El estado de emergencia legítimo busca salvaguardar el contenido esencial de la libertad fundamental. Forma, como institución conexas de esta libertad, su límite inmanente, y ello ya en los casos en los que la Constitución haya positivizado expresamente un derecho de emergencia, ya en aquellos casos en que lo presupone y lo postula como "implícito". El vigor de la libertad fundamental no sólo permite, sino más bien exige directamente una momentánea suspensión de los derechos fundamentales, si ésta es la última posibilidad para retornar a la normalidad que es perseguida por la normatividad de la constitución. En este contexto, asumen relevancia el principio del equilibrio y el de proporcionalidad (ibid, pp. 106 ss.). Los derechos fundamentales resultan transitoriamente "circunscritos" (o más correctamente: "determinados objetivamente" de manera específica) –como bienes jurídicos inferiores– en favor de un bien jurídico superior, o para la salvaguarda de su validez "normal".

289. Jerusalem, 1950, SJZ, columna 1 ss.
290. De manera diversa, sin embargo, Fechner, 1954, p. 4: los límites admisibles a los derechos fundamentales para poner remedio a la escasez de habitaciones son una necesidad que presiona desde el exterior sobre el derecho fundamental. Ello aparece justificado tan sólo a aquel que parte del entendimiento de que el hombre no sea puesto si no desde el principio al interior de la comunidad; pero ello quiere decir también que el hombre puede ser puesto eventualmente en una situación de emergencia colectiva.
291. Que las situaciones de emergencia exigen y legitimen delimitaciones más fuertes de los derechos fundamentales corresponde al "contenido esencial" de los derechos fundamentales.

292. Scheuner, 1956, DöV, pp. 65 ss.; id, 1958, DVBl, pp. 845 ss., habla, con referencia a la categoría de las barreras "inmanentes" que se refiere obviamente tan sólo a los límites a ponerse a los derechos fundamentales comprendidos sobre el terreno histórico-espiritual, preferentemente de "delimitación interna", antes que de barreras inmanentes.
293. Cfr. Maunz, Dürig, Rd. Nr. 69 ss., con referencia al Art. 2º, inciso 1), GG; Maunz, 1961, pp. 92 ss.; Geiger, 1959, columna 1122 ss.; Hamel, 1957, p. 34; cfr. también la jurisprudencia del BayrVerfGH sobre los límites inmanentes de la propiedad: NF, 4, II, p. 109; 9, II, pp. 14 ss.
294. Von Mangoldt, Klein, 1957, pp. 122 ss.; Guradze, 1956, pp. 179 ss.; Scheuner, 1954, p. 114; Fechner, 1954, pp. 3 ss.; Noltenius, 1958, p. 141; Kaufmann, 1928, VVStRL, 4, p. 81; BVerwG, 9, p. 97. Cfr. también Forsthoff, 1961, p. 301.
295. BGHZ, 12, pp. 197 ss., en el que las leyes generales de policía que encuentran fundamento en el artículo 2º, inciso 1), GG, son calificadas como "delimitación" inmanente "a la naturaleza" del derecho fundamental. El BGH pone el término delimitación entre comillas. La escasa preocupación terminológica que resalta evidente en este contexto es emblemática de la tan reprochable y difundida concepción en términos de barreras. Ella aparece evidente en primer lugar: 1. En el hecho de que muchos y a veces también en ocasiones todos los límites admisibles a los derechos fundamentales se configuran como externos. En segundo lugar: 2. Se descuida la función creativa del legislador en el campo de los derechos fundamentales. Además: 3. El concepto de ley material es definido como una injerencia en la libertad y la propiedad; y, por último: 4. Los derechos fundamentales son a menudo tomados en consideración únicamente desde el punto de vista de una barrera y de una limitación puesta a la autoridad del Estado.
296. Similarmente, Geiger, 1959, p. 25.
297. En la jurisprudencia y también en la doctrina se encuentra frecuentemente este "*von vornherein*" ["desde el principio"]: por ejemplo, BVerfG, 1, pp. 418 ss., con referencia al derecho de la libertad de la persona (Art. 2º, inciso 2) y 104, inciso 1) GG); BVerfG, 10, pp. 89 ss., en referencia al Art. 2º y a la reserva del ordenamiento, conforme a la Constitución. BVerwG, 5, p. 283; 5, pp. 285 ss.; 3, pp. 21 ss., en referencia al artículo 12º GG y a su delimitación por parte de bienes jurídicos de rango igual o superior; 7, pp. 257 ss., para determinados límites de la propiedad. BGH, DöV, 58, pp. 344 ss. para el vínculo social de la propiedad. BayrVerfGH NF, 4, II, p. 109; 8, II, p. 107; 9, II, pp. 14 ss.; 12, II, pp. 1 ss.; 13, II, pp. 133 ss.; para los límites a la propiedad

- regulados por los artículos 103º, inciso 2), y 158º, inciso 1), de la Constitución bávara. Wintrich, 1958, p.10, en referencia a los límites al derecho al libre desarrollo de la persona humana derivados de las relaciones entre los coasociados. Noltenius, 1958, p. 141, en referencia a las leyes "generales" del Art. 5º GG. Lerche, 1961, p. 115, en referencia a las libertades de opinión, de asociación y de desarrollo de la persona humana.
298. En este sentido, sin embargo, Dürig, 1953-1954, AöR, 79, pp. 57 ss.; Maunz, Dürig, Rd. Nr. 86, en referencia al artículo 2º, inciso 1), GG ("*Freiheitsverkürzung*") ["restricción de libertad"].
299. Así como en Maunz, Dürig, Rd. Nr. 81 (p. 71, nota 3), 84, en referencia al Art. 2º, inciso 1).
300. En consideración a ello debe subrayarse que hoy en día los límites inmanentes son determinados principalmente según un criterio "histórico-espiritual" (cfr. Häberle, 1983, p. 176, nota 321). En el Derecho civil más o menos reciente se encuentra repetidamente y en diversos contextos la idea de los límites inmanentes. Por ejemplo, von Thur, 1914, pp. 183 ss.; Larenz, 1962, pp. 44 ss. Cfr. también Häberle, 1983, pp. 128 ss.
301. Así, Raiser, en Wolff, Raiser, 1957, p. 180, sobre todo en referencia a los límites inmanentes a la propiedad.
302. Geiger, 1959, pp. 22 ss. En doctrina, a menudo no se reconoce la relación intercurrente entre el contenido esencial y los límites inmanentes; por ejemplo, Maunz, 1961, pp. 93 ss.; Herbert Krüger, 1955, DöV, p. 597; Bachof, 1957, JZ, pp. 337 ss.; Leisner, 1960, p. 154, nota 90.
303. Así por ejemplo, Dürig, 1956, AöR, 81, p. 137, con referencia a los derechos de terceros, a la ley moral y al orden público. Maunz, Dürig, Rd. Nr. 76, en referencia al artículo 2º, inciso 1), GG (pp. 64 ss.) para el Derecho penal.
304. En cuanto concierne al resultado práctico, ambas perífrasis tienen obviamente el mismo significado, puesto que debe ser excluida la posibilidad de hacer referencia al contenido esencial, si de tal modo son violados o amenazados Los bienes jurídicos de rango igual o superior.
305. La formulación usada permite también efectuar una ponderación que corresponda a las características peculiares de los derechos fundamentales.

306. Cfr. Häberle, 1983, p. 180. Cfr. también Kaufmann, 1928, VVStRL, 4, pp. 77 ss.: en el concepto de la propiedad en cuanto tal se encuentran indudablemente límites inmanentes.
307. Peters, 1953, *Auslegung*, p. 459.
308. 5, pp. 286 ss.; cfr. también 5, p. 283.
309. Hamel, 1957, p. 34.
310. *Ibid.*, pp. 38 ss., sobre todo, p. 42, pp. 47 ss. Hamel se preocupa sin duda demasiado poco de proteger los derechos fundamentales de la "relativización". Puede no obstante, advertirse lo mismo entre los autores de una interpretación conciliante del contenido esencial. Esta conclusión puede ser extraída de su modo de proceder al equilibrio y de su concepción de los derechos fundamentales que hace referencia a los derechos del hombre (*ibid.*, pp. 13 ss., pp. 21 ss.; pp. 34 ss.; *id.*, 1958, DVBl, pp. 37 ss.).
311. Para Noltenius, 1958, p. 141, la libertad de opinión es «a causa de su esencia» un derecho fundamental, siempre que no entre en conflicto con otros derechos o bienes vitales poseedores de rango igual.
312. Así el BayrVerfGH (jurisprudencia constante a partir de: 1, II, pp. 93 ss.), para el cual los límites generales del Derecho penal y civil son inmanentes a la "naturaleza" del derecho fundamental a la libertad personal. En el sentido del texto, cfr. Hamel, 1957, p. 47; *id.*, 1958, DVBl, p. 42; la detención legítima corresponde al contenido esencial y moral de la libertad de la persona.
313. Cfr. Häberle, 1983, pp. 202 ss. Similarmente Geiger, 1959, columnas 1122 ss.: las específicas reservas de ley no modifican en ningún caso, en el sentido de una delimitación, los límites inmanentes a un derecho fundamental en cuanto correspondiente a sus características.
314. Cuestión dejada abierta por el BVerfG, 7, p. 377; en sentido afirmativo, Bachof, 1958, GR, III, 1, p. 215.
315. En este sentido la interpretación del concepto de reglamentación (Art. 12° GG) por parte del BVerfG, 7, p. 377.
316. Indicios de una concepción similar se hallan en Lerche, 1960, GR, IV, 1, p. 449: la coordinación entre los derechos fundamentales y el *status* del soldado deja algunas "trazas" en la "sustancia" de ambos contenidos constitucionales.
317. El BHG (DöV, 53, p. 343; BGHSt, 4, p. 375; BGHZ, 6, p. 270; DöV, 55,

- p. 279), recurre con razón al principio del equilibrio para la interpretación del Art. 19º, inciso 2), GG (Hamel, 1957, pp. 40 ss., hace referencia al BGH), pero no establece una relación íntima entre el "contenido esencial" de los derechos fundamentales y los bienes jurídicos que los delimitan.
318. De modo similar la justificación de Hamel, 1957, p. 34, de la teoría de la inmanencia con la alusión a la función integrante para el conjunto de derechos fundamentales. El deduce la inadmisibilidad de barreras a los derechos fundamentales que no sean inmanentes, sino "impuestas" a la vez por la inviolabilidad de los derechos del hombre. Ello no es, sin embargo, del todo convincente, en consideración del hecho de que también aquellos derechos fundamentales que no tienen carácter de derechos del hombre tienen como fuere, un contenido propio esencial (Dürig, 1954, GR, II, p. 523).
319. BVerfG, 1, pp. 165 ss.; 1, pp. 269 ss.
320. Prescindiendo de ello, están de acuerdo con la cláusula comunitaria: Ipsen, RGA, p. 24; Hamel, 1957, p. 44. El contenido esencial debe ser determinado entonces, para decirlo con el BVerwG, partiendo también de «aquellos bienes jurídicos indispensables para la existencia de la comunidad». (De diversa opinión Kaiser 1960, p. 43; está entonces fuera de lugar también la crítica del BGH, DöV, 55, pp. 731 ss.)
321. Maunz, 1956, FamRZ, p. 1.
322. E. R. Huber, 1958, p. 30.
323. Scholtissek, 1952, NJW, pp. 561 ss.; Bäumlin, 1954, p. 65; BGHSt, 7, pp. 394 ss., en referencia a la libre elección de la profesión: hacer referencia a aquellos requisitos indispensables para el ejercicio de una profesión que son deducidos de la "naturaleza" de determinadas profesiones y que tienen por finalidad aquella de tutelar los derechos de terceros, la integridad física, etc.; BVerwG, 2, p. 301: límites de admisión personales como aspectos "esenciales"; 3, pp. 312 ss.: límites esenciales a la libertad de estancia y de circulación derivados de la finalidad inmanente. De manera diversa, sin embargo Scheuner, 1956, DöV, pp. 65 ss., quien, aún reconociendo con razón que una garantía ilimitada de los derechos fundamentales no corresponde a su "naturaleza", no llega a la conclusión necesaria de que los límites admisibles forman parte del contenido esencial. Y aún id., 1955, p. 387, en referencia al límite puesto por el Art. 2º, inciso 1), GG, generalmente inmanente a todo derecho fundamental, un límite que este autor considera parte esencial de los derechos fundamentales.

324. Hellwig, 1930, Nipp, II., pp. 1 ss.; Häberle, 1983, p. 129.
325. De manera diversa Schindler, 1948, p. 79, el cual no quiere desprender el límite entre libertad y vínculo de las libertades de culto, de prensa y de asociación en cuanto tales, sino que, deduce este límite de un ordenamiento integral de valores, asumido ya como existente, en el cual los derechos de libertad se insertan armónicamente.
326. A este concepto recurre la doctrina que quiere tutelar determinados derechos fundamentales "*als solche*" ["como tales"] de la acción del legislador: una teoría sostenida en tiempos de la República de Weimar, entre otros por: Schmitt, 1958 (1932), p. 209; id., 1928, p. 167; en referencia a las garantías institucionales, *ibid.*, p. 171; Holstein 1926, AÖR NF, 12, p. 235. Más reciente, Nawiasky, Leusser, 1948, p. 177; Maunz, 1961, p. 77; W. Jellinek, 1946, DRZ, pp. 5 ss. (tutela del "derecho fundamental por sí mismo"). Este concepto se encuentra además en las Constituciones: Art. 63º, inciso 1), HV, Art. 122º Constitución del Baden, Art. 21º, inciso 4), HCHE, que es el precursor del Art. 19º, inciso 2), GG (jöR, 1, p. 177) y del Art. 49º Constitución DDR: se trata del concepto de una «garantía de la esencia» (Maunz, 1961, p. 328). En consideración a la estructura formal de la cláusula "*als solche*", no es casual que ella sea aplicada por exponentes de las más disparatadas corrientes de pensamiento, y que Schmitt recurra a dos "puntos de apoyo": al concepto de ley del Estado de Derecho y «a la típica manifestación de un ordenamiento» (1958 - 1932 -, p. 209).
327. Con ello deviene posible suponer, siguiendo el BVerG (6, p. 32; 6, p. 389; 7, p. 198; 8, p. 274; 10, p. 55), la existencia de un último "núcleo intocable de libertad humana". Determinante en este sentido, Leisner, 1960, p. 152 ss.: «*Kernbereichsdenken*».
328. Para esta cuestión, que aún no ha sido ubicada de manera sistemática, es menester distinguir si el Art. 19º, inciso 2), GG, vale: 1. para el Art. 2º, inciso 1), GG; 2. para la legislación reservada; 3. para las garantías de instituto e institucionales; 4. para los conflictos entre derechos fundamentales; 5. para los conflictos entre derechos fundamentales y otras disposiciones constitucionales (por ejemplo Art. 15º GG). Teniendo presente el texto se puede responder sin duda afirmativamente.
329. Como en Leisner, 1960.
330. Por ejemplo: von Mangoldt, Klein, 1957, pp. 559 ss.; Peters, 1960, GR, IV, 1, p. 383 ss.; Zinn, Stein, 1954, comentario 6 a en referencia al Art. 63º HV; Wintrich, 1957, p. 20. *Id.*, 1958, p. 7 ss., procede antes de determinar el contenido esencial, a un equilibrio entre los bienes.

331. BVerwG, 1, pp. 269 ss.; 2, pp. 295 ss., donde, sin embargo en relación a la cláusula comunitaria, entran como fuere en juego subsecuentemente la cuestión relativa al fundamento de la "ingerencia" y el principio del equilibrio.
332. La conocida fórmula introducida por el BVerwG (1, pp. 266 ss.; 2, pp. 295 ss.; 2, pp. 324 ss.; 4, pp. 24 ss.; 6, pp. 19 ss.), a menudo adoptada (Wintrich, 1958, p. 7; Wolff, 1961, p. 160), anticipada por Husserl, 1955, pp. 18, pp. 157 ss. (reflexión sobre esto que se queda, cual reducción al "*Sinneskern*" ["núcleo de sentido"], en lo que es esencial de una cosa: su identidad) y criticada (Hamel, 1957, pp. 42 ss.).
333. Häntzschel, 1926, ZöffR, vol. V, pp. 205 ss.; Schmitt, 1928, p. 166; id, 1958 (1932), p. 209, nota 74. Esta confrontación resulta a veces atenuada en algunos casos, en cuanto E. R. Huber sostiene la tutela de manera absoluta también de los derechos fundamentales "relativos" en virtud de su interpretación como "institutos": la prohibición de violar la esencia del instituto de derecho (1933, AöR NF, 23, pp. 1 ss.).
334. Importante es la jurisprudencia del BayrVerfGH que alcanza un resultado conciliante: cfr., de un lado, sus momentos "absolutos" (NF, 5, II, pp. 297 ss.: «*Kern*» [«núcleo»]; 9, II, pp. 174: «*Aushöhlung*» [«vacío»], 11, II, p. 124: «*leere Form*» [«forma vacía»]; 4, II, pp. 30 ss.; 4, II, p. 150; 5, II, p. 164: distinción entre limitaciones admisibles y supresión inadmisibles de los derechos fundamentales), y de otro lado, la citada jurisprudencia relativa a los límites inmanentes caracterizada por el equilibrio, y, en fin, su valoración de los bienes jurídicos de acuerdo al artículo 98º, período 2, BayrVerf (1, II, p. 64; 2, II, p. 72; 7, II, p. 49) y la referencia a la jurisprudencia del BGH (6, II, p. 10). La relación intercurrente entre el contenido esencial y el principio del equilibrio entre los bienes es mudable: NF, 5, II, p. 158 (abierta negación de la posibilidad de un conflicto entre el contenido esencial y la tutela de los bienes jurídicos); 5, II, p. 300 (paralelismo entre ambos aspectos).
335. Jerusalem, 1950, SJZ, columna 4 ss.; Herbert Krüger, 1950, DVBl, p. 628; id., 1950, p. 26; id., 1955, DöV, pp. 597 ss; Ipsen, RGA, p. 32; ibid, 1952-1953, AöR, 78, pp. 314 ss.; ibid, 1954, pp. 31 ss.; Scheuner, 1954, VVStRL, 11, pp. 1 ss. E.R. Huber, 1956, DöV, pp. 205 ss.; id., 1959, p. 21; Forstthoff, 1955, p. 235; Von Krauss, 1955, pp. 42 ss.; Zippelius, 1956, DVBl, pp. 353 ss.; Wintrich, 1958, p. 7; Dürig, 1956, AöR, 81, pp. 146 ss.; BVerfG, 8, p. 328; 8, p. 80; BayrVerfGH, 9 II, p. 158; BVerwG, 5, pp. 283 ss.; 4, pp. 196 ss.; ulteriores elementos ahora en Lerche, 1961, pp. 250 ss. De diverso parecer, Peters, RGA, pp. 12 ss.

336. Zippelius, 1956. En la jurisprudencia del BGH relativa al Art. 19º, inciso 2), se nota la falta de una clara distinción (ibid.).
337. Ibid., no obstante, también von Krauss, 1955, p. 16.
338. Recientemente Lerche, 1961, pp. 19 ss., distingue entre el principio de la "proporcionalidad" y el de la "necesidad". El resume ambos conceptos como "prohibición de exceso".
339. Von Krauss, 1955, p. 43; Wintrich, 1958, p. 7; Forsthoff, 1955, p. 235; Marti, 1959, p. 108; BVerwG, 4, pp. 167 ss. Ulteriores elementos en Lerche, 1961, pp. 76 ss.
340. Von Krauss, 1955, pp. 40 ss.; Dürig, 1956, AöR, 81, p. 146.
341. Von Krauss, 1955, pp. 36 y 52; Forsthoff, 1955. Ulteriores elementos para ensayos de justificación; Lerche, 1961, pp. 29 ss.
342. En el sentido del BVerfG, 7, p. 377.
343. Ibid., principios 5 y 6, pp. 402 ss.
344. Esto no es reconocido por el BGH, cuya lectura del Art. 19º, inciso 2), GG es demasiado rígida e inelástica (cfr. para el Art. 14º GG, en particular Weber, 1954, GR, II, p. 358). Una diferenciación está ausente, entre otros, en Von Krauss, 1955, pp. 42 ss.; Hamel, 1957, pp. 41, 43 y 49; id., 1958, DVBl, pp. 37 ss.; Ipsen, RGA, p. 73.
345. De opinión distinta, BVerfG, 7, p. 377, para el cual un derecho fundamental no contiene normalmente esferas de tutela graduada.
346. En el sentido del BVerfG, 7, pp. 377 ss.
347. Ibid.
348. Cfr. Bachof, 1958, GR, III, 1, pp. 155 ss.; von Mangoldt, Klein, 1957, pp. 371 ss.
349. En particular con referencia al Art. 12º GG: Uber, 1952, p. 104, pp. 180 ss.
350. Ejemplos: leyes que regulan el ejercicio de la propiedad en particular; normas que regulan la libertad contractual; prescripciones de forma y reglamentarias. El número de normas que puede ser justificado en el campo de los derechos fundamentales, conservando admisible la consideración de aspectos relativos a su adecuación al fin, debería ser muy grande: las disposiciones de la ley sobre el autotransporte de mercaderías del 17 de octubre de 1952; las normas que regulan el

ejercicio de la caza del BJagdG del 29 de noviembre de 1957. También en el ámbito del Art. 5º, inciso 2), GG, se impone una diferenciación. Allí donde sean prohibidas determinadas opiniones ello ciertamente es admisible (Hamel, 1957, p. 49) y allí donde esta prohibición esté sancionada penalmente, la delimitación de este derecho fundamental debe devenir “concientemente” indispensable. En el caso de otras normas de ley, estas condiciones son menos severas. Las rigurosas condiciones puestas por el BVerfG, 7, pp. 320 ss.; 10, pp. 59 ss., en mérito a “ingerencias en el derecho de los padres a la educación de la prole”, no sirven para todas las leyes que tienen relación con la libertad de opinión. Si de un lado se otorga al legislador una discrecionalidad bastante amplia (BVerfG, 8, pp. 71 ss.) para la delimitación de la propiedad en el interés público, de otro deben ser puestos condiciones más fuertes en lo concerniente a los límites de la libertad de opinión.

351. BVerfG, 7, p. 377.
352. Cfr. Uber, 1952, pp. 104 ss., pp. 191 ss., en mérito al “ob” de la actividad profesional. Correspondientemente en mérito a la libertad de elección de la profesión, cfr. BVerfG, 7, p. 377 (principio 6 b y c). Por ejemplo: obligación de contratar.
353. En el sentido del BVerfG, 7, p. 377. principio 6 b, pp. 405 ss. La jurisprudencia del BGH relativa al Art. 19º, inciso 2), (“necesidad apremiante”) encuentra ubicación en este contexto. Por ejemplo: leyes penales, exclusión de la libertad de reunión de acuerdo al párr. 1 del VersG, prohibición de reuniones en ambientes cerrados (párr. 5 VersG); disolución por parte de la policía (párr. 13 VersG).
354. Así, Bachof, 1958, GR, III, 1, pp. 193 ss., para la libertad de elección de profesión.
355. Ibid., p. 210.
356. Cfr. ibid., en referencia al Art. 12º GG, p. 215.
357. Lerche, 1961, pp. 134 ss., pp. 350 ss., alcanza, a través de un peculiar sistema de graduación, una diversa aplicación de la “prohibición de exceso”. Con este autor, el presente ensayo comparte la inspiración, y en parte también los resultados, de un sendero que quiere conducir a una mayor libertad creativa del legislador, que debe diferenciarse en los casos particulares concretos, mediante una adecuada aplicación del principio de la proporcionalidad.

Capítulo 2

EL DOBLE CARACTER DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL ASPECTO DE DERECHO INDIVIDUAL Y EL INSTITUCIONAL

2.1. GENERALIDADES

Las problemáticas relativas a la noción de derecho fundamental ¿los derechos fundamentales son en sustancia sólo derechos públicos subjetivos? a la relación entre la garantía del contenido esencial y la doctrina de las garantías de instituto e institucionales y a las teorías institucionales, y en particular la cuestión en torno a un eventual significado institucional de los derechos fundamentales, no han sido hasta ahora discutidas. Ello exige un esclarecimiento.

Los derechos fundamentales de la *Grundgesetz* tienen un doble contenido constitucional. De un lado, presentan un "aspecto" de derecho individual; son «derechos de la persona»¹. Titulares de los derechos fundamentales son, según la naturaleza del derecho fundamental en cuestión, ora individuos, ora, al lado de estos, grupos como coaliciones, asociaciones y sindicatos².

De otro lado, están caracterizados por un «aspecto institucional» («*institutionelle Seite*»)³. Ellos representan la garantía constitucional de esferas de vida reguladas y organizadas según principios de libertad⁴, que, a causa de su significado objetivo-institucional, no

se dejan enclaustrar en el esquema libertad individual-límite a la libertad individual, se rebelan a la relación unidimensional individuo-Estado y no se dejan fundar sobre el solo individuo.

Tales condiciones de vida, «ordenamientos objetivos»⁵, esferas de vida, que se conjugan para formar el cuadro integral de la Constitución, son, por ejemplo, los ordenamientos del contrato, de la propiedad, de las sucesiones, fundados sobre la libertad, el vigente ordenamiento del matrimonio y de la familia y las libertades de asociación, de reunión y la sindical. Los derechos fundamentales consienten y postulan, sin duda, toda una valoración institucional⁶. Y por tanto, se habla con razón de un “aspecto institucional” de los derechos fundamentales o de los derechos fundamentales como institutos, y no de garantías de instituto o institucionales. Estas últimas han sido ya sobrecargadas por la doctrina de C. Schmitt con un gran número de limitaciones y alternativas aparentes.

Este doble carácter de los derechos fundamentales –se podría hablar de un “Jano bifronte”– caracteriza su esencia. Ambos aspectos, el de derecho individual y el institucional, forman en su conjunto el derecho fundamental. Se refuerzan recíprocamente. Los derechos fundamentales aparecen desde el punto de vista del titular como derechos públicos subjetivos, desde aquel de las condiciones de vida como institutos. Poseen, pues, una impronta personal y un sello objetivo-institucional⁷. Así se hace justicia, de un lado, al aspecto personal⁸ subrayado por Smend en contra de Schmitt; del otro lado, al aspecto objetivo del derecho fundamental. La relación, tan a menudo unilateral⁹, del derecho individual y de la libertad con el aspecto institucional-objetivo es un vínculo de correlación. La libertad no es antítesis, sino concepto correlativo a la institución. El carácter institucional de los derechos fundamentales no es ni “transformación” (Umbau), como puede aparecer desde una óptica orientada a la separación, ni consecuencia, ni aspecto conexo ni complementario respecto al contenido de derecho individual de los derechos fundamentales; el carácter institucional no se encuentra ni siquiera respecto a esto en una relación de alternatividad; más bien

él halla en éste su fundamento ¹⁰. El perfil institucional de los derechos fundamentales no está situado respecto al del derecho individual en una posición meramente servil. Toda adición o apostilla destruiría el contenido y el sentido de los derechos fundamentales. El aspecto institucional de los derechos fundamentales no puede ser pospuesto al del derecho individual, ni puede serle yuxtapuesto, aislándolo; no puede ni siquiera ser reducido a una relación de medio para un fin. El aspecto institucional de los derechos fundamentales se encuentra más bien en correlación y en una relación de igualdad de rango con el individual, igualdad de rango como Kaufmann ha presupuesto y como Hauriou ha determinado. Viceversa, no se puede degradar el aspecto individual a "efecto subjetivo a distancia" o a mera emanación del aspecto objetivo-institucional; el individuo no puede ser reducido a órgano de ordenamientos y sistemas de vida supraordinados. A la institucionalización de los derechos fundamentales no se acompaña paralelamente alguna debilitación de la libertad individual; al contrario, allí se propone y se produce un reforzamiento de la libertad. Bajo esta óptica se tiene cuenta de la «inevitable institucionalidad» ¹¹ en el Derecho así como de lo que se refiere a la "persona". De la relación de igualdad de rango y de correlación entre ambos perfiles de los derechos fundamentales se desprende para el legislador la intangibilidad del aspecto institucional de los derechos fundamentales a causa de su naturaleza de derechos subjetivos individuales y viceversa. En los derechos fundamentales así entendidos se desarrolla la vida de los individuos y de la colectividad.

En el texto de la *Grundgesetz* se hace referencia al aspecto institucional ¹² sólo en algunos casos (Art. 5º, inciso 1), período 2; Art. 5º, inciso 3); Art. 6º, inciso 1); Art. 14º, inciso 1), período 1; para el resto, los derechos fundamentales están formulados como derechos públicos subjetivos o en una óptica de derecho individual. Con ello la *Grundgesetz* se coloca en el interior de la tradición de muchas Constituciones continentales; y en efecto, en el del espíritu del iusnaturalismo individualista, de la Revolución francesa y del

voluntarismo, y así también en la ideología del liberalismo, bien se admitía una reconstrucción de las condiciones de vida objetivas partiendo del individuo, como también la disolución y la descomposición del Derecho y de las condiciones de vida en relaciones fundadas exclusivamente sobre la voluntad "autónoma" de los individuos "soberanos" ¹³.

2.2. LA RELEVANCIA DEL PENSAMIENTO DE HAURIUO Y DE KAUFMANN PARA UNA SEMEJANTE CONCEPCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN GENERAL

Una teoría, que valore los derechos fundamentales exclusivamente o prevalentemente desde el punto de vista de los derechos subjetivos, olvida la estructura objetiva del derecho y el aspecto objetivo de la libertad. Que se comience a apreciar sólo lentamente el aspecto objetivo-institucional de los derechos fundamentales es tanto más sorprendente si se considera que la filosofía del Derecho hace tiempo ya ha desarrollado un trabajo preparatorio decisivo. El debe ser utilizado sólo para los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son justamente el común denominador al cual se reducen particulares esferas de vida y determinados sectores del Derecho, con la consecuencia de que justamente aquí la esencia del Derecho y de la libertad deviene transparente al máximo. En efecto, los derechos fundamentales no son sólo libertades, sino también derechos. La esencia del Derecho consiste en una concurrencia de principios objetivos y subjetivos que se compenetran recíprocamente desde el punto de vista del contenido ¹⁴. El Derecho objetivo y el Derecho subjetivo forman los dos polos «que se encuentran en la raíz del concepto de Derecho» ¹⁵; son los dos aspectos del Derecho por excelencia ¹⁶. La esencia de la libertad es observada unilateralmente si se la funda sólo sobre el componente subjetivo y si se desconoce el aspecto objetivo y material de la libertad, un aspecto que resulta en particular del hecho de que Derecho y libertad marchan esencialmente juntos, porque un aspecto objetivo-institucional del Derecho conduce también a un aspecto objetivo-institucional de la libertad o lo refleja.

La teoría institucional de Hauriou y el pensamiento jurídico de Kaufmann han evidenciado el nexo básico entre los elementos subjetivos y los elementos objetivo-institucionales ¹⁷.

2.2.1. El pensamiento jurídico institucional de Hauriou

Es intención principal de Hauriou evidenciar el dualismo entre elementos subjetivos y objetivos presentes en el interior del Estado, del Derecho y de la sociedad, y conectar entre sí estos elementos ¹⁸. El suyo es un intento para poner fin a la disputa entre teoría subjetiva y objetiva del Derecho ¹⁹. En su gran proyecto, la *Théorie de l'institution et de la fondation*, Hauriou es de la idea de que la "*théorie de l'institution et de la fondation*" sigue históricamente al período del sistema subjetivista y objetivista ²⁰. Por eso él, ora envuelve el momento subjetivo en el concepto de institución ²¹, atribuyendo a las instituciones un modo de ser ya subjetivo como objetivo, ora limita lo "institucional" a la objetividad, considerando a las instituciones el verdadero elemento objetivo del sistema jurídico ²². La intención de Hauriou es principalmente ésta: individualizar el vínculo de correlación entre ambos elementos y sustituir el común "*aut-aut*" ("la común exclusión") con un *non modo sed etiam*, con una concurrencia ²³, vínculo que resulta especialmente evidente en los derechos fundamentales ²⁴. Contextualmente él distingue lo "institucional" de la subjetividad; en particular la libertad de la inmediata dependencia de la voluntad individual ²⁵. De otro lado, subraya repetidamente que no se puede renunciar al individuo ni a sus fuerzas creativas ²⁶. Aun con pasajes que acusan matices, es propósito constante de Hauriou la refutación de una contraposición –que aisla– entre institución y objetividad de un lado, y subjetividad e individuo, del otro. En este contexto él insiste ²⁷ sobre la prioridad de la subjetividad respecto a la objetividad; en particular él coloca la tradicional imagen del hombre y de su libertad en el centro de su pensamiento ²⁸. El se preocupa constantemente de la garantía de los derechos de libertad ²⁹. Así, su teoría institucional está libre de toda sospecha de influir negativamente sobre la libertad del indi-

viduo ³⁰. Una sospecha parecida es evitada no sólo gracias a la gran sensibilidad de Hauriou por el equilibrio en el Derecho, sino también en consideración del hecho de que rara vez en el pensamiento publicista hubo un maestro de Derecho que en la misma medida que Hauriou haya tenido en consideración ese proceso que Bergson define como «élan vital» ³¹. El concepto de institución de Hauriou permanece en el marco de un ordenamiento pensado y fundado sobre los individuos ³², en el mejor de los sentidos; un ordenamiento en el cual todavía la institución es el necesario elemento objetivo supraindividual.

2.2.2. El pensamiento jurídico de Kaufmann

Hauriou no es el único en sostener esta concepción. Bajo muchos aspectos se muestran en la filosofía jurídica de Kaufmann sorprendentes paralelismos. Influenciado por Stahl –en cuyo pensamiento se hallan importantes notas para una concepción institucional ³³– Kaufmann se inclina por colocar al individuo en contextos normativos más extensos (*Ordnungszusammenhänge*) [contextos normativos más extensos]. Ello presupone un esclarecimiento de la relación de la individualidad-subjetividad y de la libertad con la institución-objetividad. El pensamiento institucional de Kaufmann se desarrolla fundamentalmente en su monografía del año 1911, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*.

Para Kaufmann, la esencia del Derecho ³⁴ se coloca por encima de la antinomia de Radbruch entre concepción individual y supraindividual. El Derecho no podría fundarse ni sobre el individuo ni sobre entidades supraindividuales. Análogamente a Hauriou, Kaufmann busca de colocar en el lugar de una antinomia o de una alternativa «lo que está con fundamento individual y lo que está con fundamento supraindividual».

Cuando habla repetidamente de las «autorizaciones», que el Derecho objetivo concede a la voluntad individual ³⁵, de las formas jurídicas que el Derecho prepara para la voluntad individual, para

que libremente pueda desarrollarse en este cuadro objetivo; cuando después indica la mezcla del concepto de negocio jurídico con elementos objetivos, no obstante el fuerte relieve en él de momentos subjetivos ³⁶; cuando habla de un «entrelazamiento» de los individuos en las relaciones particulares de Derecho privado o cuando alude a la integración de los individuos en un conjunto real y omnicompreensivo ³⁹ y subraya expresamente la importancia de la autonomía individual para ese todo ⁴⁰; cuando descubre institutos jurídicos llenos de vida detrás de las normas de Derecho positivo ⁴¹ y critica la «disgregación», emprendida por el legislador privatista, «de la concreta vitalidad de los institutos objetivos en un descolorido sistema de derechos y deberes», y la disolución de las condiciones de vida social en un «mecanismo individualista de derechos y contrapretensiones» ⁴²; cuando, en fin, concibe el concepto moderno de individuo como correlativo a los conceptos de Derecho, Estado y comunidad ⁴³, y es de la opinión de que el individuo devenga un real y significativo individuo en lo supraindividual y a través de él ⁴⁴, entonces Kaufmann no hace otra cosa que circunscribir a su modo el *non modo sed etiam* y la correlación reinante entre subjetividad-derecho individual y objetividad-institución. Afirmaciones ocasionales podrían dar paso al error de considerar que la individualidad esté subordinada a lo supraindividual ⁴⁵.

Sin embargo se tiene una visión de conjunto de toda la obra de Kaufmann, entonces bien pronto aparece evidente que ello no daría de ninguna manera razón a sus intenciones. Esto resulta particular de la correlación, por él presupuesta en relación con los derechos fundamentales, entre la institución y la subjetividad, o, mejor dicho, la libertad. Esto está expresado claramente en sus contribuciones para los congresos de constitucionalistas alemanes de los años 1926 y 1927.

Sus esfuerzos por reconstruir un «aspecto institucional» ⁴⁶ de los derechos fundamentales, que tuvieron inicio en estos congresos para una concepción institucionalista en el campo del Derecho público ⁴⁷, asumen una posición particular en el contexto de la interpretación de los derechos fundamentales, ya durante el período

de Weimar como en tiempos más recientes. Según Kaufmann, en los derechos fundamentales halla expresión, en el campo del Derecho constitucional, la relación "institucional", esencial para la estructura de todo Estado, entre Estado y sociedad en esferas concretas de vida. Para esta interpretación, él emprende un recorrido, que se distingue metodológicamente en el método y en el contenido del formalismo y positivismo entonces imperantes, y también de una dirección de pensamiento voluntarista y unilateralmente individualista. Kaufmann hace constante referencia a la «esencia de los institutos»⁴⁸, a su "telos", al origen de las relaciones objetivas de vida, al íntimo propósito de la regulación de las condiciones de vida⁴⁹. Asigna al legislador y al juez la tarea de deducir precisos contenidos normativos de este "telos", del origen de los institutos y de las condiciones objetivas de vida⁵⁰. En los institutos jurídicos ve encarnado un «contenido ético»⁵¹, al cual se debe recurrir. De este modo él sitúa a los «institutos» en el mundo ético⁵². Como ejemplo de tales «institutos» cita al Estado, el matrimonio, la Iglesia, la propiedad y el contrato⁵³. También los mismos derechos fundamentales⁵⁴, con tal motivo —especialmente la libertad de opinión⁵⁵— son para él «institutos» del Derecho constitucional. Su intención principal es valorizar «el aspecto y el significado institucional» de los derechos fundamentales⁵⁶.

No obstante la acentuación de la objetividad-institución, él no llega a descuidar la individualidad, la libertad y la personalidad. Al individuo se le asigna en la formación del mundo ético un rol activo y creativo⁵⁷. Está llamado a realizar los institutos, a colmarlos con sus propias «representaciones de legitimidad», a darles «vida real». Los institutos no son entonces algo dado, sino también una tarea asignada. "Relaciones de vida" como el matrimonio, la propiedad, etc., también tienen allí su raíz, que comprende al individuo, dejando espacio para márgenes de creatividad⁵⁸. Por otra parte, quien, como Kaufmann, tienen autoridad sobre personalidades dotadas de espíritu ético y sentido de la justicia⁵⁹, que sepan determinar las normas resultantes de la esencia, del telos de los institutos objetivos⁶⁰, y quien, como Kaufmann, pretende del juez que reconozca

las normas resultantes de las condiciones de vida ⁶¹, sabe claramente que entre la libertad y el derecho individual, de un lado, y la institución-objetividad, del otro, puede haber sólo una relación de recíproco condicionamiento ⁶². Kaufmann no ha considerado expresamente los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos. De cuanto se ha dicho, sin embargo, resulta que él no quiere poner en duda el aspecto individualista y personal de los derechos fundamentales, sino más bien lo presupone como obvio. Sus escritos sucesivos no dan un cuadro distinto en el contexto que aquí interesa, es decir, la determinación de la relación entre institución-objetividad y subjetividad-individualidad y libertad ⁶³.

Con estas bases el pensamiento jurídico institucional no asume de ninguna manera una posición aislada. También el concepto de institución individual, en los términos de la más reciente sociología busca vincular la individualidad con la objetividad ⁶⁴. Y no de ninguna manera el único campo en el que se encuentran el pensamiento institucional jurídico y sociológico ⁶⁵.

Es entonces tema de fondo de la orientación del pensamiento institucional insertar al individuo y su libertad en ordenamientos objetivos y condiciones de vida más comprensivos, y viceversa, reconducir las fuerzas creativas y las formas individuales al interior de estos ordenamientos.

2.3 CONSIDERACIONES INTRODUCTIVAS SOBRE LA VALORACION DEL ASPECTO INSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SOBRE LA SUPERACION DE LA APROXIMACION RESTRICTIVA DE LA DOCTRINA DE LAS GARANTIAS DE INSTITUTO E INSTITUCIONALES EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA CONTEMPORANEAS

2.3.1. La doctrina

En la doctrina contemporánea no se encuentra ni una profundizada discusión crítica sobre la teoría de Schmitt de las garan-

tías de instituto e institucionales –con prescindencia de algunas excepciones, en particular en Köttgen–, ni es posible rastrear una interpretación del pensamiento institucional de Hauriou y de Kaufmann, de la cual, para los derechos fundamentales, parta esta búsqueda. Sin embargo, todavía es posible constatar importantes tendencias que concuerdan al menos con las motivaciones de fondo de la aquí propuesta “institucionalización” de los derechos fundamentales. Se mencionan las opiniones, que en general o para determinados tipos de derechos fundamentales, reconocen a estos características de instituto o de institución, que valoran cada uno de los derechos fundamentales como derechos subjetivos individuales y como garantías institucionales o de instituto y semejantes, si bien ello naturalmente ocurre con los más diversos matices y graduaciones, y en fin se señalan las críticas de la elaboración schmittiana de la relación entre garantías de instituto o institucionales y los derechos público subjetivos, o, mejor dicho, los derechos fundamentales.

Forman parte de estas tendencias una serie de concepciones muy diversas entre sí: los derechos fundamentales son interpretados como derechos relativos a un *status* individual y como “comprehensiva” garantía institucional de la esfera de libertad⁶⁶; son definidos como «institutos»⁶⁷ por antonomasia o como «garantías institucionales» «*institutionelle Garantien*»⁶⁸, y muy a menudo como «instituciones»⁶⁹; en fin después como «institutos constitucionales»⁷⁰ y como «funciones institucionales de la libertad»⁷¹; y a una parte de ellos se le atribuye a veces un «significado institucional»⁷².

Ocasionalmente se opina que junto a los derechos de libertad, o más frecuentemente en ellos mismos, están contenidas garantías institucionales y mecanismos de garantía de elementos fundamentales del ordenamiento jurídico⁷³, y que, por tanto, en todo derecho fundamental está comprendida al mismo tiempo la protección de bienes jurídicos objetivos⁷⁴; o bien se advierte contextualmente en la mayor parte de los derechos de libertad un «conjunto de disposiciones objetivas de una determinada institución jurídica u ordenamiento»⁷⁵; o bien se consideran garantizados por las libertades

de los institutos jurídicos ⁷⁶. En fin se habla de libertades «institucionalmente» protegidas ⁷⁷, de libertades individuales como garantías institucionales de la democracia ⁷⁸ o como «institutos conexos» a la democracia ⁷⁹.

Según una tendencia ulterior, en cada uno de los casos el derecho fundamental como derecho subjetivo individual está acoplado con la asunción de una garantía institucional o de instituto o bien con un aspecto institucional. No es sorprendente que retorne así una forma de pensamiento que se remonta ya al período de la República de Weimar ⁸⁰.

Los derechos fundamentales a quienes de tal modo se asigna un doble significado son extraordinariamente numerosos ⁸¹. Sólo Köttgen profundiza en particular la relación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos individuales con su valor de garantía institucional ⁸².

En fin, se ha subrayado a la tendencia, que se manifiesta a veces, a la superación de las restricciones derivadas de la doctrina schmittiana de las garantías de instituto e institucionales, o sea, a la aislada polémica contra las “infructuosas discusiones” sobre la aparente alternativa entre garantía institucional y derechos fundamentales ⁸³; y sin embargo, no se hace aquí referencia a las críticas dirigidas a Schmitt ya durante el período de la República de Weimar ⁸⁴: se necesita considerar, por lo tanto, la concepción que valora «contextualmente como fuentes de derechos subjetivos» ⁸⁵ las garantías constitucionales como el *status* de empleado de nómina, la autoadministración y el derecho de los padres a la libre educación de la prole, la tesis que quiere distinguir, pero no separar ⁸⁶, las libertades individuales y las garantías institucionales, la opinión que niega una radical diversidad estructural entre derechos de libertad y garantías de ejecución ⁸⁷, y que determina el contenido esencial (Art. 19º, inciso 2); GG) como «garantía institucional» del respectivo derecho fundamental ⁸⁸ –garantía que no puede ser por tanto reconducida a una antinomia entre derecho subjetivo y objetivo ⁸⁹;

y, finalmente, la doctrina que de modo secuencial vincula a determinados derechos fundamentales correspondientes a instituciones jurídicas ⁹⁰.

De cuanto se ha dicho resulta que –aún en la diversidad de cada posición– entra en juego para muchos derechos fundamentales una aproximación institucional y de Derecho objetivo. La desventura en el uso de los términos con los cuales usualmente se trabaja –“garantía de instituto”, “garantía institucional” y semejantes–, naturalmente no es raro que sea un síntoma de un insuficiente esclarecimiento de los conceptos, que se reciben solamente sin que se les analice desde el punto de vista de su origen. No obstante todas estas reservas, ha sido evidenciado que también en la doctrina contemporánea se hallan voces importantes que pueden llevar a sostener el intento aquí emprendido de una interpretación también institucional de los derechos fundamentales.

Lo mismo puede decirse también para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.

2.3.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha rectificado muchas veces concepciones unilaterales, sobre una base institucional o de derecho individual, de los derechos fundamentales y de otras normas constitucionales, como también el tradicional curso de pensamiento, fundado en un esquema alternativo, que caracteriza la doctrina de las garantías de instituto e institucionales. El Tribunal Constitucional Federal, de un lado, ha desarrollado derechos subjetivos individuales partiendo de las “garantías institucionales” o “garantías de instituto” (proceso de subjetivización); de otro lado, los ha consolidado en instituciones (proceso de institucionalización) ⁹¹.

El artículo 6º de la *Grundgesetz* es pasible de un proceso de “subjetivización”. Su carácter de “garantía de instituto” no ha es-

tado nunca en duda ⁹². El Tribunal Constitucional Federal, sin embargo, ha deducido contextualmente de esta disposición un derecho subjetivo de defensa contra intromisiones inadmisibles del Estado en el derecho de educación por parte de los padres ⁹³, sin renunciar por eso a la calificación del mismo como un derecho fundamental clásico ⁹⁴. También el contenido del artículo 6° GG como «norma de principio» ⁹⁵, elaborado por el Tribunal Constitucional Federal más allá del esquema del clásico derecho fundamental y de la garantía de instituto, ha operado en ventaja de toda unión matrimonial y de toda familia ⁹⁶, es decir, individualizando la tutela jurídica ⁹⁷. Para salvaguardar el efecto de protección del artículo 6° GG como “norma de principio decisiva para los valores” se reconoce a todo individuo, en base a una norma de Derecho objetivo, un derecho de defensa contra intromisiones de molestia o perjudiciales del Estado en su unión matrimonial y en su familia ⁹⁸. Contrariamente a la doctrina dominante ⁹⁹, el Tribunal Constitucional Federal no ha simplemente adherido los diversos significados. Más bien, se ha pronunciado a favor de una vinculación y de una concurrencia de las diversas “funciones” de una norma constitucional, en particular de aquellas de un derecho fundamental, precisamente el derecho fundamental clásico, la garantía de instituto (e institucional), la norma de principio decisiva para los valores ¹⁰⁰. En la jurisprudencia relativa a la libertad de prensa, en fin, aparece con fuerza la dirección de pensamiento institucional, en cuanto el Tribunal Constitucional Federal ¹⁰¹ ha deducido del artículo 5° GG la garantía de la autonomía institucional de la prensa. Cuando él considera incluido en esta garantía en general también el Derecho público subjetivo a la libre manifestación de pensamiento de quienes se hallan en actividad en la institución-prensa, entonces también en este caso el contenido institucional de una disposición constitucional se halla liberado de su tradicional alternativa con el concepto de libertad, o, mejor dicho, con el de derecho público subjetivo, y ambos son colocados en estrecha correlación. Aquí la institucionalización de la libertad de prensa influencia favorablemente la libertad individual de las personas, así como, en la jurisprudencia relativa al artículo

6º GG, la antes mencionada subjetivización, influencia a su vez, favorablemente el matrimonio como instituto ¹⁰².

La garantía del *status* de empleado de nómina (Art. 33º, inciso 5); GG) ha sido reforzada por una "subjetivización" del tipo de aquella resultante de la jurisprudencia relativa al artículo 6º GG; de dicha garantía, en efecto, el Tribunal Constitucional Federal hace surgir un puntual derecho individual «análogo a los derechos fundamentales» ¹⁰³. También aquí el reconocimiento de un derecho individual ha sido justificado con la indicación de que, de tal modo, el artículo 33, inciso 5), GG suministra inmediatamente la garantía a fin de que la legislación sobre los empleados estatales corresponda a algunos requisitos constitucionales mínimos estrictamente delimitados ¹⁰⁴.

Una línea diversa de desarrollo se halla en la jurisprudencia sobre la libertad sindical ¹⁰⁵. En ella el sindicato como tal es elevado a sujeto de la libertad sindical, que por el contrario está formulada en términos de derecho individual ¹⁰⁶ (Art. 9º, inciso 3), GG) y esto de pleno derecho: por lo demás, que la libertad sindical incluya, junto a la libertad individual de los sindicalizados, también la libertad del sindicato mismo, ha sido ya sostenido en el período de la República de Weimar ¹⁰⁷. La coalición es una "objetivización" de la libertad sindical. Los sindicatos son, junto a los correspondientes conjuntos normativos, las formaciones objetivas que caracterizan el aspecto institucional del derecho fundamental. La coalición es una «*institution-personne*», según la concepción de Hauriou. Ella "recluta" a los inscritos y los pone al servicio de un fin supraindividual. Esencialmente, a través de este proceso, "asume carácter de institución" la esfera de vida correspondiente a la libertad sindical. En este proceso, el sindicato realiza la función social que la Constitución quiere satisfacer con la garantía de este derecho fundamental. Tan sólo en el ámbito de las variadas asociaciones sindicales efectivamente operantes, la libertad sindical del individuo halla su satisfacción. Sólo a través del reconocimiento de un derecho subjetivo del sindicato, la Constitución se conforma a la realidad de la vida

moderna. En cada caso que estuviese protegida sólo la libertad sindical del individuo, no sería posible lograr la regulación del mundo del trabajo, que dadas sus características es esencial para la regulación del orden social integral que la Constitución persigue ¹⁰⁸.

Al mismo tiempo –y en este sentido la idea de la libertad sindical “recluta” al legislador– el artículo 9º, inciso 3), GG, garantiza la institución de un sistema legalmente regulado y tutelado por acuerdos colectivos ¹⁰⁹. Este sistema representa una parte de los conjuntos normativos que enriquecen el alcance normativo del artículo 9º, inciso 3), GG, y que pertenecen al aspecto institucional de este derecho fundamental ¹¹⁰.

En suma, encuentran así confirmación de causas, y en parte también, resultados de la doctrina del doble carácter de los derechos fundamentales. Ello, sin embargo, no nos sustrae de la obligación de investigar el fondo del actual debate y del desconocimiento, en muchas partes operado, del aspecto institucional de los derechos fundamentales.

2.4. BASES CULTURALES DEL DESCONOCIMIENTO DEL ASPECTO INSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los motivos por los cuales el aspecto institucional de los derechos fundamentales ha sido olvidado son de naturaleza muy diversa. Por lo general se buscan en una línea de pensamiento que, también en cuanto concierne a otros problemas del Derecho público, ha conducido a errores y a aproximaciones limitantes.

2.4.1. El voluntarismo

La dirección de pensamiento voluntarista, que en otros contextos se ha demostrado como una de las motivaciones principales de la difundidísima teoría de las intromisiones y de los límites externos, es parte determinante del tradicional desconocimiento del aspecto institucional de los derechos fundamentales.

El voluntarismo reduce el Derecho a relaciones entre voluntades ¹¹¹. Contraponen las voluntades autónomas de los individuos; en la relación Estado-individuo, contraponen a la voluntad del Estado, como sujeto poseedor de voluntad, la voluntad del individuo, según las categorías de mando y obediencia. Las relaciones jurídicas son valoradas exclusivamente desde el punto de vista de los sujetos, dado que sólo ellos son capaces de tener voluntad. El ordenamiento jurídico aparece ante el voluntarismo como un producto de la voluntad. El querer es el punto de partida y de llegada para el Derecho. El Derecho está, pues, fundado exclusivamente sobre la voluntad.

Este voluntarismo es subjetivismo ¹¹² y formalismo ¹¹³. Es formalismo porque los criterios que informan al legislador no emanan ni de una "idea" ni de un "sustrato social" ¹¹⁴. La voluntad subjetiva es una categoría exclusivamente formal. No subsisten parámetros informativos para determinar lo que es querido. El Derecho no es, por tanto, la realización de un ordenamiento objetivo ¹¹⁵.

Semejante perspectiva no alcanza a explicar los "ordenamientos objetivos", las condiciones de vida institucionalmente protegidas. Es impensable para el dogma de la voluntad que el Estado y el individuo hallen ordenamientos objetivos preconstituídos. Es extraña para este dogma la idea conforme a la cual las condiciones de vida, como algo "instituido" (*Eingerichtetes*), no son tan sólo dadas al individuo, sino también asignadas a él como tarea. La vía para el reconocimiento de la idea de Derecho como fundamento de conjuntos normativos está vedada *a priori*. Las realidades de vida que hacen de fondo a los conceptos jurídicos no entran en lo absoluto a formar parte de su ángulo visual. La característica de la estabilidad, propia de la institución ¹¹⁶, escapa a esta consideración del fenómeno jurídico. Si, bajo la influencia del voluntarismo, se quiere asignar un significado jurídico a los derechos fundamentales, entonces ello puede ocurrir en el aspecto unidimensional de una relación de voluntad entre Estado e individuo, que se manifiesta en la relación entre la libertad negativa individual y la limitación de

esta libertad. Corresponde al acercamiento voluntarista la actitud de disolver el Derecho en descoloridas relaciones. Justamente, un estudioso de la altura de Hauriou combatió esta concepción en términos de «*rappports*»¹¹⁷.

Ejemplos, por el contrario, de este planteamiento basado en el voluntarismo, son las teorías del contrato social y el pensamiento jurídico de Laband y de G. Jellinek¹¹⁸.

La concepción institucional es contraria al voluntarismo y como tal es considerada siempre¹¹⁹. Hauriou contradistingue como institucionales aquellos elementos del ordenamiento social cuya existencia es independiente de la voluntad de determinados individuos¹²⁰, y desarrolla, por tanto, su teoría institucional en contraposición con la teoría voluntarista de Laband y de G. Jellinek y con la doctrina rousseauiana de la "voluntad general"¹²¹. Hauriou pone frente a la institución al contrato, que para el voluntarismo es la categoría fundamental del Derecho, dado que es la figura jurídica que más fuertemente deriva de la voluntad subjetiva. Y sin embargo él deja de llamar la atención sobre las correlaciones existentes entre contrato e institución¹²². En seguida, retomando esta línea de pensamiento, Renard¹²³ habrá de observar entre las categorías contrapuestas del contrato y de la institución una serie graduada de uniones y pasajes.

Hauriou distingue la figura del contrato del concepto de institución en base a una serie de características, en particular el elemento de la duración¹²⁴; él contrapone su época a la que ha visto la victoria de la concepción contractualista, es decir, a la época de la Revolución francesa (en la cual se habían producido el triunfo de la doctrina del contrato social y la interpretación del matrimonio como simple contrato). El considera que la clave distintiva de su tiempo es la declinación de la señoría del contrato y el retorno a la institución como figura jurídica¹²⁵. Según Hauriou la ideología de la Revolución francesa se equivocó al presumir que podía reincluir un ordenamiento sobre bases individualistas en el catálogo de los derechos individuales¹²⁶.

Hauriou, sin embargo, no recae en el extremo opuesto. Tiene una sensibilidad muy desarrollada para los equilibrios que tienen tanto relieve en el Derecho público: él sostiene esta sensibilidad para el Derecho público *tout court* ¹²⁷ y en muchas cuestiones busca de nuevo tales «*équilibres*» ¹²⁸; de ese modo, recorre una vía intermedia, como en general manifiesta una decisiva aversión por la “manía” de hacer reconducir todo a un solo principio ¹²⁹. Quiere establecer un equilibrio entre el elemento institucional y el contractual ¹³⁰. Coherentemente con esta premisa, en el pensamiento jurídico de Hauriou la voluntad subjetiva tiene, como en el pasado, una posición bien determinada ¹³¹. Combate en realidad las aproximaciones restrictivas, tanto aquellas de tipo subjetivista como aquellas de tipo objetivista ¹³². En contraposición a los elementos objetivos, a la «*règle de Droit*», al «*milieu social*» y al «*ordre public*», los elementos subjetivos forman las fuerzas creativas ¹³³. Para Hauriou la subjetividad se halla, como ya se ha dicho, en conexión inmediata con la institución ¹³⁴. Renard, un discípulo de Hauriou, funda su concepción institucional –también él en realidad se propone una superación del voluntarismo– sobre una vía intermedia entre individualismo y sociologismo ¹³⁵.

Obviamente, las direcciones de pensamiento influenciadas por Hauriou no se limitan solamente a esta corrección del «*monisme contractuel*» ¹³⁶. Los seguidores de Hauriou, en efecto, profesan un «*monisme institutionnel*» ¹³⁷, para el cual no sólo el contrato es término opuesto a institución, sino que finalmente conduce además a una interpretación en clave institucional de él, olvidando el aspecto subjetivo. Además Renard no se ajusta a su originaria, equilibrada contraposición de contrato e institución, que se puede encontrar todavía en su *Théorie de l'institution*; más tarde, también él recorre aquella vía que Le Fur define justamente «*monisme institutionnel*» ¹³⁸, y que condena con razón ¹³⁹.

2.4.2. El iusnaturalismo racionalista

El desconocimiento del aspecto institucional de los derechos

fundamentales es además una herencia del iusnaturalismo racionalista, el cual reconduce al contrato como categoría fundamental de Derecho, Estado, Iglesia, sociedad y familia ¹⁴⁰. Y además característica del iusnaturalismo racionalista por reconstruir los institutos y los conceptos jurídicos partiendo del individuo ¹⁴¹, y por deducirlos de una «psicología individualista y de una visión utilitarista» ¹⁴².

El pensamiento institucional de Kaufmann se ha desarrollado justamente en polémica con este iusnaturalismo. Si en el debate actual sobre los derechos fundamentales, el aspecto institucional de estos está tan raramente en primer plano, y se hace referencia sólo esporádicamente al carácter de “institutos” de los derechos fundamentales ¹⁴³, ello parece ser un efecto extremo del iusnaturalismo racionalista.

2.4.3. Subjetivismo, individualismo, liberalismo

Un ulterior argumento usado para desconocer el carácter de instituto de los derechos fundamentales deriva del “subjetivismo” ¹⁴⁴ de la Revolución francesa, que creyó posible fundar un ordenamiento individualista sobre un catálogo de derechos individuales ¹⁴⁵. Y que no por casualidad ha reconocido la propiedad francamente sólo como derecho subjetivo individual, y no como institución ¹⁴⁶. La superación de estas visiones restrictivas es uno de los objetivos principales del pensamiento de Hauriou ¹⁴⁷. Este subjetivismo se ha “condensado” en los textos constitucionales de Europa continental, en cuanto los derechos fundamentales están preponderantemente garantizados en su aspecto unilateral de derechos individuales. Y ello ha dado, a las sucesivas interpretaciones de las Constituciones, una ocasión para pasar por alto el carácter de institutos de los derechos fundamentales.

Individualismo ¹⁴⁸ y liberalismo ulterior han contribuido para que el aspecto institucional de los derechos fundamentales fuese descuidado. Es coherente a ambas direcciones de pensamiento el

considerar los derechos fundamentales de modo unilateral, desde el aspecto individual-estatal. El individuo es ungido como “soberano”, descuidando en cambio la existencia de ordenamientos objetivos. El Derecho vale como “límite”, no como “cumplimiento” de la libertad.

A esta aproximación parece calzar el reproche que Kaufmann ¹⁴⁹ ha hecho valer en otro contexto : ella “descompone” la vitalidad de los institutos objetivos en un sistema de descoloridos derechos y deberes. Resuelve las condiciones sociales de vida en un “mecánico” artefacto de derechos que se afrontan en una dimensión individualista. (Ninguno ha reconocido más claramente que el mismo Schmitt que una institucionalización de los derechos fundamentales es completamente extraña al liberalismo.) Ello explica por qué el liberalismo es en buena parte responsable del tradicional y todavía persistente desconocimiento del carácter de instituto de los derechos fundamentales.

2.4.4. Positivismo y formalismo

El formalismo y el positivismo de Jellinek y Laband, a la larga determinantes en la doctrina publicista alemana, impiden el reconocimiento del significado institucional de los derechos fundamentales. El derecho es separado de su sustrato sociológico ¹⁵⁰. Las realidades de vida situadas detrás de los conceptos jurídicos, su origen y su carácter de pre-existencia no son en lo absoluto considerados. Positivismo y formalismo ignoran el enganche a la realidad del Derecho y de los derechos fundamentales. La “efectividad” de los derechos fundamentales –y ello es esencialmente un fenómeno institucional– no tiene ninguna relevancia para esta concepción. La vía hacia el reconocimiento del hecho de que los derechos fundamentales están protegidos en las confrontaciones del legislador “en cuanto institutos” –y esta pretensión contiene enunciados sustanciales bien determinados– está interrumpida *a priori* ¹⁵¹. No obstante que las relaciones de *status* sean esencialmente correlativos a las instituciones, el concepto de *status* en los derechos fundamentales

permanece negativo y descolorido en la doctrina de G. Jellinek. Al *status negativus* de G. Jellinek le falta cualquier momento activo ¹⁵². El formalismo y el positivismo, en fin, no explican ni siquiera en modo alguno los nexos inmanentes que existen entre los derechos fundamentales como institutos. Se considera agotada la esencia de la libertad en la libertad negativa de la contricción estatal. Va de por sí que de este modo, el conocimiento de la esencia de las libertades fundamentales no es más posible ni como aquella de una libertad inserta en determinadas condiciones de vida, a las cuales se conecta desde un principio, ni en el sentido de una libertad en el Derecho.

En suma, se trata de una concepción estática y fija, que no tiene ninguna sensibilidad por el momento dinámico ¹⁵³ que caracteriza las manifestaciones de la institución. Además, si el positivismo y el formalismo no están más presentes en las más recientes concepciones de los derechos fundamentales, ellos pueden ofrecer, de cualquier modo, una ulterior explicación del por qué el carácter de institutos de los derechos fundamentales ha sido tan olvidado.

2.4.5. La doctrina de los derechos fundamentales de Schmitt: en particular la doctrina de las garantías de instituto e institucionales

Una ulterior causa del desconocimiento del aspecto institucional de los derechos fundamentales debe buscarse en la doctrina de Schmitt ¹⁵⁴ sobre los derechos fundamentales y sobre las garantías de instituto e institucionales. La precocidad y la brillantez con las cuales Schmitt desarrolla su doctrina pueden tal vez explicar su éxito. Lo "específico" del pensamiento schmittiano se evidencia tan claramente como precisamente en su distinción entre derechos fundamentales y garantías institucionales: Schmitt piensa ampliamente en términos de alternativas y antinomias ¹⁵⁵.

En Schmitt lo institucional representa un tipo de idea contrastante respecto a aquello que razona en términos de derecho individual y de libertad, pero no un concepto correlativo. Su afirmación lapidaria

de que la libertad no es un instituto ¹⁵⁶, lo evidencia de manera iluminante. Por lo demás, a una valoración institucional de los derechos fundamentales se opone el concepto de libertad, entendida como libertad arbitraria ¹⁵⁷, como libertad en sentido negativo, una libertad "absoluta" y fundamentalmente ilimitada, la "libertad subjetiva" ¹⁵⁸.

Una valoración institucional de los derechos fundamentales es, en cambio, posible sólo si la libertad es reconocida como aferrada a la persona ¹⁵⁹, como una libertad "en el" vínculo, cuyos límites no vienen desde el exterior, sino que forman un componente inmanente: la liberación, que está aquí sostenida, del concepto de derecho del elemento de la intromisión estatal, está esencialmente conectada con el aspecto institucional de los derechos fundamentales. Una libertad que se apoya exclusivamente sobre el individuo no es pasible de una objetivización, como la que caracteriza al pensamiento institucional ¹⁶⁰. Una visión institucional de los derechos fundamentales debe llegar a valorizar el aspecto objetivo de la libertad ¹⁶¹.

Una libertad que, como en Schmitt y otros, es puesta más allá del Derecho y fuera del Derecho y del Estado –en Schmitt el Derecho mismo es sólo transformación y no realización y actuación de la libertad, así como «lo que se institucionaliza» representa sólo una «transformación» ¹⁶² de la libertad una libertad "reservada" (*Freiheit mit Reservatcharakter*) [libertad con carácter reservado], o bien, una libertad que, como en E.R. Huber, es mal entendida como libertad «natural» ¹⁶³, no puede ser entendida institucionalmente, porque el aspecto institucional de la libertad consiste justamente en el Derecho, puesto que a través del Derecho, el Derecho constitucional y aquél puesto por el legislador ordinario, la libertad se constituye y en el Derecho consigue su forma (*Gestalt*). Sólo quien reconoce la existencia de conjuntos normativos, caracterizados por peculiares criterios contenidos en ellos –se trata de normas jurídicas caracterizadas por una idea unitaria, y que deben ser puestas "sustancialmente" en correlación ¹⁶⁴ con los derechos fundamentales, cuyos ámbitos resultan evidentemente enriquecidos por el nexo con estos

conjuntos normativos—, puede permitirse hablar del aspecto institucional de los derechos fundamentales. En estos conjuntos normativos el aspecto institucional de la libertad halla su modo de ser actual. Tan sólo quien considere la libertad como concepto jurídico y reconozca el entrelazamiento entre Derecho y libertad ¹⁶⁵, que hemos observado arriba, puede llegar a una visión institucional de los derechos fundamentales; más bien no puede dejar de arribar a semejante visión.

La hipótesis de un individuo colocado fuera de la comunidad es inconciliable con una visión institucional de los derechos fundamentales. Esta visión pretende que el individuo sea considerado como un ser colocado siempre en el contexto de relaciones sociales preexistentes y visto en su relación de pertenencia a la comunidad. Puesto que el hombre desde siempre es persona “inserta en una conexión social”, todos los derechos fundamentales sin excepción poseen un aspecto institucional. Ello es desconocido por Haug ¹⁶⁶, quien distingue los «derechos de instituto» de los derechos de libertad, justamente porque ve sólo en los primeros al hombre «inserto en una conexión social».

Solamente quien, contrariamente a Schmitt, reconoce una esfera de actividad del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales, que de allí determina ¹⁶⁷ y desarrolla los contenidos, que crea los conjuntos normativos y que no está sólo excepcionalmente considerada —la legislación experimenta así una revalorización que le suele estar impedida— puede hablar de un aspecto institucional de los derechos fundamentales. E. R. Huber lo reconoce, en cuanto asigna carácter de instituto a los “derechos fundamentales”, que están abiertos a una elaboración por parte del Estado, a una puntual determinación de contenido, del que necesitan ¹⁶⁸.

Una libertad, que, como en Schmitt, se halla fundada, en cuanto liberal y subjetivista ¹⁶⁹, unilateralmente sobre el individuo y se hace dependiente de su voluntad —el pensamiento de Schmitt no raramente está caracterizado por un voluntarismo que intuitivamente

se halla en las antípodas de la concepción institucional—, se rebela *a priori* a una interpretación institucional: para ésta los derechos fundamentales como institutos hacen referencia a las fuerzas creativas del individuo y a la obra constante de una multitud de hombres, de cuya voluntad no son, sin embargo, inmediatamente dependientes. Un concepto de libertad de tipo liberal y subjetivista no puede conferir estabilidad, mientras al contrario justamente el aspecto institucional de los derechos fundamentales procura, en cambio, a todo el orden social y al individuo la indispensable libertad.

A quien, como Schmitt y Klein ¹⁷⁰, sostiene que la libertad, contrariamente a las “garantías institucionales”, esté garantizada sólo o prevalentemente en interés individual, no puede dejar de ser extraña una valoración institucional de los derechos fundamentales. Esta, en efecto, presupone que se garanticen los derechos fundamentales también en el interés general. Los derechos fundamentales como institutos están organizados esencialmente en el interés general, por el cual aquellos tienen sentido y finalidad. Schmitt, en cambio, niega esta función y esta tarea de los derechos fundamentales, mientras reconoce la una y la otra en las garantías institucionales ¹⁷¹. Quien admite una función ¹⁷², una tarea de la libertad o, mejor dicho, de los derechos fundamentales, arriba, en cambio, consecuentemente a una valoración institucional de ellos ¹⁷³.

Tan sólo quien considera las efectivas condiciones de vida encerradas por los derechos fundamentales, la relación entre la libertad y lo social y entre el Derecho y la realidad —los derechos fundamentales son “institutos” en cuanto están implantados en la esfera social del ser—, puede añadir un significado institucional a los derechos fundamentales. Será inútil buscar estas afirmaciones en la doctrina schmittiana de las garantías de instituto e institucionales. Schmitt no observa ni el cambio del hecho en norma, ni el cambio de la cantidad en calidad. Ambos son procesos que devienen relevantes en una valoración institucional de los derechos fundamentales ¹⁷⁴.

2.5. ESENCIA Y RELACION RECÍPROCA DE LOS DOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN PARTICULAR

2.5.1. Esencia y significado del aspecto de derecho individual y del aspecto institucional de los derechos fundamentales en particular

Las esferas de vida tuteladas por los derechos fundamentales son algo organizado, es decir, institucional. La Constitución y la ley dan vida a un cierto ordenamiento de las diversas esferas de vida, ordenamiento que a menudo se ha encontrado como preexistente y que ha sido incorporado por la Constitución. El proceso de recepción, que caracteriza frecuentemente la parte relativa a los derechos fundamentales de las Constituciones, y que requeriría una reflexión también bajo el aspecto histórico-jurídico, está puesto en íntima conexión con el aspecto institucional de los derechos fundamentales. Cada esfera de vida se “constituye” mediante una multiplicidad de conjuntos normativos. Esta constelación de normas hace valer y permeabiliza las diversas condiciones objetivas de vida, que devienen esencialmente mediante el Derecho mismo. Por medio de estas normas jurídicas –y no se trata de una simple transformación de la libertad o, mejor, de los derechos fundamentales–, la idea de los derechos fundamentales se realiza en la realidad social. A través de la existencia de correspondientes conjuntos normativos, a menudo recibidos, los derechos fundamentales se convierten en algo institucional-objetivo, algo organizado: y se trata de conjuntos normativos, dado que las particulares normas jurídicas se enlazan en una íntima unidad en la cual la idea objetiva de los derechos fundamentales alcanza expresión. En otros términos: los conjuntos normativos pertenecen al modo de ser del aspecto institucional de los derechos fundamentales. Y desde hace tiempo la doctrina ha asociado con ciertas intuiciones similares conjuntos normativos a los que es “institucional”¹⁷⁵. Todos estos conjuntos normativos serían desnaturalizados si se buscara constreñirlos en el esquema incoloro y unilateral de una relación Estado-individuo (libertad-límite).

El derecho fundamental es algo formado y organizado ¹⁷⁶. Es una condición objetiva y hecha cosa ¹⁷⁷. Los ejemplos son evidentes:

- los varios tipos de contratos del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, abrev.: BGB), que están garantizados por el artículo 14º GG y por la libertad contractual;
- el núcleo fundamental del sistema de los acuerdos colectivos, indicado por el Tribunal Constitucional Federal ¹⁷⁸ como parte constitutiva de la libertad sindical;
- los diversos ordenamientos profesionales, que son parte y ampliación del aspecto institucional de la libertad de elección de la profesión.
- las numerosas normas jurídicas, que se agrupan en la esfera de la familia y del matrimonio, que forman objeto de los correspondientes derechos fundamentales ¹⁷⁹;
- las disposiciones que conciernen a la formación de las asociaciones;
- la “tradicional estructura ordinamental del Derecho privado”, que está correlacionada al aspecto institucional de una serie de derechos fundamentales y que conforma la libertad contractual como una libertad en el derecho;
- La totalidad del Derecho penal procesal y sustancial, que se encuentra en una conexión sustancial con las libertades fundamentales; las leyes de prensa como modo de ser del instituto de la libertad de prensa ¹⁸⁰;

En suma, todas las normas jurídicas que en otra parte se le ha atribuido carácter de limitación y de elaboración de los derechos fundamentales. En todas estas normas los derechos fundamentales son algo que subsiste objetivamente, son condición.

Todas estas normas son emanaciones y realizaciones propiamente del aspecto institucional de los derechos fundamentales ¹⁸¹.

A este aspecto institucional de los derechos fundamentales va unido el personal, de derecho individual. Los "ordenamientos objetivos" reciben su carácter liberal –constituyen entonces no sólo "ordenamiento" sino también libertad– sólo en cuanto el ordenamiento jurídico coordina con ellos derechos subjetivos individuales, y, por tanto, personalidades libres. Resulta entonces evidente que los derechos fundamentales están garantizados como derechos públicos subjetivos no sólo en función de cada uno de los titulares de los derechos fundamentales. Los ordenamientos objetivos se cristalizarían si no estuvieran enriquecidos por las fuerzas creativas individuales. Estas esferas de vida devienen «vida real»¹⁸² sólo a través de la actividad de individuos y de grupos libres. Por medio de esta actividad, tales esferas encuentran el momento necesario de actualización y les es comunicado «el plan vital». Los ordenamientos objetivos dependen de la individualidad creativa de los individuos y de su espontaneidad. Requieren de la obra de muchos. Merced a la garantía de los derechos fundamentales en su aspecto subjetivo, la fuerza creativa individual es, por así decirlo, reconducida a su "objeto". Mediante los derechos fundamentales, entendidos como derechos públicos subjetivos, los individuos se insertan en el contexto de condiciones de vida objetivas, se sitúan y operan al interior, y por eso se les asigna el puesto desde el cual deben cumplir una tarea, una «vocación» («Beruf»)¹⁸³. Es el individuo quien «llena de vida» los ordenamientos institucionales¹⁸⁴.

La libertad individual exige, de otra parte, condiciones de vida institucionalmente garantizadas, y, por consiguiente, el aspecto institucional de los derechos fundamentales y también los conjuntos normativos que los enriquecen¹⁸⁵. Estos dan a la libertad dirección y medida, garantía y seguridad, contenido y obligación. Sin conjuntos normativos la espontaneidad del individuo permanecería ineficaz, en un espacio vacío de Derecho. La libertad individual exige ordenamientos objetivos en los cuales pueda afirmarse y desarrollarse. Estos también la sostienen y caracterizan. Por esta vía, se justifica también la concepción del aspecto institucional de los

derechos fundamentales como reforzamiento, y no como amenaza, del aspecto de derecho individual. El individuo entra en las formaciones de la realidad social como el matrimonio, la familia, la asociación y la profesión. Sólo en éstas él halla su plena realización, madurando su personalidad. Por parte suya, sin embargo, el individuo concurre al desarrollo de tales formaciones. Cuando por ejemplo, la *Grundgesetz* no contempla sólo determinados “tipos de profesiones” –que son un fenómeno típicamente institucional¹⁸⁶–, el individuo puede crear nuevos¹⁸⁷. Y con ello enriquece el cuadro general de un ordenamiento profesional fundado sobre principios de libertad, de la libertad de elección de profesión como instituto. La libertad de asociación da la posibilidad de fundar asociaciones de nuevo tipo y con nuevos fines. También aquí la esfera de vida “libertad de asociación” resulta enriquecida.

La libertad individual encuentra a la libertad como instituto ya existente. Esta última se le opone, objetivada según las características de cada ámbito vital, como algo ya dado y actuado¹⁸⁸. En la discusión sobre las instituciones en el interior de la teología protestante más reciente se indica, repetida y justamente, como característica de la institución la de ser precedentemente dada y preexistente¹⁸⁹.

Los derechos fundamentales como institutos son –para decirlo con Stahl¹⁹⁰– «esferas ya delineadas en el ordenamiento de la vida de comunidad». El titular de los derechos fundamentales entra en estas esferas mediante el ejercicio de su derecho fundamental¹⁹¹. Las llena con sus fuerzas creativas y con su acción personal. Los derechos fundamentales como derechos subjetivos individuales constituyen, pues, partes integrantes de estas “esferas”.

El individuo, legitimado para eso por una serie de situaciones, se “compromete”¹⁹² en una multiplicidad de instituciones, de condiciones de vida objetivas reguladas por los derechos fundamentales. Funda una familia, se asocia, se forma en determinados ámbitos profesionales que más tarde si es el caso, modifica. El hecho de que

la Constitución regule un gran número de esferas de vida, institucionalmente tuteladas, da fundamento a una tutela específica de la libertad individual.

Con “el ingreso” en las condiciones de vida objetivas, es decir, en los derechos fundamentales como institutos, se traza, sin embargo, también un límite a la libertad individual. Ella está “comprendida” en esta dimensión institucional. El titular de los derechos fundamentales se somete a las “leyes propias” de los diversos ámbitos vitales, se halla inserto en los ordenamientos institucionales ¹⁹³. La Constitución halla usualmente esta autonomía normativa (*Eigengesetzlichkeit*) como preexistente –y aquí se demuestra la importancia de las recepciones para el aspecto institucional de los derechos fundamentales y para la función del legislador en delimitarlos y desarrollarlos–, y no es raro sin embargo, que ella cree esta autonomía. En todo caso, la “originariedad” de las particulares condiciones de vida es valorada positivamente por la Constitución, y se impone como vinculante para los individuos y los “reincluye” ¹⁹⁴. La libertad individual se revela aquí como una libertad correlativa desde el principio a las condiciones de vida. De ellas recibe forma y función, y puede desarrollar su significado tan sólo en estos ámbitos ¹⁹⁵. No puede ser, pues, sobrepuesta “desde el exterior” o “desde lo alto” a las condiciones de vida; y, con mayor razón de éstas no se puede abstraer la libertad individual. Más bien ella es una libertad que en las condiciones de vida tiene y renueva constantemente su realidad ¹⁹⁶. Ello significa que contenido y límites de la libertad individual deben ser determinados en relación a estas condiciones de vida y que éstas deben ser reincluidas en la consideración normativa; y viceversa, significa que estas condiciones de vida deben ser referidas desde el principio a la libertad individual.

Por eso, se entiende correctamente el contenido de los derechos fundamentales tan sólo si a ambos aspectos se llega deduciendo el uno del otro. Ello significa, entre otras cosas, que eventualmente son admisibles limitaciones de los derechos fundamentales como derechos subjetivos individuales en interés de los derechos fundamen-

tales como institutos, así como de estos últimos deben emanar los derechos públicos subjetivos de individuos y grupos para reforzar las condiciones de vida objetivas y su significado institucional ¹⁹⁷.

De acuerdo a las características de cada esfera de vida ¹⁹⁸, la libertad individual está sujeta a vínculos más o menos fuertes, el elemento de la obligatoriedad ¹⁹⁹ es más o menos fuerte, es diversa la «conurrencia» ²⁰⁰, es más fuerte el contenido institucional. Si es verdad que la libertad del matrimonio en la figura del instituto matrimonial alcanza el máximo grado de consolidación institucional y de limitación de la voluntad y acción individual, aquí la consistencia real de la libertad general de actuar está mucho más reducida. El objeto de esta libertad, «su sustancia» ²⁰¹ y su «autonomía» ²⁰² son de difícil descripción. La libertad general de acción es la libertad que tiene «menor consistencia», es decir, está mínimamente objetivada e institucionalizada. En su ámbito, jamás se llega, de manera comparable a los otros ámbitos de los derechos fundamentales, a comportamientos estables y homogéneos y a costumbres fuertemente arraigadas ²⁰³. La libertad individual tiene, en el ámbito de vida de la “libertad general de actuar”, espacios particularmente amplios. Actos de muy distinto género recaen bajo el artículo 2º, inciso 1), GG. Sólo esporádicamente se llega a “modelos consolidados en lo social”.

En lo que se refiere a esta libertad individual, se trata de una libertad de la persona, no de una libertad de albedrío. Tan sólo como libertad de la persona, como libertad que se afirma en el vínculo y en la responsabilidad y a la que se le impone una obligación, esa libertad puede poseer un aspecto institucional. El sentido institucional de los derechos fundamentales y el reconocimiento de una función de la libertad individual no se contradicen en lo absoluto, puesto que función e institución, en el sentido aquí entendido, no son en todo caso conceptos opuestos ²⁰⁴. Viceversa, el aspecto institucional de los derechos fundamentales debe ser visto siempre en la perspectiva del aspecto personal de la libertad.

Apenas es preciso subrayar que, así entendido el contenido de los derechos fundamentales, la determinación de él exige mucho del intérprete de la Constitución. Debe relevarse aquí la interpretación —y ésta se inserta significativamente en el equilibrio de los bienes— que Kaufmann considera cuando él valora la obligación asignada al juez en el artículo 1º del Código Civil suizo, en el sentido de que éste deba reflexionar sobre las «características, sobre la esencia de la situación objetiva» en su conjunto ²⁰⁵. En particular, puede recordarse la apreciación de Weber ²⁰⁶ relativa a la garantía institucional: los derechos fundamentales como institutos pueden hallar realización sólo por el camino de una jurisprudencia que proceda caso por caso. Tal exigencia no halla sin preparación a la hermenéutica jurídica. En el Derecho civil se la encuentra sobre todo en la interpretación de las cláusulas generales ²⁰⁷. Puesto que los derechos fundamentales poseen a menudo carácter de cláusulas generales, semejante método de interpretación se impone ya por esta razón. Las condiciones de vida objetivas y su originariedad no pueden encerrarse en disposiciones particulares. Se sustraen a la definición abstracta y preconstituida, que no se adaptaría a la naturaleza concreta de las esferas de vida tuteladas por los derechos fundamentales. Estas condiciones deben ser verificadas caso por caso.

Subsiste una correlación entre los dos aspectos de los derechos fundamentales y en ellos se reflejan el *non modo sed etiam* y la concurrencia, ambos observados por Hauriou y Kaufmann, de elementos subjetivos y objetivos en la comunidad y en el Derecho. A las fuerzas creativas de los individuos y a la actualización de las proyecciones de valores (*Wertvorstellungen*), que se opera de tal modo, está abierto un espacio en el marco objetivo que está delineado por los derechos fundamentales como institutos. Ambos aspectos de los derechos fundamentales concurren y tienen necesidad uno del otro. Así considerados, los derechos fundamentales como institutos tienen además un efecto “liberatorio”. En la interacción entre el obrar creativo y uniforme de muchos de los titulares de los derechos fundamentales y el aspecto institucional objetivo, se ejecuta el de-

recho fundamental en su totalidad. Se trata de aquella relación que considera el pensamiento institucional de Renard, cuando éste habla de una relación de sostenimiento recíproco entre personalidad individual y reificación institucional ²⁰⁸, una relación a la cual la más reciente sociología repetidamente ha dedicado su atención ²⁰⁹.

Por tanto, de un lado el derecho fundamental es “instituto” (*eingesetzt*), y así se preserva la libertad de una «pérdida de consistencia» ²¹⁰; él se ordena como algo durable –y el concepto de duración es inmanente a la institución– y está ya presente desde siempre, esencialmente a través de conjuntos normativos, de un modo que hace del derecho fundamental un factor de estabilidad en el cuadro general de la sociedad. Por medio de los ordenamientos, fundados en la libertad, de las profesiones, del contrato, etc., toda la vida social se estabiliza. Los derechos fundamentales así entendidos, son un factor de estabilización, que para el Estado es otro tanto indispensable como lo es para la libertad y para la Constitución. En la sociología más reciente ²¹¹, se hace justamente expresa referencia a la institución como un factor de estabilidad. Aún en Hauriou ²¹² se halla una alusión en tal sentido.

El derecho fundamental, empero, no es sólo “*status*” (*Zustand*). Como consecuencia de su aspecto de derecho individual y personal, del ejercicio individual de los derechos fundamentales por parte de muchos es, él es al mismo tiempo proceso. La realidad de los derechos fundamentales en la vida social “no es sólo estado”, sino también un proceso ²¹³.

La importancia de la acción personal del titular del derecho fundamental para el derecho fundamental en su totalidad y como instituto, y por la circunstancia de que él es también proceso, como también la relación de condicionamiento existente entre el ejercicio individual del derecho fundamental y el derecho fundamental como instituto, pueden ser mejor aclaradas con la ayuda del pensamiento de Hauriou.

2.5.2. El significado de la teoría institucional del derecho de Hauriou en particular para una consideración institucional de los derechos fundamentales: los derechos fundamentales como «*institution-choses*»

Los derechos fundamentales son «instituciones cosas» «*institution-choses*» en el sentido entendido por Hauriou. En su *Théorie de l'institution et de la fondation*, Hauriou contradistingue la norma jurídica como «*institution-chose*»²¹⁴ y la contrapone a la «*institution-personne*»²¹⁵. A los derechos de libertad les reconoce expresamente el carácter de derechos individuales y el de «*institutions juridiques*»²¹⁶. Define también cada uno de los derechos fundamentales, como la propiedad y la familia, como «*institutions*»²¹⁷.

Al objeto de trazar una concepción institucional de los derechos fundamentales, es oportuno referirse a las características a través de las cuales Hauriou describe el concepto de institución²¹⁸.

El concepto de institución de Hauriou²¹⁹ se distingue por las siguientes características: La (1) «*idée d'oeuvre ou d'entreprise*»²²⁰ «*qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social*» [«idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social»]; (2) «*par la réalisation de cette idée un pouvoir s'organise qui lui procure des organes*, [«para la realización de esta idea se organiza un poder al cual se le dota de órganos»]; (3) «*entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de cette idée il se produit de manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures*» [entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea se producen manifestaciones de integración dirigidas por los órganos de poder y normadas por los procedimientos»]. A estas tres características Hauriou se atiene también para la «*institution-chose*», para la norma jurídica, aún cuando en particular él desarrolla su doctrina sólo con referencia a las «*institutions-personnes*»²²¹, a saber, sindicatos, Estado, asociaciones, a las que dirige su prioritario interés. Elementos constitutivos de la norma jurídica no son sólo «*l'idée oeuvre*», sino también el «*pouvoir organisé*» y las «*manifestations de communion*» (testimonios de la unidad del

grupo): los últimos dos, a diferencia de las «*institutions personnes*», no se encuentran al interior de la «*idée d'oeuvre*», sino fuera de ésta, en cuanto existen y viven en el «*milieu social*» ²²².

En su Derecho constitucional de 1923, la esencia de la «*institution sociale*» se evidencia del modo siguiente ²²³: «*une institution sociale consiste essentiellement en une idée objective transformée en une oeuvre sociale par un fondateur, idée qui ensuite, recrute des adhérents en nombre indéterminé dans le milieu social et assujettit ainsi à son service des volontés subjectives indéfiniment renouvelées*» [«una institución social consiste esencialmente en una idea objetiva transformada en una obra social para un fundador, idea que luego, recluta adherentes en un número indeterminado en el medio social y fija así para su servicio las voluntades subjetivas indefinidamente renovadas»] ²²⁴.

En materia de derechos fundamentales esta concepción puede ser aprovechada del modo siguiente.

La idea de los derechos fundamentales, es decir, la idea con su fuerza obligante, que está en la base de cada uno de los derechos fundamentales, los modelos del matrimonio y de la familia (Art. 6° GG), la idea del libre y pleno desarrollo de la persona humana (Art. 2° GG) y la idea de un ordenamiento liberal de la propiedad (Art. 14° GG), “la autonomía” que es inmanente a los derechos fundamentales como instituto, son «*l'idee d'oeuvre*» (y «*idee directrice*») ²²⁵ a la cual Hauriou se dirige. Esta «*idee d'oeuvre*» está implantada en la respectiva esfera de vida —«*milieu social*»—; allí encuentra su realidad social, la cual marca. En la realidad la «*idee d'oeuvre*» toma forma y no permanece suspendida por encima de la realidad misma; más bien, penetra en el «*milieu social*», le da forma y deviene ella misma en un hecho ²²⁶. El derecho fundamental como instituto, como condición objetiva de vida, es «*chose sociale objective*» ²²⁷, «*chose sociale existante en soi*» ²²⁸, y como tal, forma un elemento constitutivo del cuadro general de la Constitución.

La implantación de los derechos fundamentales en el «*milieu social*» no es sólo obra de la Constitución y de conjuntos normativos

—estos últimos son esencialmente el resultado de una actividad creativa del legislador, y la función de elaboración del legislador en el campo de los derechos fundamentales, descrita en otra parte, se halla particularmente vinculada al aspecto institucional de los derechos fundamentales—, sino que también es obra no individualizada de muchos, que viven diseminados en el «*milieu social*», y precisamente de los titulares de los derechos fundamentales. Conceptualmente, los derechos fundamentales como institutos no dependen propiamente, bajo el perfil de su duración, de la voluntad subjetiva de determinados individuos ²²⁹, sino que viven presentes en la conciencia de una indeterminada multiplicidad ²³⁰. Y así devienen en «*chose sociale objective*». Mediante su ejercicio por parte de los innumerables titulares, la idea de los derechos fundamentales “recluta” a los mismos. En este sentido, se puede comparar, con Hauriou ²³¹, a la institución con el efecto de un “campo magnético”. Los titulares de los derechos fundamentales son los «*adhérents*» de los que habla Hauriou. Ellos transfieren la idea del derecho fundamental en las correspondientes esferas de vida y la actualizan ²³². Están al servicio de la idea y de la “*Eigengesetzlichkeit*” del derecho fundamental y hacen de este último un “proceso”. De esa manera, él se realiza en el «*milieu social*». Con el ejercicio individual del derecho fundamental, se constituye la libre esfera de vida, el derecho fundamental como instituto, y éste, cotidiana y continuamente, es “organizado” siempre de nuevo para tornarlo real y efectivamente operante. Son la pluralidad de personas las que renuevan constantemente el nivel de libertad de las objetivas condiciones de vida. Como todo derecho, así exactamente el derecho fundamental vive mediante y al interior de la actualización que sucede a su reivindicación. Los derechos fundamentales son ejecutados constantemente por la colectividad de los titulares, y el operar efectivo de la mayoría de los sujetos convierte al derecho fundamental en un instituto : en otro lugar ya se ha hecho referencia a la necesidad que tienen los derechos fundamentales de “convertirse en regla” por medio de su constante ejecución. Se llega así a comportamientos similares y homogéneos, un fenómeno al que la concepción institucional repe-

tidamente ha prestado atención ²³³. De ello se sigue que, cuando se obstaculiza este operar difuso, el derecho fundamental es puesto en discusión como instituto. Cuanto se ha dicho no significa otra cosa que esto: el ya recordado “cambio de la cantidad en calidad y del hecho en norma” es un fenómeno institucional. Los derechos fundamentales como institutos dependen de lo obrado por una pluralidad indeterminada de individuos. Por esto la Constitución no se interesa tan sólo por la libertad de los individuos, sino también por la libertad de esa pluralidad. La libertad contractual es un “instituto” sólo cuando muchos concluyen los contratos; matrimonio y familia son “institutos” sólo cuando un gran número de matrimonios y de familias se constituyen efectiva y continuamente. La libertad de elección del domicilio posee un aspecto institucional sólo cuando un gran número de domicilios resultan efectivamente elegidos y libremente habitados. La propiedad tiene carácter institucional sólo cuando una pluralidad indeterminada de sujetos de derecho adquiere y posee efectivamente propiedades. La libertad de opinión es un “instituto” sólo cuando se tienen manifestaciones de pensamiento de muchos sujetos, desde las cuales es posible se forme una opinión pública.

Con este operar “difuso” el «*milieu social*» deviene en algo instituido, consolida su carácter de estabilidad. Este operar constituye constantemente las esferas de vida de los derechos fundamentales. Se da vida, en efecto, a comportamientos similares y uniformes ²³⁴ y a usos consuetudinarios. La mayoría de los titulares del artículo 12º GG se orienta en base a los tipos de profesiones existentes; la mayoría de los titulares de los derechos fundamentales concluye contratos de un cierto tipo, etc.

Si se tiene presente este proceso, entonces resulta claro que el derecho fundamental como instituto y el orden social integral reciben una impronta subjetiva por el obrar de una pluralidad de sujetos; es decir, por el ejercicio individual de los derechos fundamentales, así como, viceversa los derechos fundamentales como derechos individuales adquieren una caracterización objetiva. Se trata de ese

fenómeno que Renard define como «*interpénétration*». Hauriou lo interpreta, reconociendo a las instituciones un modo de ser ya objetivo como subjetivo ²³⁵ y calificando los derechos fundamentales como instituciones y como derechos subjetivos individuales. El aspecto subjetivo-personal, o, mejor dicho, la libertad individual, y el aspecto objetivo-institucional, son concurrentes el uno con el otro. El de institución es concepto correlativo a la libertad ²³⁶.

La teoría de la institución puede así esclarecer la efectividad de los derechos fundamentales y su "vigencia" (*Geltung*). Los derechos fundamentales no son únicamente algo dado, organizado, institucional, y de tal modo objetivados como "*status*"; ellos, en cuanto institutos, justamente a continuación del obrar personal devienen en realidad vital, y como tal se entiende el Derecho como género. Los derechos fundamentales son una «*véritable réalité spontanée et concrète*» ²³⁷. Hauriou mismo pone repetidamente en evidencia esta vitalidad de la institución ²³⁸. Así entendidos, los derechos fundamentales no se basan exclusivamente sobre el momento personal y voluntarista, y sin embargo los individuos tienen una relevancia constitutiva propia para los derechos fundamentales como institutos, porque estos no son independientes del comportamiento de los individuos y de sus actos de voluntad ²³⁹. Puesto que las esferas de vida que son objeto de los derechos fundamentales se integran con otros conjuntos normativos para formar el cuadro integral de la Constitución, resulta claro que este cuadro general está apoyado esencialmente en el ejercicio de los derechos fundamentales, una tendencia hallada ya en Hauriou ²⁴⁰. El ejercicio de los derechos fundamentales como el ejercicio del Derecho en general se muestra una *constituens* del orden integral.

Esta visión de los derechos fundamentales penetra en la realidad que se halla detrás de los conceptos jurídicos ²⁴¹, una realidad caracterizada por la espontaneidad, por el «*élan vital*» y por las fluctuaciones, como por el momento de adquirir consistencia real. La efectividad es así reincluida en la consideración de la esfera normativa, no puede ser desterrada a un más allá extrajurídico: en

efecto, los derechos se determinan brotando de su «*milieu social*» y deben ser valorados como «*chose sociale objective*». Sólo quien «trasciende lo jurídico en lo sociológico» –y esto es característico de la concepción institucional²⁴²– puede percibir el paso de la cantidad a la cualidad. Sólo quien da una mirada a la vida social en su conjunto puede constatar el significado institucional de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales pueden ser considerados institutos, sólo cuando de ellos se desciende efectivamente a la realidad de la vida social a través de los comportamientos de una pluralidad de titulares; y aquí una concepción institucional de los derechos fundamentales se encuentra con el postulado del carácter de regla de los derechos fundamentales. Si sólo pocos ejercitasen efectivamente sus derechos fundamentales, estos no serían más una realidad vital, perderían validez efectiva, se cristalizaría la esfera de vida fundada en la libertad. La “implantación social” del derecho fundamental, empero, empuja justamente hacia tal realización. Los conjuntos normativos que pertenecen al modo de ser del aspecto institucional de los derechos fundamentales semejarían meras sombras. La idea del derecho fundamental dejaría de ser implantada en el «*milieu social*», no sería más un “hecho”²⁴³, no sería más “organizada” en la vida social. En consecuencia, los derechos fundamentales pierden su carácter de instituto cuando no se realizan en la esfera social o lo son sólo de manera incompleta.

Esta recompreensión de la “efectividad” en la consideración jurídica tiene probablemente como consecuencia el reconocimiento de un vínculo del legislador a intervenciones normativas capaces de desarrollarse en el tiempo: el legislador, en su labor, debe prestar atención a los desenvolvimientos de la vida efectiva. Por ejemplo, el legislador prejuzgaría el significado institucional de la libertad sindical, si en la reglamentación de la capacidad para concluir acuerdos económicos colectivos no tuviese en cuenta las “formas de organización libremente elegidas” por las asociaciones: el Tribunal Constitucional Federal ha afirmado que allí habría, de otro modo, un inadmisibles, indirecto “vaciamiento” de la libertad sindical²⁴⁴.

Y aquí se reconoce un ejemplo del cambio del hecho en norma observado por Klein. La efectividad procede sobre la consistencia del cuadro normativo trazado por el legislador.

La recompreensión de la efectividad significa una vez más que el concepto “derecho fundamental como instituto” no posee un carácter estático-fijo, sino un carácter relativamente dinámico, un carácter que corresponde a su calidad de “norma de Derecho constitucional”. “El ser instituido” de los derechos fundamentales se entiende de modo no fijo, sino relativamente elástico. Es admisible, y admite eventualmente impuestas, las adecuaciones. Puesto que las esferas de vida que son objeto de los derechos fundamentales son actuadas por la obra personal y creativa del titular, puesto que ellas llevan la marca de la libertad, y puesto que, en fin, las condiciones de vida efectivas y el “sustrato sociológico” están sujetos a mutaciones, el derecho fundamental como instituto no es un poder estático. La teoría institucional ha hecho repetidas veces referencia al elemento dinámico y elástico del concepto de institución ²⁴⁵. Ello vale, sobre todo, para la concepción institucional de Hauriou ²⁴⁶. También en la doctrina alemana sobre la “garantía institucional” se encuentran afirmaciones semejantes ²⁴⁷. El «*pouvoir d'évolution et d'adaptation*» (Hauriou) que caracteriza las situaciones institucionales «*situations institutionnelles*» es correlativo con un nivel de estabilidad que es producto y presupuesto de los derechos fundamentales como institutos. Estos pueden alcanzar un *optimum* de estabilidad sólo cuando correspondan a la historicidad del Derecho. La tesis de Hauriou relativa a la esencia del Derecho positivo como un Derecho «*en mouvement*», y su reconocimiento de que el orden social integral se halla caracterizado por un proceso de «*mouvement lent et uniforme*», no han perdido su actualidad. Una concepción institucional de los derechos fundamentales no sólo no está en contraste con esta visión dinámica, sino que abre a ellos un mejor conocimiento de los derechos fundamentales; se debe agregar que el elemento dinámico intrínseco al concepto de “derecho fundamental como instituto” no puede ser acentuado de manera excesiva ²⁴⁸.

2.5.3. El aspecto institucional de los derechos fundamentales y las relaciones entre *status* en el ámbito de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales como derechos subjetivos públicos no se circunscriben sólo al *status* que el individuo posee al interior del Estado; más bien incluyen también el *status* que él posee en las diversas condiciones de vida. Los derechos fundamentales no determinan sólo la relación del ciudadano con el Estado, sino también la vida del ciudadano en el cuadro del ordenamiento constitucional. En ambos casos, el derecho subjetivo público del individuo se coordina a una institución, a un instituto: a la «institución de las instituciones», es decir, al Estado ²⁴⁹, y a las condiciones de vida que tienen forma jurídica, los ordenamientos de Derecho objetivo ²⁵⁰. Hasta ahora, la doctrina de los *status* en los derechos fundamentales ha tomado en consideración sobre todo la relación individuo-Estado; se ha contrapuesto el individuo al Estado, o se le ha coordinado a éste cuando, sin embargo, se reconoce un aspecto institucional de los derechos fundamentales, entonces es evidente la necesidad de extender la doctrina de los *status* en la dirección indicada. El concepto de *status* es la categoría jurídica adecuada para caracterizar la posición jurídica que el individuo conserva las instituciones. «*Institutio* y *status* forman una totalidad» ²⁵¹, vale decir, la visión integral de todo derecho fundamental.

Aún en las diferentes versiones en que aparece la concepción institucional, el concepto de *status* es, de cualquier modo, uno de sus elementos constitutivos. Ello vale, particularmente, para Hauriou, quien desarrolla su doctrina de los *status* en contraposición con G. Jellinek ²⁵² y quien coordina relaciones de *status* para cada institución ²⁵³. Lo mismo puede decirse también para Renard ²⁵⁴. En la doctrina alemana se ha advertido, a menudo, la conexión entre *institutio* y *status* ²⁵⁵. Cuando Smend considera los derechos fundamentales como derechos inherentes a la vocación del ciudadano ²⁵⁶. También esto es sólo un desarrollo original del concepto de *status*.

El concepto de *status* es particularmente adecuado para circunscribir el aspecto de derecho individual de los derechos fundamentales, porque a él se conecta el momento activo y positivo ²⁵⁷, porque él coordina los individuos a sus respectivas condiciones de vida, insertándolos en el cuadro general de lo social, y, en fin, porque al mismo tiempo manifiesta el derecho fundamental como derecho individual en su carácter objetivo, que, por otro lado, fundamentalmente se sustrae al poder de disposición del sujeto ²⁵⁸. Así se tiene debida cuenta, al mismo tiempo, del elemento de ciudadanía activa comprendido en los derechos fundamentales, el cual concierne a la relación con el Estado. El concepto de *status* evidencia que el individuo con su derecho subjetivo público, se halla colocado en las correspondientes condiciones de vida. Hauriou mismo caracteriza los derechos fundamentales justamente recurriendo al concepto de *status* ²⁵⁹. Este concepto expresa que se trata de una posición jurídica formada y duradera, para constituir la cual se unen normas jurídicas específicas, y que no se reconstruye correctamente con concepciones pensadas en términos de "relaciones" o de "delimitaciones de las esferas de la voluntad" ²⁶⁰. En fin, el concepto de *status* evidencia que, en las diversas condiciones de vida, el individuo tiene una tarea, y que la situación jurídica individual concurre a formar una totalidad supraindividual objetiva de la cual surgen los particulares derechos y deberes ²⁶¹.

Los particulares *status* se reúnen en un *status* integral. Ello corresponde a la relación de íntima conexión y recíproca integración, a la interdependencia en que se encuentran la una respecto a la otra, las particulares esferas de vida garantizadas institucionalmente. Ya Hauriou reconoce similares conexiones ²⁶², y la concepción institucional orienta varias veces su atención sobre ellas ²⁶³. Las particulares esferas de vida institucionalmente garantizadas se unen para formar el cuadro general de la Constitución, un orden al cual todavía desde antaño corresponde un *status* integral ²⁶⁴. El reconocimiento de este *status* integral, para determinar el cual se unen las particulares relaciones de *status*, satisface el postulado conforme al

cual la libertad individual está referida al cuadro general de la sociedad; todavía mejor: las relaciones de *status* se reúnen con su respectiva especificidad en cada esfera de vida. En esta relación con el todo se evidencia su aspecto institucional; en efecto, justamente esta relación –que ya emerge en conexión con el concepto de función social– es una característica esencial de la institucionalidad ²⁶⁵.

Hasta ahora se ha hablado de legislación, en cuanto la libertad ha sido caracterizada como libertad en el Derecho, en coherencia con el aspecto institucional de los derechos fundamentales. La legislación y el carácter de institutos de los derechos fundamentales son colocados en un nexo inmediato, que será objeto de atención en las siguientes páginas.

2.6. ESENCIA Y FUNCION DE LA LEGISLACION EN RELACION AL ASPECTO INSTITUCIONAL Y AL ASPECTO INDIVIDUAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES; LIMITACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL OBJETO DE SALVAGUARDARLOS COMO INSTITUTOS; GARANTIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES “COMO INSTITUTOS” FRENTE AL LEGISLADOR

2.6.1. Generalidades

Es otra característica del aspecto institucional de los derechos fundamentales que estos no son “espacios vacíos de Derecho”, sino más bien esferas de vida jurídicamente constituidas. Gracias a una pluralidad de conjuntos normativos –que pertenecen al modo de ser de los derechos fundamentales como institutos–, las particulares esferas de vida resultan enriquecidas. Mediante estos conjuntos de normas jurídicas los derechos fundamentales devienen algo “actuado” y “subsistente de modo organizado y formado”. En este contexto, el legislador deviene activo en el ámbito de los derechos fundamentales, limitando y conformando (“determinando”) a estos últimos. El legislador despliega un rol decisivo en el desarrollo del aspecto institucional de los derechos fundamentales ²⁶⁶. Otorga orden en las particulares esferas de vida; procura a los derechos funda-

mentales una existencia duradera; crea los conjuntos normativos, necesarios obviamente en una "densidad" diversa según el derecho en cuestión, los cuales realizan la idea de los derechos fundamentales en cada uno de los ámbitos sociales. Reglamenta los bienes jurídicos, por ejemplo, los modelos de contrato del Derecho civil, los diversos ordenamientos profesionales y las formaciones sociales, que son constitutivas de los derechos fundamentales como institutos, que no producen tan sólo un "cambiarse" de los derechos fundamentales, sino que son también su realización. La función de delimitación (*Begrenzung*) y de estructuración (*Ausgestaltung*), desarrollada por el legislador en el ámbito de los derechos fundamentales, se refiere ya al aspecto institucional de estos, ya al aspecto personal y de derecho individual. Sin el legislador la idea de los derechos fundamentales no se podría realizar en la esfera social, y no se llegaría tampoco a ese "proceso de reclutamiento" de los titulares a través de la idea de los derechos fundamentales, del cual se ha opinado.

El legislador posee, en relación al aspecto institucional de los derechos fundamentales, una función que en este contexto necesita de una discusión más profunda: numerosas limitaciones de los derechos fundamentales están encaminadas al objeto de salvaguardar un derecho fundamental como instituto. Pero, por otra parte la legislación no puede poner en discusión a los derechos fundamentales como institutos. El concepto de "derecho fundamental como instituto" desarrolla aquí también una dialéctica peculiar al contexto de función social: de un lado, él autoriza a la legislación limitaciones de los derechos fundamentales; de otro, salvaguarda los derechos fundamentales al legislador.

2.6.2. Limitaciones de los derechos fundamentales al objeto de salvaguardarlos "como institutos"

Numerosas limitaciones de los derechos fundamentales ocurren al objeto de salvaguardarlos "como institutos" ²⁶⁷. Ellos no ponen en peligro la libertad, sino que la arraigan en la "realidad social" ²⁶⁸.

El significado institucional de un derecho fundamental sería puesto en peligro si de aquí en adelante sólo una minoría o sin más, apenas pocos individuos podrían efectivamente ejercitar el derecho fundamental, si, por tanto, la mayoría de los titulares no estuviese más “convocada” por la idea de los derechos fundamentales y si el derecho fundamental no fuera más un “contenido actual” y realizado “de la voluntad” de los titulares de los derechos fundamentales ²⁶⁹. En el lugar del ordenamiento liberal de una esfera de vida, así como él es entendido en la Constitución –y este ordenamiento se halla constituido, prescindiendo de los conjuntos normativos (del entrelazamiento de normas), por el cotidiano ejercicio de los derechos fundamentales por parte del mayor número posible de individuos ²⁷⁰–, se instaura un “ordenamiento” de naturaleza diversa: a los pocos que pueden reivindicar del Estado, sin problemas, sus propios derechos fundamentales, se contraponen la mayoría de aquellos a los cuales la Constitución ha asegurado la misma libertad, pero que por el contrario no están en grado de ejercitarla “efectivamente”. Viene a faltar aquella reivindicación constante, repetida y generalizada de la libertad, por parte de aquellos que son formalmente titulares; aquella reivindicación a la que los derechos fundamentales hacen referencia junto con el operar creativo de los sujetos de derecho. Las “exigencias” ²⁷¹ de estos subsisten en realidad como principales.

Estas exigencias, sin embargo, no pueden más ser satisfechas a causa de la efectiva posición de inferioridad de los titulares de los derechos fundamentales. Justamente esto conduce a una amenaza de los derechos fundamentales como “institutos”. Son suficientes algunos ejemplos ²⁷².

Las leyes dirigidas contra el abuso de posiciones dominantes en el mercado “limitan”, además de otras, la libertad contractual, obviamente sólo en sentido superficial ²⁷³. Con este fin se sustrae el instrumento contractual a aquellos que, por la efectiva superioridad sobre los coasociados, pueden imponerles a estos condiciones contractuales. Su libertad contractual individual está “restringida” (mejor

dicho: delimitada). Sin embargo, aquí si se pregunta en cuanto al sentido y el propósito de esta limitación del derecho fundamental, de cuyo efecto en el cuadro general de la vida social se desea tener una visión de conjunto, entonces al instante aparece evidente una cosa: la libertad contractual y la libertad de competencia están salvadas como "institutos". La esfera de vida constituida por las libertades contractual y de competencia mantiene su carácter basado en la libertad. La libertad contractual perdería su carácter institucional, allí donde ella terminase por configurar únicamente en vía de excepción las relaciones entre personas. Impidiendo el nacimiento de monopolios y negando el reconocimiento jurídico a las condiciones contractuales impuestas, se salva la libertad contractual como instituto. Un gran número de titulares del derecho fundamental –ahora reclutados de nuevo por la idea del derecho fundamental–. Está así nuevamente en grado de ejercitar de hecho la libertad contractual: formalmente, por otro lado, la posibilidad jurídica de tal ejercicio no les ha sido nunca sustraída ²⁷⁴. La concepción institucional muestra aquí su significado específicamente sustancial y cualitativo.

Algo similar ocurre en el caso de la libertad de reunión ²⁷⁵. Ella perdería su significado "institucional" si el Estado no cuidase de no permitir perturbar por terceros las reuniones: de manera diversa, existiría el peligro de que sólo pocos, o bien los más fuertes, puedan ejercitar este derecho de libertad. A los otros titulares del derecho fundamental les sería impedido por la violencia su ejercicio. También aquí debe notarse el "mutarse", ya observado en otra parte, de la cantidad en cualidad. No se puede juzgar sólo desde la abstracta posibilidad jurídica de su realización, si un derecho de libertad valga como instituto, es decir, si él sea ejercitado cotidianamente, de hora en hora, en la realidad de la vida social por una multiplicidad de titulares: con tal fin es necesario, en lugar de ello, referirse a la realidad de la vida. La institución se caracteriza precisamente por ello, pues en ella el concepto de Derecho no está aislado del hecho, sino que el aspecto normativo y el factual están entendidos en su

nexo de coordinación ²⁷⁶. Los derechos fundamentales como institutos están condicionados, pues también, por las efectivas condiciones de vida y se hallan originariamente referidos a éstas.

La tesis de que los derechos fundamentales deban ser salvaguardados "como institutos" contiene, por eso, un momento cuantitativo que se eleva a calidad: los derechos fundamentales pierden su significado institucional cuando faltan las condiciones para que ellos sean reivindicados por una multiplicidad de titulares. Ello significa, por ejemplo, que en los casos en los que el legislador no impida los conflictos entre los titulares de los derechos fundamentales, los derechos mismos son amenazados como institutos ²⁷⁷. El legislador que quiera ponerse activo para impedir tales conflictos, se dedicará, por tanto, a salvaguardar los derechos fundamentales como institutos: una concepción a la luz de la cual no es correcto que se operen en estos casos "intromisiones" en sentido estricto en las libertades fundamentales.

Los derechos fundamentales estarían puestos en discusión como institutos si, por ejemplo, una multiplicidad de titulares abusase de estos. En consideración del concepto de libertad como referido a la persona, que es presupuesto del carácter de instituto de los derechos fundamentales, ello es fácilmente comprensible. Una libertad de la cual se abuse en la realidad de la vida social, ya no puede desplegar un efecto estabilizante. La correspondiente esfera de libertad sería sacudida, el mismo cuadro general de la sociedad sería puesto en duda, cada vez que el ejercicio de los derechos subjetivos degenerase en abuso. Considerando la relación de interacción entre derechos subjetivos y condiciones de vida objetivas, ello no requiere de ulteriores argumentaciones. La libertad de la cual se abusa no es libertad *en el Derecho*, sino "libertad" que destruye el Derecho. El entrelazamiento entre Derecho y libertad –es ésta una característica de la visión institucional de los derechos fundamentales– es perjudicado por el abuso de la libertad. El impedimento del abuso de la libertad no es sólo admitido, sino hasta impuesto ²⁷⁸, sea por el aspecto institucional de los derechos fundamentales, sea por su

aspecto de derecho individual ²⁷⁹. Justamente en el ámbito de una democracia el abuso de una libertad es particularmente peligroso para el conjunto de la comunidad ²⁸⁰. El problemático derecho de defensa del abuso requiere una conformación sobre el terreno jurídico, a la cual no se satisface correctamente recurriendo a la categoría del poder preventivo de policía. Se piensa en institutos, como, por ejemplo, la obligación de rectificación, o en enteras ramas del Derecho, como el Derecho penal sustancial y el procesal. Ya en este contexto se impone la idea de que la doctrina de la "intromisión" en la esfera de los derechos fundamentales no es correcta. Dado que el abuso de un derecho no pertenece originariamente al contenido de éste —una intuición de la cual somos deudores esencialmente a la "teoría de los límites internos" ²⁸¹—, entonces las leyes que prohíben el abuso no son "limitaciones" del Derecho. Puesto que la inadmisibilidad del abuso de un derecho resulta de la esencia de la libertad ²⁸² y dado que ella está conectada con la visión institucional de los derechos fundamentales, no se trata de "intromisiones" en la libertad ²⁸³. En este contexto aparece claro que un análisis de la actividad legislativa, desarrollado en el ámbito de los derechos fundamentales, deba llegar a calificar a esta última como actividad de elaboración y de determinación, conforme a la esencia de los derechos fundamentales, del contenido de estos últimos.

La cláusula del Estado social es puesta en una conexión importante con el significado institucional de las libertades. Por medio de la garantía del Estado social habrá de mejorarse el destino material de los individuos. Estos deben ser colocados en grado de ejercitar efectivamente los derechos de libertad. En efecto, la esencia de un derecho consiste justamente en el efectivo ejercicio por parte del titular. La necesidad siempre nueva de actualización es una característica de la norma jurídica. Esta actualización abraza esencialmente a la esfera de los coasociados. En su ámbito, la norma jurídica, o, mejor dicho, la ley, procede como «fuerza de tensión constante» ²⁸⁴. La garantía de las libertades, entendidas en sentido liberal, ha podido conducir al resultado de que buena parte de los coaso-

ciados no haya podido realizar su propia libertad por razones de hecho: en este caso, las libertades resultan amenazadas en su significado institucional²⁸⁵. Este peligro subsiste justamente cuando un número elevado de titulares debe renunciar al ejercicio del derecho fundamental. Cuando se introduce la cláusula del Estado social –y ésta conduce a limitaciones sustanciales de las libertades–, entonces ello acaece con el objetivo de garantizar el significado institucional de las libertades. También a aquellos individuos, a los cuales hasta ahora el ejercicio de la libertad les ha sido obstaculizado por causas materiales, el ejercicio del mismo debe serles nuevamente hecho posible. En esta óptica, cae la antinomia²⁸⁶ entre Estado social y derechos fundamentales, ya rechazada en otro contexto: los derechos fundamentales están garantizados por la cláusula del Estado social justamente en su significado institucional. Así, la garantía del Estado social demuestra ser una exigencia de la idea de libertad²⁸⁷ y de la visión institucional de los derechos fundamentales. La cláusula del Estado social y los institutos de los derechos fundamentales entran en una relación de recíproco condicionamiento. Ello explica parcialmente además la tendencia, ocasionalmente observada, a una creciente ejecución normativa de los derechos fundamentales²⁸⁸: ella corresponde al postulado del Estado social y es una consecuencia de los desarrollos que han conducido a la cláusula del Estado social²⁸⁹. De esta manera explica también el por qué, en la época del liberalismo, la ejecución normativa de un derecho fundamental no fuera tan frecuente como hoy.

2.6.3. El significado de la prohibición impuesta al legislador de poner en discusión los derechos fundamentales como institutos

El significado institucional de los derechos fundamentales, su carácter de institutos, de un lado autorizan al legislador a operar delimitando y conformando la libertad; del otro, son un límite para el legislador: él no puede tocar los derechos fundamentales como institutos, no puede poner en discusión el significado institucional de los derechos fundamentales.

Por ejemplo, las expropiaciones –que constituyen una limitación del derecho subjetivo de propiedad– serían inadmisibles si se presentaran en un número tal que amenazara la libre propiedad como instituto. Lo mismo vale para las nacionalizaciones. También ellas no pueden presentarse en proporciones tales que dejen suspendida en su significado institucional la propiedad y las otras libertades ²⁹⁰. Serían desnaturalizadas las esferas de vida “libertad y propiedad”. Una edificación en masa eliminaría el derecho a la inviolabilidad del domicilio como instituto ²⁹¹. En todos estos casos aparece evidente que los derechos fundamentales no son entendidos sólo del lado del titular de estos, sino que poseen también un aspecto institucional.

La fórmula del significado institucional de los derechos fundamentales, o mejor, de los derechos fundamentales “como institutos”, contiene enunciados sustanciales y generales bien precisos ²⁹², que se imponen obligatoriamente al legislador y que tutelan de manera absoluta los derechos fundamentales. Estos se han perfilado ya en otra parte. Ahora ellos deben ser, como antes y más de cerca, caracterizados y reasumidos.

Los derechos fundamentales son institutos sólo cuando pueden ser ejercitados por un gran número de titulares (mudarse de la cantidad en calidad). Los derechos fundamentales son institutos sólo cuando pueden ser “efectivamente” reivindicados por los titulares (mudarse del hecho en norma), cuando son “regla”. Los derechos fundamentales son institutos sólo cuando conducen a un comportamiento individual constante. Los derechos fundamentales son institutos sólo luego que son actuados por conjuntos normativos que los conforman y los delimitan (un “entrelazamiento de normas”) en la realidad social, y cuando están presentes en ésta de modo duradero, de manera que puedan ser considerados como preexistentes a la libertad individual con su contenido obligatorio. Sólo entonces los derechos fundamentales son institutos, cuando su deber ser es al mismo tiempo su normalidad, sin que la normatividad, o mejor, el deber ser, se identifique con la normalidad o el

ser. Sólo entonces los derechos fundamentales sólo son institutos, cuando, como ordenamientos objetivos, como condiciones de vida, poseen una realidad sobre el plano jurídico y sobre el de la efectividad, y cuando forman, en cuanto tales, parte constitutiva del cuadro general de la Constitución. Son institutos sólo luego que la idea del derecho fundamental, con su fuerza obligante, recluta constantemente a los titulares: se podría hablar de un siempre renovado devenir de la realidad de los derechos fundamentales como institutos. Los derechos fundamentales son institutos cuando son realidad desenvuelta y "cumplida" ²⁹³, mientras al mismo tiempo significan, para aquellos que se aproximan a ellos una tarea para emprender y actuar siempre de nuevo ²⁹⁴. Sólo en tal caso los derechos fundamentales son institutos, cuando a ellos se correlacionan los derechos subjetivos individuales, y por eso también la libertad individual como libertad de la persona, con los cuales ellos están esencialmente en una relación de influencia recíproca; los titulares encuentran individualmente en las condiciones de vida creadas por los derechos fundamentales una parte esencial de realización de la propia personalidad. Sólo entonces los derechos fundamentales son institutos, cuando la libertad por ellos garantizada es concebida como libertad colocada en el Derecho: la liberación, en otra parte sugerida, de los conceptos de ley y de Derecho del tradicional elemento de la "intervención" (*Eingriff*) así demuestra ser justamente un correlato del aspecto institucional de los derechos fundamentales. Sólo entonces los derechos fundamentales son institutos, cuando poseen en alto grado un efecto estabilizante del cuadro general de la Constitución y del ordenamiento social. El significado institucional de los derechos fundamentales se cumple justamente en eso: que ellos son correlativos al cuadro general del ordenamiento social. El efecto estabilizante, prescindiendo del operar repetido y conforme de los titulares, es a menudo alcanzado y mantenido a través de aquellas recepciones que caracterizan la parte de las Constituciones relativa a los derechos fundamentales, o mejor, el aspecto institucional de los derechos fundamentales.

Otros enunciados sustanciales y generales sobre el carácter de institutos de los derechos fundamentales no se consiguen elaborar. Una Constitución puede plasmar de modo muy diverso el matrimonio o la libertad contractual como institutos. Por eso prescindiendo de las características generales antes mencionadas, para responder a la interrogante cuando el legislador viola el aspecto institucional de los derechos fundamentales, es necesario referirse a la concreta reglamentación de Derecho constitucional y a cada derecho fundamental. De cualquier modo, el postulado de acuerdo al cual el derecho fundamental como instituto es intangible para el legislador presenta ventajas decisivas con respecto a la deslucida pretensión de que los derechos fundamentales "como tales" no deben ser violados: la libertad garantizada por los derechos fundamentales está enriquecida con las connotaciones esenciales que distinguen el concepto de la institución. Al mismo tiempo, resulta evidente que el concepto "derechos fundamentales como institutos" pertenece a aquellos conceptos jurídicos, en los cuales el Derecho no está separado de la "materia", del "sustrato social", sino más bien forma, penetra y desarrolla este último, haciendo de las condiciones de vida de las cuales se ha discutido "condiciones de vida maduras" ²⁹⁵.

2.7. RESPUESTAS FINALES Y RELACION ENTRE EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO Y EL DOBLE ASPECTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son tutelados frente al legislador ya como derechos subjetivos públicos, ya "como institutos", y por eso, en su *Eigengesetzlichkeit*: que esta última se imponga obligatoriamente al legislador es una opinión de Kaufmann ²⁹⁶. Los criterios a los cuales el legislador está vinculado interviniendo en el campo de los derechos fundamentales ya han sido enunciados: la aplicación del principio del equilibrio –confirmación del peso y del rango de los derechos fundamentales en el sistema de tutela de los bienes en la *Grundgesetz*– con las mencionadas garantías absolutas y el carácter de institutos de los derechos fundamentales. Una unión del principio del equilibrio con la visión institucional de los derechos

fundamentales no está de ninguna manera excluida. Al contrario. El sentido del equilibrio es justamente aquel de delimitar las esferas de vida tuteladas por los derechos fundamentales y los derechos fundamentales "como institutos" en particular de las otras esferas de vida, o bien de los otros bienes merecedores de tutela. Kaufmann²⁹⁷ ha evidenciado, específicamente para la propiedad y la libertad de opinión, que el equilibrio y la visión institucional de los derechos fundamentales están íntimamente conectados. En esto la doctrina, con variaciones, lo ha seguido²⁹⁸. Contextualmente es propósito del equilibrio el de limitar los derechos fundamentales como derechos subjetivos públicos. Tampoco es de excluir que, cuando el legislador, al delimitar los derechos fundamentales, se atenga a estos postulados, resulte en cada uno de los casos una supresión "integral" del derecho fundamental²⁹⁹.

En conclusión, es de tener presente que todas las perspectivas, que producen una garantía de los derechos fundamentales contra el legislador, han sido desprendidas sin referencia a la cláusula de la garantía del contenido esencial del artículo 19º, inciso 2), GG. Obviamente se ha hablado a menudo de la "esencia" de los derechos fundamentales o del Derecho, pero ello es una cuestión que puede ser válidamente afrontada independientemente del artículo 19º, inciso 2), GG; la solución de la cuestión en cuanto a «las verdades nacidas de la esencia del Derecho» es, en realidad, tarea fundamental de la ciencia jurídica³⁰⁰, como ya Gierke³⁰¹ ha enseñado.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. Köttgen, 1959, p. 20.
2. Aquí se trata de «*institutions-personnes*», según la concepción de Hauriou.
3. Kaufmann, 1928, VVStRL, 4, pp. 77-8; además Hamel, 1957, p. 19.
4. Cfr. Hesse, 1959, VVStRL, 17, pp. 11 ss., particularmente en la p. 32, donde define los derechos fundamentales como «ordenamientos», «ámbitos de vida», «condiciones de vida»; *ibid.*, p. 43, nota 92: los derechos fundamentales como «*Sachbereiche*» [«sectores objetivos»]; Giere, 1932, p. 84, «ordenamientos objetivos». BVerfG, 6, p. 55: el Art. 6º GG asegura la tutela de los «ordenamientos de vida» del matrimonio y de la familia, «contiene entonces! una así llamada garantía de instituto o de la institución». Cfr. el principio de carácter también! institucional que se encuentra en BVerfG, 2, p. 266, en referencia al Art. 19º, inciso 2), GG: «[...] *das zu regelnde Lebensverhältnis*» [«[...] una esfera de vida para reglar»].
5. De manera diversa, sin embargo Köttgen, 1959, p. 20: los derechos fundamentales en su esencia son derechos de la persona, pero la libertad de enseñanza demuestra también un aspecto institucional.
6. Cfr. Sin embargo, Lerche, 1958, DVBl, p. 524, nota 51: la libertad en cuanto tal no puede ser una "institución" (*Einrichtung*).
7. Similarmente : H. Huber, 1961, pp. 1 ss.: «[...] *gleichzeitig institutioneller Charakter [...]der Grundrechte*» [«[...] simultáneamente el carácter institucional [...] de los derechos fundamentales»]; E. R. Huber, 1958, p. 63: las libertades fundamentales encierran siempre ya un aspecto personal como un aspecto institucional de la libertad. Recientemente también Lerche, 1961, p. 239: «[...] *der im jeweiligen Freiheitsgrundrecht verborgene institutionelle Gehalt*» [«[...] *el contenido institucional latente en cada libertad fundamental*»].
8. Smend, 1955 (1933), pp. 309 ss.
9. Ejemplos: durante el período de la República de Weimar: la doctrina de las garantías de instituto e institucionales de Schmitt, 1958 (1931), pp. 161 ss.; *id.*, 1958 (1932), pp. 207 ss.; *id.*, 1928, pp. 170 ss.; Klein, 1934, pp. 173 ss.; E. R. Huber, 1933, AöR NF, 23, pp. 1 ss., pp. 37 ss., p. 44, pp. 50 ss., pp. 79 ss. Más recientemente: Klein, 1950, VVStRL, 8, p. 66, pp. 85 ss.; Maunz, Dürig, 1958, Rd. Nr. 98 en referencia al Art. 1º, inciso 3), GG; Wehrhahn, 1955, p. 48, pp. 63 ss.; Stein, 1959, JZ, pp. 720 ss.; Maunz, 1961, pp. 102 ss.; Marcic, 1957, p. 208. Köttgen, 1959, p. 21,

- e incorporar lo "subjetivo"».]. Cfr. también la definición de la esencia de la justicia dada por Wolf, 1961, sub 4 d, en los paralelismos subjetivo-objetivo. Contra una contraposición entre lo subjetivo y lo objetivo en el Derecho cfr., por último, Lerche, 1961, pp. 264, 321 y 352.
16. Haenel, 1888, p. 121.
 17. Schindler, 1948, pp. 127 ss., ve en la concepción institucional mucha verdad. Según este autor, el orden no es creado tan sólo por medio del hacer subjetivo, sino también mediante un objeto.
 18. Hauriou, 1925, p. 9, id., DC, 1923, p. 66: «*La société est en partie subjective et en partie objective*». Cfr. ya en id., 1896, p. IX, pp. 4 ss. Cfr. también su crítica (DC, 1923, pp. 59 ss.) al «*subjectivisme révolutionnaire absolu*» y al «*objectivisme sociologique absolu*». Id., 1928, pp. 193 ss.; id., DC, 1923, p. 43 (similarmente, pp. 66 y 83): «*La société est un tissu dont la trame est formée par des volontés subjectives des hommes, filles des sa liberté, et la chaîne des idées objectives*» [«La sociedad es un tejido donde la trama está formada por voluntades subjetivas de los hombres, hijas de su libertad, y cadena de ideas objetivas»] (donde también se halla un ejemplo de su lenguaje metafórico); ibid., p. 59: «*Il y a des facteurs de la société qui sont subjectifs et d'autres qui sont objectifs de la société*» [«Hay factores de la sociedad que son subjetivos y otros que son objetivos de la sociedad»]. Algunas señales de esta concepción se encuentran ya en id., 1898, pp. 7 ss.; id., 1899, pp. 48 ss.; cfr. también id., DC, 1923, pp. 19 y 64; id. 1910, p. 174: «*Le système juridique a deux pôles, celui des personnes avec le droit subjectif, celui de droit objectif avec les choses*» [«El sistema jurídico tiene dos polos, el de las personas con el derecho subjetivo, el del derecho objetivo con las cosas»] (igualmente id., 1916, p. 172). Acusa a Durkheim de no haber reconocido el dualismo de elementos subjetivos y objetivos, y acusa además al sistema objetivista de eliminar al hombre, que es el origen de lo subjetivo (cfr. Eisenmann, 1930, pp. 247 ss.). Cfr. también su doctrina de la personalidad jurídica como un "Jano bifronte", que entonces debe ser tomada en consideración a veces desde un punto de vista objetivo y otras desde un punto de vista subjetivo; en particular cfr. Leontovitch, 1935-1936, ARSP, 29, pp. 363 ss. Este considera a la teoría institucional como una contribución fundamental para el reforzamiento de la doctrina clásica de la relación intercurrente entre los elementos subjetivos y objetivos del Derecho (ibid., pp. 202 ss.).
 19. Hauriou, 1925, pp. 2 ss.
 20. Ibid., p. 9. Se entiende sobre todo la teoría de Duguit.

justamente ha colocado en una relación de recíproco condicionamiento la libertad de enseñanza y la autoadministración.

10. De manera particular para la libertad de enseñanza, Köttgen, 1959, p. 21.
11. Schindler, 1948, p. 130.
12. Cfr. también Hamel, 1957, p. 19. De un análisis de las Constituciones más recientes de los *Länder*, efectuada con el objetivo de individualizar en ellas una concepción de tipo institucional, resulta: es verdad que allí se encuentran los párrafos relativos «al matrimonio y la familia», «a la formación y a la escuela», relativos «al ordenamiento de la economía, a la agricultura y al trabajo» (BayrVerf) y allí se hallan también los conceptos típicamente institucionales, como «el instituto de la escuela» (Art. 28°, 31, BayrVerf; Art. 110°) de la Constitución de Württemberg-Hohenzollern; Art. 27°, inciso 2), Constitución de Baden), pero en la parte relativa a los derechos fundamentales continúa dominando el estilo tradicional: «cada uno» («*jeder*») es titular de un determinado derecho fundamental, etc. La Constitución de Württemberg-Hohenzollern hace excepción en algunos puntos en los que antes que hacer referencia al derecho individual de «*jeder*» («cada uno»), se hace referencia a menudo al aspecto institucional de los derechos fundamentales (Arts. 9°, 10°, 14°, 15°, 16°).
13. La Constitución Federal suiza textualmente no tutela el matrimonio como instituto, sino el derecho al matrimonio (Art. 54°). Más allá del ámbito de los derechos fundamentales, es sin duda posible que las instituciones y los derechos subjetivos públicos aparezcan como si fueran del todo independientes, o bien puedan resultar caracterizados por una relación de supra y subordenación, o bien distinguirse a través de su tipo de interés (por ejemplo: el mantenimiento de la institución de la burocracia en el interés de la colectividad) (BVerfG, 8, p. 332; 3, p. 58); la garantía constitucional de la previsión social como garantía institucional no referida a derechos subjetivos públicos del individuo ciudadano (BayrVerfGH NE, 7, II, pp. 1 ss.); en particular, la “garantía institucional” no posee de por sí el carácter de derecho fundamental (BayrVerfGH, 2, II, p. 143).
14. Kaufmann, 1911, p. 186, con amplitud de argumentaciones.
15. Haenel, 1888, p. 245. Cfr. para la problemática del iusnaturalismo: Wolf, 1959, p. 155: «[...]so muß, wer “objektives Naturrecht” denkt, auch die Möglichkeit von “subjektivem” zugeben und mitdenken» [«[...] el que piensa el “derecho natural objetivo” tiene también la posibilidad de admitir

21. Ibid., p. 10: «*Les institutions vivent une vie à la fois objective et subjective*» [«Las instituciones viven una vida a la vez objetiva y subjetiva»].
22. Ibid., p. 44: «*Le véritable élément objectif du système juridique c'est l'institution*» [«El verdadero elemento objetivo del sistema jurídico es la institución»]. Cfr. también id., DC, 1923, pp. 64 ss.
23. Hauriou, 1925, p. 9; id., DC, 1923, p. 69: «*L'institution objective ne se constitue pas d'autour d'un noyau subjective*» [«La institución objetiva no se constituye alrededor de un núcleo subjetivo»]; ibid., p. 81: «*Bien que l'institution soit l'élément objectif de la société, elle en cesse pas d'être elle-même imprégnée de subjectivisme*» [«En tanto que la institución sea elemento objetivo de la sociedad, ella no deja de estar en sí misma impregnada de subjetivismo»]. De otro lado (ibid.) significa: las «*relations sociales le plus subjectives en cessent point d'être mélangées d'éléments d'institutions*» [«relaciones sociales más subjetivas no dejan de estar mezcladas de elementos de las instituciones»], lo que consigue de la comunidad como «*entrelacement de volontés subjectives et d'idées objectives*» [«enlazamiento de voluntades subjetivas y de ideas objetivas»]; ibid., p. 73: «*Les institutions "doivent" continuellement être repensées et vivifiées par les consciences vivant du personnel*» [«Las instituciones "deben" continuamente ser repensadas y vivificadas por las conciencias vivas del personal»]; ibid., p. 74: «*[...] en somme les institutions elles-mêmes sont faites d'éléments subjectifs cristallisés autour d'idées objectives*» [«[...] en suma, las instituciones mismas están hechas de elementos subjetivos cristalizados en torno de ideas objetivas»]; ibid., p. 78: «*[...] une institution sociale est toujours enfermée dans une certaine somme des consciences individuelles*» [«[...] una institución social siempre está encerrada en una cierta cantidad de conciencias individuales»]; ibid., p. 81: «*Dans les institutions l'idée objective subit continuellement la réaction des consciences et des volontés subjectives*» [«En las instituciones la idea objetiva experimenta continuamente la reacción de las conciencias y de las voluntades subjetivas»].
24. Con referencia a los derechos fundamentales, este *non modo sed etiam*, un concepto desarrollado plenamente por primera vez en Hauriou, DC, 1929, se demuestra con extrema claridad: ibid., pp. 168 ss.: «*Les droits individuels sont à la fois des institutions juridiques objectives et des droits subjectifs*» [«Los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos»]. Y todavía: «*L'institution juridique objective est le moule coutumier dans lequel les droits subjectifs s'enferment eux-mêmes par leur exercice répété dans le milieu social et parceque celui-ci réagit sur eux*» [«La institución jurídica objetiva es el molde acostum-

brado en el cual los derechos subjetivos se delimitan ellos mismos por su reiterado ejercicio en el medio social y porque este reacciona sobre ellos». Ibid., p. 612: «[...] *les droits individuels ont besoin d'être reconnus et organisés par la loi comme des institutions juridiques*» [«[...] los derechos individuales tienen necesidad de ser reconocidos y organizados por la ley como unas instituciones jurídicas»]. Tan sólo en cuanto «*institutions juridiques objectives*» ellos están en grado de formar la base de la «*constitution sociale*» (ibid., pp. 612 ss.); id., DC, 1923, p. 66: «*L'ordre individualiste est à la fois subjectif et objectif*» [«El orden individualista es a la vez subjetivo y objetivo»]; id., 1925, p. 9: «*Il faut renvoyer dos à dos le système du tout au subjectif et celui de tout à l'objectif*» [«Hay que restituir canto a canto el sistema del todo lo subjetivo y éste de todo lo objetivo»]. Sobre todo para la propiedad se hace claramente referencia al doble carácter de los derechos fundamentales –tal como se entiende en el texto–, cuando, a propósito del reconocimiento de la propiedad durante la Revolución francesa, él escribía (id., DC, 1923, p. 61): «*Seule la propriété individuelle a été respectée encore ne la considère-t-on point dans son élément d'institution sociale mais seulement comme un droit subjectif*» [«Sólo la propiedad individual a este respecto aún no se la considera en su elemento de institución social, sino solamente como un derecho subjetivo»]. Cfr. también la relación entre elementos subjetivos y objetivos por Hauriou demostrada con referencia a la familia (ibid., p. 69). En Renard también se puede encontrar esta relación entre elementos subjetivos y objetivos (1930, p. 31): «*L'institution est l'existence d'une entité juridique qui a sa racine dans la personne et qui pourtant la dépasse en durée, en continuité, en permanence [...]*» [«La institución es la existencia de una entidad jurídica que tiene su raíz en la persona y que por tanto excede en duración, en continuidad, en permanencia [...]». Cfr., sin embargo, Duguit, 1930, vol. 1, declara que la «*théorie de l'institution*» es una teoría exclusivamente objetiva (ibid., p. 26), y describe a Hauriou como un «*Objektivisten wider Willen*» [«Objetivista sin quererlo»] (ibid., p. 27).

25. Hauriou, 1925, p. 5; id., DC, 1923, pp. 75 ss.

26. Ibid., p. 67: «*[...] c'est au travers de croyances subjectives et grace au pouvoirs subjectifs des individus que se dégagent les idées objectives et que se fondent autour de celles-ci les institutios sociales. La voie subjective est le bon chemin pour passer à l'objectif compter aussi avec les forces individuelles*» [«[...] es a través de las creencias subjetivas y gracias a los poderes subjetivos de los individuos que se liberan las ideas objetivas y que se fundan en torno de éstas las instituciones sociales. La vía subjetiva es el buen camino para pasar a lo objetivo contando también con las fuerzas

51. Kaufmann, 1928, VVStRL, 4, p. 81.
52. Kaufmann, 1927, VVStRL, 3, p. 15.
53. Ibid.
54. Kaufmann, 1928, VVStRL, 4, p. 77.
55. Ibid., p. 81.
56. Ibid., p. 78.
57. Kaufmann, 1927, VVStRL, 3, pp. 2 ss.
58. Ibid.
59. Ibid., pp. 12 ss.
60. Ibid., p. 20; cfr. también id., 1928, VVStRL, 4, p. 81.
61. Kaufmann, 1927, VVStRL, 3, pp. 20 ss.
62. En el "idealismo jurídico" de Holstein, 1926, AÖR NF 11, pp. 1 ss., se atribuye la importancia, ya al principio de la individualidad creativa, ya al "contenido objetivo de valor de la institución".
63. Kaufmann, 1932, p. 22; id., 1936, pp. 313 ss. Allí se encuentra de nuevo (Ibid., p. 488) una concepción de tipo institucional de los derechos fundamentales, en cuanto Kaufmann atribuye el rango más alto a aquellas normas de ley «*qui portent reconnaissance de valeurs objectives et d'institutions sociales*» [«que portan el reconocimiento de los valores objetivos y de las instituciones sociales»] y, en cuanto cita como ejemplos «*certaines déclarations de droits fondamentaux*» [«ciertas declaraciones de derechos fundamentales»]. Ibid., p. 478, nota 2, Kaufmann define la «*conception institutionnelle du droit*», reenviando a id., 1927, VVStRL, 3, e id., 1928, VVStRL, 4, y a *Wesen des Völkerrechts*, como uno de los principales objetos de sus publicaciones.
64. Gehlen, 1958, pp. 435 ss.: las instituciones fijan las necesidades objetivas y preponderantes. Gehlen habla de aquellas instituciones en las cuales «*individuelle Bedürfnisse mit den allgemeinen sachlichen Notwendigkeiten verschränken*» [«las exigencias individuales se entrelazan con las necesidades generales objetivas»] (ibid., p. 177) y de lo necesario que son los «*subjektive Korrelate objektiver Institutionen*» [«correlatos subjetivos de las instituciones objetivas»] (ibid., p. 59)
65. Ulteriores ejemplos en Häberle, 1983, p. 170, nota 284. Con referencia a todo ello, vale ahora Calliess, 1962, pp. 54 ss.
66. Geiger, 1955, p. 9.

67. E. R. Huber, 1956, DöV, pp. 135 ss.
68. BVerwG, 1, pp. 303 ss.
69. Wintrich, 1952, pp. 247 ss.; Giese, 1956, p. 189; Nawiasky, Lechner, 1953, p. 167; Lerche, 1958, DVBl 58, pp. 524 ss.; Marcic, 1957, pp. 199 y 208; Schöne, 1954, DöV, pp. 552 ss. BayrVerfGH, VerwRspr, 4, n. 32, principio 2: el artículo 98º, inciso 4) de la Constitución bávara tiene como fin la tutela de la institución de los derechos fundamentales en cuanto tal.
70. Hamel, 1957, pp. 18 ss.
71. Ibid., p. 11.
72. E. R. Huber, 1954, p. 152, en referencia a los artículos 2º, 9º, 12º y 14º GG.
73. Scheuner, 1956, VVStRL, 11, p. 60; similarmente id., 1956, DöV, pp. 65 ss.; id., 1954, *Verfassungsschutz*, p. 179.
74. Scheuner, 1958, DVBl, pp. 845 ss., nota 4.
75. Scheuner, 1956, DöV, pp. 65-66. Sus ejemplos: los artículos 14º, 5º, inciso 1) (la libertad de prensa); 5º, inciso 3), GG. Id., 1955, p. 362. Como Scheuner: Bachof, para todos los derechos fundamentales, 1958, GR, III, 1, pp. 155 ss.
76. Köhl, 1955, p. 101.
77. Reuß, 1951, NJW, 51, pp. 777 ss.
78. Bloch, 1954, pp. 19 ss., pp. 52 ss., pp. 79 ss.
79. Drath, 1952, VVStRL, 9, pp. 17 ss.
80. M. Wolff, 1923, p. 5; Klein, 1934, pp. 81 ss., pp. 173 ss.; Giere, 1932, p. 117; Hensel, 1932, pp. 187 ss.; id., 1928, AöR NF, 14, pp. 321 ss.; Triepel, 1931, DJZ, pp. 1538 ss.; Stoll, 1930, Nipp., III, pp., 183 ss.; Anschütz, 1933, p. 520.
81. Por ejemplo, con referencia a la propiedad: BayerVerfGH NF, 11, II, pp. 81 ss.; Reinhardt, 1954, pp. 68 ss.; Scheuner, 1955, p. 157; Klein, 1957, VVStRL, pp. 415 ss.; H. J. Wolff, 1961, pp. 171 ss. Con referencia a la libre elección de la profesión, cfr. Bachof, 1958, GR, III, 1, p. 165 («Bestandstutzgarantie im umfassenden Sinne») [«garantía de la protección de la existencia en sentido amplio»]; Lerche, 1958, DVBl, p. 533, nota 94; id., 1961, p. 153. Para la libertad contractual, cfr. E. R. Huber, 1953, p. 366; Raiser, 1958, JZ, pp. 4 ss. Para la libertad de opinión, cfr.

- Ridder, 1954, GR, II, pp. 249 ss. Para la libertad de prensa, cfr. Scheuner, 1953, Vol. IV, pp. 93 y 106; Löffler, 1960, NJW, pp. 29 ss. Para la libertad de empresa cfr. H. Huber, 1955, p. 128. Para la inviolabilidad del domicilio y el derecho de reunión, cfr. H. J. Wolff, 1961. Con referencia al matrimonio, a la libertad de asociación y de reunión, cfr. Leisner, 1960, pp. 397 ss.
82. En particular para la libertad de enseñanza, cfr. *Ibid.*, pp. 20 ss.
 83. Weber, 1953, p. 42, en referencia al Art. 28º, inciso 2), GG.
 84. Hensel, 1932, pp. 187 ss.
 85. Hildegard Krüger, 1955, DVBl, 55, pp. 758 ss.
 86. E. R. Huber, 1958, p. 63.
 87. Lerche, 1958, DVBl, 58, p. 528; cfr. también *id.*, 1960, GR, IV, 1, pp. 447 ss. (p. 449, nota 3).
 88. Lerche, 1958, DVBl, p. 528, nota 51. Leisner, 1960, p. 159: el Art. 19º, inciso 2), GG, como vínculo entre núcleos institucionales y los derechos subjetivos que resultan de la intangibilidad; p. 102: la activación del contenido institucional innato en los diversos derechos fundamentales a través de la fusión con el contenido de derecho subjetivo.
 89. Lerche, 1958, DVBl; ahora *id.*, 1961, pp. 238 ss. Para la crítica de Köttgen frente a Schmitt, con particular referencia a la libertad de enseñanza, cfr. Köttgen, 1959, pp. 20 ss.
 90. Klein, 1957, VVStRL, p. 86. Ejemplo: arts. 9º, 14º GG. BayrVerfGH NF, 2, II, p. 143, principio 6: por derechos fundamentales en los términos del Art. 98º, período 4, de la Constitución bávara, deben entenderse todos los derechos contenidos en la segunda parte principal de la Constitución, sea que se trate de derechos subjetivos o de garantías institucionales.
 91. Cfr. la breve sugerencia de Lerche, 1958, DVBl, p. 528.
 92. BVerfG, 4, pp. 52 ss.; 6, p. 55, principio 5, y p. 72; BVerfG, 10, pp. 59 ss.: el Art. 6º GG como "garantía de instituto", el "contenido institucional" del Art. 6º GG; BVerfG, 11, pp. 64 ss.; el Art. 6º GG como garantía del instituto de la familia. Como tutela de cualquier matrimonio y de cualquier familia que corresponda a los institutos civilistas del matrimonio y de la familia, así como regulados mediante ley de la República Federal Alemana: BVerfG, 6, p. 55; 9, pp. 237 ss. Renard, 1930, p. 145, define el matrimonio, la familia y la propiedad como «*illustrations de droit institutionnel*» [«ilustraciones del derecho institucional»].

93. BVerfG, 4, p. 52.
94. BVerfG, 6, p. 55, principio 5.
95. Ibid., p. 72.
96. Ibid., p. 55; cfr. también 9, pp. 237 ss.
97. La ulterior función del Art. 6º GG, o bien la de ser norma de principio, es motivada por el BVerfG reenviando, entre otras, a la garantía del Estado social (6, p. 55). Aquí se demuestra que esta cláusula tiene un efecto que no es tan sólo limitativo de los derechos fundamentales.
98. BVerfG, 6, pp. 386 ss.; de manera diversa, sin embargo, Schmitt, 1928, p. 171.
99. Cfr., sin embargo, la indicación de Weber relativa a la estrecha relación entre los dos aspectos de la tutela de la propiedad, señalados como "*Institutsgarantie*" [*"garantía de instituto"*] y "*Rechtsstellungsgarantie*" [*"garantía de la situación jurídica"*]: 1954, GR, II, p. 355.
100. BVerfG, 6, p. 55.
101. BVerfG, 10, pp. 118 ss. Pionero en este campo, Ridder, 1954, GR, II, pp. 242 ss.
102. Como se sabe, la BGHZ, 6, p. 360, hizo nacer de la "garantía institucional" del Art. 6º GG en cuanto tal un derecho subjetivo a la defensa en el campo del Derecho privado. También esto es un ejemplo del proceso de subjetivización de normas sobre derechos fundamentales concebidos de manera institucional. Si el BGH deduce el derecho general a la personalidad, entre otros, del Art. 1º GG, entonces existe aquí una "garantía institucional" que conduce al reconocimiento de un derecho subjetivo.
103. BVerfG, 8, pp. 17 ss. En 3, p. 58; 3, p. 288, se deja expresamente abierta la cuestión de la admisibilidad de una queja por violación del Art. 33º, inciso 5), en el ámbito de un recurso constitucional. Cfr. también BVerfG, 4, pp. 205 ss.; 11, pp. 299 ss.
104. Obviamente se debe recordar, con referencia al Art. 33º, inciso 5), GG, que el derecho individual, análogo a un derecho fundamental, no tiene rango de igual valor respecto al contenido institucional de esta norma.
105. BVerfG, 4, pp. 96 ss.
106. Ibid., p. 101.

107. Neumann, 1932, pp. 71 ss.
108. Es muy parcial el modo en el que Maunz, Dürig (1958, en referencia al Art. 1º, inciso 3), GG, p. 47, nota 3), posponen el contenido institucional de la libertad sindical en relación al contenido de derecho individual.
109. BVerfG, 4, p. 96, principio 4.
110. En este sentido se puede hablar de una "institucionalización" experimentada por el Art. 9º, inciso 3), GG, por obra de la jurisprudencia del BVerfG.
111. Críticas relativas a la reducción del concepto de Derecho al momento de la voluntad, sobre todo en Gerber, Laband y G. Jellinek, se encuentran en Hauriou, 1925, p. 4; id., 1910, pp. 60 ss., Kaufmann, 1921, pp. 49 ss.
112. Hauriou, 1925, pp. 4 ss., habla, con referencia a la concepción voluntarista de Laband y de G. Jellinek, de un «*système subjectiviste*».
113. Para el formalismo abstracto de la voluntad de Hegel y su influencia en la dogmática jurídica positivista de Gerber y de Laband, cfr. Kaufmann, 1921, p. 50.
114. Para este concepto, cfr. Ibid., p. 81.
115. Según Laband la Constitución es «*gleich jedem anderen Gesetz ein Willensakt des Staates*» [«igual que cualquier otra ley, un acto de voluntad del Estado»] (1911, pp. 39-40; cfr. también p. 40). G. Jellinek, 1920, pp. 180 ss., pp. 386 ss., concibe el Estado únicamente como sujeto de voluntad.
116. Cfr. Häberle, 1983, p. 170, nota 284.
117. Hauriou, 1910, pp. 172 y 560, nota 1, en el ámbito de la contraposición con la corriente jurídica publicista alemana de su época.
118. Cfr. Hauriou, 1925, p. 4; Bonnard, 1929, p. 46 ss.; Schindler, 1948, pp. 129 ss.
119. Le Fur, 1933, p. XII; id., 1931, p. 81. Renard, 1930, p. 13, celebra la concepción institucionalista de Hauriou como «*audacieuse contradiction au volontarisme*» [«audaz contradicción al voluntarismo»]. Cfr. id., 1939, p. 257.
120. Hauriou, DC, 1923, p. 75: «*Nous appelons ainsi (scilicet institution) toute élément de la société dont la durée ne dépend pas de la volonté subjective*

- d'individus déterminés*] [«nosotros denominamos así (*scilicet* institución) a todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados»].
121. Hauriou, 1925, pp. 4 ss.; id., DA, 1907, pp. 1 ss.; Id.; DA, 1919, p. 123, nota 1; id., 1927, pp. VII ss.; id., 1911, pp. 30 ss.; id., 1906, pp. 137 ss., pp. 169 ss.
 122. Hauriou, DC, 1923, p. 70: «*Il y a des opérations contractuelles qui tournent à l'opération institutionnelle*» [«Hay operaciones contractuales que cambian en la operación institucional»]. Por ejemplo: los contratos colectivos.
 123. Id., 1930, pp. 420 ss., pp. 539 ss.: «*Glissement du contractuel dans l'institutionnel*» [«Desplazamiento de lo contractual en lo institucional»]; y aún *Ibid.*, p. 436: el matrimonio y la familia como ejemplos de una «*interpénétration*» entre el elemento contractual y el institucional. Cfr. Desqueyrat, 1933, pp. 95 ss.; cfr. también Le Fur, 1931, p. 80.
 124. Hauriou, 1910, pp. 200 ss.; Renard, 1930, p.426.
 125. Hauriou, 1910, p. 213.
 126. Hauriou, DC, 1923, p. 83.
 127. Hauriou, 1910, p. 70: «*[...] si l'on doit dans l'étude de droit publique se placer au point de vue équilibres [...]*» [«[...] en tanto en los estudios de Derecho público se debe ubicar el punto de vista de equilibrios [...]»].
 128. Hauriou considera la estructura del Estado como determinada por relaciones de equilibrio fundamentales: id., 1910, p. 226 (Sommaire). En DC, 1923, p. 2, Hauriou ve el sentido de la Constitución en la garantía del «*équilibre fondamental*» [«equilibrio fundamental»], «*qui soit en faveur de la liberté tout en assurant le développement de l'état lui-même*» [«que está en favor de la libertad asegurando todo el desarrollo del Estado mismo»]. Además, id., DC, 1929, p. 101: «*De l'équilibre réalisé entre le pouvoir de l'État et el Droit*» [«Del equilibrio realizado entre el poder del Estado y el Derecho»]; id., 1910, p. 1: «*Le système de droit est un système d'équilibre*» [«El sistema de derecho es un sistema de equilibrio»], *Ibid.*, p. 132: «*L'institution est maintenue dans son mouvement uniforme par un équilibre*» [«La institución es mantenida en su movimiento uniforme por un equilibrio»]. *Ibid.*, p. 542: «*L'équilibre de deux pouvoirs en présence, l'individuel et le social*» [«El equilibrio de dos poderes en presencia, el individual y el social»]. Cfr. también *Ibid.*, pp. 543 ss., y el sistema de equilibrios allí observado entre el Estado y el individuo. Id., 1896, p. 385: «*L'État qui est la situation*

- d'équilibre [...]»* [«El Estado que es la situación de equilibrio [...]»]; Hauriou, 1928, pp. 193 ss., habla de un «*équilibre vivant du droit positif*» [«equilibrio viviente de derecho positivo»], que ha sido destruido por los sistemas objetivistas tras la absolutización de la relevancia del ordenamiento y tras el sacrificio de las libertades individuales. Además id., 1929, pp. 130 ss.: «*équilibre fondamentale dans notre régime d'état*» [«equilibrio fundamental en nuestro régimen de Estado»]. Id., DA, 1907, p. 16 : «*L'équilibre de l'institution*».
129. Hauriou, DC, 1923, pp. 253 ss.; id., 1910, p. 419. Un ejemplo evidente de la habilidad de Hauriou para encontrar sendas "intermedias", sea para cuanto concierne al fundamento teórico que como a los resultados prácticos, es su definición de la petición para el resarcimiento de los daños causados por la guerra: id., 1915, pp. 1, ss., en particular pp. 3 ss.
 130. Hauriou, 1910, p. 222; cfr. también id., DA, 1907, p. 24., nota 1.
 131. Hauriou, DC, 1923, pp. 76 ss., pp. 5 ss.
 132. Hauriou, 1925, p. 9; id., 1910, pp. IX ss., p.174.
 133. Recorre un camino intermedio entre las perspectivas unilaterales del subjetivismo jurídico y el "objetivismo", en particular de Duguit (cfr. Desqueyrat, 1933, p. 103).
 134. Hauriou, DC, 1923, p. 67, pp. 74 ss.
 135. Renard, 1930, p. 13.
 136. Le Fur, 1933, p. XVI.
 137. Ibid. Ello se aplica sobre todo a Delos, 1931, pp. 98 ss. Un similar «*monisme institutionnell*» querría decir, en la problemática de los derechos fundamentales, que el aspecto de derecho individual, o los derechos fundamentales como derechos subjetivos públicos, serían postpuestos por el carácter de instituto de los derechos fundamentales.
 138. Le Fur, 1933; crítico también Prélot, 1932, pp. 215 ss.
 139. Para una síntesis entre el voluntarismo, para el cual tan sólo existirían derechos subjetivos individuales, y el "objetivismo", que distinguiría únicamente "*fonctions*" ["funciones"], cfr. Desqueyrat, 1933, p. 394. Este autor procura recorrer un camino intermedio entre lo institucional y el voluntarismo (en particular ibid., p. 397).
 140. Kaufmann, 1927, VVStRL, 3, pp. 2 ss.
 141. Ibid., p. 15; id., 1911, pp. 95 y 131.

142. Kaufmann, 1927, VVStRL, 3, p. 15. Cfr., no obstante el carácter objetivo-institucional de los derechos fundamentales en la Declaración de Virginia (cfr. Hamel, 1957, pp. 8 ss.).
143. Ibid., pp. 11 ss.
144. Hauriou, DC, 1923, pp. 59 ss.
145. Ibid., p. 83.
146. Ibid., p. 61.
147. Cfr. su crítica al «*subjectivisme absolu revolutionnaire*» [«subjetivismo absoluto revolucionario»] (Hauriou, DC, 1923, pp. 59 ss.) y aquella a los «*systèmes ultra subjectivistes*» [«sistemas ultra subjetivos»] y al «*système subjectiviste*» de Gerber, Laband y G. Jellinek (id., 1925, pp. 4 y 31)
148. En referencia a la concepción institucional como reacción al moderno “individualismo positivista”: Gundlach, 1959, columna 324.
149. Kaufmann, 1911, pp. 177 ss.
150. Cfr. la indicación de Kaufmann relativa al hecho de que a la doctrina no alemana le resulta extraña esta separación del substrato sociológico. Cfr. ya la crítica de Hauriou, DA, 1921, p. 22, nota 1, a la carencia de una «*transition des données pratiques aux données juridiques*» [«transición de los hechos prácticos a los hechos jurídicos»], que caracteriza a dos estudiosos como Laband y G. Jellinek.
151. Anschütz, 1933, p. 706, sostiene la garantía de la propiedad “como instituto de Derecho” contra la acción del legislador. Con ello, sin embargo, no se ha dicho sino que está tutelado el concepto de propiedad así como se ha recogido de la tradición. Qué cosa significa “como instituto de Derecho” no ha sido más bien especificado por el estudioso.
152. Hauriou, 1910, p. 173: Jellinek «*n’avait pas réussi à déterminer un contenu juridique, qui fit du statut d’un individu ou d’un organe un droit positif ou actif*» [«no había rechazado el determinar un contenido jurídico, que fijó el *status* de un individuo o de un órgano, un derecho positivo o activo»] (id., 1906, p. 138).
153. Con referencia al elemento dinámico en el concepto de institución: Le Fur, 1933, p. XII. Hauriou mismo critica, 1928, pp. 193 ss., la concepción estática de Duguit y de Kelsen. Cfr. también Ibid., p. 197 y id., DC, 1929, p. 5: «*Tout le secret d’ordre constitutionnel est dans la création d’institutions vivantes*» [«Todo el secreto del orden constitucional está

- en la creación de instituciones vivientes»). Su sensibilidad para el elemento dinámico en el ámbito del Derecho se demuestra sobre todo en la observación de aquel proceso que él describe como «*mouvement lent et uniforme d'un système social*»: id., 1910, pp. 8 ss.; id., DC, 1929, pp. 6 ss., pp. 71 ss.; id., 1928, pp. 198 ss.; cfr. Ibid., p. 198: «[...] *le droit positif, qui se déroule dans le plan historique, est essentiellement un Droit en mouvement*» [«[...] el derecho positivo, que se desarrolla en el plano histórico, es esencialmente un Derecho en movimiento»]. Del mismo modo, Ibid., p. 6. Id. DA, 1907, p. 281: «*Nous sommes dans le sens de l'évolution juridique*» [«Nosotros estamos en el sentido de la evolución jurídica»]; id., 1896, p. 23: «*La matière sociale est toujours en mouvement, elle constitue un équilibre mobile*» [«La materia social está siempre en movimiento, ella constituye un equilibrio móvil»]. Hauriou entiende este «*mouvement lent et uniforme*» como resultado de un conflicto entre fuerzas estabilizantes y otras desestabilizantes (id., 1928, p. 199). Hauriou ve en una variedad de relaciones de equilibrio el origen de este movimiento (id., 1910, pp. 11 ss.). Señales de todo ello se hallan ya en: id., 1896, pp. 253 ss. Cfr. también Gurvitch, 1931, pp. 155 ss., el cual opina que en el concepto de institución de Hauriou se encuentran «*element ontologique et dynamique de la sphère de droit*» [«elemento ontológico y dinámico de la esfera de derecho»].
154. Schmitt, 1928, pp. 170 ss.; id., 1958 (1931), pp. 140 ss.; id., 1958 (1932), pp. 181 ss.
 155. Ello puede deberse a su orientación decisionista (cfr. también la breve indicación de Klein, 1934, p. 9), puesto que es típico del decisionismo pensar en términos de un esquema del tipo *aut-aut*.
 156. Schmitt, 1958 (1931), p. 160; id., 1958 (1932), p. 210, nota 77. Y naturalmente Klein, 1934, p. 289.
 157. Schmitt, 1958 (1931), pp. 167 ss.; id., 1958 (1932), pp. 208 ss.
 158. En referencia a esta “libertad subjetiva”, cfr. Herbert Krüger, 1950, p. 15.
 159. El vínculo que se instaura necesariamente entre los perfiles objetivos y subjetivos en el concepto de derecho fundamental se encuentra con el concepto de institución de Dombois: Dombois, 1958, p. 91, atribuye a las instituciones “una especie de carácter personal”. Según este autor, a las instituciones de la familia y del Estado «*sind personale wie sachliche Momente immanent aufgegeben*» [«son dados inmanentemente momentos personales como objetivos inmanentemente»]. (Ibid., p. 93). Sobre todo la institución de la Iglesia es concebida por este autor

- como «*Inbegriff der personalen Institutionsvorgänge, die sich in ihr vollziehen*» [«suma de procesos personales de la institución, que se efectúan dentro de ella»] (ZevKR, 1960, p. 195).
160. Raiser se adhiere a la inspiración de fondo de la concepción institucional de los derechos fundamentales –que consiste sustancialmente en querer liberar el concepto de derecho fundamental de la exclusiva consideración de éste como derecho subjetivo público del individuo, en la superación de los dogmas de la supremacía de la voluntad y del “*Aktionendenkens*” [“pensar actuante”] y, en fin, en una apreciación del elemento de obligatoriedad implícito en el derecho originariamente –cuando considera el Derecho privado no como sistema de derechos subjetivos, sino como un sistema de vínculos y de relaciones jurídicas entre hombres (1960, pp. 101 ss., cfr. también p. 124). Obviamente la “vuelta institucional” que se impone en la doctrina del Derecho y de los derechos fundamentales no debe dirigirse contra la persona y la libertad del individuo.
 161. Ello resulta en particular del hecho de que el concepto de libertad se “objetiviza” mediante la determinación de un deber (Ridder, 1954, GR, II, p. 261).
 162. Schmitt, 1958 (1931), pp. 167 ss.; id., 1958 (1932), p. 210, nota 77. Fuertes señas de esta “*Umbautheorie*” [“teoría de la transformación”] se hallan ahora en Maunz, Dürig, 1958, Rd. Nr. 98, en referencia al Art. 1º, inciso 3), GG: garantías de instituto como “transformación” y no como “fuente” de los derechos fundamentales como derechos subjetivos públicos.
 163. E. R. Huber. 1933, AöR NF, 23, pp. 37 ss., pp. 80 ss.
 164. Cfr., no obstante, Schmitt, 1958 (1931), pp. 166 ss.; id., 1958 (1932), pp. 209 ss., quien acerca “la forma típica de una reglamentación” o “estandarización”, por él observada con referencia a los derechos fundamentales, a su concepto de la garantía de instituto, valorándola tan sólo como “transformación” de los derechos fundamentales.
 165. Häberle, 1983, pp. 224 ss.
 166. Haug, 1946, pp. 117 ss.
 167. Reconocida tan sólo para los derechos fundamentales “relativos” (Schmitt, 1928, p. 166; 1958 -1932-, pp. 207 ss.), no sin embargo para aquellos “verdaderos”, “absolutos” (id., 1958 -1932-; 1958 -1931-, p. 167).

168. E. R. Huber, 1933, AÖR NF, 23, pp. 1 ss. Cfr. también su sugerencia (Ibid., pp. 80 ss.), por la cual la libertad de opinión, siendo una libertad negativa y no organizada, no se somete a la objetivización y a la institucionalización sufrida por ejemplo por la propiedad. El aquí entendido "organizar" es prácticamente la "estructuración" (*Ausgestalten*) legislativa de los derechos fundamentales que será descrita luego.
169. Schmitt, 1958 (1932), pp. 208 ss.; id., 1958 (1931), p. 167. La filosofía de las instituciones de Gehlen, que es una reflexión especial sobre el "subjetivismo moderno" (1957, pp. 57 ss., pp. 117 ss.; 1956, pp. 10 ss., p. 81, pp. 124 ss.; 1961, pp. 74 ss.), debería justamente afectar también este subjetivismo.
170. Klein, 1934, p. 131.
171. Schmitt, 1928, p. 171.
172. Ridder, 1954, GR, II, pp. 247 ss. justamente ha instaurado una relación entre su concepción institucional de la libertad de opinión, con una "funcionalización" de esta libertad (aunque en parte excesiva). Ya Hauriou (1896, p. 194, pp. 340 ss., en particular pp. 342 ss.; 1906, p. 139; DC, 1929, p. 73; 1916, p. 110, pp. 171 ss.; DA, 1907, p. XVI) atribuye a la institución una función que debe cumplir. Kaufmann, 1936, pp. 313 ss., pp. 479 ss., caracteriza la institución mediante las diversas funciones («*fonctions*»), que debe cumplir en el conjunto del orden moral.
173. Contra la «*in sich nicht begründbare Frontstellung zwischen Freiheit und Institut*» [«en sí no fundamentable postura frontal entre libertad e instituto»] de Schmitt, cfr. por último Lerche, 1961, DVBl, pp. 690 ss.; id. 1961, pp. 239 ss.
174. El escrito de Schmitt *Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens* no ofrece un modelo diverso para la problemática tomada en examen. El queda sin influencia sobre la reflexión schmittiana sobre los derechos fundamentales. Por ese motivo tampoco es útil a la concepción institucional de los derechos fundamentales, puesto que se habla sintomáticamente a menudo de "ordenamiento", pero no de la correspondiente libertad.
175. Kaufmann, 1928, VVStRL, 4, p. 82, ve detrás de todo conjunto de normas un instituto jurídico. Ve la esencia del instituto en la «*Einheit des einem solchen Komplex immanenten Zwecks*» [«unidad de una finalidad inmanente en ese conjunto»] (id., 1911, p. 211); cfr. también su

sugerencia (1927, VVStRL, 3, pp. 2 ss., p. 20) relativa a las normas fundamentales que constituyen institutos como el matrimonio y la propiedad. Renard, 1930, p. 120 (también Delos, 1931, p. 102): «*Toute institution est le siège d'un système juridique*» [«Toda institución es la base de un sistema jurídico»]. Cuando Hauriou atribuye a la institución la fuerza necesaria para la creación de normas —«*ce sont les institutions qui font les règles du droit*» [«son las instituciones las que hacen las reglas del Derecho»] (id., 1925, p. 44), «[...] *toute institution joue dans une certaine mesure ce rôle d'engendrer du droit, même celles qui ont de la catégorie des choses*» [«[...] toda institución juega en una cierta medida ese rol de producir el derecho, la misma que tiene la categoría de objeto»] (id., DA, 1907, p. 17)—, entonces también en este contexto las normas particulares deberían formar un conjunto normativo y por tanto, una íntima unidad. Sobre todo en el caso de la propiedad inmobiliaria (Hauriou cita el nacimiento de «*usages*» como ejemplo en apoyo de su concepción) ello resulta particularmente evidente. Prélot, 1959, p. 273, bajo el número 4: «*L'institution-chose [...] se présente ainsi qu'un complexe de règles juridiques pénétrant les unes les autres, de manière à former un ensemble articulé [...]*» [«La institución cosa [...] se presenta así como un complejo de reglas jurídicas que se penetran las unas y las otras, de manera de formar un conjunto articulado [...]]. Además, Roubier, 1951, pp. 19 ss., pp. 228 ss.; Dabin, 1953, pp. 76 ss., BVerfG, 6, p. 72: art. 6 GG como garantía institucional, con la consecuente tutela de un “núcleo de normas” del Derecho del matrimonio y de la familia. Cfr. ahora también Lerche, 1961, pp. 240 ss.

176. En este sentido Schmitt, 1928, p. 155, para las garantías institucionales. Todavía el día de hoy la categoría “algo de existente”, “existencia”, es puesta en relación a lo institucional: Löffler, 1960, NJW, pp. 29 ss., bajo II, 3: la «*Bestand als solcher*» [«existencia como tal»] de la libertad de prensa, tutelada en su aspecto institucional, goza a su vez de protección. Se razona en términos institucionales en BGH, NJW, 56, p. 588, en donde se sostiene la tutela de la “existencia” de los diarios a través de la interpretación del párrafo 1 UWG.
177. En referencia a la institución como “objetivización” de necesidades, cfr. Schelsky, 1952, pp. 1 ss.
178. BVerfG, 4, p. 96.
179. El Art. 48º de la ley sobre el matrimonio es en este sentido, “*Ausgestaltung*” [“conformación”] del instituto del matrimonio.

180. La garantía de la "autonomía institucional de la prensa" contenida en el Art. 5º GG, es parte del aspecto institucional de la libertad de prensa (BVerfG, 10, pp. 118 ss.).
181. En todas estas normas el aspecto institucional de los derechos fundamentales –y obviamente también el aspecto de derecho individual– halla su modo de ser. La idea de los derechos fundamentales se vislumbra hasta en la subdivisión últimamente referida.
182. Kaufmann, 1927, VVStRL, 3, pp. 2 ss.
183. Señales de una parecida "concepción de la vocación", recientemente en Raiser, 1961, JZ, pp. 465 ss.
184. Así Dombois, 1956, p. 56, en referencia a la relación entre individuo e institución; cfr. también id., 1961, p. 903.
185. Puesto que los complejos normativos («*das Normengeflecht*», una expresión de Smend, en un escrito inédito para la Institutionenkommission de Heidelberg) provocan un correspondiente comportamiento efectivo en los destinatarios de estas normas, son instituidos también en la "efectividad".
186. El "tipo de profesión" (*Berufsbild*) es una unidad de relaciones normativas y ontológicas. Comprende estandarizaciones jurídicas, pero también relaciones reales, por ejemplo, costumbres. Los tipos de profesión son elementos institucionales objetivos en el conjunto del ordenamiento profesional inspirado en principios de libertad. El tipo de profesión es una unidad en la que el elemento personal se inserta en una relación de efectos recíprocos con el elemento institucional.
187. Cfr. BVerfG, 7, pp. 377 ss.
188. Una orientación semejante se encuentra en Dürig, 1958, pp. 32 ss.: habitación, obra de arte y propiedad como "objetivización de la libertad".
189. Smend, escrito inédito de 1956 («*Vorfindliche Gegebenheit*»), con el reclamo a Dombois y a la concepción de las instituciones como formas típicas de relación ya dadas en sus elementos esenciales. Y otra vez Smend, 1956, escrito inédito para la Institutionenkommission de Heidelberg («*Vorfindliche Grundstruktur geschichtlichen Lebens*»), donde también se hace notar la característica de la institución de ser precedentemente dada y su carácter dinámico. Cfr. además la interrogación de Smend, 1956, de si el concepto de mandato de Bonhoeffer se distingue de «*Normengeflecht vorfindlicher Sozialität*» [«la sociedad

- existente en el complejo normativo»]. La "inclusión" y la actividad del individuo, que la teoría de la integración ha declarado ser la tarea preponderante de la Constitución, deben ser consideradas partiendo de las esferas de vida que son objeto de los derechos fundamentales: Smend, 1956, p. 301.
190. Stahl, 1845, p. 323; id., 1854, pp. 415 ss.; cfr. Kaufmann, 1911, p. 174. Stahl cita junto al matrimonio la pretensión relativa a una esfera, donde el encuentro de las voluntades es el medio "para entrar en la misma". Kaufmann, 1911 (cfr. ahora id., 1960, vol III, Premisa, p. XXII), ve en esta explicación de Stahl una "ejemplar" descripción del "aspecto objetivo" del acuerdo negocial. Cfr. también los reflejos de esta concepción sobre su interpretación de institutos como el matrimonio, el contrato y la familia, id, 1927, VVStRL, 3, pp. 2 ss.
 191. Dombois, 1956, p. 57, habla propiamente en este sentido de una "libertad de acceso" a la institución; cfr. también Ibid., p. 63; id., 1961, pp. 904 ss.
 192. Expresión de Renard, 1930, p. 47.
 193. En el ámbito del Derecho civil, Raiser, 1961, JZ, pp. 465 ss., recientemente se ha encaminado hacia una concepción institucional; cfr. la alusión a la exigencia «*den Einzelnen auch durch das Recht in die ihn umgreifenden, mit anderen verbindenden, als Ordnungsgefüge geregelten Wirkunzsusammenhänge einzufügen, also die Rechtsinstitute auszubilden und zu sichern, in denen der Einzelne eine Gliedstellung einnimmt*» [«de incorporar al individuo también por medio del derecho en las interdependencias de acción que lo abarquen, lo una con otros como una estructura ordenada, para formar y asegurar los institutos de derecho en los cuales el individuo es una parte»].
 194. Kaufmann, 1927, VVStRL, 3, pp. 2 ss. Stahl, 1847, p. 277: «Toda [...] condición de vida tiene en sí una particular vocación y atribuye entonces al hombre una obligación de [...] actuarla, de formarla».
 195. También el concepto de autonomía normativa (*Eigengesetzlichkeit*), como el de función social, resulta ser un concepto dialéctico: de un lado pone un límite al legislador, el cual legisla en el campo de las esferas de vida objeto de los derechos fundamentales; del otro, delimita la libertad individual. Para la delimitación del arbitrio individual a través del "telos" de las condiciones de vida objetivas, cfr. Kaufmann, 1911, pp. 173 ss.
 196. El "acceso" a los derechos fundamentales como institutos, descrito en el texto, se cumple en algunos casos de *facto* (expresión de opiniones),

- en otros, por el contrario, negocialmente (matrimonio), y en otros más la determinación de la voluntad no depende de alguna regla en mérito al primitivo acceso a ellos (familia).
197. La esfera de vida del matrimonio y de la familia es reforzada, por ejemplo vinculando a las uniones conyugales y familiares concretas un derecho individual.
 198. El aspecto institucional de los derechos fundamentales podría ser la "materia de la libertad", la "sustancia" de los derechos fundamentales, los "objetos evidentes" en cuya búsqueda va Krüger, 1955, p. 600.
 199. El perfil de obligatoriedad propio de las instituciones es hoy subrayado con razón por Dombois, 1961, p. 904, pp. 908 ss.
 200. Expresión de Kaufmann, 1911, p. 205.
 201. Herbert Krüger, 1955, DöV.
 202. El concepto de "autonomía" asume relevancia para el Derecho constitucional y sobre todo para los derechos fundamentales gracias a Kaufmann, 1927, VVStRL, 3, pp. 2 ss.; id., 1960, vol I, pp. 450 ss.; cfr. ya id., 1911, pp. 76 ss., pp. 102 ss., pp. 210 ss. En el caso del concepto de institución de Gehlen juega un rol dominante, 1956, pp. 40 ss., pp. 67 ss.
 203. Lerche, 1958, DVBl, pp. 524 ss.; la "ausencia de contornos" de la libertad general.
 204. Cfr. E. R. Huber cuando reconoce el sentido de la garantía institucional de las asociaciones de categoría (Art. 165° WRV) en el hecho de que el Estado vea en ellas portadoras legítimas y fundamentales de determinadas funciones (id., 1954, p. 377). Cfr. también su concepción de la garantía institucional y funcional, *ibid.*, pp. 381 ss., nota 5. En el debate sobre las instituciones llevado adelante por la más reciente teología evangélica, se ha puesto el acento sobre la responsabilidad como momento característico de las instituciones. También se atribuye importancia al aspecto personal de la institución: Marsch, 1959.
 205. Kaufmann, 1911, p. 211.
 206. Weber, 1953, p. 58.
 207. Cfr. los ejemplos de Kaufmann, 1911, pp. 206 y 102: fidelidad y fé, razón importante, etc. La calificación de los derechos fundamentales como institutos está inserta entonces en una íntima relación con el examen de su inviolabilidad, que debe ser desarrollado por la juris-

- prudencia y que caracteriza los derechos fundamentales. Este "examen" del contenido esencial corresponde a la circunstancia de que, delante de las "cuestiones últimas", se "encuentra" tan sólo en casos determinados "la emanación" de un "pensamiento jurídico" (Kaufmann, 1922, p. 40).
208. Cfr. Schelsky, 1949-1950, *Kölner Z.f. Soz.*, pp. 218 ss., ahora Callies, 1962, p. 133.
209. Cfr. Schelsky, 1952, pp. 1 ss., quien ve las instituciones como creadas y mantenidas por el hombre mismo, y quien las considera de otra parte también como objetivización de un contenido propio de efectividad que se refleja en el hombre guiándolo y formándolo. Gehlen, 1958, p. 59, p. 177, pp. 435 ss.; id., 1956, pp. 20 ss. Cfr. también las concepciones de Hauriou de la institución como «*chose sociale objective existante en soi*» [«cosa social objetiva existente en sí»] (DC, 1923, p. 78). Id., 1925, p. 45, en que subraya que la «*idée directrices*» [«idea directriz»] es el principio vital de la institución, que esta idea permite a la institución tener una vida propia separada del individuo, en la medida en que la idea pueda ser separada del conocimiento de los individuos y tener efectos sobre ellos. Similarmente id., DC, 1923, pp. 78 ss.
210. Cfr. la observación de Gundlach, 1959, columna 325, por la cual la institución preserva al elemento vital de la "pérdida de consistencia".
211. Schelsky, 1952, pp. 1 ss.; id., 1949-1950, p. 225: el matrimonio y la familia como «*Stabilitätsrest*» [«reserva de estabilidad»]; id., 1957, pp. 153 ss. Gehlen, 1957, pp. 116 ss.; id., 1956, pp. 47 ss., p. 195.
212. Hauriou, 1910, p. 8.
213. Dombois, 1956, p. 72 : «*Die Wirklichkeit von Institutionen ist nicht nur Zustand, sondern ein Vorgang*».
214. Hauriou, 1925, p. 10. En Francia es retomada por algunos la calificación de Hauriou de la norma jurídica como «*institutions-choses*»: en Maury, 1937, pp. 329 ss.; Prélot, 1957, pp. 41 ss.; Cuche, 1925, pp. 349 ss.
215. Obviamente Hauriou dirige toda su atención a las «*institutions-personnes*». En su gran proyecto, *La théorie de l'institution*, ha descrito detalladamente su naturaleza en contraposición a las «*institutions-choses*».
216. Hauriou, DC, 1929, p. 613, pp. 618 ss., p. 743. Cfr. id., DA, 1907, p. 321: «*Le fondement (scilicet des droits individuels) ne peut être trouvé que*

- dans la théorie de l'institution*» [«El fundamento (*scilicet* de los derechos individuales) sólo puede ser hallado en la teoría de la institución»].
217. Hauriou DC, 1923, pp. 61 ss.; id., DC, 1929, p. 652; id., 1910, p. 305. Con referencia a la propiedad, id., DA. 1907, pp. 12 ss. En id., DC, 1923, los derechos de libertad como «*éléments subjectifs de l'ordre individualiste*» [«elementos subjetivos del orden individualista»] (Ibid., p. 66), están obviamente contrapuestos a la «*institution sociale*» como elemento objetivo del orden individualista (Ibid., p. 74); con ello, sin embargo, la propiedad, la familia y la norma consuetudinaria se recomponen en el concepto de institución (Ibid., pp. 75 ss.).
 218. Schelsky, 1952, p. 10, nota 1, busca aclarar la interrogante sobre cuánto la ley constitucional pueda valer como institución. Schmitt, 1958 (1931), p. 172, y Köttgen, 1959, p. 25, ponen en relación la Constitución con el concepto de institución: las garantías institucionales como esencia de la Constitución, o bien la Constitución como quinta esencia de instituciones calificadas. Cfr. ya Hauriou, DC, 1929, p. 613: «[...] *la Constitution elle-même n'est qu'une organisation d'institutions*» [«[...] la Constitución misma solamente es una organización de instituciones»]. Jennings, 1933, p. 78 (cfr. también Ibid., p. 80). «*Constitutional law [...] deals with the constitution of institutions*» [«El Derecho Constitucional [...] trata de la formación de instituciones»].
 219. Hauriou, 1925, p. 10; ya antes, de manera similar, id., DA, 1921, p. 15, nota 2. Cfr. también PDC, 1925, p. 22, pp. 274 ss.
 220. Gundlach, 1959, columna 323 ss. (bajo el número 2): «*Werkidee*» [«idea obra»]; Marsch, 1959: [«*grundlegende Idee*»] [«idea fundamental»].
 221. Mientras que las «*institutions-personnes*» se “personifican”, esto no ocurre con las «*institutions-choses*» (Hauriou, 1925, p. 10).
 222. Ibid: «*La règle de droit établie socialement est une institution de ce second type (de "institution-chose")*» [«La regla de derecho establecida socialmente es una institución de este segundo tipo (de “institución-cosa”)»]. Su distinción de las instituciones puede ser ya advertida en id., 1910, p. 126, donde distingue dos tipos de instituciones: las «*institutions sociales qui forment corps*» [«instituciones sociales que forman cuerpos»], y aquellas que, por el contrario, forman parte «*de la catégorie des choses inertes*» [«de las categorías de las cosas inertes»] (igualmente, id., 1916, pp. 109 ss.). Ya antes de manera similar, id. DA, 1907, pp. 8 ss., pp. 34 ss.

223. Hauriou, DC, 1923, p. 76.
224. Cita aquí cuatro características: Ibid., p. 76 ss.: «*l'idée objective transformée en une oeuvre sociale par un fondateur, le recrutement des adhérents en nombre indéterminé dans le milieu social, l'assujettissement des volontés subjectives des serviteurs de l'idée, les conditions des durée de l'institution*» [«la idea objetiva transformada en una obra social por un fundador, el reclutamiento de los adherentes en un número indeterminado en el medio social, el sometimiento de las voluntades subjetivas de los servidores de la idea, las condiciones de duración de la institución»]. También en este contexto valora la norma jurídica y la norma consuetudinaria como instituciones (pp. 75 ss.). Sin razón Bonnecase, 1931, pp. 161 ss, pp. 241 ss.; id., 1932, pp. 1 ss., pp. 81 ss., pp. 241 ss., dirige a la teoría institucional de Hauriou la acusación de «*mysticisme*». Esta acusación falta todavía en Bonnecase, 1928.
225. Cfr. la observación de Hauriou, DC, 1923, p. 59, por la cual la institución se fundaría sobre una idea, como también la norma jurídica (cfr. también p. 65, pp. 720 ss., pp. 7 ss.). Cfr. también *ibid.*, p. 69; id., DC, 1929, p. 652, donde Hauriou indica las ideas que hacen así que el matrimonio llegue a ser una institución. Además id., DA, 1927, p. 12: «*car institué c'est-à-dire encadré dans une organisation soumise à une idée*» [«pues instituida, es decir, enmarcada en una organización sometida a una idea»]; *Ibid.*, p. 13: «*[...] l'administration publique est une vaste institution gravitant autour d'une idée*» [«[...] la administración pública es una vasta institución gravitante en torno de una idea»]. Id., DC, 1929, p. 74: «*Les institutions reposent tellement sur la force des idées [...]*» [«Las instituciones se basan completamente sobre fuerza de las ideas [...]]. Id., 1933, pp. 129 ss.: «*Les institutions sociales reposent essentiellement sur des idées*» [«Las instituciones sociales repasan esencialmente sobre las ideas»]. Similarmente id., PDC, 1925, p. 23. Id., DA, 1921, p. 15, nota 2: «*élément spirituel interne existante dans l'institution*» [«elemento espiritual interno existente en la institución»]; *Ibid.*, p. 82: «*l'idée-mère de l'institution, l'esprit institutionnel*» [«La idea madre de la institución, el espíritu institucional»]. Cfr. también id., DA, 1919, p. 120. Id., DC, 1923, p. 46: «*Les idées [...] l'âme des institutions sociales*» [«Las ideas [...] el alma de las instituciones sociales»]; *Ibid.*, p. 15, nota 1: «*[...] c'est l'idée qui est le substratum de l'institution*» [«[...] es la idea la que es el sustrato de la institución»]. Id., 1896, p. 193: «*[...] car s'instituer c'est se donner un principe interne, une âme*» [«[...] porque instituir es darse un principio interno, un alma»]. También Kaufmann considera las «*institutions sociales*», descritas como «*catégories réelles préétablies*» [«categorías reales preestablecidas»], como caracte-

- rizadas por una «*idée*» (1936, pp. 476 ss.). Gehlen ve incorporadas en las instituciones las respectivas «*idées directrices*» (1958, pp. 414 ss., p. 337; id., 1956, pp. 285 ss., p. 9; cfr. también id., 1961, pp. 76 ss.).
226. Cfr. Gurvitch, 1931, p. 160, en referencia al concepto de institución de Hauriou: «*L'institution est [...] une idée objective et positive devenue un fait, une idée incarnée dans la réalité*» [«La institución es [...] una idea objetiva y positiva devenida en un hecho, una idea encarnada en la realidad»] (igualmente id., 1932, p. 665). Desqueyrat, 1933, pp. 15 ss., explica claramente la esencia de la «*institution-chose*» de Hauriou, observando que forman una «*symbiose*» con el «*milieu social*».
227. Cfr. la tesis de Hauriou, DC, 1923, p. 75, nota 1, de considerar a la institución como «*chose sociale objective*».
228. Hauriou, DC, 1923, p. 78: «*Une institution bien enracinée prend l'aspect d'une chose sociale existant en soi*» [«Una institución bien enraizada toma el aspecto de una cosa social existente en sí»]. De manera similar Hauriou, DA, 1907, pp. 9 ss.
229. Hauriou, DC, 1923, p. 75: «*Nous appelons ainsi (scilicet institutions) tout élément de la société dont la durée ne dépend pas de la volonté subjective d'individus déterminés*» [«Nosotros denominamos así (*scilicet* instituciones) todo elemento de la sociedad en que la duración depende solamente de la voluntad subjetiva de individuos determinados»]. Cfr. también *Ibid.*, p. 78 ss.
230. Hauriou, 1925, p. 3: «*Les situations juridiques qui semblent se maintenir par elles-mêmes sont, en réalité, liées à des idées qui persistent d'une façon subconsistante dans les esprits d'un nombre indéterminé d'individus [...] L'objectif se maintient par nos idées subconsistantes*» [«Las situaciones jurídicas que parecen mantenerse por ellas mismas están, en realidad, ligadas a las ideas que persisten de una manera subconsciente en los espíritus de un número indeterminado de individuos [...] El objetivo se mantiene por nuestras ideas subconscientes»].
231. Hauriou, DC, 1923, p. 77; cfr. también Kaiser, 1956, p. 313, nota 1. Los derechos fundamentales como derechos subjetivos individuales son parte integrante del campo de fuerzas determinado por los derechos fundamentales como institutos. Con este análisis no se ha delineado ni siquiera lejanamente el horizonte entero de la teoría institucional de Hauriou. Semejante empresa debería esforzarse por representar las numerosas implicaciones jurídicas y las diversas problemáticas a las cuales Hauriou ha aplicado, a veces explícitamente, a veces implícitamente, su teoría institucional. En consideración a su sensibilidad

para las tareas prácticas impuestas a la ciencia del Derecho, él ha buscado en la solución de éstas una confirmación de su concepción institucional y la ha tenido. Una reconstrucción tan amplia requeriría una comparación entre las diversas ediciones de sus obras: puesto que Hauriou ha desarrollado sin descanso su teoría institucional, la ha considerado desde varios puntos de vista, y la ha afinado constantemente, sin que fueran "superadas" –por lo menos en línea de principio– las formulaciones menos recientes. Lo que él dice, en otro contexto, ha encontrado plena realización en su concepción institucional: «*Les solutions n'ont pas une importance absolue, elles sont sujettes à des retouches continuelles, l'important est de savoir comment les problèmes se posent*» [«Las soluciones no tienen una importancia absoluta, ellas están sujetas a los retoques continuos, lo importante es saber cómo se plantean los problemas»] (RDP, 1916, pp. 483, ss.). Crítico sobre cuestiones particulares, favorables en sustancia a la teoría institucional de Hauriou: Burdeau, 1949, vol. II, pp. 243 ss. Consideración positiva de la teoría de Hauriou: Rivero, 1956, pp. 465 ss.; Bonnacese, 1933, vol. 1, pp. 476 ss., vol. 2, pp. 94 ss.; Mestre, 1928, pp. 269 ss.; Battifol, 1960, pp. 36 ss. Apreciación positiva del concepto de institución: Gurvitch, 1932, pp. 661 ss.; Declareuil, 1929, pp. 159 ss., sobre todo pp. 164 y 168 ss.; Chevalier, 1929, pp. 111 ss. Crítico: Hasaert, 1948, pp. 205 ss.; amplia aceptación de la concepción institucional de Hauriou en Légal, 1938, pp. 23 ss.

232. Qué cosa significa entonces el ejercicio de los derechos fundamentales es fácilmente entendible. La separación a menudo sin razón efectuada entre la "sustancia" de un derecho fundamental y su ejercitabilidad (por ejemplo en Geiger, 1959, abajo número 7; id., 1952, premisa número 4, con referencia al párrafo 36) tiene un evidente precedente en la literatura constitucional más antigua. En el siglo XIX se distingue la sustancia del poder estatal, que permanece en las manos del soberano, de su ejercicio. Con razón Kaufmann, 1908, p. 8, considera que la sustancia, la esencia del poder estatal consiste «*einzig und allein in deren Ausübung und Betätigung*» [«únicamente en su empeño y su actividad»].
233. Cfr. Marsch, 1959, abajo número 1, donde caracteriza las instituciones como «*Verhaltensstrukturen von relativer Dauerhaftigkeit*» [«estructuras de comportamiento de un relativo carácter permanente»]. En mérito a la importancia de instituciones para comportamientos estandarizados y uniformes, cfr. Schelsky, 1952, p. 11.
234. Como norma jurídica, el derecho fundamental, en cuanto derecho subjetivo individual, es, al mismo tiempo, «*institution-chose*»; pero

dado que está fundado sobre el individuo concreto, viene a menos el momento de la duración y, por lo tanto, una característica sustancial de la institución.

235. Hauriou, 1925, p. 10: «*Lés institutions vivent une vie à la fois objective et subjective*» [«Las instituciones viven una vida a la vez objetiva y subjetiva»]; cfr. también id., DC, 1923, p. 81: «*Bien que l'institution soit l'élément objectif de la société elle en cesse pas d'être elle-même imprégnée de subjectivisme*» («Aunque la institución sea el elemento objetivo de la sociedad, ella misma no deja de estar impregnada de subjetivismo»).
236. Una relación directa entre las instituciones y la libertad es demostrada por Gehlen, 1957, pp. 117 ss., pp. 73 ss.; id. 1950-1951, pp. 195 ss.
237. Con estas palabras Gurvitch, 1932, pp. 662 y 693, describe el modo en el que Hauriou ve el Derecho. Si el Derecho es un Derecho inspirado en principios de libertad entonces es una entidad viviente, puesto que se halla penetrado, invadido por la libertad como entidad de este tipo.
238. Hauriou, 1925, p. 10: «*La règle de droit établie socialement est une institution de second type (scilicet de institutions-chose); elle [...] vie dans le milieu social [...] elle vie dans le corps social. Les institutions naissent, vivent et meurent juridiquement [...]*» [«La regla de derecho establecida socialmente es una institución de segundo tipo (*scilicet* de institución-cosa) ella [...] vive en el medio social [...] ella vive en el cuerpo social. Las instituciones nacen, viven y mueren jurídicamente [...]». Cfr. también id., DC, 1923, p. 81. *Ibid.*, p. 76: «*Spontanéité de l'institution*». Cfr. también Desqueyrat, 1933, p. 16, en referencia al concepto de institución de Hauriou: «*L'institution est un vivant soumis aux lois de la vie*» [«La institución es algo vivo sometido a las leyes de la vida»]. En la doctrina alemana la vitalidad del Derecho ha sido raramente descrita de manera más clara de lo que lo ha hecho Haenel, 1888, p. 119: «*[...] das [...] objektive Recht ist keine Abstraktion, [...] ist lebendige Willensbestimmung, ist gegenwärtiger Inhalt des Willens all derer, die berufen sind, es zu befolgen und zu handhaben*» [« [...] el [...] Derecho objetivo no es una abstracción [...] es una decisión volitiva llena de vida, es el contenido actual de la voluntad de todos, quienes son llamados para acatarlo y aplicarlo»].
239. Cfr. la concepción de Heller, por la que cualquier derecho es mantenido en vigor por actos de voluntad de los hombres: 1927, p. 50.
240. Hauriou, DC, 1923, p. 83: «*Si [...] la société est faite d'une chaîne d'idées objectives et d'une trame de volontés subjectives, la bonne moitié des élé-*

ments du tissu social reposent sur l'exercice des droits individuels, car les volontés subjectives des hommes s'emploient surtout à exercer ces droits» [«Si [...] la sociedad está hecha de una cadena de ideas objetivas y de una trama de voluntades subjetivas, en buena medida los elementos del tejido social reposan sobre el ejercicio de los derechos individuales, pues la voluntad subjetiva de los hombres se emplea, sobre todo, en el ejercicio de esos derechos»].

241. Ejemplos de ello: Hesse, 1959, VVStRL, 17, p. 11, para el partido político, la asociación, la sociedad por acciones y el ente de Derecho público.
242. Schelsky, 1949-1950, pp. 218 ss. Cfr. también la caracterización hecha por Géný, 1915, II, p. 87, pp. 9 ss., de Hauriou: «*Attitude générale [...] à la fois sociologique et juriste*» [«La actitud general [es] a la vez sociológica y jurídica»]. Además Gurvitch, 1960, p. 108: la institución en Hauriou como “empalme” entre sociología del Derecho y filosofía del Derecho. Id. 1932, pp. 653 ss.: «[...] *effort d'Hauriou pour dépasser l'opposition entre la réflexion juridique et l'analyse sociologique*» [«[...] el esfuerzo de Hauriou para superar la oposición entre la reflexión jurídica y el análisis sociológico»]. (Cfr. también Ibid., pp. 663 ss.). Cfr. también la observación de Forsthoff, 1961, p. 152, quien considera importante objetivo de la concepción institucional tutelar la «*Zusammenhang mit der Seinssphäre*» [«relación con la esfera ontológica»] y abrir el Derecho frente a la realidad; además, Dahm, 1951, p. 81, indica la relación entre elementos normativos y ontológicos como característica de la concepción institucional.
243. Este “echar un puente” entre lo normativo y lo factual no quiere ciertamente negar la tensión que subsiste entre estos dos ámbitos.
244. BVerfG, 4, p. 96.
245. Cfr. la posibilidad ofrecida por la concepción institucional y puesta de relieve por Marsch, 1959, de adecuar elásticamente el ordenamiento jurídico a la transformación de la estructura social. En el ámbito del debate sobre las instituciones llevado adelante por la teología evangélica, se habla de la “dinámica” de la concepción institucional: Dombois, 1956, p. 9.
246. Hauriou, 1910, p. 208: «*Les situations institutionnelles [...] allient à leur puissance de durée un pouvoir d'évolution et d'adaptation aux conditions nouvelles de la vie [...]. Les situations institutionnelles évoluent suivant les exigences des faits*» [«Las situaciones institucionales [...] han establecido su poderío de duración en un poder de evolución y de adap-

- tación a las condiciones nuevas de la vida [...] Las situaciones institucionales evolucionan siguiendo las exigencias de los hechos»). Id., DC, 1923, p. 81: «*modifications insensibles de l'institution*» («modificaciones insensibles de la institución»).
247. En Weber y Klein (cfr. Häberle, 1983, p. 171, nota 287).
248. La concepción de Smend de los derechos fundamentales como “derechos invocables” (*Berufsrechte*) (1955-1933-, p. 319, nota 15; 1962, pp. 65 ss.) tiene muchos puntos en común con una concepción institucional de los derechos fundamentales y del Derecho. Smend mismo ha observado, atento al debate sobre las instituciones, que el concepto de vocación (*Beruf*) está coordinado con el concepto de institución (Dombois, 1958, p. 92; cfr. también Smend, 1962, pp. 69 ss.). Ello se funda en una serie de razones: el concepto de vocación crea un empalme entre el aspecto subjetivo y el aspecto objetivo-institucional de los derechos fundamentales (la acción individual de cada individuo de modo conforme a su *status*). Además él interpreta que está en cuestión un comportamiento responsable, que un comportamiento “inconstitucional” no es admisible. Pone de relieve la tarea (*Aufgabe*), que subsiste para el individuo en los “ordenamientos en los cuales se desenvuelven sus vocaciones”, como es propio de los derechos fundamentales como institutos y de su autonomía, que se impone obligatoriamente al individuo, pero que no lo afecta desde el exterior. La libertad constitucional aparece, sea desde un punto de vista smendiano, sea desde un punto de vista declaradamente institucional, como una libertad en el Derecho. En fin, la misma caracterización de los derechos fundamentales como derechos de vocación conducirá a la idea de una “función” legislativa, de delimitación y de conformación, que resulta sustancialmente del carácter de instituto de los derechos fundamentales. También si el concepto de institución de Smend y el de Hesse (la Constitución como coordinación en función unitaria) han sido puestos repetidamente en primer plano, ello no puede interpretarse como una negación de manifestaciones pluralistas en el interior de la sociedad moderna. Ella sería contraria a la concepción institucional. No se puede hablar de una “fobia” del pluralismo (Mallmann). La concepción institucional es en cierto sentido pluralista. Hauriou mismo es un “pluralista” (1910, p. X; Waline, 1930, pp. 39 ss., pp. 57 ss.). Combate sobre todo el “monismo” de Duguit, en id., 1911, p. 15.
249. Hauriou, 1910, p. 126; id., 1916, p. 133; id., DA, 1907, p. IX; id., PDC, 1925, pp. 22 ss. (Cfr. también id., 1910, p. 592, donde los derechos de

- libertad son definidos como "elementos" de la «*institution étatique*») [«institución estatal»]; Schmitt, 1934, p. 56; para un concepto institucional de Estado: Elders, 1951, sobre todo pp. 102 ss. pp. 124 ss.
250. Los derechos fundamentales ponen al individuo en una relación de reciprocidad no sólo con todo lo que tiene relación con las condiciones de vida por ellos contempladas, sino también con referencia al Estado.
251. Köttgen, 1959, p. 18.
252. Hauriou, 1910, pp. 172 ss., p. 560, nota 1; id., 1916, pp. 171 ss., pp. 508 ss.
253. Ibid., pp. 143 ss.; Hauriou, 1906, pp. 136 ss., pp. 161 ss.; id., DA, 1907, pp. 23 y 322; id., DA, 1914, p. 626, nota 1; id., DA, 1919, p. 638, nota 2; id., DA, 1921, p. 545, nota 2; id., DA, 1927, p. 560, nota 1; id., PDC, 1925, p. 23. Cfr. también la acusación que Hauriou, 1910, p. 172, dirige a la doctrina alemana de reducir todo el Derecho público al «*fonctionnement*» [«funcionamiento»] de las «*personnes morales*» [«personas jurídicas»] y a las relaciones jurídicas, y de no conseguir aclarar el *status* de los órganos.
254. Renard, 1930, p. 329, distingue dos «*situations juridiques individuelles*» [«situaciones jurídicas individuales»]: los derechos subjetivos y los *status*. Cfr. Ibid., p. 331: «*Le droit subjectif est le rayonnement de ma personnalité. Le status est le reflêt de l'institution*» [«El derecho subjetivo es el resplandor de mi personalidad. El *status* es el reflejo de la institución»]. Según Renard, los *status* derivan de la pertenencia a las respectivas instituciones, como, por ejemplo, el matrimonio y la familia (Ibid., p. 351). Cfr. siempre Ibid., p. 346: «*Les rapports institutionnels sont objectifs et statutaires*» [«las relaciones institucionales son objetivas y estatutarias»]. Para los derechos fundamentales no puede mantenerse esta distinción. El *status* constitucional refleja, bien la personalidad individual, bien la condición de vida en cuestión, o bien la institución Estado.
255. Köttgen, 1959; Weber, 1957, VVStRL, 15, pp. 186 ss.; Dombois, 1961, pp. 902 ss.; id., 1956, pp. 55 ss.; id., MS, 1957, pp. 154 y 97; Gehlen, 1956, pp. 233 ss.; Calliess, 1962, pp. 86 ss.
256. Smend, 1955 (1933), p. 319, nota 15. Cfr. también Köttgen: los derechos fundamentales fijan el derecho relativo al *status* del ciudadano (1955, pp. 195 ss.). Id., 1959, p. 18.
257. Cfr. la crítica de Hauriou contra G. Jellinek, 1910, p. 172, 559 y 560. Ibid., p. 560, nota 1, rechaza el concepto alemán de relación jurídica

- («*notion subjective du rapport de droit*») («noción subjetiva de relación de derecho») y lo sustituye por el concepto objetivo de la «*situation établie*» [«situación establecida»] (cfr. también *Ibid.*, p. 669).
258. *Ibid.*, p. 110: «*Les droits individuels constituent le statut objectif de l'individu et non pas son patrimoine subjectif*» [«Los derechos individuales constituyen el *status* objetivo del individuo y no son patrimonio subjetivo»].
259. *Ibid.*, p. 559 (cfr. también *Ibid.*, pp. 545 y 463; Hauriou, DC, 1923, p. 96, nota 1): «*Les droits individuels constituent un statut*» [«Los derechos individuales constituyen un *status*»]. Siempre *id.*, DC, 1929, p. 637, nota 13; *id.*, 1916, p. 510; *id.*, 1910, p. 593: «*[...] les libertés individuelles qui constituent un statut*» [«[...] las libertades individuales que constituyen un *status*»]. *Ibid.*, p. 558: «*La jouissance des droits individuels constitue l'état et la capacité des personnes*» [«el goce de los derechos individuales forma el estado y la capacidad de las personas»]. Cfr. también *Ibid.*, p. 593; *ibid.*, p. 545, nota 2, donde Hauriou hace notar la multiplicidad de relaciones entre los *status* existentes en el ámbito del Estado: el ciudadano, el empleado, el habitante. En relación a la institución Estado es fácilmente reconocible la «*interpénétration*» [«interpenetración»] entre los elementos subjetivos y objetivos: los derechos fundamentales como derechos subjetivos individuales y así también los derechos políticos (derechos electorales), pero también las situaciones subjetivas de los empleados son elementos subjetivos que preservan al Estado como institución de un «entumecimiento». Mediante la libertad constitucional, el elemento irracional entra en la esfera social, un elemento que es parte del ser hombre y al cual el Estado inspirado en principios de libertad no puede renunciar. La «*estatalidad institucionalizada*» (Hesse) depende intrínsecamente del reconocimiento de los individuos. Se trata de actos de «*ständiges Hineinnehmens*» [«incorporación permanente»] (Dombois, 1956, pp. 58 ss.). El elemento subjetivo penetra la institución Estado, y viceversa el individuo está conformado en su individualidad por el Estado, por las condiciones de vida por él instituidas y por el Derecho.
260. Contra la interpretación de los derechos de libertad como delimitación de esferas de voluntad: Bäumlín, 1954, p. 62, reenviando a Smend.
261. El objetivo sustancial de una concepción institucional del Derecho y de los derechos fundamentales debería ser, entre otras cosas, el de poner en relación con la respectiva idea a cada una de las normas jurídicas, a menudo dispersas en campos bastante diversos entre sí, y el de considerarlas en el ámbito de su íntima unidad.

262. Cfr. el concepto de Hauriou de la «*chapelet d'institutions autonomes en communion les unes avec les autres*» [«retahíla de instituciones autónomas en comunión las unas con las otras»]. (cfr. Gurvitch, 1960, p. 188, con amplitud de argumentaciones), aquí, sin embargo, en el sentido de las «*institutions-personnes*» [«instituciones personas»]. Gracias a este «*pluralisme juridique*» [«pluralismo jurídico»] Hauriou tiene confianza en la tutela de la libertad individual (cfr. Gurvitch, 1960, pp. 188 ss.). Para el paralelismo con la concepción evangélica de las instituciones, cfr. Dombois: pluralidad de recíprocas integraciones y delimitaciones de las instituciones (Prot. der Institutionenkommission Heidelberg, MS, p. 7).
263. Renner, 1929, p. 26, observa una conexión entre todos los institutos de Derecho. Schelsky, 1952, p. 7, habla de una “vinculación horizontal” entre las necesidades de los hombres y las instituciones. Stahl, 1845, pp. 231 ss., pone de relieve la relación intercurrente entre cada uno de los institutos de Derecho. Cfr. ahora, sobre todo, Calliess, 1962, pp. 135 ss., tesis 10.
264. La concepción institucional de los derechos fundamentales confirma aquí el nexo inmanente entre los derechos fundamentales, ya observado en relación al principio del equilibrio entre los bienes
265. Hauriou, 1910, p. 205: «*L'institution doit être en relation avec l'ensemble des choses sociales*» [«La institución debe estar en relación con el conjunto de cosas sociales»]. Id., DA, 1907, p. 8: la institución es «*une organisation sociale, établie en relation avec l'ordre générale des choses*» [«una organización social, establecida en relación con el orden general de las cosas»]. Kaufmann, 1911, pp. 148, 211 y 226, quien exige una reflexión sobre la función de cada una de las “relaciones” en el conjunto. La referencia a la colectividad está señalada por E. R. Huber, 1957, p. 365, en referencia a la garantía institucional de una opinión pública libre en el Estado constitucional que concierne a la sociedad en su conjunto; también en id., 1958, p. 7.
266. Justamente a causa del aspecto institucional de los derechos fundamentales, la legislación opera no sólo en vía del todo excepcional en el campo de los derechos fundamentales.
267. En esta dirección –obviamente sin recurrir a los conceptos de “institucional” o de “instituto”– se mueven las reconstrucciones de Hauriou; entre otros cfr. Hauriou, DA, 1907, p. 239; id., 1910, p. 575: «*On est obligé quelquefois de restreindre les libertés particulières dans l'intérêt supérieur de la liberté*» [«Se está obligado de restringir las libertades

- particulares dentro del interés superior de la libertad»]. Duguit, 1925, p. 460: «*L'état a toujours le pouvoir et le devoir d'apporter certaines restriction à la liberté de chacun mais seulement dans la mesure où cela est nécessaire pour protéger la liberté de tous*» [«El Estado tiene siempre el poder y el deber de aportar alguna restricción a la libertad de cada uno, pero sólo en la medida en que es necesario para proteger la libertad de todos»]. Aquello que en este contexto es definido, desde un punto de vista meramente cuantitativo y de manera más bien deslucida, como la libertad de todos, es desde un punto de vista cualitativo nada más que la relevancia “institucional” de la libertad aquí en cuestión. Cfr. también Giacometti, 1941, p. 173: «*Der einzelne muß [...] um der Freiheit willen auf die Freiheit verzichten*» [«El individuo tiene que [...] renunciar a la libertad por la libertad»]. Además se encuentran algunas señales en la jurisprudencia del BayrVerfGH (NF, 11, II, pp. 81 ss.) en cuanto ésta reconoce normas jurídicas «que delimitan la propiedad de todos para reforzar la propiedad de todos».
268. Cfr. Bäumlin, 1954, p. 104.
269. Haenel, 1888, p. 119, considera el derecho como «*gegenwärtigen Inhalt des Willens all derer, die berufen sind, es zu befolgen und zu handhaben*» [«contenido actual de la voluntad de todos, quienes son llamados para acatarlo o aplicarlo»].
270. La libertad individual de todo individuo aparece aquí como elemento de la libertad como instituto.
271. De instituciones como “*Fixierung*” [«establecimiento»] de “necesidad” habla Schelsky, 1952, pp. 1 ss. Cfr. siempre id., 1957, ZEE, pp. 153 ss.
272. Leyes que, como el Art. 48º de la ley sobre el matrimonio, regulan los presupuestos en base a los cuales puede ser concedido el divorcio, puesto que el matrimonio ha perdido su valor social (cfr. Mitteis, 1949, p. 57), no “limitan” ni la libertad individual del derecho de contraer matrimonio, ni el matrimonio como instituto; al contrario, lo completan y lo refuerzan, dado que los matrimonios, en el momento en que dejan de funcionar, resultan ser nocivos para el conjunto del ordenamiento social como para el desarrollo de la personalidad individual. Los matrimonios que no funcionan amenazan justamente el significado institucional del Art. 6º GG.
273. Ciertas argumentaciones de aquellas orientaciones que no consideran una limitación de la competencia las medidas emanadas del Estado para combatir los acuerdos perjudiciales a la libre competencia

y el nacimiento de grupos que dominen el mercado, sino que ven en estas medidas justamente la salvaguarda de la libre competencia y de la libertad de empresa, se encuentra en Scheuner, 1954, VVStRL, 11, pp. 1 ss. y p. 23, nota 59.

274. Cuando Raiser, 1960, pp. 101 ss., pp. 133 ss., adhiriéndose a la ley sobre restricciones a la competencia, hace devenir tarea de la dogmática del Derecho civil el desarrollo de la distinción entre ejercicio correcto y abuso de la libertad contractual como instituto, entonces refuerza cuanto se ha dicho en el texto: un ejercicio correcto sirve a la libertad contractual como institución; el abuso, en cambio, amenaza su significado; el Estado que combate el abuso rinde, por eso, un servicio al significado institucional de la libertad contractual; entonces que no se produce una intromisión (*Eingriff*) en el campo de ésta, más bien la confirma.
275. Cfr. también la observación de Bäumlín, 1954, p. 104, de que las disposiciones que declaran nulas las cláusulas contractuales previstas, en los contratos de trabajo y de asunción, para limitar la libertad de opinión, hacen para muchos "efectiva" esta libertad. Esta dirección puede ser seguida también en referencia a la libertad sindical. La "eficacia frente a terceros" (*Drittwirkung*) de este derecho fundamental ante los poderes sociales (cfr. E. R. Huber, 1954, p. 382; Hamel, 1957, p. 21) sirven justamente para tutelar la libertad sindical como instituto. El problema de los efectos de los derechos fundamentales frente a terceros, que no es considerado en el presente análisis, se halla en íntima relación con el significado institucional de los derechos fundamentales.
276. Cfr. Hesse, 1956, pp. 28 ss.; id., 1959, *passim*; id., 1959, VVStRL, 17, pp. 11 ss.
277. Para este resultado cfr. además Uber, 1952, p. 53, sin que se hable, empero, del elemento "institucional".
278. Cfr. E. R. Huber, 1954, p. 382; Hamel, 1957, pp. 63 ss. Ello resulta de la función de tutela del Art. 1º GG (así con razón Hamel, *Ibid.*, pp. 20 ss.).
279. Cfr. Häberle, 1983, p. 120, nota 304.
280. Kaufmann, 1951, p. VII.
281. Cfr. Häberle, 1983, pp. 179 ss.
282. Cfr. Bäumlín, 1954, pp. 66 ss., además Uber, 1952, p. 100: la conformidad al Derecho es inmanente a la libertad: en otros términos, cada

- uno puede recurrir a la libertad si hace un uso de ella que sea conforme al Derecho.
283. Los derechos fundamentales deben ser puestos, sin duda, bajo la tutela de una reserva (general) contra el abuso: así con razón E. R. Huber, 1953, pp. 363 ss.; Kaufmann, 1952, VVStRL, 9, pp. 1 ss.; Bäumlin 1954, p. 65. De diversa opinión, Geiger, 1959, sub número 3, el cual reconoce en todos los derechos fundamentales la obligación jurídica fundamental de no abusar de estos, y afirma además que, con exclusión del Art. 18° GG, esta obligación fundamental sea privada de sanción (id., GR, 1959, p. 53): con ello el contenido esencial de los derechos fundamentales no es de modo alguno tocado.
 284. Haenel, 1888, p. 119.
 285. Contextualmente amenazada también la libertad política: en este sentido, Smend, 1955 (1933) p. 319.
 286. Contra una antinomia entre Estado de Derecho y Estado social, cfr. E. R. Huber, 1956, DöV, pp. 200 ss., sin, empero, recurrir al significado institucional de los derechos de libertad, como se ha, en cambio, hecho en este caso.
 287. Parcialmente Leibholz, 1958, pp. 130 ss., quien no considera los derechos sociales desde el punto de vista de la idea de libertad, sino tan solo desde el punto de vista de un concepto radical de igualdad.
 288. Haug, 1946, p. 116.
 289. Para la transformación del «*rechtsfindenden Jurisdiktionsstaat zum gestaltenden Gesetzgebungsstaat*» [«perfeccionamiento jurídico del Estado judicial hacia un Estado legislativo creativo»], cfr., sobre todo, Menger, 1957, VVStRL, 15, p. 3.
 290. Al mismo resultado llega también Klein, 1957, pp. 560 ss. De manera similar a cuanto se ha sostenido en el texto, E. R. Huber, 1954, p. 152. En el caso de una nacionalización integral se tendría en efecto una “Constitución diversa”. En este sentido, con razón, Flume, 1952, VVStRL, 10, p. 156.
 291. Cfr. Klein, 1957, p. 85, quien, con referencia al Art. 13° GG, habla de la tutela de la habitación como de una “categoría”, como de una *fattispecie* social en el sentido de una institución “en sentido natural”. También aquí se vislumbra la concepción institucional. La utilización de la expresión “natural” es obviamente un ejemplo de una dudosa contraposición entre lo jurídico y lo “natural”, que desde el punto de vista de una concepción institucional no puede ser seguida.

292. En doctrina, la formulación que cada cierto tiempo se compulsa: los derechos fundamentales "como institutos" (de Derecho), o bien el "significado institucional" de los derechos fundamentales que les atribuye un significado material, no se aclara mejor por prescindir de algunas paráfrasis metafóricas. Con referencia a la República de Weimar, cfr. Giere, 1932, pp. 118 ss.; Anschütz, con particular referencia a la propiedad, 1930, p. 608. Para el GG cfr. E. R. Huber, 1954, pp. 394, 9 y 10; I, p. 663.
293. Indicios de una concepción similar se deberían advertir en Stahl, 1847, p. 559: «*So ist [...] die Monogamie als Rechtsinstitut, das Eigentum als Rechtsinstitut [...] nicht ein Sollen, das erst seiner Erfüllung entgegenseht durch einzelne oder Gesamtheit, sondern ein in sich selbst bestehendes Produkt des früheren Sollens der Gesamtheit, eine im Leben selbst verwirklicht ethische Ordnung [...]*» [«la monogamia como instituto de Derecho, la propiedad como instituto de Derecho [...] no es un deber que tenga que cumplirse a través del individuo o de la comunidad, sino que es un producto, existente en sí mismo, de los deberes pasados de la comunidad, un orden ético realizándose en la vida misma [...]»]. Id., 1845, p. 232: «*Das Recht als ethisch bildende Macht schreitet daher in den Lebensverhältnissen als faktischem Stofffor [...] Umgekehrt schafft rechtliche Ordnung vielfach faktische Beziehungen. Deswegen ist das Faktische und Juristische [...] nur zu unterscheiden, nicht zu trennen*» [«El Derecho como un poder ético avanza construyendo las condiciones de vida como realidades fácticas [...] por el contrario, el orden jurídico crea muchas veces relaciones fácticas. Por eso, lo fáctico y lo jurídico [...] sólo se pueden diferenciar pero no separar»].
294. Los institutos de los derechos fundamentales no son entonces realidades ya actuadas, sino que deben ser constantemente actualizados.
295. Cfr. la acusación que Kaufmann, 1908, p. 26, dirige a Gerber, Zöpfel y a otros, de considerar el Derecho como un Derecho que desde el exterior se aproxima a las condiciones de vida ya existentes.
296. Kaufmann, 1927, VVStRL, 3, pp. 11 ss. En la terminología del Art. 19º, inciso 2), GG, ello significa: existe un contenido esencial del derecho fundamental como derecho subjetivo público y un contenido esencial del derecho individual como instituto. Por efecto de la interdependencia recíproca entre los dos, resultan ambos igualmente tutelados por la acción del legislador. Por eso Klein, 1957, p. 554, sustrae sin razón los derechos fundamentales, como derechos subjetivos públicos, a la garantía del contenido esencial. Leisner, 1960, pp. 153 ss., critica la mera tutela de la institución de Klein. En el sentido de una

- tutela del solo contenido fundamental de los derechos, entendido en sentido institucional, cfr. Lerche, 1960, GR, IV, 1, p. 478.
297. Kaufmann, 1928, VVStRL, 4, pp. 77 ss.
298. Giere, 1932, pp. 118 ss.; Hamel, 1957, pp. 42 ss.
299. En casos particulares puede entonces suceder que no "reste" nada de un derecho fundamental, resultado éste que, sin duda, no puede ser comprendido en el cuadro de una perspectiva orientada a la separación de los derechos fundamentales: por ejemplo, Maunz, Dürig, 1958, Rd., Nr. 78, en referencia al Art. 2º, inciso 1), GG (p. 67, nota 2); Rd. Nr. 4, en referencia al Art. 104º GG.
300. Kaufmann, 1925, VerwArch, 30, pp. 377 ss.
301. Gierke, 1887, pp. 440 ss. Cfr. también id., 1879, p. 223; id., 1883, p. 1114, en donde postula que los conceptos de Derecho sean expresión de la naturaleza de las cosas.

Capítulo 3

PROBLEMAS ACTUALES DE LA INTERPRETACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

3.1. CONCEPCIONES Y AUTOCOMPRESIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, TEORIAS SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, INTERPRETES E INTERPRETACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS TRANSFORMACIONES

3.1.1. Cuestiones prejudiciales (concepto de derecho fundamental en el Estado constitucional, comprensión y teoría de los derechos fundamentales, contenidos determinantes y actores procesales, teorías «generales» y «especiales» de los derechos fundamentales) ¹

Las concepciones, las autocomprensiones (*Grundrechtsverständnisse und- selbstverständnisse*), las doctrinas y las «teorías» de los derechos fundamentales no vienen ciertamente de la nada ni resultan tan obvias de los textos constitucionales: más bien éstas son una obra colectiva ², producida a menudo fatigosamente por muchos estudiosos, en un espacio de tiempo que cubre decenios y siglos, no sólo por los juristas, quienes a su vez hacen referencia a objetivizaciones y cristalizaciones culturales (textos clásicos ³, experiencias históricas, esperanzas políticas, profesionalidad y «menta-

lidad», etc.). A veces una determinada concepción de los derechos fundamentales se manifiesta ya claramente en el texto constitucional, como por ejemplo en el artículo 14º GG con referencia al aspecto de Derecho objetivo. A menudo, sin embargo, el texto permanece fragmentario e inconcluso (como es evidente, por ejemplo, en el Art. 19º, inciso 2); GG). Entonces es el momento de los intérpretes de la Constitución –sí, justamente de todos–. Desde el nacimiento histórico y desde el desarrollo del Estado constitucional los intérpretes de las Constituciones discuten entre sí, y unos contra otros, sobre la «cuestión de los derechos fundamentales». De esto han hecho una cuestión propia, ya con el sacrificio personal en la lucha política (Tomás Moro), ya con su producción científica (G. Jellinek, o bien Sinzheimer). En esta óptica las garantías de los derechos fundamentales, con todas sus transformaciones, son también el resultado de una discusión entre las generaciones del mundo occidental: con todo el esplendor y toda la miseria que les han sido y les son propias.

En las páginas que siguen se escogerá, del enorme abanico de cuestiones, únicamente el problema del *concepto* de derecho fundamental y se intentará una caracterización de las formas de manifestación, del rol de las diversas *concepciones y teorías de los derechos fundamentales* (generales y particulares), y de los procesos en el espacio y en el tiempo que distinguen «la sociedad abierta de los intérpretes de los derechos fundamentales».

Es una cuestión preliminar importante aquella que pende en torno al concepto de derecho fundamental en el Estado constitucional. En efecto, justamente de esto se ocupan las diversas concepciones y teorías de los derechos fundamentales, o mejor dicho las metodologías hermenéuticas, aún si sólo raramente sea preliminarmente. Se elige como hipótesis de trabajo un planteamiento *antropológico*⁴: la exigencia de tutela de los derechos fundamentales que deriva de las fundamentales («esenciales») amenazas al hombre provenientes de posiciones de predominio en el Estado y en la sociedad. Según la concepción «prejurídica» de Zacher, los derechos fundamentales –sobre el fondo de una comparación a escala mun-

dial- son «afirmaciones sobre la posición del hombre en la comunidad poseedoras de un carácter normativo elemental o de naturaleza similar a las normas»⁵. En un ámbito más estrecho, es decir, en el cuadro de un sistema con división de poderes y con una construcción graduada del ordenamiento jurídico, Zacher agrega a esta descripción las siguientes características: «preeminencia respecto a otro derecho y particulares procedimientos e instituciones sustantivas para la ejecución»⁶. Y así él se acerca al concepto de derecho fundamental como categoría del Estado democrático y en sí mismo. En el ámbito de la definición de la «idea», del concepto y de las funciones de los derechos fundamentales, Pernthaler defiende su «amplitud no acabada y su relación con las decisiones fundamentales en cuanto a los valores y con los propósitos del hombre», que deberían ser continuamente reformulados⁷, y Bleckmann define⁸, en el ámbito de las doctrinas generales de los derechos fundamentales, estos últimos como «todas las normas de Derecho constitucional objetivo que regulan la relación del individuo con el Estado» (incluidos también, por ejemplo, los artículos 7º y 33º, inciso 5); GG).

En las páginas siguientes se argumentará con referencia al Estado constitucional occidental. El concepto de derecho fundamental es una categoría básica de este modelo; junto a otros elementos, como democracia, división de poderes, Estado de Derecho, primacía del Derecho, independencia de la magistratura, etc., contribuye a formar la imagen integral del tipo. El margen de variación de cada una de las formas de actuación permanece amplio, tanto más que la comparación jurídica debe ser practicada como comparación entre culturas (*Rechtsvergleichung als Kulturvergleichung*)⁹. Los aspectos más importantes del concepto de derecho fundamental del Estado constitucional son:

- Los derechos fundamentales satisfacen exigencias previsiblemente mutables del hombre¹⁰, sea para cuanto concierne a su existencia individual (y, esto es, también social), sea para lo que concierne a la existencia del grupo (aspecto corporativo de

los derechos fundamentales). Este es el planteamiento antropológico ¹¹;

- De este modo, los derechos fundamentales circunscriben la relación del hombre –reforzado en su naturaleza– y del ciudadano con la comunidad política y dentro de ésta; es decir, en sus dos aspectos de «Estado» y «sociedad» (este último aspecto es relevante en la cuestión relativa a los “efectos frente a terceros”);
- Los derechos fundamentales son –pensados en las categorías de autoridad, interés, poder, derecho y libertad– una parte de «contrapoder» necesario a la democracia pluralista, son limitación del poder y división de poderes ¹²; aquéllos no son neutrales respecto a los intereses, sino que constituyen una forma de tutela de las minorías con referencia a los intereses, remitiendo a la base de justicia de todo derecho (constitucional), son «derechos de posibilidad», («perspectivas de posibilidad») en cuanto abren a los individuos y a los grupos esferas de libertad en formación (posibilidad de desarrollo de la propia personalidad, «chances» alternativas); se fundan –como también la Constitución en su conjunto– sobre un consenso de base propia, también en cuanto concierne a sus límites;
- Los derechos fundamentales son, entonces, puntos de partida para tomar y tener parte en los procesos políticos, económicos y culturales; en tal sentido, constituyen un componente de integración ¹³, se refieren a la política, a la economía y a la cultura y figuran correspondientemente como derechos fundamentales políticos, económicos y culturales, los que se superponen a la distinción entre libertades privadas y públicas;
- Los derechos fundamentales hacen así que el Estado constitucional parta de la dignidad humana como premisa (Art. 1º, inciso 1), GG) y no de la soberanía popular;
- Los derechos fundamentales son la respuesta (“reacción”), según la experiencia histórica, a las amenazas fundamentales al

hombre (derechos del hombre) y al ciudadano (derechos civiles) en el Estado constitucional ¹⁴; dado que las situaciones específicas de peligro mudan históricamente ¹⁵. Y nuevos instrumentos para combatirlos deben ser desarrollados siempre de nuevo en nombre del hombre y del ciudadano, ello significa apertura de los contenidos, de las funciones y de las formas de tutela de los derechos fundamentales. En este contexto, el aspecto futuro de los derechos fundamentales es doble: de un lado deben ser abiertos a nuevas situaciones; de otro son también puntos de referencia para la actuación del futuro (derechos fundamentales como proyectos para el futuro);

- Por ejemplo, el reconocimiento textual de nuevos particulares derechos fundamentales (por ejemplo, la libertad de demostración, en el Cantón Giura en 1977), la construcción de un «derecho fundamental resumido» como el artículo 1º, inciso 1), GG o la categoría de los derechos fundamentales no escritos (en el sentido entendido en Suiza), todo ello expresa el carácter abierto de los contenidos de los derechos fundamentales; es decir, de las particulares esferas de vida que de modo variable deben ser defendidas ¹⁶ contra los nuevos peligros que puedan surgir «en el curso del tiempo» ¹⁷;
- El carácter abierto de las funciones y de las dimensiones de los derechos fundamentales se expresa por el carácter no completo de las diversas direcciones de tutela, de los aspectos y de las funciones al interior del mismo Derecho ¹⁸, que los derechos fundamentales desarrollan en su desenvolvimiento histórico, tanto en una dimensión sincrónica como diacrónica (por ejemplo, los aspectos del derecho de defensa, Derecho objetivo, de prestación social por parte del Estado, de Derecho procesal, de derecho a la tutela);
- El carácter abierto de la tutela de los derechos fundamentales, tanto en su aspecto personal como en el corporativo, se expresa por la multiplicidad de formas de protección jurídica en sentido

estricto ¹⁹ –(por medio del juez ordinario o del juez constitucional en procedimientos de diverso tipo ²⁰: desde el recurso constitucional hasta el criticado y abstracto de la constitucionalidad de las leyes, o bien a través de un simple procedimiento objetivo de control, de las dos Convenciones de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Hombre de 1966, artículos 28º y siguientes y 16º y siguientes); a la esfera de la protección jurídica en sentido amplio pertenece la sensibilidad de la opinión pública para las violaciones de los derechos fundamentales y semejantes («cultura de los derechos fundamentales»);

- Los derechos fundamentales varían en el espacio (es decir, de acuerdo al Estado constitucional) y en el tiempo (esto es, según el período histórico), en lo concerniente a la «distribución de roles» en su desarrollo (jurídico) ²¹. A veces es el constituyente o el legislador de las revisiones constitucionales quien responde a los desafíos históricos (*amendments*, como en los Estados Unidos de América), a veces es el legislador ordinario quien se convierte en precursor de una tutela más extensa o más intensiva de los derechos fundamentales ²² (Convención Europea sobre los Derechos del Hombre), a veces son la jurisprudencia constitucional (Corte de Justicia de la Comunidad Europea, Suprema Corte de los Estados Unidos), o la doctrina en fuerza de sus “teorías”, o en fin con las dos, en conjunto, las que desarrollan esta tarea (como simples «intérpretes» y con metodologías hermenéuticas cambiantes) ²³.

Se puede expresar un juicio de conjunto sobre la «realidad» de los derechos fundamentales, en cada Estado constitucional sólo sobre el fondo de una reflexión que incluya también los contextos de cultura jurídica ²⁴. A la adquisición de la dependencia de los derechos fundamentales al texto, hace de contrapeso su dependencia al contexto: si la realidad de los derechos fundamentales se acerca al modelo ideal o, mejor, a la categoría «derechos fundamentales», debe discutirse en este marco a quien pertenece también la «cultura de los derechos fundamentales» ²⁵.

En todo caso, los particulares elementos del cuadro general de los derechos fundamentales en cada Estado constitucional deben ser comparados entre sí antes de que sea posible un juicio. De este modo allí hay nexos de compensación y equivalentes funcionales: una incisiva tutela de los derechos fundamentales (como en Alemania) puede equivaler en los resultados a lo que en otra parte (como en Francia) se cumple por la «cultura política». O bien: en ciertos períodos las cortes que juzgan deben practicar, en las causas que conciernen a los derechos fundamentales, a “*judicial activism*” (como en el período pionero del Tribunal Constitucional Federal), que de otro modo se corresponde a las instancias que fijan los textos normativos o al constituyente.

Por concepción de los derechos fundamentales se entiende el pensamiento en torno a los derechos fundamentales, los cuales con los medios del Derecho y a través de sus operadores (*Sachwalter*) (desde el constituyente hasta el juez constitucional, desde el legislador hasta la administración) pretenden tutelar de manera óptima al hombre en su dignidad y libertad. Se hace referencia a la imagen de cómo los derechos fundamentales son y deben ser ²⁶. Este pensamiento es multiforme (como ha sido demostrada por diversas “teorías” relativas al Art. 19º, inciso 2); GG), y no hay allí un modelo absolutamente “justo” para la exacta comprensión de los derechos fundamentales (ni siquiera en el tiempo, como está demostrado por el planteamiento del cambio). Son justamente los mismos derechos fundamentales quienes han creado y mantenido una «situación de concurrencia» para las diversas concepciones de los derechos fundamentales: junto a la libertad de la ciencia, la libertad de opinión y la de prensa, la religiosa y la de acción.

El hilo conductor de la reflexión aquí desarrollada sobre los derechos fundamentales y de la acción en favor de estos es la idea de la tutela de la persona (*personaler Schutzgedanke*) ²⁷ en provecho de una realidad óptima de los derechos fundamentales. Qué teorías y métodos generales y especiales sean los «justos», no se puede decir en abstracto ²⁸. Lo que importa es tan sólo la apertura del Estado

constitucional hacia una variedad de propuestas teóricas y metodológicas. Es importante el reconocimiento de que a todas estas teorías corresponde sólo un significado instrumental, que ellas entonces, no sean fines en sí mismas²⁹. No están puestas para «tutela de los monumentos». No sólo son, extremadamente variadas en un determinado período histórico de una comunidad política —confróntese, por ejemplo, a G. Jellinek con el agnosticismo de un Laband—, sino que lo son con mayor razón en el curso de la historia de los derechos fundamentales: se viene a la mente la clásica contribución de G. Jellinek sobre; ¡el fondo del actual estado de discusión!

Las concepciones de los derechos fundamentales no permanecen y no constituyen únicamente una posibilidad del pensamiento, sino que tienden a convertirse en un elemento de la realidad, partiendo de la cual ellas son caracterizadas. Hoy en día las teorías sobre los derechos fundamentales se distinguen por la respuesta que ellas dan a la cuestión sobre si tutelan, y cómo lo hacen, los presupuestos de la libertad: ¿tutelan la posibilidad jurídica de las “chances” de libertad efectivamente existentes?; ¿tutelan desde el punto de vista del Derecho los presupuestos de hecho para el ejercicio de la libertad?, ¿o garantizan por el contrario directamente, por añadidura, la existencia de estos presupuestos efectivos?. Las tres interpretaciones resultan, de acuerdo a cada derecho fundamental, apropiadas de modo diferenciado y en distinta medida. En todo caso, no es suficiente prescindir simplemente, con la teoría «clásica», de las posibilidades efectivamente dadas de ejercicio de la libertad y de los presupuestos reales (los derechos fundamentales bajo la perspectiva de la realidad).

La *concepción y la teoría* de los derechos fundamentales se pueden distinguir tendencialmente. Las *teorías* de los derechos fundamentales son concepciones de los mismos, en términos de conceptos científicos, elaboradas según determinados métodos («reglas de arte») verificables. Por eso están referidas a la marcha de la ciencia y sobre todo a su elaboración colectiva: en disenso o en consenso. Por el

contrario, las concepciones de los derechos fundamentales pertenecen (aún si en medida diversa, pero "con toda seguridad") a todos aquellos que participan en el proyecto del texto, en la interpretación y el desarrollo de los derechos fundamentales; por consiguiente, sobre todo al constituyente, al legislador, a los políticos y al ciudadano (incluida su autocomprensión). El concepto de teoría debe, entonces, ser considerado con mucha atención³⁰. Seguramente existen vinculaciones entre concepción y teoría de los derechos fundamentales³¹; a veces también los constituyentes pueden hacerse guiar por una cierta teoría de los derechos fundamentales, en cuanto ellos reciben consejos en el plano científico, si bien deberían cuidarse de la fijación textual en una cierta teoría. A menudo es también una cuestión de la ciencia «conmutar» concepciones (políticas) de los derechos fundamentales en una determinada teoría, pero entonces ella lo hace con los métodos que le son propios, precisamente los científicos. Particularmente, la jurisdicción constitucional no tiene la tarea de formar teorías, ni para lo que concierne a los derechos fundamentales, ni para lo que concierne a otras cuestiones. Más bien, ella tiene la tarea pragmática y referida al caso particular de conciliar las teorías³².

La disputa de si en la base de la Constitución o de los derechos fundamentales pueda colocarse una teoría determinante para la interpretación³³, debe decidirse de acuerdo a la tesis aquí propuesta: la elaboración, el perfeccionismo y el desarrollo de teorías son quehaceres de la doctrina publicista; en línea de principio no conciernen al constituyente (cuando la doctrina le atribuye ciertas teorías, entonces por lo demás le adscribe de modo latente las propias!). El constituyente desarrolla su obligación en el ámbito de los complejos procesos de formulación e interpretación de la Constitución a través de la redacción del texto³⁴. Puede hacer parcialmente vinculantes, las concepciones de la Constitución y de los derechos fundamentales (por ejemplo, mediante la expresa disposición de un efecto inmediato frente a terceros, como en el Art. 9º, inciso 3); cp. 2, GG, o mediante el artículo 1º, inciso 3); GG), pero desarrollos ulteriores y

más particulares son dejados a cargo de otros. Las Cortes Constitucionales deben interpretar la Constitución y los derechos fundamentales siguiendo determinadas aproximaciones metodológicas, pero no precisamente «a la luz» de una teoría científica «pura» y por eso, unilateral fijada por ellas. En donde lo hicieron, como, por ejemplo, la Corte Federal del Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*), bajo la presidencia de Nipperdey, en cuestiones relativas al inmediato efecto frente a terceros, estuvieron mal aconsejados y fueron prontamente censurados (por el Tribunal Constitucional Federal en la decisión 7, pp. 198 ss.). Ello corresponde al espíritu de la *Grundgesetz* como Constitución fundada en la tolerancia y el pluralismo científico. En tal sentido, no hay una teoría constitucional de los derechos fundamentales.

Una palabra sobre el concepto de teoría ³⁵: con toda seguridad, también en el cuadro de una teoría constitucional, toda pretensión teórica está vinculada en cierto modo con un *quantum* de (“falsificable”) «pretensión de buscar la verdad» o aquello que es justo. También en una “Constitución del pluralismo” como la *Grundgesetz*, permanece inevitable la clásica pretensión de *buscar* la verdad –también para el estudioso de la Constitución o de los derechos fundamentales–, verdad siempre ligada, desde los albores de la modernidad, a las tradiciones científicas iluministas. Además, si se quisiera ayudar al Tribunal Constitucional Federal a absolver su específica función de integración con el hacer vinculante de los elementos de la teoría, entonces se debería trabajar ante todo en una teoría que ponga ella misma una pretensión de veracidad y no renuncie a ella desde un principio en favor de una «ausencia de medida». No obstante ello, el Tribunal Constitucional Federal hará bien en integrar pragmáticamente, o con una marcada referencia a los casos particulares, los diversos elementos de la teoría, puesto que hacer obligatoria una sola teoría para el futuro es una actitud que difícilmente encontraría el necesario consenso en una sociedad pluralista. A la inversa, la obra de la jurisprudencia constitucional tiene un efecto reflejo sobre el proceso científico (así como el modelo

de la «integración pragmática» tuvo por su lado, impulso de una consideración de la *praxis* del Tribunal Constitucional Federal y se insertó en una “teoría” flexible), y con seguridad le puede quitar algunas asperezas. La doctrina y el Tribunal Constitucional Federal pueden trabajar juntos en el curso de los decenios paso a paso y en un continuo acercamiento hacia una teoría y una *praxis* pluralista de los derechos fundamentales: teoría y *praxis* no pueden estar la una sin la otra. Sobre el fondo del postulado de la apertura y de la revisabilidad, esta obra de grupo se cristaliza después justamente para formar un consenso, o mejor, un núcleo, universalmente reconocido, de la comprensión y de la teoría de los derechos fundamentales ³⁶.

Método y proceso seguirán un recorrido común partiendo de este planteamiento. La interpretación no se limita solamente a lo que está escrito en la ley (constitucional), sino que sirve también a la confirmación de lo que se desarrolla en la realidad social. La extensión de la interpretación del texto de la ley fundamental a la realidad es el hilo conductor de mis trabajos precedentes, desde *Grundrechte im Leistungsstaat* ³⁷ hasta *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*. Quien refiere el método sólo a los textos legislativos y estos a aquél, debe después hacer penetrar de modo latente (y por eso no controlado e inconciente) la realidad en el procedimiento hermenéutico. A más tardar, desde las obras del interaccionismo simbólico y de la etnometodología se sabe que las reglas –y en tal sentido también los textos relativos a los derechos fundamentales son «reglas»– no estructuran de manera rígida e inmutable una situación, sino que la estructura de la situación es producida por la común negociación e interpretación de aquellos que participan en la situación. La metodología hermenéutica para los textos normativos debería abandonar también teóricamente la pretensión de ser el único instrumento útil para determinar las consecuencias jurídicas en la aplicación del Derecho, y satisfacerse del lugar en el cual prácticamente se halla: en el mismo plano con la casuística del precedente y las respectivas elaboraciones de la doctrina jurídica.

Cada concepción de los derechos fundamentales (o cada teoría de los derechos fundamentales) se inserta, de una parte, en un gran número de (pre)comprensiones contenidas, y, de otra parte, en los procesos relativos al desarrollo de esta concepción, a la determinación de su contenido y su cambio o a sus "protagonistas". En este contexto, pueden delinearse sólo sumariamente los siguientes aspectos:

1. La concepción de los derechos fundamentales (o la teoría de los mismos) está caracterizada, del mismo modo, además del contenido, por la correspondiente concepción –más estática, o bien dinámica– de la Constitución, del Derecho y del Estado (y entonces, por ejemplo, por los conceptos de democracia, Estado social, Estado de cultura y por los postulados de la apertura y del *status quo*), así como por la «imagen del hombre»; la concepción de los derechos fundamentales se forma también por la «actitud» frente a la realidad ³⁸ (interpretación de los derechos fundamentales orientada hacia la realidad), por la interpretación del factor tiempo en el cuadro del nexo entre «tiempo y Constitución», y, en fin, por la autocomprensión de aquel que elabora la concepción del derecho fundamental. Ello conduce hacia los procesos de concretización y hacia aquellos que allí participan personalmente.
2. La articulación de los procesos a través de los cuales se arriba a la concepción de los derechos fundamentales (o a la teoría de los derechos fundamentales) y la cuestión relativa a la división jurídico-funcional del trabajo de aquellos que en esos procesos participan (y de las fuerzas que los determinan) constituyen el otro aspecto. Aquí se coloca la demanda sobre quién concretamente hace afirmar la concepción de los derechos fundamentales, sobre cuáles planos y con cuáles métodos ³⁹. Es pertinente, de vez en cuando, la comprensión del propio rol y de la propia obligación por parte del constituyente, del legislador democrático, de la práctica ejercida por los órganos del Estado, del Tribunal Constitucional Federal y de la doctrina ⁴⁰, con sus

teorías y con sus métodos, hasta con la opinión pública y los protagonistas de la cultura política (con los intereses que se encuentran en el "fondo" del debate). Cuanto se ha señalado es motivo de muchas discusiones. El autor permanece ligado a su planteamiento del año 1975, basado en el "*leitmotiv*" de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución y de los derechos fundamentales. La doctrina publicista a veces subvalora el peso de las «aserciones» teóricas y metodológicas y las competencias de la teoría científica en relación al «texto normativo escrito», y subvalora la función de las Cortes constitucionales frente a la Constitución y el proceso político; con todo, la doctrina misma les otorga una gran importancia cuando se trata de la consolidación de concepciones tradicionales de los derechos fundamentales (y de los intereses que subyacen a aquéllas) ⁴¹, consideradas desde siempre justas por la doctrina; por ejemplo, la consolidación de la concepción «liberal y de defensa del Estado», que de su parte era y es "teoría" y que como tal debía ser elaborada por la doctrina (¡G. Jellinek, Schmitt!). En realidad, también ello es una suerte de formación de teorías, pero traslativamente con otros contenidos y resultados, y sin que se indague mucho los fundamentos (por ejemplo, sin consideración de los intereses subyacentes). La presunta moderación y positividad de la dogmática de los derechos fundamentales se desenmascara con la pretenciosa fe en la tradición ⁴², que no se explica, sin embargo, en cuanto concierne a premisas e intereses. En las páginas que siguen se afirmará abiertamente la no reducida competencia del teórico de los derechos fundamentales en este terreno, en especial porque el ámbito de relaciones dentro del cual opera es bastante multiforme (como la "formación de escuelas", las opciones políticas abiertas o latentes y la trama de intereses). Y no se descuida en este planteamiento la obligación específica de la jurisdicción constitucional ⁴³.

La delimitación de las concepciones o teorías generales de los derechos fundamentales de aquellas particulares (y sus consecuencias para las teorías de la interpretación) es un problema todavía

muy poco tratado en el plano teórico. Se trata de la siguiente cuestión: cuáles doctrinas, en cuanto puestas «delante del paréntesis» que contienen todos los derechos fundamentales, sean generales, y hasta qué punto, y cuáles sean de naturaleza particular, es decir, caracterizadoras de los derechos fundamentales específicos. Un análogo problema de delimitación se presenta ya desde hace tiempo en el Derecho civil, en cuanto se refiere a la disputa alrededor de la parte general del BGB, en el Derecho penal y en la relación entre el Derecho administrativo general y especial ⁴⁴. Hasta ahora la disputa sobre las teorías y sus métodos se ha concentrado casi exclusivamente en las doctrinas generales de los derechos fundamentales. Ello ha conducido a algún doctrinarismo, a controversias «académicas», a inadmisibles generalizaciones o visiones unilaterales, a “jueguitos” en torno a conceptos de escuela, a infructuosas “subdivisiones” de acuerdo a un pensamiento encasillado (*Kästchendenken*), etc. Seguramente, las «doctrinas generales» deben afirmar su posición: deben saber proyectar, por encima de un plano abstracto y con la finalidad de orientar la tutela, esa escolta de concepciones sobre los titulares y destinatarios (también el concepto de capacidad para los derechos fundamentales), sobre las funciones de elaboración y de delimitación (incluso mediante otros bienes jurídicos, tales como los *status* particulares, las reservas especiales de ley, los límites inmanentes, la así llamada sistemática de los límites), sobre los conflictos y la competencia entre los derechos fundamentales, sobre el problema de la renuncia, sobre las formas de tutela jurídica, y también sobre los derechos fundamentales como «fines educativos» y sobre los deberes fundamentales ⁴⁵, así como Bleckmann ⁴⁶ en parte ha sistematizado. Por el contrario, ahora debe ser estudiada más intensamente “la aplicación» de las teorías generales a la «particularidad» de cada derecho fundamental (a tal propósito puede ser de ayuda también la comparación en este campo, de acuerdo a una medida europea, sobre todo con referencia a la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre). Los temas «especiales» de cada derecho fundamental deberían ser elaborados en todas las dimensiones de la investigación científica ⁴⁷.

Esta particularidad de cada uno de los derechos fundamentales, que son algo más que simples “ejemplos” de la parte general, está constituida por una multiplicidad de elementos: su historia concreta o su «edad» (confróntese, por ejemplo, el clásico derecho de propiedad con el derecho a la información de acuerdo al artículo 5º, inciso 1), cp. I GG, que es relativamente nuevo), la diferencia de su formulación textual en las cartas constitucionales, los *leading-cases* de la jurisdicción constitucional, las correlaciones más o menos estrechas y las conexiones funcionales en las que cada derecho fundamental se encuentra respecto a los derechos fundamentales «vecinos»⁴⁸ –muy estrecha es, por ejemplo, la relación entre el artículo 5º y el artículo 8º GG, mucho más distantes el artículo 4º y el artículo 14º GG⁴⁹–, la diversidad del modo y de la intensidad con las cuales las diversas dimensiones del derecho fundamental se coordinan –así, por ejemplo, el elemento de derecho objetivo en el artículo 4º GG es más reducido respecto a los artículos 6º, 9º o 14º de la GG, el aspecto procesal en el artículo 4º GG es más débil respecto a la libertad de propiedad y a la libertad de profesión “como procedimientos”), la relación más o menos intensa de cada derecho fundamental con el principio democrático; su diverso significado para la economía, por un lado, y para la cultura, por otro; la diferente relación con el grupo (de aquí también la ¡cláusula esencial del Art. 19º, inciso 3), GG!); la diversa exigencia de ejecución; su cualidad totalmente diversa cuando asumen el carácter de fines educativos (*Erzielungsziele*) (por ejemplo, el Art. 2º, inciso 1), para el concepto de tolerancia)⁵⁰. Es cierto, el debate general sobre los derechos fundamentales a menudo se ha centrado en cada uno de ellos como «campo de experimentación» y de eso ha extraído el material⁵¹. Ello puede conducir, de un lado, a precipitadas generalizaciones, pero del otro, a fructíferos resultados. Así, la propiedad ha desarrollado un rol pionero en la elaboración del contenido institucional y de derecho objetivo; por el contrario, en lo concerniente al aspecto de Derecho procesal, el artículo 12º ocupa una posición de primer plano. La concepción de derecho fundamental, que el Tribunal Constitucional Federal ha elaborado para el artículo

7º, inciso 4), GG (decisión 27, p. 360), ha jugado un «rol guía» ella ha influenciado el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales en el Estado social o asistencial ⁵². Demasiado poco se le ha exigido cuanto el aspecto general sea modificado por el «contenido» específico del particular derecho fundamental: según su concreto campo de vida o, si se quiere, según su «materia» y su «objeto», según la dinámica de las respectivas relaciones sociales (y de sus nuevos peligros) y de su diversa variabilidad. Piénsese, sobre todo, en las graduaciones, resultantes de análisis textuales precisos, en cuestiones relativas a la limitación de los derechos fundamentales (por ejemplo el Art. 5º, inciso 3), de un lado, y los arts. 2º, inciso 1); 5º, inciso 2), y 2º, inciso 2), GG, del otro), o bien en el efecto frente a terceros del artículo 9º, inciso 3), cp. 2, GG ⁵³.

Es tarea de una dogmática «específica» de los derechos fundamentales ⁵⁴ la de elaborar la diversidad de «relación» en la que, según el derecho fundamental en cuestión, se encuentran los aspectos de Derecho subjetivo, objetivo-institucional, del Estado asistencial, procesal y corporativo. Con toda seguridad no se pueden separar netamente teorías generales y teorías especiales de los derechos fundamentales, pero varios elementos indican que en el futuro las doctrinas generales de los derechos fundamentales deberán ser pensadas y escritas partiendo, de manera más decidida, de los derechos fundamentales *específicos* (en el sentido de una correlación) ⁵⁵. Entonces se podrá además estudiar cuándo los conocimientos que emergen específicamente de un particular derecho fundamental (por ejemplo, para lo concierne a la «capacidad» y a la renuncia) puedan ser transferidos sobre un derecho fundamental cercano en razón de un paralelismo de intereses.

Tal vez las doctrinas o las teorías generales sobre los derechos fundamentales son directamente, en un análisis más atento, parte de las *cuestiones* (muy a menudo generalizantes) a las que dieron en realidad respuesta justamente con referencia a los particulares derechos fundamentales. Tal vez ellas han conducido muy a menudo, de modo típicamente alemán, a los principios. Además las nume-

rosas tentativas de «subdivisiones⁵⁶ de los derechos fundamentales, las cuales en el fondo no son tan prolíficas, muestran justamente en ello su potencialidad.

3.1.2. El carácter abierto de la teoría pluridimensional de los derechos fundamentales en favor de una «ampliación del radio de acción y garantía de los derechos fundamentales»

Puesto que las relaciones, que son correlativas a las concepciones de los derechos fundamentales, y, así como su resultado, también las garantías de los derechos fundamentales, mudan, el pensamiento sobre los derechos fundamentales y el concreto operar en su favor deben ser flexibles: para poder satisfacer las nuevas exigencias. El postulado de la teoría pluridimensional de los derechos fundamentales nace de este conocimiento. El continuo cambio de las situaciones típicas de peligro para el hombre exige una «defensa móvil y proyectada hacia adelante»⁵⁷. Lo que ayer podía hallarse asegurado tan solo por una concepción negativa de los derechos fundamentales, necesita hoy, por ejemplo, estar acompañado por un aspecto procesal. Toda incrustación dogmática de los modelos de tutela de los derechos fundamentales y toda rigidez dogmática son peligrosas. Ya el contenido de los derechos fundamentales está colocado en el interior de estos procesos de crecimiento: la categoría de los «derechos fundamentales no escritos» no puede permanecer cerrada (como ha sido sostenido por la doctrina de la Corte Federal suiza)⁵⁸. ¡No hay un *numerus clausus* de las dimensiones de tutela y garantía de los derechos fundamentales, así como no hay un *numerus clausus* de los peligros⁵⁹!

La cuestión puede ser tratada sólo en plural, no en singular: ya en el plano de la concepción general de los derechos fundamentales, no existe la concepción, sino muchas concepciones o teorías de los derechos fundamentales. Lo mismo vale para cada uno de los derechos fundamentales. Las concepciones, que no pueden ser codificadas exclusivamente por el legislador, lo cual no sería en lo

absoluto deseable, son obra colectiva de muchos, incluso si a menudo se hallan en oposición unas con otras. Ofrecen interpretaciones de los derechos fundamentales, pero también poco se hallan condicionadas. El párrafo que sigue se propone analizar estos procesos de interpretación de los derechos fundamentales ⁶⁰.

3.1.3. La sociedad abierta de los intérpretes de los derechos fundamentales: «realización de los derechos fundamentales mediante la cooperación», en especial por parte de la doctrina; la jurisdicción constitucional y la autocomprensión de los sujetos lesionados en sus derechos fundamentales

El concepto de «sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución» ⁶¹ se realiza, en particular, en el campo de los derechos fundamentales. Este concepto será delineado por sus protagonistas, es decir, con referencia a los estudiosos del Derecho, a los jueces constitucionales y a los titulares afectados en su derecho fundamental (para la relevancia de la autocomprensión de estos últimos, confrontar por último la decisión 54, pp. 148 ss. del Tribunal Constitucional Federal en torno al derecho general de la personalidad). Ellos son –junto a muchos otros– los que participan en los procesos de interpretación de los derechos fundamentales, cada uno con una función y relevancia peculiares. La actuación de los derechos fundamentales, que se presenta *in toto* como un complejo proceso de división del trabajo, debe ser reducida a los tres ámbitos ya mencionados, que participan en la «cooperativa realización de los derechos fundamentales» ⁶².

*La política de las custodias científicas:
pluralismo de teorías*

De la ciencia del Derecho constitucional se proyectan, sobre todo, teorías. Ella tiene la tarea de proyectar muchísimas propuestas de teorías, para la comprensión general y especial de los derechos fundamentales, y los métodos adecuados a las teorías mismas ⁶³. Las

diversas concepciones de los derechos fundamentales pueden ser también unilaterales, polémicas o resultado de un plagio: para la sociedad abierta de los intérpretes de los derechos fundamentales sólo es importante que ellos tengan la palabra. Es decisivo que ellos sean proyectados, mucho menos que sean actuados y se afirmen en particular. Tan sólo sobre la base de semejante pluralismo –más bien, antagonismo de teorías– se puede desarrollar la tarea de ampliación del radio de acción en garantía de los derechos fundamentales. Una política de las custodias científicas (*wissenschaftliche Vorratspolitik*)⁶⁴ es la contribución específica del estudioso y un vehículo de constante construcción y desarrollo de una sociedad abierta o de sus garantías de los derechos fundamentales. La comunidad de los estudiosos opera, en relación con los otros intérpretes de los derechos fundamentales, al interior de los complicados procesos de la producción y de la recepción cultural⁶⁵. La versión teórica, sin embargo, de una concepción o de un modelo de los derechos fundamentales es la tarea confiada sobre todo a esta comunidad de estudiosos, una tarea que esta comunidad ha decididamente advertido en los últimos años (irónicamente a menudo también más allá del mismo Art. 19º, inciso 2), GG), en medida tal que, sin rodeos, se habla de una «euforia y una inflación de los derechos fundamentales».

Integración pragmática de los elementos de las teorías sobre los derechos fundamentales (y de los conflictos en torno a los métodos e intereses) por parte de las Cortes Constitucionales

Las cortes constitucionales desarrollan el rol de partícipes particularmente activos en la sociedad abierta de los intérpretes de los derechos fundamentales (¡cierto que, también las otras cortes!). Los análisis de jurisprudencia, no obstante su fragmentariedad, han hecho tangibles sus contribuciones pretoriales para la individualización del «contenido esencial» de los derechos fundamentales o de su contenido y sus límites. En cuanto concierne al contenido

esencial de los derechos fundamentales, las Cortes constitucionales han hecho una virtud de la "necesidad" derivada del profundo disentimiento existente en el interior de la discusión científica y de la oposición de teorías: casi nunca, en los últimos tiempos, un Tribunal Constitucional alemán se ha fijado en una determinada teoría (y metodología) de los derechos fundamentales ⁶⁶. Más bien, todos han combinado con cautela y de modo más o menos tangible un gran número de elementos teóricos de modo pragmático y compromisorio ⁶⁷. Por lo demás, ello es también la tarea específica de un Tribunal Constitucional. El no puede dar peso a la «pureza» de las teorías y de los métodos en sí ⁶⁸, más bien debe resolver un problema relativo al caso concreto, relativo a los derechos fundamentales, de modo tal que se alcance un mínimo de aceptación del resultado en la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución o de los derechos fundamentales ⁶⁹. Esta integración pragmática de elementos teóricos y de conflictos de métodos y de intereses, por parte de las Cortes Constitucionales, es otro tanto necesaria así como una exposición antinómica y antagónica de los modelos teóricos por parte de los estudiosos ⁷⁰. Ambos aspectos constituyen el cuadro general de una «Constitución del pluralismo» (*Verfassung des Pluralismus*) y son igualmente indispensables. La relación al caso particular, la necesaria flexibilidad de las decisiones de las Cortes constitucionales, el postulado de la función de integración, todo ello, distingue a la jurisdicción constitucional.

Cuando el Tribunal Constitucional Federal, en muchas decisiones, habla de las libertades «clásicas» o del significado «clásico» (esto es, el del «derecho de defensa») de los derechos fundamentales ⁷¹, pero después elabora ulteriores "funciones" ⁷², que han emergido en el desarrollo histórico o en el presente, entonces el Tribunal incorpora (a menudo sin expresarlo) «nuevas» concepciones o teorías de los derechos fundamentales para formar un todo integral, y ello demuestra que en el curso del tiempo ⁷³ los derechos fundamentales se enriquecen por una serie de estratificaciones de significados: que son la obra común de la política, la jurisprudencia

y la doctrina ⁷⁴. Y ello es confirmación de la teoría móvil-pluri-dimensional y abierta de los derechos fundamentales que aquí se sostiene. Con pleno conocimiento, el Tribunal Constitucional Federal reivindica como «tarea de la jurisprudencia constitucional» la de hacer accesibles las diversas funciones de una norma constitucional, en particular de un derecho fundamental ⁷⁵. Y los procesos de gradual enriquecimiento de cada uno de los derechos fundamentales con otras funciones –junto a las funciones «clásicas»–, en la discusión con todos los intérpretes de los derechos fundamentales de la sociedad abierta, deberían ser analizados en otro tiempo para cada derecho fundamental y por separado ⁷⁶.

Esta elaboración *abierta a los desarrollos* de diversas concepciones, funciones y «aspectos» por parte del Tribunal Constitucional Federal no es sólo una invención jurisprudencial ⁷⁷, el que en algunas decisiones así añade además una interesante perspectiva de comparación jurídica en el presente y en el futuro. El modo de proceder del Tribunal Constitucional Federal se puede justificar científicamente, o, mejor dicho, teóricamente. Se pediría demasiado al constituyente, o, mejor dicho, al legislador de los derechos fundamentales, y éste se hallaría mal asesorado, si se fijase exclusivamente en una determinada concepción o en una determinada teoría de los derechos fundamentales. La decisión política de un cierto momento, el período de formación de la Constitución y el *status quo* de tal período se convertirían en una medida o un parámetro «eterno». No se podrían desarrollar Constituciones *vivientes*, si se llevase una orientación similar a las consecuencias más extremas, el resultado inevitable sería la bien conocida y afamada «teoría austriaca de la petrificación» (*Versteinerungstheorie*). Apenas la Constitución es entendida como un todo vital, como un proceso público y estructurado por la categoría desde largo tiempo en evolución del «Estado constitucional democrático», entonces es admisible que una Corte Constitucional se ocupe de contenidos «clásicos», pero también de las nuevas funciones de los derechos fundamentales: en diálogo con la jurisprudencia de otras Cortes Constitucionales, por

ejemplo, en Europa ⁷⁸; con la historia de los derechos fundamentales ⁷⁹ como material de comparación, y con la elaboración científica ⁸⁰; por último también con referencia a los derechos fundamentales de acuerdo al metro europeo o de las Naciones Unidas. Justamente, la actualización comparatista de las perspectivas de Derecho europeo hace dudosa la fijación de la teoría de los derechos fundamentales en la *palabra* del legislador de 1949. Los actos, los resultados y la contribución creativa de sucesivos intérpretes de los derechos fundamentales de la sociedad abierta, serían minimizados. Además, el teórico de los derechos fundamentales que quisiera «fijar» el *status quo* de 1949, terminaría por perpetuarse igual de modo criptosociológico ⁸¹: ello contrastaría con la tolerancia y el pluralismo científicos deseados precisamente por la *Grundgesetz*.

Cuanto se ha dicho expresa la visión móvil y polidimensional de los derechos fundamentales que aquí venimos sosteniendo. Tal visión deberá dar prueba de sí en el futuro, no tanto “en general” cuanto más concretamente en referencia a cada uno de los derechos fundamentales. Por otro lado, esta premisa no puede ser entendida como un dar carta blanca a la Corte Constitucional, a fin de que ella pueda escoger y seleccionar a voluntad concepciones o teorías de los derechos fundamentales. En este contexto, ella misma se halla vinculada a su obligación específica y condicionada por el control de la elaboración científica ⁸².

Cuando, en ocasiones, el mismo Tribunal Constitucional Federal habla de «derechos fundamentales clásicos» (por ejemplo, en las decisiones 6, pp. 5 y 55; 12, p. 1; 24, p. 119; 50, p. 250; 51, p. 368; 57, p. 295), entonces lo hace con referencia a una determinada concepción de los derechos fundamentales, dotada de una cierta función, que ahora se encuentra integrada con nuevos aspectos (decisión 6, p. 55), pero también con referencia a una teoría que está fundada científicamente sobre tal concepción. Por lo demás, el Tribunal Constitucional Federal se sirve de la función específica de los «textos clásicos en la vida constitucional» ⁸³.

Los sujetos afectados en sus derechos fundamentales como intérpretes de los derechos fundamentales: su autocomprensión

La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución no excluye de los procesos interpretativos a los mismos sujetos afectados en sus derechos fundamentales, antes bien, los incluye, y ello es expresión del carácter libre de una *res publica*. Este aspecto puede y debe ser restituido por el concepto de «autocomprensión». Este concepto hace de vehículo, de *trait d'union* entre los sujetos afectados en sus derechos fundamentales y el resultado (provisorio) de la interpretación de estos. El “asunto de la interpretación de los derechos fundamentales” no es cuestión exclusiva de una corporación, como, por ejemplo, los profesores de Derecho público y las cortes judiciales, ni del solo legislador democrático. Los ciudadanos en general, y los que ocasionalmente son afectados de modo particular, están incluidos activamente en los procesos en cuestión. En este contexto asume relevancia precisamente la «autocomprensión»⁸⁴. Este concepto, desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal con referencia al artículo 4º en relación al artículo 140º GG, ha sido luego reclamado por el autor, primero para otros derechos fundamentales, y posteriormente, en general, para la teoría de los mismos⁸⁵. El Tribunal Constitucional Federal sigue tendencialmente este planteamiento en su decisión 54, p. 148. Recita el texto de la sentencia:

«[...] con referencia a ello puede ser sólo asunto de cada persona decidir qué cosa deba representar su pretensión de validez social; en tal sentido el contenido del derecho general de personalidad está determinado de modo decisivo por la autocomprensión del titular mismo» (confrontar –para la libertad de culto– Tribunal Constitucional Federal, decisión 24, p. 236).

Qué cosa son los derechos fundamentales “realmente” es un asunto decidido esencialmente además por el obrar de aquellos a quienes pertenecen. La realidad de los derechos fundamentales se

determina, por tanto, partiendo de la libertad de los titulares mismos; con ello, por otro lado, no se pretende negar la relevancia del comportamiento de los «destinatarios de los derechos fundamentales», es decir, de la autoridad pública y en parte también de los grupos de poder sociales.

No sólo la autocomprensión del titular del derecho fundamental concurre a determinar la interpretación del mismo, sino también su concepción del Estado contribuye a formarla ⁸⁶. Concepción del Estado y concepción de los derechos fundamentales van juntos.

Interdependencia recíproca entre concepción del Estado y concepción de los derechos fundamentales

La dependencia de la concepción de los derechos fundamentales de la concepción del Estado o de la "imagen del Estado" debe ser vista aquí, desde el principio, en el cuadro de las variables del tipo: "Estado constitucional" democrático. Tal dependencia es recíproca. La concepción del Estado depende también de la concepción de los derechos fundamentales. Ambos aspectos resultan más bien evidentes en la perspectiva de la comparación jurídica o de la historia del Derecho. Sobre un primer plano se coloca la lectura de los textos constitucionales; en un segundo plano la elaboración de lo que legislación y jurisprudencia constitucional, opinión pública y cultura jurídica (sin olvidar a los ciudadanos) «hacen» prácticamente de estos textos como «*law in the book*» "en el curso del tiempo": hasta los contenidos del "*law in public action*".

La interdependencia recíproca entre concepción del Estado y concepción de los derechos fundamentales se evidencia en el tipo y en el número de los derechos fundamentales (por ejemplo, ¿también "derechos fundamentales sociales"?, ¿también una expresa libertad de demostración?), en la configuración textual de su contenido y de sus límites (¿cláusulas generales o límites especiales?), en la modulación de las dimensiones y de las directrices de la tutela (por ejemplo, también efectos frente a terceros?), y, en fin, en la

extensión de la titularidad (¿también derechos fundamentales de grupo?) y en las formas de su actuación legislativa (¿sólo a través de la jurisprudencia administrativa?). La mutación del Estado de Derecho liberal al Estado de asistencia social ⁸⁷ se refleja formal y sustancialmente casi en todos estos temas y problemas relativos a los derechos fundamentales de un Estado constitucional.

Desde el punto de vista del Estado, la concepción de los derechos fundamentales se manifiesta, por ejemplo, en la competencia amplia o restringida del Estado constitucional para su actuación y delimitación a la luz de las así llamadas determinaciones de los fines del Estado como «Estado social» y «Estado de cultura»; o bien se manifiesta en relación a relaciones de *status* particulares diversamente cercanos al Estado (como la escuela, el *status* de empleado público de carrera o el ordenamiento militar) y en el diverso margen de discrecionalidad del Estado en la fijación de límites a los derechos fundamentales (graduados por la amplia hipótesis de la reserva de ley especial hasta el estrecho «límite inmanente»). La posición del extranjero respecto a los derechos fundamentales, la cantidad y el tipo de sus derechos fundamentales, en cuanto derechos que corresponden a cualquiera, pertenecen a este cuadro del «Estado constitucional cooperativo» (*kooperativer Verfassungsstaat*). Sobre todo las diversas direcciones («dimensiones») de la tutela de los derechos fundamentales, constituyen una variable dependiente de la correspondiente concepción del Estado: el Estado constitucional liberal se contenta con la “mera función defensiva” de los derechos fundamentales; el Estado intervencionista en el campo social y cultural desarrolla –en razón de una orientación hacia la efectividad del goce de los derechos fundamentales– paso tras paso un aspecto institucional y de Derecho objetivo, un componente procesal y sustantivo, un limitado efecto de «*Drittwirkung*» frente a los poderes sociales y (por ejemplo, bajo el vigor de la *Grundgesetz*) una ulterior obligación de tutela de los derechos fundamentales a cargo del Estado. El Estado de cultura (*Kulturstaat*) configura los derechos fundamentales también como «fines educativos» ⁸⁸; el Estado que se califica

como una democracia liberal, retiene el aspecto democrático y público (*demokratisch-öffentlich*) de los derechos fundamentales, tan importante como el de defensa del sujeto privado por parte del Estado ⁸⁹.

El Estado constitucional delineado por la *Grundgesetz* está caracterizado por una creciente responsabilidad en torno a los derechos fundamentales (en toda su mencionada multiplicidad de temas, dimensiones y problemas), y los derechos fundamentales forman de allí una base esencial de legitimación. Esta responsabilidad del «Estado de derechos fundamentales» (*Grundrechtsstaat*), en ningún otro ejemplo, ni en una perspectiva comparativa ni bajo una perspectiva histórica, se halla tan marcada cuanto justamente en la *Grundgesetz* (la cual tiene determinaciones típicamente alemanas). Es necesario entonces un Estado fuerte, capaz de funciones eficaces y de asistencia ⁹⁰, para el desenvolvimiento de estas múltiples tareas colocadas por los derechos fundamentales, y, por lo tanto, no es tan decisivo el eficiente aparato de poder estatal, cuanto, en cambio, el «libre consenso del mayor número posible de ciudadanos» ⁹¹.

La afinidad de las concepciones de los derechos fundamentales y del Estado podría ser demostrada, para la *Grundgesetz*, bajo una «perspectiva de desarrollo histórico», especialmente mediante el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ⁹². Este programa de búsqueda no se puede realizar en este lugar. Recuérdese solamente que el Tribunal Constitucional Federal, en sus decisiones «guía» y «pioneras» relativas a los derechos fundamentales, a su concepción y a la “imagen del hombre”, delinea o piensa siempre en una determinada imagen del Estado ⁹³. A la inversa, las afirmaciones de principio relativas al “ordenamiento del Estado” de la democracia liberal son tales también para los derechos fundamentales ⁹⁴. Va puesto en evidencia que las «grandes» decisiones, que dieron lugar a *dissenting opinions*, dejan entrever, en fin, una imagen del Estado “resquebrajada” justamente por estas *dissenting opinions*, y que refleja el correspondiente disenso entre las concepciones de los derechos fundamentales ⁹⁵.

Si y cómo la imagen del Estado o la concepción de los derechos fundamentales se desarrollarán más adelante, obviamente no puede ser previsto. Es presumible que *posibles* líneas de desarrollo resulten del contexto de la dialéctica entre mayoría y minoría o de *dissenting opinions* de los miembros Tribunal Constitucional Federal. Seguramente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal en su conjunto no es del todo uniforme y consolidada; se pueden, sin duda, constatar oscilaciones puntuales. En conjunto, sin embargo, la concepción del Estado se evidencia, sobre todo, en la concepción de los derechos fundamentales, sin, a pesar de ello, olvidar otros ámbitos como la división de los poderes ⁹⁶ o el Estado Federal ⁹⁷.

Toda la elaboración relativa al Estado constitucional y a uno de sus temas centrales, los derechos fundamentales, debe ser desarrollada siempre como la comparación jurídica. Ya desde un punto de vista del Derecho positivo, ello es sugerido hoy por el Derecho de la Comunidad Europea y por la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre. También en este plano se evidencia la conexión entre concepción del Estado y concepción de los derechos fundamentales. Es de preguntarse cuál "imagen del Estado" sea reconocible en la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre ⁹⁸, especialmente porque, dentro de poco, ella podría influir también en la *Grundgesetz* como «*law in action*».

Los Estados constitucionales europeos están identificados ya en el preámbulo ⁹⁹ de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre («animados del mismo espíritu»), «un patrimonio común de bienes espirituales», «respeto por la libertad, primacía del Derecho»). Desde el punto de vista de los derechos fundamentales, la imagen del Estado establecida por la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre deviene particularmente tangible en sus argumentos relativos a los derechos fundamentales, en cuanto ellos se hallan más diferenciados respecto a los textos de la *Grundgesetz*. Los ejemplos se hallan en el artículo 6º, inciso 1), cap. 1 (tutela jurídica dentro de un «término razonable») ¹⁰⁰, en el artículo 6º, inciso 2), (presunción de inocencia), en el artículo 8º, inciso 1), (tutela

de la esfera privada). No menos expresiva y correlativa a la imagen del Estado es la fórmula relativa a los límites de cada uno de los derechos fundamentales: son admisibles los límites necesarios «en un Estado democrático» para tutelar determinados bienes como la moralidad, el orden público (confrontar el Art. 6º, inciso 2) de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre), y son del mismo modo admisibles las intervenciones necesarias «en una sociedad democrática» para la seguridad nacional, para la tranquilidad y el orden público (confrontar el Art. 8º, inciso 2) ¹⁰¹. Esta fórmula es un reenvío a un estereotipo ideal común de la sociedad y de los Estados democráticos; es decir, de los «Estados constitucionales» en el sentido aquí delineado. En esta fórmula se manifiesta igualmente una determinada concepción del Estado y de los derechos fundamentales. Se puede estar ansiosos por saber si y cómo los Estados firmantes de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre se acercarán en los desarrollos constitucionales internos, en cuanto concierne a la concepción del Estado y de los derechos fundamentales, justamente gracias a la misma Convención. Y sin embargo, si bien esta última debe tener una función unificante, debe guardar, en cambio, un margen suficiente para las diversas concepciones del Estado y de los derechos fundamentales de los Estados miembros: estos deben permanecer como ejemplos del tipo de Estado constitucional, que deben enriquecer (y no nivelar), y entonces desarrollar justamente por medio de sus diferencias.

Una vez más emerge que la *Grundgesetz* es sólo un posible y real ejemplo de aquello que la concepción del Estado y de los derechos fundamentales podría ser. Otros Estados constitucionales, como Francia e Inglaterra (jesta última, desde luego, sin un catálogo escrito de los derechos fundamentales!), tienen su modo peculiar de ser Estado constitucional. Su cultura nacional refuerza todavía esta diferencia a causa del diferente ambiente económico, social y cultural, mucho más de cuanto ello pueda ser reconocido en los textos legislativos. Por ello, la cuestión acerca de la concepción del Estado y de los derechos fundamentales y acerca de su contenido debe ser,

en conclusión, puesta y resuelta también en una óptica científico-cultural (*kulturwissenschaftlich*).

3.1.4. La necesidad de una consideración individualizante de los derechos fundamentales y de los problemas relativos a su «esencia»

La discusión desarrollada hasta ahora en la doctrina sobre los problemas relativos al contenido esencial –como aquella sobre las cuestiones relativas a los derechos fundamentales *tout court* es defectuosa en esto: que a menudo ella se conduce en términos demasiado generales ¹⁰². Muy tarde, si no es nunca, entra en juego el *específico* derecho fundamental en su individualidad (por ejemplo, su relación con lo social, con el aspecto “político”), en sus «componentes» y «funciones», en su específica problemática de actuación ¹⁰³ y de los límites, y en los diversos elementos específicos que lo amenazan bajo el aspecto de varios enemigos. Como en la disputa relativa al modo de ser del *non modo sed etiam* de las diversas dimensiones de los derechos fundamentales, de su aspecto subjetivo-individual o de aquel objetivo-institucional o de aquel de derecho social en el Estado asistencial o aun de Derecho procesal, está demasiado generalizada una discusión teórica «general» desarrollada a veces de manera doctrinaria, antes que se alcance, si no es nunca, al *concreto* derecho fundamental. Con toda seguridad, la discusión teórica debe ser conducida en un primer plano «de modo general», pero en un segundo “paso” debe sostenerse también “en el terreno particular”. Para hablar con el artículo 19º, inciso 2) GG: allí están los criterios generales y específicos de determinación del contenido esencial.

Con esta exigencia de una discusión que se conduce separadamente ¹⁰⁴ (esto es, también de acuerdo a los textos clásicos que sirven de orientación, de acuerdo a la historia, etc.), e individualmente conforme al derecho fundamental, su actuación y sus límites, se debe considerar seriamente también la cuestión de si la garantía del contenido esencial debe ser considerada constitutiva o meramente

declarativa. Si –como aquí se propone– desde un principio se tiene en cuenta no sólo la dimensión espacial, sino también la temporal, entonces ello significa lo siguiente: en el interior de la misma Constitución la garantía del contenido esencial puede ser, de acuerdo al estadio de desarrollo del particular derecho fundamental, “todavía” constitutiva o “ya” meramente declarativa. En caso de que exista una jurisprudencia y una doctrina maduras y elaboradas, relativas al contenido y a los límites del derecho fundamental, entonces la fórmula del contenido esencial puede pasar a un segundo plano. Que esto ocurra, depende también de cuantas controversias hayan sido deferidas a las Cortes constitucionales, de cuán «fortificadas» aparezcan las otras “garantías” de una cultura de los derechos fundamentales (por ejemplo, la sensibilidad de la opinión pública; es muy significativa en Francia para ciertos derechos fundamentales, como el derecho de asilo).

Si justamente bajo el vigor de la *Grundgesetz* la garantía del contenido esencial juega prácticamente un rol relativamente reducido, ello se debe en gran parte a la elaboración diferenciada del Tribunal Constitucional Federal (en especial, en sede de recurso constitucional) en la determinación del contenido y de los límites de los derechos fundamentales. Sobre todo, y desde el principio, fueron reforzados desde el punto de vista material¹⁰⁵ –en Alemania, comprensiblemente después de 1945¹⁰⁶– los límites también frente al legislador, tal vez más de cuanto habían previsto los padres de la *Grundgesetz*, mucho más que, por ejemplo, en Suiza. ¡Por ello la cuestión relativa al contenido esencial en Suiza surge más tarde –y ahora– de manera más dramática!

En otros términos, el hecho de que la garantía del contenido esencial del artículo 19º, inciso 2), GG, sea ampliamente “inoperante” o “desactualizada”, es una consecuencia del «espesor» de la doctrina y de la jurisprudencia en cuanto concierne al contenido y los límites de los derechos fundamentales, aun si estos ciertamente son todavía hoy muy diversos de acuerdo al particular derecho fundamental.

Todo ello puede demostrarse con la ayuda de un ejemplo: puesto que la intensidad de los límites al derecho fundamental «en interés público» es muy amplia en relación a la propiedad, a causa de su sujeción a vínculos de carácter social –pero la propiedad es reivindicada muy a menudo y tenazmente en juicio– aquí el problema de la tutela del contenido esencial se impuso pronto: ya desde el período de la República de Weimar. Igualmente rápido reaccionó la doctrina con la barrera del contenido esencial bajo el aspecto objetivo-institucional (Kaufmann, Wolff, Schmitt, Boehmer). Las Cortes (y junto a ellas su doctrina) tuvieron después muchas ocasiones para desarrollar ulteriores precisiones en los casos particulares (también con la ayuda del principio de igualdad). Poco a poco la propiedad, tutelada tan «absolutamente», en su contenido, ha podido renunciar a una expresa cláusula del contenido esencial o mantenerla solamente «de reserva». Otros derechos fundamentales no están todavía igualmente desarrollados o al menos no lo estaban. Piénsese en la determinación del contenido y de los límites de la libertad religiosa hasta ahora, hasta la resolución 7, p. 377, y también en la libertad de opinión o de elección de profesión. Sólo la «jurisprudencia del bien común» (*Gemeinwohljudikatur*)¹⁰⁷, que se inició aquí y que permanece siempre diferenciada y graduada, hizo desdibujarse el “recuerdo” del artículo 19º, inciso 2), GG, pero ello pudo ocurrir sin excesivos peligros.

De modo análogo se podría proceder para los casos de Suiza y Austria. Otros principios constitucionales desarrollan aquí, de modo muy diferente según cada uno de los derechos fundamentales, la función que en Alemania es atribuida por algunos, en todo o en parte, al artículo 19, inciso 2, GG. No se debe pensar, por lo demás, que ello ocurra sólo con un equilibrio de valores de acuerdo al criterio de la prohibición del exceso (*Übermaßverbot*)¹⁰⁸.

Para concluir, se podrá evidenciar con el ejemplo de la *libertad personal* esta concepción de la cláusula del contenido esencial variable conforme a lugar y tiempo, de acuerdo a las actividades positivas o negativas del legislador, de los ámbitos de tutela de la jurisper-

dencia constitucional y de los resultados obtenidos por la doctrina. Cuanto más fuertemente se afirma aquí la referencia a la dignidad del hombre (como el Art. 1º, inciso 1), GG), tanto más puede desdibujarse la fórmula del contenido esencial; cuanto más “madura” se halla una casuística, tanto más puede retroceder la cláusula del contenido esencial o mantenerse preparada, si es el caso, para cumplir una «función de reserva»¹⁰⁹. En otros términos: ¡la garantía del contenido esencial deviene la “sombra”, por los contornos elaborados específicamente, del contenido y de los límites de un derecho fundamental¹¹⁰!

Cuanto se ha desarrollado arriba, si bien de modo abstracto, desde el punto de vista de la ciencia de los derechos fundamentales y de la teoría de la interpretación de los mismos, necesita ahora de una «transposición» sobre el terreno concreto: en el sentido, esto es de planteamientos teóricos bajo el signo de la “ampliación del radio de acción y garantía de los derechos fundamentales” (*grundrechts-sichernde Geltungsfortbildung*).

3.2. PROPUESTAS TEORICAS DE AMPLIACION DEL RADIO DE ACCION EN GARANTIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La ampliación de la dimensión de tutela de los derechos fundamentales más allá del «doble carácter» (integrándola con los aspectos del Estado asistencial, procesal y corporativo) y el reforzamiento de la misma, acontecen sobre el fondo de la idea que ha inspirado también a la doctrina del «doble carácter»: se trata de la «libertad real»; de la posibilidad de que los derechos fundamentales se conviertan en realidad práctica; de su función social y del impedimento de su “agotamiento”. Los nuevos componentes de los derechos fundamentales son consecuencia de este planteamiento teórico, sobre el cual se puede, naturalmente, discutir hoy como ayer. Muchas imágenes y técnicas, de las cuales la jurisprudencia se sirve con referencia o independientemente del artículo 19º, inciso 2), GG (por ejemplo: ningún «agotamiento», ninguna «restricción» de

los derechos fundamentales) y muchos puntos de vista y procedimientos de equilibrio, que han sido delineados en los análisis precedentes de la jurisprudencia resultan idóneos para la elaboración de esta «nueva» dimensión de los derechos fundamentales ¹¹¹.

3.2.1. La dimensión de los derechos fundamentales con referencia al Estado asistencial como expresión de una teoría de los derechos fundamentales ligada al Estado social: participación material y procesal

El estado de la controversia

En el Congreso de los *Staatsrechtslehrer* [catedráticos de Teoría del Estado], llevado a cabo en Regensburg ¹¹², el aspecto del Estado asistencial o el referido al Derecho de prestación (*Leistungsrecht*) propio de la libertad fundamental, en cuanto aspectos pertenecientes a la libertad, han sido desarrollados por el autor de este trabajo –independientemente del artículo 19º, inciso 2), GG– sobre todo con referencia a la cláusula del Estado social ¹¹³: más allá de la doctrina del «doble carácter». Esta última, como también la relación de Martens, era una propuesta teórico-científica en el sentido arriba indicado, propuesta que ha sido en parte reiterada, en parte criticada y en parte desarrollada de modo diferenciado, en cuanto el aspecto de participación material debe ser distinto del aspecto de participación procesal. La doctrina y la jurisprudencia sobre el problema de la participación en los derechos fundamentales se han ampliado enormemente desde el año 1971 en adelante ¹¹⁴.

Aquí no interesa profundizar esta discusión ¹¹⁵. Debe ser suficiente con indicar que la dimensión participativa representa un aspecto de la mutación de la teoría de los derechos fundamentales en el ámbito de la doctrina de su «polidimensionalidad» ¹¹⁶, mutación que pertenece, cual punto de vista parcial, a la imagen integral de las actuales libertades fundamentales. En otros términos: el aspecto del Estado asistencial o del derecho de prestación –en sus aspectos materiales y procesales– pertenece a los elementos que

contribuyen a determinar el contenido y los límites de los derechos fundamentales. Para decirlo con la terminología del artículo 19º, inciso 2) GG: ellos derivan de aquella interpretación de la Constitución y de los derechos fundamentales que fue propuesta en 1971 y en todo caso del punto de vista aquí sostenido. Que la problemática de la participación permanezca controvertida ¹¹⁷ no se opone al modelo aquí propugnado, antes bien confirma la vitalidad de la discusión científica. Si el artículo 19º, inciso 2) GG, por cuanto nos es dado saber, no ha sido utilizado como básico por ningún lado (ni siquiera por la jurisprudencia) ¹¹⁸, entonces ello es una confirmación de la tesis de su «significado meramente declarativo».

Una mirada atrás en el tiempo sobre el desarrollo de la dimensión participativa: la realización dinámica y cooperativa de los derechos fundamentales a través de los políticos de los derechos fundamentales (el legislador), a través de la doctrina y las Cortes judiciales

El período que va de 1971 a 1982 es demasiado breve para que ya hoy pueda ser objeto de una pequeña «historia de los derechos fundamentales». Si alguna vez ella tuviera que ser escrita, entonces una de sus partes debería ser dedicada a la lucha de los derechos fundamentales de la *Grundgesetz* por la dimensión participativa. En efecto, esta lucha bien representa causas y contextos del surgimiento de nuevos aspectos de los derechos fundamentales en la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución (en este caso, de los derechos fundamentales), y es todavía bien representativa de aquellos que participan en estos procesos, especialmente en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, y de su «arte», consistente en enriquecer los textos jurídicos sobre los derechos fundamentales con nuevos componentes y funciones.

Algunas indicaciones pueden bastar para calar el problema relativo al componente participativo de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, en el “ropaje” de una parte de la historia

de los derechos fundamentales. En particular, se quiere demostrar con un ejemplo concreto la tesis en general aquí desarrollada sobre el desenvolvimiento de los derechos fundamentales: en una perspectiva de historia de la doctrina y de la jurisprudencia. El impulso científico del Congreso de Regensburg (1971) parte de un cambio de las concepciones del Estado y de la necesidad de una ulterior tutela de los derechos fundamentales con la ayuda de una dogmática progresiva de los mismos. A este impulso sirvió un inventario efectuado bajo la óptica de una "ciencia de la realidad" (por ejemplo las "leyes de prestación", llamadas así, con toda seguridad, por primera vez)¹¹⁹; la "realidad social" con su relevancia para la dogmática de los derechos fundamentales es uno de los temas que recurren en todas las controversias relativas a esta última¹²⁰.

Con todo ello los textos de la *Grundgesetz* permanecen los mismos. Sobre todo, la cláusula de la dignidad humana del artículo 1º, inciso 1), y el principio de igualdad del artículo 3º, GG, así como también los principios del Estado social y democrático fueron, sin embargo, acentuados de manera tal de hacer merecedor de discusión «el aspecto relativo al Estado de prestaciones» (*Leistungsstaat*) de los derechos fundamentales. También si el Tribunal Federal Administrativo (decisión 27, p. 360) había tenido una actitud pionera, el Tribunal Constitucional Federal, en su primera sentencia sobre el *numerus clausus* (decisión 33, p. 303), retomó la propuesta de discusión del Congreso de Regensburg en relación al mérito de la cuestión que estaba tratando –hasta el punto de recoger de allí varios pasajes–¹²¹. Ello dio un posterior impulso a las propuestas teóricas, ya estimuladas por la actualidad del tema, con referencia al hecho de que muchos jóvenes ciudadanos eran afectados por el *numerus clausus*. El «impulso de actualidad» permaneció también en los años siguientes, en los que la doctrina publicista y las Cortes (especialmente el Tribunal Constitucional Federal) se dedicaron a "corregir" en los procesos del *trial and error* o a diferenciar una teoría tal vez demasiado avanzada y muy acentuada. Todavía hoy nos encontramos en el curso de estos desarrollos.

El Tribunal Constitucional Federal usa continuamente el concepto de «participación»¹²² y la doctrina suministra sus contribuciones interpretativas, bastante diversas y controvertidas entre sí: en el comentario de la jurisprudencia, pero también en el desarrollo y en el afinamiento de las líneas surgidas hasta ahora. Sobre todo todavía deben ser formuladas doctrinas específicas para las diversas dimensiones de participación, de acuerdo a cada uno de los derechos fundamentales.

En 1971, el problema de los derechos de participación fue desarrollado, aunque todavía no desde una perspectiva comparatista, todavía no en referencia a los pactos sobre los derechos del hombre de 1966. La literatura sucesiva ha remediado esto, sobre todo la monografía suiza de J. P. Müller¹²³, especialmente con referencia a la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre y a las otras convenciones internacionales. De este modo, ahora está preparado el terreno para discutir en el plano abstracto (y con los ejemplos) el problema de la participación en los derechos fundamentales en el *Estado constitucional* democrático (y consagrado a la «cooperación» internacional). Justamente Suiza debería dedicarse sobre el terreno científico a semejantes cuestiones relativas a los derechos fundamentales, puesto que, con motivo de la proyectada revisión total de su Constitución Federal y de algunas Constituciones cantonales, se puso y se pone todavía la cuestión sobre cómo debe ser tratado textualmente el problema de los derechos de participación (*Teilhaberechte*). Antes de pasar a la fase constituyente se consultó entonces nuevamente la doctrina¹²⁴.

De estos “pasajes” se debe deducir lo que es paradigmático para el desarrollo de nuevas direcciones de los derechos fundamentales en un Estado constitucional: en consideración de una realidad cambiada o de nuevas necesidades del hombre, los «protagonistas» se aplican: el legislador, (aquí bajo la forma de leyes de prestación), la jurisprudencia (el Tribunal Constitucional Federal y el Tribunal Administrativo Federal), los estudiosos nacionales y extranjeros de los derechos fundamentales –a veces en una suerte de procesión de

Pentecostés de Echternach), se aplican, decía, para desprender nuevos componentes ¹²⁵ al viejo texto. Al inicio de los años setenta, además, el «idealismo de las reformas» de una sociedad que disponía todavía de medios financieros suficientes, pudo haber sido de ayuda a los autores ¹²⁶, impulsándose más adelante en la afirmación de la dimensión participativa. En efecto, los problemas relativos a la participación se resuelven más fácilmente en los períodos de crecimiento económico antes que en los períodos de depresión.

El cerco se cierra cuando el legislador suizo se impone el problema de la participación ¹²⁷ (obviamente, la situación es distinta en Argovia y en Jura). La obra colectiva de todos los protagonistas mencionados se ha fijado y objetivizado textualmente sin que el nuevo texto constitucional pueda y deba ser el estadio final del desarrollo de los derechos fundamentales. El tipo Estado constitucional, sin embargo, ha recorrido una ulterior e importante etapa en el proceso de desarrollo histórico de los derechos fundamentales, por más amplio que sea el margen de variación de las posibles versiones del texto, y la doctrina constitucional de los derechos fundamentales no tiene en todo ello una parte secundaria. Naturalmente, falta todavía la elaboración de una dogmática de los derechos fundamentales de participación. Más adelante será delineada para el futuro en el ámbito de una comparación jurídica de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, así como aquí ha sido reevocada una parte de la historia social de los derechos fundamentales.

La participación procesal en particular: el status activus processualis del hombre en el Estado constitucional

El aspecto de participación procesal es el otro componente de la actual problemática de los derechos fundamentales en el Estado constitucional. También aquí no se quieren representar detalladamente los pro y los contra de la literatura. Más bien se recordará brevemente el «surgir» de este “aspecto” de los derechos fundamentales, sin que lo precediera un cambio en sus argumentos, en cuanto

obra de la doctrina y de la jurisprudencia en el curso del tiempo. También aquí, estas últimas cumplen un rol de primer plano y dan el paso como protagonistas a un proceso de desarrollo «cooperativo» y «dinámico» de los derechos fundamentales. También aquí se pueden estudiar las posibilidades creativas y productivas de las fuerzas interpretativas representadas por la doctrina y la jurisprudencia, que creaban discordia en torno a los textos que permanecen siempre iguales a sí mismos. También en este contexto, la historia de la doctrina y de la jurisprudencia, en el tema de los derechos fundamentales, deviene en el paradigma para el proceso de desarrollo de nuevas dimensiones de los derechos, como un pedazo del fenómeno de ampliación del radio de acción en garantía de los derechos fundamentales. Y también aquí, en fin, el desarrollo se produce sin tocar el artículo 19º, inciso 2), GG.

La sentencia del Tribunal Constitucional Federal (24, p. 367)¹²⁸, que es siempre más reconocida como una *leading decision*, es un primer acto judicial en dirección de una «tutela de los derechos fundamentales a través del proceso». Un punto provisional¹²⁹ de arriba es la decisión 53, p. 30 –Mühlheim/Kärlich– del Tribunal Constitucional Federal, si bien ella revela una «imagen de dos caras»: en el voto de la mayoría y en la *dissenting opinion* Simon/Heußner (ibid., pp. 69 ss.). También la afortunada creación del término «tutela dinámica de los derechos fundamentales» pertenece igualmente a este contexto.

En el plano de los *Länder* se puede agregar paralelamente el desarrollo de la obligación constitucional de ser escuchado (*verfassungsrechtliches Anhörgebot*), partiendo del contenido esencial de la autonomía administrativa comunal¹³⁰.

Sucesivamente, pero junto a estos resultados de la jurisprudencia, que hoy se diferencia sólo por ciertas sutilezas y que se ha consolidado en el sentido indicado por los procesos judiciales antes precisados, se desarrollan los proyectos teóricos y las discusiones de la doctrina¹³¹. En la perspectiva de una teoría de los derechos

fundamentales procesales, en el Congreso de Regensburg fueron adelantadas ¹³² y después desarrolladas ¹³³ ciertas propuestas sobre el *status activus processualis*. El autor de este trabajo mantiene su posición sobre ellas. La *dissenting opinion* Simon/Heußner ha retomado y recordado de manera evidente algunas de estas ideas (particularmente en la obra citada en la nota 132, p. 69), ya antes que Hesse ¹³⁴. En este lugar no intentamos hacer una historia detallada de la recepción de esta dirección de pensamiento ¹³⁵. Se pone cuidado en el hecho de que en el desarrollo del aspecto de participación procesal han cooperado propuestas teórico-científicas, contribuciones de las Cortes y también el diálogo entre los dos «protagonistas». También aquí los textos –interpretados– permanecieron idénticos, pero la nueva dimensión que de allí se ha desprendido ha desarrollado un notable impulso creativo. Ahora como antes permanecen ciertamente todavía muchas controversias. Esta tendencia, sin embargo, se ha afirmado. Todavía una vez más los intérpretes de los textos relativos a los derechos fundamentales se han demostrado «más inteligentes» que los textos mismos.

En cuanto concierne al contenido, la actualización del aspecto procesal puede ser insertada como un «nuevo componente» de la concepción de los derechos fundamentales del Estado constitucional. El planteamiento antropológico, por el cual el hombre (no sólo el ciudadano) ¹³⁶ debe ser tutelado de modo óptimo de las amenazas a su libertad, conduce necesariamente, en las condiciones actuales, hacia los “derechos fundamentales como garantías procesales”. Al artículo 1º, inciso 1), GG le corresponde en adelante una posición particular como «texto de base». Obra también en el sentido del desarrollo de un *status activus processualis* de Derecho procesal penal, y garantiza en adelante concretamente en el Derecho penal sustancial ¹³⁷, las posiciones mínimas de los derechos fundamentales a partir del perfil procesal. Algo análogo vale también para otros sectores específicos del Derecho, como, por ejemplo, el Derecho de familia ¹³⁸. Por lo demás, la sociedad abierta de los intérpretes de los derechos fundamentales desarrolla en el curso del tiempo una

interpretación procesal de la Constitución o de los derechos fundamentales, de acuerdo al planteamiento teórico de 1975 ¹³⁹.

El desarrollo casi dramático del aspecto procesal (*prozessual*) de los derechos fundamentales acontece independientemente de una referencia al artículo 19º, inciso 2), GG en cuanto tal; no obstante, en el fondo parte de la concepción de acuerdo a la cual la afirmación y la tutela procesal de un derecho fundamental pertenecen a su «esencia» ¹⁴⁰. En otros términos: la idea de una efectiva tutela jurídica procesal –desarrollada a partir de un determinado derecho fundamental, o del artículo 1º, inciso 1), GG, confrontado con los artículos 19º, inciso 4), y 103º, inciso 1), GG– se ha agregado al «contenido esencial» del derecho fundamental: la propiedad como procedimiento (*Verfahren*), la libertad de ciencia como procedimiento, la libertad de elegir profesión como procedimiento ¹⁴¹ significan también: al contenido esencial de la propiedad, de la libertad de ciencia y de la libertad de elección de profesión, corresponde la garantía de un efectivo procedimiento para la afirmación de estos derechos fundamentales. Los conocimientos que la jurisprudencia y la dogmática, la teoría y la práctica han obtenido en conjunto en los últimos años, se han convertido ahora en un aspecto del contenido esencial de los derechos fundamentales, aun cuando formalmente han sido elaborados sin referencia al artículo 19º, inciso 2), GG ¹⁴².

El aspecto procesal de los derechos fundamentales hace efectivos sus componentes sustanciales «de modo básico», no como una mera garantía conexa o complementaria: una garantía sólo sustancial de los derechos fundamentales sería en parte inútil. Así como el aspecto de Derecho objetivo se ha unido al aspecto de Derecho individual, el aspecto del Estado asistencial o del *Leistungsrecht* se ha unido a los aspectos de Derecho individual y objetivo, así como, en fin, el componente democrático se ha acercado al de la tutela privada, del mismo modo se ha unido un aspecto procesal a esta concepción plurilateral de los derechos fundamentales. A la luz de este descubrimiento, es necesario considerar seriamente la contro-

versia sobre el contenido esencial en el Estado constitucional: el contenido esencial de un derecho fundamental contiene su *status activus processualis* ¹⁴³. Así encuentra también confirmación la teoría que no se limita a excluir el contenido esencial de un derecho fundamental a la revisión (constitucional). Y ella adquiere significado sólo por esto, en cuanto conduce a un reforzamiento de la posición del derecho fundamental del individuo.

3.2.2. La dimensión corporativa de los derechos fundamentales: el *status activus corporativus*

De acuerdo al particular ámbito de vida regulado por los derechos fundamentales, la libertad multidimensional de estos últimos incluye un aspecto corporativo más o menos desarrollado: desde los derechos fundamentales que están expresamente referidos al individuo, como la libertad de opinión, pasando por la libertad de reunión, sindical y de los partidos, hasta el artículo 19º, inciso 3), GG, que eleva al grupo mismo a «titular del derecho fundamental». El hombre y ciudadano no se realiza sólo en el Estado constitucional, sino esencialmente también en los grupos (que «determinan» el pluralismo); en consecuencia, su libertad fundamental debe ser considerada «cooperativa» y corporativa ¹⁴⁴: la libertad fundamental como participación en los grupos. Si es cierta la tesis de Heller, de que la libertad deba siempre ser organizada en la realidad social, entonces ello significa ¹⁴⁵: una parte de esta «organización» ocurre mediante la formación y la obra de los grupos, mediante el desarrollo de la individualidad en el grupo, y, si es el caso, también contra los grupos. La «función social» de los derechos fundamentales, ya profundizada en el plano teórico ¹⁴⁶, es una fórmula que expresa también una concepción de los derechos orientada hacia la dimensión de los grupos. En otros términos: la libertad social, en la constitución del pluralismo, es también, si bien no sólo ello, una libertad organizada por grupos; no es pensable, en efecto, una real libertad sin actividad de grupo; la realidad social de los derechos fundamentales se realiza en parte sólo a través del derecho de los grupos ¹⁴⁷.

Ello significa que ya la dogmática general de los derechos fundamentales debe plantear su discurso corporativamente, el cual no puede presentarse sólo limitadamente con referencia a la doctrina sobre aquellos derechos fundamentales que tradicionalmente y ya desde un punto de vista textual hacen referencia al grupo ¹⁴⁸. El momento corporativo de la libertad humana debe ser colocado, por así decirlo, «delante del paréntesis», así como la «referencia social», el aspecto objetivo, el procesal y el del Estado social, poco a poco han sido incluidos en la dogmática general de los derechos fundamentales, hecha más rica en perspectiva, y así como el aspecto cultural está hoy a la orden del día. El aspecto corporativo consiste, sea en la libertad de desarrollo cooperativo de la personalidad individual en el grupo y a través del grupo, sea en la libertad de los individuos de desarrollarse cooperativamente en cuanto grupo. Los derechos fundamentales hacen posible la libertad de formación y de actividad del grupo, pero no de modo complementario, bajo la forma de libertad de asociación, coalición y reunión ¹⁴⁹, sino que la hacen posible *in nuce*, ya en el derecho fundamental al libre y pleno desarrollo de la personalidad humana y en la garantía de la dignidad humana. En efecto, el uno y la otra necesitan en parte de los grupos. Por más que el actuar común en el grupo aumente las posibilidades de operar del individuo, desde el punto de vista de los derechos fundamentales este actuar se encuentra ya inserto en la libertad del individuo, puesto que ya está siempre parcialmente “organizada” por la libre formación y actividad de los grupos. Las libertades garantizadas por los derechos fundamentales no son del todo libertades «naturales» ¹⁵⁰, así como igualmente, en el contexto cultural de una comunidad, no existe una libertad sin grupos.

Algunos ejemplos: ¡el derecho fundamental derivado del artículo 4º, GG, posee originariamente una referencia al grupo, o, mejor dicho, una dimensión pluralista! ¹⁵¹ ¡Se realiza también en el grupo, en su dinámica, a través de la formación y el desarrollo de los grupos ¹⁵²! Otro tanto puede decirse de la libertad de opinión que emerge del artículo 5º, GG. Intrínsecamente ella tiene una función «social y de formación del grupo» ¹⁵³.

También derechos fundamentales como la propiedad derivada del artículo 14º, GG, poseen potencial y actualmente una referencia al grupo, en razón de que hoy la propiedad se realiza, a menudo, sólo colectivamente mediante la formación y la tutela de los grupos (por ejemplo, en el Derecho comercial y de la economía) ¹⁵⁴. La libertad sindical y la libertad de asociación, en fin, son tan fuertemente «corporativas» que la tarea actual de la doctrina consiste constantemente en evidenciar el momento del grupo (pero también en tutelar la libertad individual).

El nexa compromisorio entre las libertades fundamentales y su aspecto corporativo se revela muy claramente en el Derecho constitucional de la economía, en los artículos 9º, inciso 3), y 12º, GG. La libertad de elección de la profesión, entendida como derecho fundamental del hombre que trabaja, deviene, por ello, real y principalmente a través de la libertad sindical, y de particular modo, a través de su aspecto corporativo. El aspecto de la realización de la personalidad del artículo 9º, inciso 3), GG es, en fin, factible sólo en forma de grupo ¹⁵⁵. Esta dimensión colectiva forma una parte de la libertad (sin que aquí se pueda olvidar la tutela de la libertad individual frente al sindicato). La dignidad humana sobre el puesto de trabajo y el desarrollo de la personalidad a través del trabajo tienen la posibilidad de realizarse y actuarse esencialmente a través del aspecto corporativo de la libertad sindical. El grupo social «sindicato» o, si se quiere, la colectividad de los «sindicatos» y su libertad, son una condición para la libertad del hombre que trabaja en la democracia pluralista.

Una variedad de ulteriores formaciones sociales hace efectiva la libertad de elección de profesión del individuo en la vida social: asociaciones de prestadores de trabajo ¹⁵⁶, órdenes profesionales, asociaciones y grupos económicos desarrollan muchas actividades ¹⁵⁷; estos intereses profesionales constituyen «intereses conexos a derechos fundamentales», en el sentido aquí entendido. Bajo una interpretación realista ello significa, para la libertad de elección de la profesión del artículo 12º GG, que el momento de grupo y cor-

porativo, que activa este derecho fundamental, ya está ínsito en el mismo. El hecho de que los artículos 9º, inciso 1) ¹⁵⁸ e inciso 3), y 19º, inciso 3), GG, estén regulados separadamente no puede, en todo caso, esconder la originaria estructura referida al grupo del artículo 12º, GG.

El Derecho constitucional de la cultura (*Kulturverfassungsrecht*) surge, sin embargo, de la formación y de la operación de «comunidades internas al Estado», de formas colectivas de realización de la libertad cultural del ciudadano. En el Derecho eclesiástico ello siempre ha sido evidente. Aquí el aspecto corporativo, bajo la forma de estructura de Derecho público de las iglesias y de otras confesiones religiosas, posee, desde luego, el amplio espesor de la “organización” corporativa; a ello se añade que los textos constitucionales mencionan también a las «asociaciones religiosas» (por ejemplo, el artículo 98º de la Constitución de Danzica, de 1920-22) ¹⁵⁹. Hoy en día debería darse relevancia a las formas más libres y abiertas de la actividad colectiva al servicio de la libertad cultural: asociaciones culturales y organizaciones para el incentivo de la instrucción de los adultos, etc. Estas no podrían venir a menos sin una pérdida de libertad real. El pluralismo de los «portadores de cultura» (*der kulturelle Trägerpluralismus*) ¹⁶⁰ necesita, de modo particular, de los grupos; es justamente una característica del Derecho constitucional de la cultura inspirado en los principios de libertad ¹⁶¹. En todo caso, se debería realizar dogmáticamente el necesario íntimo nexo entre esta garantía general de la libertad de asociación, del artículo 9º, inciso 1), GG, y el Derecho constitucional de la cultura.

Si se pone de tal modo la dimensión corporativa, ya “a la raíz” de la libertad fundamental ¹⁶², entonces se pueden discutir «más radicalmente» las consecuencias: sobre todo desde el punto de vista de un Estado «abierto», de una sociedad estructurada y de las asociaciones en cuanto partes de ella. La colectividad pluralista se basa intrínsecamente sobre la libertad constituida corporativamente ¹⁶³. El ejercicio colectivo y organizado de esta libertad es un aspecto esencial de la misma.

La concepción «corporativa» o, si queremos, «dinámica y de grupo» de los derechos fundamentales, así demuestra ser uno de los aspectos de la estructura pluridimensional de los derechos fundamentales¹⁶⁴; es un punto provisional de arribo del desarrollo moderno de la dogmática y de la política de los derechos fundamentales, un desarrollo que ha partido de la teoría de la defensa por el Estado para llegar hasta la teoría del aspecto de derecho objetivo de los derechos fundamentales, y de aquí hasta la teoría del Estado asistencial; así ha tenido, entonces, un desarrollo que ha sido muy intenso. Todas las teorías susodichas suministran aspectos parciales; en el complejo cuadro general no son admitidas las absolutizaciones. En consideración de la naturaleza estructuralmente multidimensional de la libertad fundamental, se delinea una apertura a nuevas figuras dogmáticas: las estructuras de grupo en la libertad fundamental expresan la ampliación del radio de acción de tutela de los derechos fundamentales en la sociedad pluralista. El aspecto de grupo no quiere quitar nada a la libertad del ciudadano, pero —colocándose en una óptica realista— la quiere hacer efectiva. Las otras dimensiones de los derechos fundamentales (como aquella negativa de defensa por parte del Estado, la dimensión objetivo-institucional y la dimensión del Estado asistencial y del derecho de prestación) no se encuentran simplemente al lado de la dimensión corporativa, sino que son conexas a ésta en más de un aspecto. Por ejemplo, el *status negativus* de la libertad fundamental garantiza el *status corporativus*, en cuanto el individuo en el grupo mantiene también el susodicho *status negativus*, y la libertad misma está tutelada también frente al Estado. Los momentos del derecho de prestación en el Estado asistencial sostienen el aspecto corporativo de la libertad fundamental; por ejemplo, bajo la forma de reforzamientos procesales¹⁶⁵.

Esta doctrina «general» de la referencia al grupo de la libertad fundamental va, por lo tanto, diferenciada en relación a los ámbitos específicos: de acuerdo a los diversos ámbitos de la vida, la estructura «corporativa» es materialmente más moderada o más densa,

más parcial o más comprensiva ¹⁶⁶. Según cada caso, es también más fuerte el "aspecto" individual que, ahora como antes, mantiene su importancia: cuanto más la libertad individual necesita de la realización a través de los grupos, tanto más el ordenamiento jurídico debe cuidar que el individuo no sea superado en el grupo y por el grupo: la individualización de la dimensión de grupo no quiere dejar los derechos fundamentales del individuo en poder del grupo; más bien sólo quiere hacer efectiva su libertad también gracias a los grupos ¹⁶⁷. En las garantías de los derechos fundamentales los diversos aspectos llegan a formar un todo: el *status activus* y *negativus*, el *status passivus* y *corporativus*. El «dosaje» puede variar de acuerdo al particular derecho fundamental, pero en ninguno de estos se pierde del todo un determinado aspecto.

3.2.3. La dimensión generacional de los derechos fundamentales

Partiendo de la idea de la tutela de la persona ¹⁶⁸, que está en la base de la obra común de ampliación de las diversas funciones y dimensiones de los derechos fundamentales desarrollada por la política, por la teoría científica, por la casuística jurisprudencial, en el futuro una «nueva» dimensión de los derechos fundamentales debería adquirir una mayor actualidad: la generacional. Determinados derechos fundamentales no tutelan sólo a una persona en particular, un solo individuo durante la (limitada) duración de su vida; más bien tutelan abstractamente a una entera generación futura, a la consecución de generaciones de hombres y ciudadanos como una "unidad" todavía indiferenciada. Esta ampliación de la tutela de los derechos fundamentales posee un componente *temporal* y un componente *personal*: por «temporal» se entiende «el efecto anticipado» ¹⁶⁹ de los derechos fundamentales con referencia a los embrionarios titulares de los mismos; desde un punto de vista personal podría resultar la necesidad de una tutela «suprapersonal» de los derechos fundamentales, puesto que una completa –futura– generación está ya hoy *culturalmente* (y, por lo tanto, también jurídicamente), necesitada de tutela ¹⁷⁰.

Por más que pueda parecer extraño el hecho de que sea ampliado el ámbito de las tradicionales dimensiones de los derechos fundamentales hasta comprender también aquella referida a las generaciones, es oportuno relevar que existen en todo caso indicaciones, en tal sentido, ya en las actuales teoría y práctica de los derechos fundamentales. ¿El efecto anticipado y sucesivo en la dimensión temporal es conocido bajo el problema «tutela de la dignidad del hombre más allá de la muerte»? ¹⁷¹. Así como, sobre este perfil, el artículo 1º, inciso 1), GG tiene un limitado efecto sucesivo, hasta la decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre el párrafo 218 (decisión 39, p. 1) existe un limitado «efecto anticipado» de los derechos fundamentales en el interés de los concebidos: el artículo 2º, inciso 2), GG, establece un correspondiente efecto de tutela. Partiendo de este planteamiento, el Tribunal Constitucional Federal, paso tras paso, ha desarrollado ampliamente la tesis de una obligación de tutela a cargo del Estado ¹⁷². Se debería continuar procediendo en este sentido. En el Derecho de la energía atómica ¹⁷³, por ejemplo, se coloca, en lo concerniente al problema de la desaparición de los desperdicios, de modo muy agudo el problema de los derechos fundamentales en el curso del tiempo: con la mirada vuelta a las futuras generaciones como «posteridad» ¹⁷⁴. Un perfil análogo vale para la cuestión del Derecho financiero-constitucional relativa a los eventuales límites para la asunción de deudas por parte del Estado: las generaciones futuras no pueden verse gravadas más allá de la medida haciendo vivir a la actual a expensas de aquéllas ¹⁷⁵.

Esta exigencia de extensión de las garantías constitucionales a la tutela de las generaciones futuras puede ser en parte satisfecha por los derechos fundamentales. Planteamientos, en tal sentido, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, se encuentran con referencia a los artículos 5º, inciso 3), 12 y 14, GG ¹⁷⁶. En todo caso, se tiene que valorar seriamente si una concepción avanzada de los derechos fundamentales y una teoría que la «traduzca» en ciencia (o viceversa) deban aquí partir a su vez de «nuevas lides», por más que la construcción dogmática pueda ser difícil en el caso particular.

Si los problemas de los derechos fundamentales –como aquellos relativos a la Constitución y a la democracia en general¹⁷⁷– se consideran mayormente en la medida de la dimensión temporal de un pueblo, que así evoluciona en el sucederse de generaciones y en su cultura (política), y que es «administrador fiduciario» de su futuro en el sentido de la “idea del *trust*”, entonces ello parece, sin duda, posible. Observado el todo más de cerca, se advierte que ya existen ahora en la Constitución los institutos que encaminan en esa dirección: por ejemplo, la tutela de las minorías políticas y culturales y de su identidad¹⁷⁸. Obviamente existe también un «*trend* inverso»: intrínsecamente la propiedad de los bienes inmateriales, en cuanto «bienes espirituales», está limitada en el tiempo, además de estar fuertemente ligada al tiempo como factor cultural de un determinado período histórico¹⁷⁹. Por más que, por ejemplo, la garantía de la propiedad sobre los bienes materiales –temporalmente– extiende la «cosa» más allá de la persona, la posibilidad de una tasación particular propia del heredero (confrontar el Art. 154°, inciso 2), de la Constitución de la República de Weimar; Art. 45°, inciso 4), cp. 2, de la Constitución de Assia; Art. 123°, inciso 3), de la Constitución bávara) también hace reconocer en el Estado constitucional democrático una tendencia contrapuesta hacia una menor tutela del derecho fundamental «en una perspectiva temporal». A la inversa, ¡la tutela de los monumentos (Art. 150° de la Constitución de la República de Weimar; Art. 141°, inciso 1), de la Constitución bávara de 1946) es una extensión del *status quo* –referido a la cultura– de la tutela de la propiedad en el tiempo.

Por último, el planteamiento de *ciencia de la cultura*¹⁸⁰ podría ser, en la concepción de los derechos fundamentales, el punto de vista que permita los desarrollos, mientras que el planteamiento tradicional, «*reinjuristisch*» [“puro del Derecho”] y dogmático no es del todo suficiente para elaborar una tutela intensiva de los derechos fundamentales en el tiempo. Ello se demuestra no sólo gracias a la «jurisprudencia sobre el Estado de cultura» del Tribunal Constitucional Federal, sino que se deriva también del hecho de que la

responsabilidad en la formación del Derecho es, en definitiva, una responsabilidad cultural del (y en el) Estado constitucional democrático; una responsabilidad que, antes que todo, es percibida como tal y que debe ser resuelta jurídicamente.

Así deviene reconocible un aspecto particular del contrato social o generacional, relevante para los derechos fundamentales: la libertad fundamental que *hoy* se conquista, vive y realiza, determina también la libertad de las próximas generaciones, para bien o para mal.

Una situación integral altamente liberal bajo el perfil de la cultura de los derechos fundamentales, comprendiendo también el necesario «marco de orientación»¹⁸¹, conduce –aun constatando el dato textual– a un *exceso* de libertad para las generaciones de hijos y nietos. Obviamente, ellos pueden mejorar o poner en riesgo la propia libertad. La herencia de libertad que se les deja es, sin embargo, antes que todo, el punto de partida para las potencialidades y realidades de sus derechos fundamentales.

3.2.4. La teoría científico-cultural de los derechos fundamentales

La problemática

Gracias a un planteamiento científico-cultural se descubre un nuevo «estrato» en el microcosmos o en el complejo contenido de los derechos fundamentales: ellos son contemplados como una «parte de la cultura». Expresan una cultura que ha concluido el proceso de su devenir, que se ha cristalizado en ellos, y constituyen el punto de partida de nuevos procesos culturales en el presente y en el futuro. Ambos aspectos caracterizan al Estado constitucional democrático, en el cual la libertad de la cultura y el compromiso del Estado en el campo de la cultura (*Kulturstaatlichkeit*) van juntas. En otra parte este aspecto ha sido elaborado con mayor precisión¹⁸². Aquí serán suficientes algunas indicaciones, por así decirlo, como

«registro» del hecho de que, en una teoría muy avanzada de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, el aspecto científico-cultural esta más construido y pertenece ya a las reflexiones sobre el «contenido esencial» de la libertad fundamental.

La «cuestión cultura» debe ser asociada sobre dos planos con los derechos fundamentales: más específicamente, sobre el referido a los así llamados «derechos fundamentales culturales»; más genéricamente, sobre el plano de los derechos fundamentales en su integridad.

A causa del principio de la autonomía de los *Länder* en el campo de la cultura, es mucho más provechosa una mirada a las Constituciones federales alemanas ¹⁸³, no sólo para descubrir ulteriores contenidos del Derecho constitucional de la cultura, bajo la forma de obligaciones impuestas por la Constitución o de competencias (por ejemplo, la instrucción de los adultos: artículo 139° de la Constitución bávara), de fines educativos (por ejemplo, el artículo 56° de la Constitución de Assia), de deberes de organización de la radiodifusión (Art. 111° a, inciso 1), cp. 3, de la Constitución bávara), de deberes del Estado y de los gobiernos locales de promover el arte y la ciencia (por ejemplo, el artículo 140° de la Constitución bávara). En efecto, detrás de todos estos deberes y de todas estas competencias, se pueden determinar dogmáticamente aspectos culturales de los derechos fundamentales; en suma, las Constituciones de los *Länder* conducen a buenos resultados en la búsqueda de derechos fundamentales culturales expresados textualmente. Así, por ejemplo, cuando el artículo 4° de la Constitución de Bremen garantiza a todos el mismo derecho a la instrucción, o cuando el artículo 34°, inciso 2), cp. 2, de la Constitución de Saaland, recita: «la participación en los bienes culturales debe ser hecha posible a todos los estratos de la población». Esta disposición posee con toda seguridad otros tantos aspectos de derecho fundamental como la norma del artículo 26°, número 4, de la Constitución de Bremen, norma expresa en la forma de un fin educativo («La educación para participar en la vida cultural de la propia nación y de las naciones extranjeras»).

Aquí ya es evidente cuán necesaria es la obra común de la teoría y de la práctica de los derechos fundamentales por parte de la política, de la ciencia y de la jurisprudencia, para iluminar los aspectos de derecho fundamental en estos textos; una obra que debe desarrollarse partiendo de la ejecución de la cláusula del Estado de cultura. Una obra tanto más necesaria, en cuanto la *Grundgesetz* y las Constituciones de los *Länder*, para lo que concierne a los derechos fundamentales culturales, pertenecen a una precedente fase de desarrollo del Estado constitucional. Una mirada a los catálogos de los derechos fundamentales de las Constituciones más recientes (como las de Portugal, Grecia, España, Canadá y Suiza) ¹⁸⁴, por un lado, y en el ámbito internacional, por el otro, muestra, en efecto, que hoy se da mucho mayor peso a los derechos fundamentales culturales, tanto cuantitativa como cualitativamente. Dado que la elaboración sobre los derechos fundamentales en el interior del Estado constitucional se desarrolla bajo el signo del “Estado constitucional cooperativo”, esta dimensión comparatista hoy debe ser comprendida en la teoría y en la práctica de los derechos fundamentales. En perspectiva también el modelo alemán de “*Verfassungsstaat*” [“Estado constitucional”] debería acrecentarse en el futuro, por influencia “desde el exterior”, de derechos fundamentales culturales en una medida más marcada.

La visión panorámica siguiente debe ser entendida entonces como “trabajo preparatorio” para el camino futuro, en el interior de Alemania Federal hacia un desarrollo mayor de los derechos fundamentales culturales: sea que esto ocurra mediante los procesos formales de una nueva Constitución o mediante la revisión constitucional, sea mediante el desarrollo “cooperativo” y “dinámico”, en el mediano y lejano tiempo, de los derechos fundamentales a través de la ciencia (teoría) y la jurisprudencia constitucional (como *praxis*). Se trata, pues, de una anticipación, sobre el terreno particular de los derechos fundamentales culturales, de lo que más adelante se definirá, desde el punto de vista teórico, bajo el tema de “comparación jurídica como comparación cultural”. Las Constituciones

más recientes (y los proyectos de Constitución) de las democracias occidentales y las declaraciones internacionales sobre los derechos del hombre, darán los ejemplos. Los derechos fundamentales culturales deben ser discutidos en el "recinto conceptual" del concepto de derecho fundamental del Estado constitucional, de las diversas concepciones de los derechos fundamentales, de las determinaciones sustantivas y de los actores procesales, como también de las teorías generales y especiales.

Los derechos fundamentales culturales en el retículo conceptual de las doctrinas generales y especiales de los derechos fundamentales

1. Las reflexiones siguientes deben representar una suerte de test para las cuestiones políticas y de Derecho Constitucional relativas a la actuación de los derechos fundamentales e intentan mostrar cómo la reflexión sobre los derechos fundamentales en el Estado constitucional puede operar, y en parte ya lo ha hecho, en un campo específico y por muchos lados nuevos: bajo el signo del Estado de cultura.

El ámbito material y funcional "cultura" es el terreno desde el cual surgen los derechos fundamentales culturales. Antes que todo, ese ámbito puede ser determinado partiendo de la distinción del ámbito político, económico y social. Cuanto más ardua es una definición positiva de la "cultura" ¹⁸⁵, tanto más la presuponen como obvia aquellos nuevos textos constitucionales que hacen referencia a la "cultura" sin ulterior definición. La Constitución de Portugal (1976) ¹⁸⁶ es emblemática en este sentido; de otra parte, se trata de una Constitución "joven" que demuestra gran inventiva en lo concerniente a la cultura, y que aparece cuantitativa y cualitativamente rica en el campo del Derecho constitucional de la cultura, y rica en diversos perfiles, sea desde el punto de vista estatal (de las competencias). En parte, ello podría ser la causa del hecho de que el Portugal, en su camino hacia el Estado constitucional, debió llevar a cabo una "pequeña revolución cultural". El artículo 73º,

inciso 1), recita: «Cada cual tienen el derecho a la instrucción y a la cultura». El inciso 2) garantiza a todos, en particular a los trabajadores, «la posibilidad de disfrutar de la cultura y de desarrollarse en el terreno cultural». Tales cláusulas generales y fundamentales sobre la cultura se hallan ya bajo la forma de un “derecho a la participación” también en el artículo 44º, inciso 1) de la Constitución española de 1978¹⁸⁷; tal aspecto se halla también, pero mayormente desde el punto de vista de un derecho de defensa (*Abwehrrecht*), en el capítulo 2, párrafo 2, cp. 1, de la Constitución sueca de 1975¹⁸⁸, pero también en el proyecto suizo de Constitución de 1977, acá obviamente más desde el aspecto estatal y de las competencias, por lo tanto partiendo de la “política de la cultura”¹⁸⁹. En el sentido de semejante generalísima comprensión de la cultura en el interior del Estado constitucional bajo la forma y el ropaje de derecho fundamental, podría haber cumplido un rol central el artículo 27º, número 1 de la Declaración General de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas del año 1948¹⁹⁰.

Ambitos parciales y más específicos de un derecho fundamental general a la cultura o, mejor dicho, a la “libertad cultural”, se encuentran ya de modo clásico, por ejemplo, en el artículo 5º, inciso 3) de la *Grundgesetz*, pero también –y en parte reelaborados– en textos más recientes. Así, el artículo 20º, inciso 1) b y c, de la Constitución española, garantiza el «derecho a la producción y a las creaciones literarias, artísticas, científicas y técnicas» o el «derecho a la libertad de enseñanza»; el proyecto de Constitución suiza (1977) dispone en el artículo 14º: «La enseñanza y la investigación científica y la actividad artística son libres». Como temas “nuevos”, objeto de derechos fundamentales específicos, se pueden individualizar –junto a la “libertad para instruirse” del artículo 43º, inciso 1), de la Constitución de Portugal–, sobre todo, el derecho a la educación (Art. 27º, inciso 1), de la Constitución española). A este último lo antecedió el artículo 13º, inciso 1), del ya mencionado pacto sobre los derechos del hombre, en cuanto en los dictámenes de éste, los Estados signatarios reconocen «el derecho de cualquiera a la instrucción».

Una novedad notable en el cuadro general del catálogo de los derechos fundamentales culturales es alcanzada por el artículo 42° de la Constitución de Portugal. Se intitula *libertad del desarrollo cultural*, y en tal sentido parece ser una suerte de “libertad general para obrar” (parangonable al artículo 2°, inciso 1), GG) sobre el plano cultural ¹⁹¹. El texto mismo menciona, sin embargo, al inciso 1) en términos parciales : «El desarrollo espiritual artístico y científico es libre».

Sin embargo, la norma podría devenir en la práctica un *derecho fundamental cultural condensador*. Desde un punto de vista de la política de los derechos fundamentales, tales cláusulas generales culturales son recomendables si se formulan con un estilo ejemplificativo, puesto que de tal modo ellas permanecen abiertas a desarrollos ulteriores; son también más claras que un derecho de acceso a la vida cultural (confrontar el Art. 36° inciso 1) del proyecto de Constitución suiza), puesto que este último se circunscribe a una sola función, el aspecto de participación, sin mencionar separadamente, en cambio, el del derecho de defensa en el campo cultural. También él, en efecto, mantiene su importancia.

Si los derechos culturales generales y particulares, en la tradición del Estado Constitucional, son casi siempre “derechos garantizados a cualquiera” (Jedermann-Rechte), sobre este punto, sin embargo, la Constitución de Portugal aporta una modificación peculiar, en cuanto se refiere particularmente a los trabajadores. Característico es el artículo 43°, inciso 3):

«El Estado incentivará la democratización de la cultura y creará estímulos y garantías para el acceso de todos los ciudadanos y en particular de los trabajadores, al disfrute de la cultura y al desarrollo cultural [...]»

Sobre el fondo de la situación tradicional de desventaja de la clase trabajadora portuguesa, ello puede estar ciertamente explicado y justificado.

Por el contrario, los jóvenes, como titulares de lustre de los derechos fundamentales culturales (y como “interlocutores” de la política cultural del Estado), deberían ser más familiares al Estado constitucional fundamental. Ellos se encuentran mencionados en el artículo 70º, inciso 1), de la Constitución portuguesa ¹⁹²; en el artículo 48º de la Constitución española ¹⁹³, pero también –indirectamente– en las Constituciones de los *Länder* alemanes ¹⁹⁴. Aunque tienen relación sobre todo con el perfil de las competencias, pero no están privados de relevancia también bajo el perfil de los derechos fundamentales, igualmente los fines educativos e instructivos pertenecen a este contexto ¹⁹⁵; es ejemplar, por ejemplo, el artículo 28º, número 4, de la Constitución de Bremen (“la educación y la participación en la vida cultural del propio pueblo y en la de los pueblos extranjeros”). Además al dirigirse a los jóvenes del Estado de cultura hace *pendant* materialmente la instrucción de los adultos (por ejemplo, de acuerdo al Art. 139º de la Constitución bávara), y también la “formación del pueblo” (Art. 37º de la Constitución Renania-Palatinado).

2. Un segundo ámbito de problemas relativos a los derechos fundamentales culturales en el Estado constitucional es colocado por la cuestión acerca de sus dimensiones y su modo de ser. ¿Con cuál fórmula textual deben ser garantizados?, ¿cuáles derechos fundamentales y cuál habrá de ser la orientación de la tutela?. Ya una superficial sinopsis de los textos examinados hasta ahora muestra que pueden recorrer diversas funciones de los derechos fundamentales culturales vale también en el ámbito cultural. Una comparación en el interior del tipo del Estado constitucional democrático permite individualizar un gran número de fórmulas de los derechos fundamentales culturales, y deja suponer que la respectiva fragmentaria versión, a menudo determinada por razones históricas, por ejemplo, en una sola forma, no deba necesariamente ser, en el término medio, ni la última palabra ni el último acto en una “Constitución viviente”. La contribución política, científica y judicial, sea del legislador, sea de la comunidad científica, sea de las

cortes constitucionales ¹⁹⁶, pueden integrar en el término medio la “formulación” ocasional de un derecho fundamental cultural, como, por ejemplo, “el derecho al acceso”, también con otras direcciones de tutela (como la del derecho de defensa). Así, el Tribunal Constitucional Federal en su “jurisprudencia sobre el Estado de cultura”, ha elaborado un derecho de acceso a los bienes culturales, que se desarrolla por la “*Gemeinwohljudikatur*” [“jurisprudencia del bien común”], no obstante que la *Grundgesetz* no haya expresado nunca textualmente tal aspecto (decisiones 31, p. 229, principio 3; 49, p. 382, del Tribunal Constitucional Federal).

El espectro va desde el derecho fundamental cultural, entendido como Derecho subjetivo de defensa, pasando por la forma institucional de Derecho objetivo, hasta el derecho de participación y el derecho a la tutela cultural, y ello corresponde a las diversas teorías generales alemanas de los derechos fundamentales. “En contraposición” a ello, se suman además, en gran número –del lado estatal y organizativo– normas sobre las competencias, garantías institucionales y obligaciones constitucionales del legislador y de la administración en el campo de la cultura. Son, por otro lado, combinaciones individualizables y formas mixtas ¹⁹⁷.

En suma, en el Estado constitucional democrático resulta existir un complicado *ensemble* de posibles versiones textuales para los derechos fundamentales culturales, de garantías análogas a los derechos fundamentales culturales, que en seguida deberán ser sistematizadas con ejemplos y enriquecidos con las perspectivas ofrecidas por los textos internacionales. En este contexto deviene reconocible una relación de *correspondencia* entre el arsenal científico de teorías multifuncionales de los derechos fundamentales y posibilidades ya anotadas en los textos constitucionales.

También la problemática de los límites, diversa de acuerdo a la dimensión del derecho fundamental, será aquí tratada, aún cuando brevemente. Igualmente diversa es la actividad de las “instancias”, que según los casos se ven implicadas en la realización de los dere-

chos fundamentales en el campo de la cultura: legislador, jurisprudencia, ciencia, pero también otras en el cuadro general del *pluralismo de los portadores de cultura*: municipalidades, asociaciones, iglesias, padres, etc. Esto ya conduce a un "concepto abierto de cultura".

La libertad cultural se halla tutelada —en los diversos sectores— como derecho subjetivo de defensa, por ejemplo, en el artículo 14º del proyecto de Constitución suiza: «La enseñanza y la investigación científica y la actividad artística son libres». El artículo 20º, inciso 1) b, de la Constitución española está formulado todavía más como un Derecho subjetivo ¹⁹⁸. Si bien en este campo raramente están regulados textualmente por los límites expresados en la Constitución o mediante específicas reservas de ley, ellos son elaborados por la ciencia y por la práctica, como demuestra la discusión sobre el artículo 5º, inciso 3) de la *Grundgesetz*. El párrafo 13 de la Constitución sueca (1975), sigue una vía particular: de modo similar a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (decisión 7, p. 198), se pretende, para la determinación de los límites, que se tenga presente la importancia de una libertad de palabra, la más amplia que sea posible, y de una libertad de información en cuestiones políticas, religiosas, sindicales, científicas y culturales.

Desde un punto de vista de Derecho objetivo e institucional está garantizado un específico derecho cultural, por ejemplo, en el artículo 5º, inciso 3), de la *Grundgesetz*; obviamente la jurisprudencia ha elaborado, en este derecho y con este derecho, simultáneamente, un derecho fundamental del artista y del científico como un derecho individual de libertad ¹⁹⁹. Otras nuevas Constituciones tienen una formulación similar a la del artículo 5º, inciso 3), GG ²⁰⁰.

Justamente, en tiempos recientes se puede encontrar, de un derecho fundamental cultural, aquella versión textual que da espacio al aspecto de *derecho a la participación*. En este contexto puede calzar el ejemplo de las convenciones internacionales sobre los derechos del hombre ²⁰¹. El espectro de las diversas técnicas de formulación es amplio. Va desde el derecho de acceso a la cultura

(Art. 44º, inciso 1), de la Constitución española; Art. 73º, inciso 3), de la Constitución portuguesa) ²⁰² hasta la obligación de incentivo confiada a los poderes públicos, a fin de que sean creados «los presupuestos para una libre y eficaz participación de los jóvenes en la vida política, social, económica y cultural» (Art. 48º de la Constitución española), introduciendo así también una referencia al grupo. En el artículo 36º, inciso 1), del proyecto de Constitución suiza (1977), la obligación de incentivo impuesta al Estado se refiere al acceso de cada uno a la vida cultural.

La irrenunciable barrera del aspecto participativo de los derechos fundamentales está regulada ejemplarmente en el párrafo 16 del proyecto de Constitución de Basel/Landschaft (1982), en un modo que recuerda la discusión general sobre la participación ²⁰³. Por los demás, la discriminación entre la garantía de la participación cultural y las cláusulas de tutela cultural es incierto. Es particularmente feliz la formulación del artículo 27º de la Constitución de Bremen (1947), relativa a un derecho fundamental cultural en razón de las propias capacidades ²⁰⁴. El artículo 34º, inciso 2), cp. 2, de la Constitución de Saarland puede fungir de ejemplo o de modelo ²⁰⁵. Un importantísimo reconocimiento de la idea de la participación cultural se recoge en el proceso de concretización del concepto de bien común que desarrolla el Tribunal Constitucional Federal (decisiones 31, p. 229; 49, p. 382): sin estar “sostenida” por un texto constitucional, ¡pero de manera no menos eficaz!

La garantía de un derecho fundamental cultural bajo la forma de garantías de protección de la cultura o deberes de incentivo y similares, se encuentra con relativa frecuencia, y estos últimos contienen implícitamente la garantía de un estándar mínimo de cultura. Sobre todo desde el punto de vista de las competencias, se pretenden aquí intensivamente determinadas actividades estatales que se dirijan a promover los derechos fundamentales culturales. Allí se dirige sobre todo al legislador, pero también al ejecutivo. El perfil del Derecho subjetivo permanece textualmente sobre el fondo. Sobre el plano de los efectos, sin embargo, tales garantías sirven igual-

mente a los derechos fundamentales culturales; se podría hablar de "obligaciones estatales relativas a los derechos fundamentales" ²⁰⁶. Se mencionan algunos ejemplos típicos. Será puesta en evidencia expresamente la categoría de las "cláusulas sobre el patrimonio cultural" ²⁰⁷.

Junto al mencionado artículo 73° de la Constitución portuguesa y junto al artículo 44° de la Constitución española, son frecuentes las cláusulas sobre la tutela del autor ²⁰⁸; otro tanto sucede con las disposiciones sobre la tutela de los monumentos y de la naturaleza; especialmente en Alemania ellas tienen cierta tradición (por ejemplo, el Art. 34°, inciso 2), de la Constitución de Saarland). También las cláusulas sobre el patrimonio cultural ²⁰⁹ pertenecen a este contexto, y lo mismo puede decirse de las cláusulas sobre el Estado de cultura ²¹⁰.

La tarea de incentivo cultural puede ser formulada poniendo el acento, ya en el perfil objetivo, ya en el subjetivo, o, a veces, en ambos ²¹¹. El artículo 34°, inciso 1), de la Constitución de Saarland recita, por medio de una formulación general: «La actividad cultural goza del incentivo estatal». De modo novedoso se describe la obligación de tutela del Estado cultural en el artículo 24°, inciso 1), de la Constitución griega ²¹². Una cláusula sobre el desarrollo cultural, en fin, se esconde en el artículo sobre las transmisiones radiotelevisivas de la Constitución griega ²¹³.

Los ejemplos muestran un rico conjunto de competencias estatales sobre la cultural, graduadas de diferentes modos y de relevancia más o menos intensa para los derechos fundamentales. El cuadro se completa si de los derechos fundamentales, que textualmente están formulados sólo en el sentido de un derecho de defensa o de un Derecho objetivo, se deducen también las garantías de tutela o, para decirlo con el Tribunal Constitucional Federal ²¹⁴, las «normas de principio decisivas para los valores».

En la realización de los derechos fundamentales garantizados en esta forma, el Estado de cultura, sea de nivel del legislador como

del poder ejecutivo, se encuentra en primer plano, pero así como pretende algo también de la jurisprudencia y de la doctrina ²¹⁵. La jurisprudencia debe introducir las garantías a través de su peculiar tarea interpretativa en los procesos de realización de los derechos fundamentales (como el Tribunal Constitucional Federal ha hecho ejemplarmente para el aspecto de la participación cultural en las decisiones 31, p. 229, y 49, p. 382), y la doctrina debe desarrollar un trabajo preparatorio.

Este conjunto textual de instrumentos de garantía, de tutela, de incentivo y de participación culturales remite, emblemáticamente, al problema general: para que los derechos fundamentales culturales tengan una posibilidad real de realización, y no permanezcan únicamente como una posibilidad formal, son necesarias actividades del Estado constitucional en el ámbito de la cultura. Si antes los derechos fundamentales eran reivindicados por el Estado asistencial ²¹⁶, es decir, en el Estado social, ahora lo son en el Estado de cultura. Doctrina y práctica se encuentran hoy ante la problemática, paralela a la del Congreso de Regensburg de 1971, de elaborar la participación cultural como tema de la dogmática de los derechos fundamentales ²¹⁷. En su jurisprudencia sobre el Estado de cultura ²¹⁸, de la cual hasta ahora sistemáticamente apenas se ha tomado cuenta, el Tribunal Constitucional Federal ya ha cumplido decisivamente un rol pionero.

En suma, el Estado Constitucional occidental es proclive a comprender el tema de la cultura partiendo del aspecto de los derechos fundamentales, como del de las competencias, y a actuarlo autónomamente junto a los temas de la política, la economía y lo social. Los procesos constituyentes preceden en este campo ampliamente a la elaboración doctrinal, especialmente a la doctrina alemana. Sobre todo bajo el vigor de la *Grundgesetz*, la dogmática de los derechos fundamentales está ajustada ahora como antes a las cuestiones del Estado social y a la problemática de los "derechos fundamentales" (sin la elaboración del referente cultural específico-

co) ²¹⁹: las cuestiones de Derecho constitucional de la cultura tienen todavía mucha necesidad de ser recuperadas.

3. Una categoría peculiar de disposiciones sobre los derechos fundamentales se encuentra en las cláusulas de realización, que en nuestro tiempo se hacen cada vez más frecuentes. Son reconocibles no únicamente, pero también con una mirada a los derechos fundamentales culturales ²²⁰, y pueden ser valorados como expresión de orientaciones que de tiempo atrás son observadas por la *Grundgesetz*, bajo la voz de la concretización y adquirida efectividad de los derechos fundamentales o de su dimensión y de su orientación hacia la realidad. Las cláusulas de realización se insertan no sólo con referencia a los derechos fundamentales de participación cultural, para los cuales dichas cláusulas son particularmente importantes, sino también —en algunos textos— para las otras dimensiones de los derechos fundamentales.

He aquí algunos ejemplos. Ya el artículo 28° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Hombre, de 1948, atribuye a todo hombre una «pretensión a un ordenamiento social e internacional, en el que los derechos y las libertades de la presente declaración puedan ser plenamente realizados». El artículo 15°, inciso 2), del mencionado pacto sobre los derechos del hombre, impone una obligación de realización referida a la participación cultural garantizada en el inciso 1) ²²¹. El artículo 48° de la Constitución española confía a los poderes públicos el encargo de incentivar los presupuestos para una libre y real participación de los jóvenes en la vida cultural ²²².

Por más que los constituyentes se esfuercen en asegurar una *real* posibilidad de realización a los derechos fundamentales culturales, la misma libertad cultural del ciudadano está amenazada, todavía, tan pronto como el Estado se ocupe concretamente de ello ²²³.

4. El último ámbito de problemas sobre los derechos fundamentales culturales concierne entonces a las garantías del *pluralismo* y de la *apertura del concepto de cultura*. El problema se ubica de tal

modo sólo para los derechos fundamentales culturales, no para los así llamados derechos “sociales”, y se torna la cuestión decisiva del Derecho constitucional de la cultura. Contrariamente a los Estados totalitarios, en este contexto deben vincularse libertades culturales individuales y competencias culturales del Estado de modo tal que la sociedad permanezca abierta a la “república” organizada según principios de libertad. La multiplicidad de la cultura consiste, en el Estado constitucional, en libertad y *estatalidad* de la cultura (*Kulturfreiheit und Kulturstaatlichkeit*). Los ejemplos extraídos de las Constituciones de las democracias occidentales aparecen a primera vista dispersos, pero es posible integrarlos en una sistemática provisional. Los Estados federales ofrecen una garantía particularmente incisiva sobre el plano de la efectividad de la multiplicidad (y libertad) de la cultura.

Distintas deben ser las garantías *materiales* del concepto abierto de cultura; de un lado, en forma *negativa* ²²⁴, del otro, en forma *positiva* ²²⁵. El pluralismo de los fines de instrucción y de educación pertenecen igualmente a este contexto ²²⁶ (Cfr. sobre todo el Art. 26º, número 4, de la Constitución de Bremen, y allí la tolerancia a la que alude el número 1) ²²⁷.

Encontramos disposiciones *procesales* en las leyes de incentivo cultural en Austria, que pretenden garantizar el pluralismo desde el punto de vista del procedimiento ²²⁸.

Las garantías del pluralismo de los portadores de cultura constituyen la última y difusa forma para garantizar además efectivamente un concepto abierto de cultura. Junto a la libertad individual cultural del individuo (también de los progenitores por cuanto concierne la educación de la prole ²²⁹), que naturalmente permanece como el elemento más importante del pluralismo, deben mencionarse aquí las garantías *corporativas* del derecho a la cultura, que tutelan, en razón de sus tareas culturales, asociaciones ²³⁰, instituciones ²³¹, como las escuelas privadas (Art. 7º, inciso 4), GG) y universidades, grupos religiosos, especialmente las iglesias (Art. 140º GG). También

se encuentra aquí una gran riqueza de modelos ²³² en el Estado constitucional. Singularmente y en conjunto, ellos constituyen el irrenunciable fundamento de la libertad cultural o de la apertura cultural en el Estado constitucional, pero también de una "cultura de la libertad".

5. Resumiendo, los modernos Estados constitucionales se distinguen o se "individualizan", entre otras cosas, también por el modo en el que en sus textos se acercan al problema de los "derechos fundamentales culturales" (de acuerdo a los temas, los destinatarios, las direcciones de tutela, los límites). Junto a la versión, parangonable a los "clásicos" derechos fundamentales, de los derechos fundamentales culturales como derechos individuales de libertad o de defensa del Estado –en este contexto, pero fuera de las temáticas tradicionales, se encuentran, sin embargo, novedades como la libertad de los *mass media* y el derecho a la instrucción y a la educación (Art. 27º, inciso 1), de la Constitución española)–, aparecen, junto a aquellos objetivos, disposiciones relativas a aspectos de *participación* cultural, y que son formulados en términos de Derecho subjetivo ²³³. Una forma textual, marcadamente en clave de Derecho objetivo, es el otro camino seguido por los Estados constitucionales más recientes: se regulan por las "tareas culturales relativas a los derechos fundamentales", de manera general, o bien con específica referencia a determinadas esferas de vida (por ejemplo: ciencia, arte, instrucción). En tal sentido se pueden distinguir graduaciones en la *intensidad de la percepción* de "intereses en el campo de los derechos fundamentales de la cultura": desde la simple competencia de la política cultural, pasando por la obligación de tutela relevante para los derechos fundamentales, hasta la obligación de incentivo a la cultura. Pueden hallarse asociadas garantías de ejecución (por ejemplo, el Art. 73º de la Constitución portuguesa; el Art. 36º del proyecto de Constitución sueca), como también obligaciones de realización específicas o generales (Cfr. los artículos 78 y 50 de la Constitución portuguesa).

No se puede prever, en base a la sola versión textual, si de la cooperación de estas diversas técnicas de normación en el curso del tiempo, gracias a la obra de la elaboración científica y de la práctica de los derechos fundamentales, pueden surgir transformaciones en términos de Derecho subjetivo.

Llama la atención, por el contrario, el hecho de que actualmente en los Estados constitucionales occidentales la problemática relativa a los "derechos fundamentales culturales", se asemeja, de algún modo, a la situación en las que se hallaban, por mucho tiempo, en Alemania, las libertades que hoy valen como derechos fundamentales "clásicos": bajo la forma de deberes de tutela, sobre todo en el sentido de un Derecho objetivo, a veces de meros programas, garantías de ejecución, competencias enriquecidas por aspectos sustanciales, cláusulas relativas al "bien" de la cultura, etc., aspectos que no se refuerzan hasta devenir en un derecho fundamental *subjetivo* ²³⁴. La cuestión es si aquí, en cuanto concierne a los derechos fundamentales culturales, en ello sólo una "exigencia de recuperación", o bien si existen diferencias: porque la *libertad de la cultura* en su conjunto, en línea de principio, no se puede garantizar como Derecho subjetivo en el mismo modo en que se garantiza la libertad fundamental con las temáticas clásicas del Estado de derecho (una libertad que obviamente ha sido siempre garantizada en términos de Derecho subjetivo, en parte como la libertad de la ciencia, del arte, de la enseñanza y de la investigación).

En el ámbito de los Estados totalitarios, que someten los derechos fundamentales culturales hasta convertirlos en obligaciones culturales con contenidos prescritos por el Estado y que así se hallan en contraposición al concepto abierto de cultura ²³⁵, se puede suponer que, de cualquier modo, los derechos fundamentales culturales "soporten" un contenido de Derecho subjetivo sólo en ámbitos temáticamente muy específicos como el derecho a la educación. Ciertamente podrán ser desarrollados únicamente con gran cautela. La técnica óptima de normación en el campo de nuevos derechos fundamentales culturales debería ser aquella de la versión de *De-*

recho objetivo, que sólo excepcionalmente alcanza el espesor de la pretensión subjetiva.

Se debe poner atención particularmente en el hecho de que el *pluralismo y el carácter abierto de la cultura* sean expresamente disciplinados y tutelados contextualmente. En tal sentido, pueden ofrecerse como ejemplos el artículo 43º, inciso 2), de la Constitución portuguesa, y también el artículo 36º, inciso 2) b, del proyecto de Constitución suiza («conservar la variedad lingüística y Cultural de suiza»), como también la acentuación de la “responsabilidad e iniciativa personal”, como en el párrafo 16, letra a, del proyecto de Constitución Basel/Landschaft (1982). *Preámbulos*²³⁶ y fines educativos se perfilan como ulteriores sedes de disciplina, y, en general, los fines educativos constituyen un buen terreno en cuanto concierne los derechos fundamentales culturales (es ejemplar el Art. 26º, número 4, de la Constitución de Bremen).

Esta comparación en el ámbito del Estado constitucional democrático no es un fin en sí misma. Dicha comparación debe servir para presentar ciertos “modelos” posibles a todos aquellos que participan en la realización cooperativa y dinámica de los derechos fundamentales en el ámbito cultural; el constituyente, el legislador, pero también la jurisdicción constitucional y la doctrina pueden, gracias a este material de comparación sistematizado, proceder de modo diverso en las cuestiones relativas a la “función” de los “derechos fundamentales culturales”. Aquí hay también diferencias, según qué específico derecho fundamental cultural esté en cuestión; por ejemplo, el derecho de autor o el derecho a la instrucción. Dado que hoy la ejecución de los derechos fundamentales es siempre *obra común* de todas estas fuerzas, por más que los roles puedan variar de país a país y conforme a la época y lugar, no se puede decir, en términos abstractos, cuándo una Corte constitucional crea una cierta dimensión de la libertad cultural, por ejemplo, aquella del derecho a la participación, o cuando ello puede ser cumplido por el legislador (de la revisión constitucional). Desde el punto de vista de los derechos fundamentales, es seguro tan sólo

que el texto no representa una barrera absoluta y "última", cuando se trata de hacer efectivos los derechos fundamentales. Justamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal muestra cómo, en el ámbito de la cultura, un órgano juzgador puede incentivar, ya la dimensión del derecho defensa del Estado, ya la del derecho a la tutela y a la participación.

La teoría debe desarrollar una "política de las escoltas sobre el terreno de la elaboración científica de los derechos fundamentales", mientras los titulares mismos de los derechos fundamentales, ciudadanos y grupos, deben todavía obrar mucho para sostener "la empresa" de la libertad cultural. En este contexto su autocomprensión tiene un valor particularmente de compromiso: en efecto, todas las garantías jurídicas de la cultura, por muy perfectas que sean, sólo pueden cuidar, sostener e incentivar los procesos de formación de la cultura. Esta situación "precaria" deviene definitivamente visible en la relación entre cultura y Derecho (constitucional), si la mirada se dirige, más allá de los derechos fundamentales, hacia una "teoría de los derechos fundamentales bajo el aspecto específico de la cultura" (*kulturspezifische Grundrechtstheorie*).

Teoría de los derechos fundamentales bajo el aspecto específico de la cultura ("cultura de los derechos fundamentales", fines de educación y valores de orientación como cuadro y ejemplo de una "cultura de la libertad")

1. Ubicación del problema

La mirada dirigida hasta ahora a los "derechos fundamentales culturales" ha permitido reconocer que estos se sitúan al interior de un contexto mucho más amplio. Se entiende la inserción de todo el Derecho, y así también de todos los derechos fundamentales, en los procesos culturales más amplios de la producción y recepción, de la tradición y evolución.

También los derechos fundamentales que no son "directamen-

te" de naturaleza cultural en el sentido arriba descrito, aparecen luego mediatamente como parte de la cultura de un pueblo constituido en Estado constitucional. Ello vale, por ejemplo, para la garantía de la dignidad humana del artículo 1º, inciso 1), GG, que debe ser concebida en sentido específicamente cultural ²³⁷, y vale también para los derechos fundamentales como la propiedad, la libertad contractual y la libertad de elección de profesión que conciernen, de acuerdo a la esfera de vida, procesos de una alta valoración economicista, o que, como la libertad de huelga, son libertades específicamente económicas, libertades todas que, sin embargo, tienen repercusiones más amplias además en el terreno cultural. También derechos fundamentales como la libertad de opinión y la libertad de circulación, se colocan, en último análisis, en una relación directa con la cultura. La capacidad de crear cultura de la tutela de la *privacy*, así como la cultura elaborada sobre todo por el Tribunal Constitucional Federal, debería ser reconocible sin dificultad ²³⁸.

Ya muchas de las garantías, llamadas tradicionalmente "derechos fundamentales sociales", pero también los así llamados "derechos fundamentales económicos", contenidos ampliamente en las Constituciones de los Estados Federales alemanes después del año 1945 ²³⁹, no representan, en fin, un campo separado de la cultura. A mediano plazo se impondrá entonces, el proyecto de una teoría general de los derechos fundamentales desde el específico punto de vista cultural, teoría que se debería servir de los métodos de trabajo de una ciencia de la cultura. Los esfuerzos de la teoría constitucional en torno al "tiempo" y a la "cultura constitucional" ²⁴⁰ tanto más impulsan hacia esta solución, en cuanto los derechos fundamentales constituyen un elemento central de las Constituciones de los Estados constitucionales. En las páginas siguientes se podrán señalar tan sólo algunos aspectos de un planteamiento específicamente cultural para los derechos fundamentales. A ello se remitirá en relación a la vinculación entre el plano textual-dogmático y el de la "realidad de los derechos fundamentales".

2. Libertad, fuerza vinculante y cultura a la luz de las declaraciones internacionales sobre los derechos del hombre

La “fuerza vinculante de la libertad” (*Bindung von Freiheit*) es la palabra clave que puede abrir la problemática. Indica, en último análisis, el nexo entre libertad y cultura. Ello será demostrado con el ejemplo de algunos textos jurídicos “internacionales-universales”.

Las declaraciones internacionales sobre los derechos del hombre han reconocido muy pronto la íntima conexión entre la instrucción y la fuerza vinculante de la cultura, de un lado, y los derechos fundamentales, del otro ²⁴¹.

El artículo 26º, Nº 2, de la Declaración General sobre los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas, del 10 de diciembre de 1948, expresa:

“La instrucción debe tener por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el reforzamiento del respeto de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales. Debe incentivar la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos de raza y religión [...]”.

Este dotar de un fin, a la instrucción, hacia los derechos del hombre –y esta última es objeto de un derecho fundamental cultural por excelencia– coloca a los derechos fundamentales y a la cultura en una relación claramente estrecha de referencia recíproca, que es reconocida también en el Tratado Internacional sobre los Derechos económicos, sociales y culturales del 19 de diciembre de 1966 ²⁴².

La garantía de los sistemas escolares, que está prevista en el artículo 13º de dicha Declaración, en vista de la “plena realización” del derecho a la instrucción, es una consecuencia del reconocimiento de que no existe alguna libertad “natural”, sino más bien sólo una libertad “cultural” en un sentido más profundo y más amplio ²⁴³. El empeño por la “difusión de ciencia y cultura” (confrontar el Art. 15º, inciso 2), de la misma Declaración) vive igualmente de este

reconocimiento. Es, entonces, consecuente la pretensión del «derecho de cada uno a participar en la vida cultural y de tomar parte en la conquista del progreso científico» (Art. 15º, inciso 1), de la Declaración General sobre los derechos del Hombre de las Naciones Unidas).

De modo menos técnico-jurídico, pero bastante sustancial, se realiza la conexión entre la libertad y su fuerza vinculante cultural en el estatuto de la UNESCO, del 16 de noviembre de 1945 ²⁴⁴. En el preámbulo se declara «que la amplia difusión de la cultura y la educación del género humano en la justicia, la libertad y el amor por la paz son indispensables para la dignidad del hombre». Y en el artículo 1º, Nº 2, entre otros, se enuncia el objeto de la «iniciativa de métodos educativos que sean lo mejor adecuados para preparar a los jóvenes de todo el mundo en la responsabilidad impuesta por la libertad». Todo el estatuto de la UNESCO se halla, en fin, atravesado por el ideal, acaso directamente por la “fe”, de reforzar en todo el mundo el respeto por el derecho y la justicia, por los derechos del hombre y las libertades fundamentales mediante la promoción de la colaboración entre los pueblos en el campo de la educación, de la ciencia y de la cultura (confrontar el Art. 1º, número 1).

Por más que se quiera ser críticos frente al *pathos* de una “cultura mundial”, tanto más firmemente se debería tomar en serio los derechos del hombre como indicadores y expresiones tendenciales de un patrimonio común ²⁴⁵ (y de modo todavía más fuerte) y de una tarea para el futuro. No estamos haciendo una arenga por una nivelación cultural, sino más bien por una multiplicidad cultural. Las declaraciones universales sobre los derechos del hombre no pueden tan sólo ocuparse de esto; su “libertad en la cultura” debe ser entendida intrínsecamente como una “libertad en la multiplicidad de la cultura”.

En este sentido, una variedad de otros textos jurídicos y su realidad viviente “colman” de un elemento cultural la libertad fundamental. En otra parte he tratado ²⁴⁶ el tema de los “fines educativos

y valores de orientación del Estado constitucional". En este lugar se delinear  únicamente el concepto científico y muy estratificado de "cultura de los derechos fundamentales", extrayéndolo de la conexión entre libertad jurídica y cultural. En las páginas siguientes este concepto será ofrecido –como integración para la aproximación textual sobre un plano universal– como tentativa para "capturar" la potencialidad y la realidad de los derechos fundamentales sobre su fondo cultural.

3. Cultura de los derechos fundamentales

El concepto "cultura de los derechos fundamentales" revela una variedad de conexiones. Tiene valor de indicación para la "realización" de la libertad fundamental en la cultura; se refiere a la disposición para establecer una vinculación derivada de la cultura a través de los "fines educativos" y los "valores de orientación"; este concepto recuerda que la libertad fundamental conduce a resultados culturales y que estos últimos –como "cultura de la libertad"– pueden operar de reflejo sobre los derechos fundamentales; concepto que otra vez confiere fuerza a la realidad de los derechos fundamentales frente a los textos que han sido interpretados; en fin, el planteamiento cultural de los derechos fundamentales suministra el terreno para la comparación entre derechos fundamentales en el ámbito de la forma de Estado constitucional democrático. En el fondo, no se puede leer de los textos de los derechos fundamentales qué cosa significan prácticamente en un determinado Estado constitucional; más bien ello se determina sólo a partir del ambiente cultural en el que viven esos derechos. Los mismos textos de los derechos fundamentales están caracterizados, en la comprensión y la "precomprensión", por una cultura diversa y, por eso, resultan diferentes. En otras palabras: la discusión sobre la precomprensión y sobre la elección del método (en el sentido entendido por Esser)²⁴⁷ requiere ser retomada desde una óptica de ciencia de la cultura²⁴⁸.

En particular: la cultura de los derechos fundamentales conduce al siguiente problema:  "libertad contra la orientación" o "libertad a

través de la orientación"? Se trata de la pregunta acerca de cuáles cuadros de orientación, cuáles elementos de orientación deben hallarse presentes, y cómo, en un Estado constitucional, a fin de que la libertad pueda ser "dada", vivida y transmitida a las generaciones sucesivas. Esta es la interrogante en torno al *sentido* de la libertad, en torno a su "objeto". Este problema de orientación no es idéntico a la demanda acerca de los "deberes fundamentales" ²⁴⁹, dado que ellos son solamente un fragmento jurídico del conjunto general "cultura".

Los elementos de orientación para la libertad fundamental en una comunidad política son de naturaleza en parte jurídica, en parte no jurídica, pero, sin duda, son de naturaleza cultural. Son de naturaleza jurídica los modelos normativos y las "ligaduras" en el sentido dado por Dahrendorf ²⁵⁰. Se recuerdan como ejemplos los fines educativos en la escuela como *soft law* y también otros aspectos de la política de la cultura del Estado constitucional. Considerando esta problemática desde el punto de vista de la cultura de los derechos fundamentales, tienen, sin embargo, un particular significado los elementos de orientación no jurídicos, incluidas las instituciones que, como los partidos, las iglesias, las organizaciones culturales y los ejemplos individuales, proporcionan funciones de orientación; tales elementos de orientación no jurídicos pueden ser comprendidos sólo en una consideración de los derechos fundamentales desde el punto de vista específico de la cultura ²⁵¹.

Un elenco de cada uno de los elementos en el cuadro de orientación de la libertad fundamental de los individuos y de los grupos en el Estado constitucional, ofrece el siguiente cuadro provisional:

- la conciencia del individuo (que obviamente está sujeta a la influencia del ambiente socio-cultural y que se constituye también en los procesos transpersonales) ²⁵²;
- vínculos socio-éticos ("responsabilidad");
- textos jurídicos *in fieri*, como los programas de los partidos;

- modelos y ejemplos del contexto cultural (personalidades singulares de la historia, un Lessing o un Büchner), textos clásicos ²⁵³, acontecimientos importantes como la revolución de 1848; después, sobre todo, la tradición histórica que precisamente, por último, viene siendo redescubierta por un Heuss y un Heinemann para la cultura política;
- “imágenes del hombre”;
- la ley; en el pensamiento de un Montesquieu es la orientación de la libertad. Recuérdese el dicho “sólo la ley puede portar la libertad”; la ley como expresión de la libertad, como condición de una “libertad conforme a las leyes”;
- deberes fundamentales –por ejemplo, la obligación de contribución fiscal, la obligación de prestar el servicio militar, de ofrecer testimonio, las obligaciones sociales– como expresión de solidaridad ²⁵⁴.

Estos particulares aspectos, en parte jurídicos, en parte no jurídicos, hacen posible que “se complete la libertad garantizada por los derechos fundamentales”. En todo Estado constitucional concurren a formar parte del cuadro general de la cultura, para bien y para mal; es determinante que, independientemente de su “valoración” jurídica o no jurídica, desde el principio ellos sean hechos objeto de consideración: ello puede ser realizado solamente a partir de un planteamiento atento al perfil cultural de los derechos fundamentales.

Históricamente este cuadro de orientación siempre podría haber sido “pensado en conjunto”. El pensamiento de los juristas, sin embargo, lo ha perdido de vista; hoy, el planteamiento científico-cultural debe corregir este empobrecimiento y debe introducir este cuadro de orientación al interior de las “doctrinas generales de los derechos fundamentales”. El individuo tiene necesidad de los cuadros de orientación, a fin de que la realización de la libertad pueda ser estructurada y orientada.

La orientación social y aquella síquico-individual pueden ser distintas, pero van sustancialmente juntas. Con ello se entiende la necesidad para el individuo de orientarse por ciertos modelos, porque sólo de tal modo halla y puede afirmar su identidad como personalidad ²⁵⁵. Una excesiva carencia de orientación individual ("sociedad sin padres", tóxico-dependencia, "bandas juveniles", etc.) puede provocar un aumento o un exceso de obligaciones sociales impuestas "desde lo alto". Ello conduce a la pregunta de si el gran espacio *jurídico* de libertad de los Estados constitucionales en las sociedades occidentales sea soportable y "tolerable", desde el momento en que no conduce a una comprensión excesiva de la libertad, sino resulta incluido en una variedad de posibilidades de orientación. Las "chances" de vida y las ligaduras (Dahrendorf) deben encontrarse en una correlación correcta ²⁵⁶.

La cultura de los derechos fundamentales se refiere a libertad y fuerza vinculante a libertad y responsabilidad. Pensando en términos antropológicos y yendo más allá del aspecto exclusivamente jurídico, el planteamiento de ciencia de la cultura puede también entonces conceder a la dogmática jurídica de los derechos fundamentales su sitio, reducido, pero significativo.

Los sistemas de los derechos fundamentales merecen, por el contrario, "el nombre de la libertad", sólo cuando dejan espacio a un *pluralismo* de elementos de orientación, al *pluralismo* de los modelos y también de los fines educativos. En la óptica de una concepción de los derechos fundamentales como "derechos a la posibilidad", debe quedar al individuo en el ámbito social y en su socialización la posibilidad de "fijarse" sobre una u otra alternativa. Debe, sin embargo, poderse decidir también contra una orientación. El pluralismo, en este sentido, no debe subsistir solamente sobre el terreno jurídico; para el individuo, por el contrario, deben hallarse abiertas *in toto* también todas las orientaciones no jurídicas, las ayudas para la orientación y las opciones interpretativas. El individuo debe tener la posibilidad de elegir *realiter* entre diversas orien-

taciones. La cultura que funda el Estado constitucional es, en tal sentido, siempre una "cultura de alternativas".

En otros términos: las instituciones y las personalidades que realizan las funciones de orientación –o bien, la cultura– irrenunciables "para la libertad", deben encontrarse en una relación de concurrencia: la oferta de la instrucción escolar, los fines de instrucción y de formación, las iglesias y las instituciones temporales, los programas de partido y los fines de las asociaciones. Es característica de las sociedades plurales el que de estas libertades surjan nuevos modelos e instituciones, nuevas personalidades y "portadores de valores", que desde su posición transmiten orientaciones como objetivaciones de la libertad y "cristalizaciones culturales". Piénsese en las obras de la ciencia y del arte, pero también en las nuevas comunidades, unidas por una común *Weltanschauung*, y en las religiones. En tal sentido, ellas constituyen un elemento de "libertad coagulada" (*geronnene Freiheit* –una expresión de Dürig para la propiedad), o, en otras palabras, un elemento de "cultura de la libertad" ²⁵⁷.

Los derechos fundamentales son expresión de la cultura humana y la hacen posible. Las garantías jurídicas de la libertad se insertan en un contexto de conexiones culturales ²⁵⁸, sin las cuales estas garantías no pueden ser valoradas en su afectividad jurídica. Textos clásicos no jurídicos pueden ser igualmente importantes para la "general condición de libertad", como una particular sentencia que en el caso específico afecta a una violación de los derechos fundamentales ²⁵⁹.

Las objetivaciones o los resultados de las libertades culturales, las obras creativas en el arte y en la ciencia, pero también los programas de partido y las pretensiones de las minorías, constituyen todas ellas aspectos parciales de la cultura de los derechos fundamentales en un Estado constitucional. Es una característica de los textos jurídicos el que operen diversamente en contextos diversos. Ciertamente es raro que ellos estimulen directamente la creación

cultural del hombre, pero con toda seguridad ellos ponen las condiciones favorables para esta creatividad. Para decirlo con referencia a los derechos fundamentales culturales: el artículo 5º, inciso 1), GG, no garantiza por sí solo que sean creadas las "obras maestras" del arte y de la ciencia, pero es una condición necesaria para su nacimiento ²⁶⁰.

En el Estado constitucional los resultados se tornan posibles por fuerza de las garantías (jurídicas) de los derechos fundamentales, y surgiendo del ejercicio de las libertades por parte de los individuos y de la sociedad entera, llegan a reflejarse sobre las mismas garantías (jurídicas) ²⁶¹. Así, las obras creadas y los resultados alcanzados gracias a la libertad de la ciencia y del arte surgen sobre estas libertades mismas; ello deviene evidente en la *ampliación* del concepto de arte, por ejemplo, en las obras de Beuys. A mediano plazo, el contenido y los límites de los derechos fundamentales son influenciados directamente por lo que acontece cotidianamente en la realidad de estos derechos. La *praxis* del ejercicio de los derechos fundamentales, por parte de muchos, se hace relevante para los contenidos y los límites de los derechos fundamentales, para los muchos y para los pocos. La ampliación de la esfera de operatividad de la libertad general de obrar, a la que alude el artículo 2º, inciso 1), GG, alcanza no obstante el límite de la ley moral y el "Derecho penal", demuestra este aspecto de modo evidente. Los aflojamientos culturales a los vínculos de la moralidad son expresión de lo que los titulares de los derechos fundamentales quieren hacer de la propia libertad y de cómo ellos "mismos" la entienden ²⁶² (correlación entre el ejercicio práctico y el contenido jurídico de la libertad. En el fondo, estos efectos pueden ser comprendidos sólo desde un punto de vista de ciencia de la cultura y, en el ámbito de los derechos fundamentales, ello significa: tan sólo en la "cultura de los derechos fundamentales". La "producción de los derechos fundamentales", individual y colectiva, así repercute sobre la garantía jurídica de la libertad. Por lo demás, ello no debe ocurrir de modo directamente jurídico. La creación de obras culturales, hecha posible por los

cultural del hombre, pero con toda seguridad ellos ponen las condiciones favorables para esta creatividad. Para decirlo con referencia a los derechos fundamentales culturales: el artículo 5º, inciso 1), GG, no garantiza por sí solo que sean creadas las "obras maestras" del arte y de la ciencia, pero es una condición necesaria para su nacimiento ²⁶⁰.

En el Estado constitucional los resultados se tornan posibles por fuerza de las garantías (jurídicas) de los derechos fundamentales, y surgiendo del ejercicio de las libertades por parte de los individuos y de la sociedad entera, llegan a reflejarse sobre las mismas garantías (jurídicas) ²⁶¹. Así, las obras creadas y los resultados alcanzados gracias a la libertad de la ciencia y del arte surgen sobre estas libertades mismas; ello deviene evidente en la *ampliación* del concepto de arte, por ejemplo, en las obras de Beuys. A mediano plazo, el contenido y los límites de los derechos fundamentales son influenciados directamente por lo que acontece cotidianamente en la realidad de estos derechos. La *praxis* del ejercicio de los derechos fundamentales, por parte de muchos, se hace relevante para los contenidos y los límites de los derechos fundamentales, para los muchos y para los pocos. La ampliación de la esfera de operatividad de la libertad general de obrar, a la que alude el artículo 2º, inciso 1), GG, alcanza no obstante el límite de la ley moral y el "Derecho penal", demuestra este aspecto de modo evidente. Los aflojamientos culturales a los vínculos de la moralidad son expresión de lo que los titulares de los derechos fundamentales quieren hacer de la propia libertad y de cómo ellos "mismos" la entienden ²⁶² (correlación entre el ejercicio práctico y el contenido jurídico de la libertad. En el fondo, estos efectos pueden ser comprendidos sólo desde un punto de vista de ciencia de la cultura y, en el ámbito de los derechos fundamentales, ello significa: tan sólo en la "cultura de los derechos fundamentales". La "producción de los derechos fundamentales", individual y colectiva, así repercute sobre la garantía jurídica de la libertad. Por lo demás, ello no debe ocurrir de modo directamente jurídico. La creación de obras culturales, hecha posible por los

“derechos fundamentales culturales” de los ciudadanos, ayuda a las generaciones sucesivas a orientarse ²⁶³. La dimensión de sentido y de orientación se encuentra aquí en un eje temporal.

Después de cuanto se ha dicho debe ofrecerse una respuesta distinta a la formulación inicial “¿libertad *contra* o *gracias* a la orientación?”: las libertades fundamentales encuentran su “estado de completas” sólo en las orientaciones. Esta fórmula puede ser objeto de abuso o, como fuere, puede ser equívoca. La comprensión de la libertad mediante la constricción en el Estado totalitario es una imagen contrastante que hace de admonición.

Unicamente el pluralismo cultural de los valores y de aquellos puede ser el fondo adecuado de la libertad fundamental en el Estado constitucional; ello puede conducir, en efecto, a un ejercicio “sensato” de la libertad, por más que deba ser tomado en cuenta también el riesgo del “sin sentido”. Ello está demostrado, por ejemplo, por el artículo 5º, inciso 1), GG: también la opinión “insensata” y “sin valor” se halla tutelada ²⁶⁴. A menudo, en efecto, se demuestra solo después qué cosa es “sentido o sin sentido”, qué cosa es “obra de bien”, qué cosa es “calamidad”. La concepción de la historia de las sociedades abiertas, constituidas en forma de Estado constitucional, deviene relevante en este contexto. La historia no es el “desarrollo necesario”, como creía el marxismo, sino que ella es el desarrollo que hace posible que sea “dado un sentido” (*Sinngebung*), de acuerdo al concepto de Popper. La historia es un proceso abierto, y justamente los derechos fundamentales aseguran que ella permanezca como tal. Bajo una óptica de ciencia de la cultura, los derechos fundamentales constituyen una síntesis de libertad y cultura.

El tiempo y la cultura de los derechos fundamentales son un aspecto del tema “cultura del tiempo y de la Constitución” ²⁵⁶. El tiempo obra sobre los derechos fundamentales como cultura. Ello vale también desde el punto de vista espacial. Toda comparación entre los derechos fundamentales en los diversos Estados constitucionales alcanzará muy pronto el límite de una mera comparación

textual ²⁶⁶. Toda cuestión sobre los derechos fundamentales, por más que pueda ser específica, requiere en último análisis determinadas presuposiciones relativas a aquello que es la libertad. Y estas presuposiciones conforman una parte de la "cultura de la libertad" vivida. La comprensión de los derechos fundamentales en un determinado Estado constitucional, que ha sido caracterizada arriba, es asimismo determinada por la cultura, como lo son las diversas teorías científicas sobre los derechos fundamentales mismos, por más que estas teorías después repercutan sobre estos derechos, en cuanto obra común de los textos de las Constituciones, de la política y de la cultura de los derechos fundamentales. Así se puede también explicar por qué, bajo el vigor de la *Grundgesetz*, subsiste una extraordinaria riqueza de trabajos jurídicos de calidad sobre problemas relativos a los derechos fundamentales: en ausencia de una cultura de los derechos fundamentales, en Alemania debieron ser elaborados, sobre la tabla rasa del año 1945, las garantías jurídicas de los derechos fundamentales, cuyo "equivalente funcional" subsistía y subsiste culturalmente hasta hoy, por ejemplo, en las tradiciones republicanas de la nación francesa, operantes ellas mismas como garantías culturales de los derechos fundamentales ²⁶⁷. Esta cultura de los derechos fundamentales se encuentra "delante", detrás o debajo de los textos jurídicos sobre los derechos fundamentales.

En fin, las posibilidades y los límites de la comparación entre los derechos fundamentales se manifiestan en la óptica de la cultura de los derechos fundamentales, no sólo a través de los textos. La tesis de la naturaleza actualmente declarativa y potencialmente constitutiva del artículo 19º, inciso 2), GG, recibe una aclaración a través del concepto de "cultura de los derechos fundamentales" ²⁶⁸.

Comparación entre los derechos fundamentales como comparación cultural en el Estado constitucional cooperativo y como vehículo de una tutela dinámica de los derechos fundamentales.

El problema de la comparación jurídica en el "tema de los derechos fundamentales" se coloca de un modo triple: en la cuestión

acerca de los diversos “planos” u “objetos” en los cuales o hacia los cuales se opera la comparación, en la cuestión acerca de los “actores” de la comparación entre los derechos fundamentales, y, en fin, en la interrogante en torno a las posibilidades y a los límites de la comparación misma (comparación jurídica como comparación cultural), y así en torno al sentido de tal comparación entre derechos fundamentales (“optimización de los derechos fundamentales en el Estado constitucional” que sea conforme al contexto cultural).

1. Allí están los cuatro diversos planos sobre los cuales tiene sentido hoy una comparación entre derechos fundamentales: el primero es aquel al interior de la Alemania Federal. Se hace referencia a la comparación entre derechos fundamentales al interior de Alemania como un aspecto de la comparación jurídica en el ámbito alemán ²⁶⁹. Se trata aquí de una comparación actualmente entre los derechos fundamentales en el ámbito de los *Länder* y con la *Grundgesetz*. Como se ha demostrado ampliamente a partir del análisis de la jurisprudencia sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, este tipo de comparación es practicada sin duda: subsisten aspectos del contenido de la libertad fundamental “comunes a toda Alemania”, como demuestra el debate sobre el contenido esencial de la autonomía administrativa comunal y del *status* de empleado de carrera. El proceso de comunicación recíproca y de cambio no debe ser subestimado. Obviamente, en el Estado constitucional federal alemán falta del todo hoy la explicación teórico-constitucional de un semejante “Derecho común para Alemania”. Tal explicación debería partir del artículo 1º, inciso 2), GG ²⁷⁰, sobre la base de una teoría cultural del Estado Federal; de allí aún cuando en otro momento, debería ser desarrollada sobre un plano de cultura jurídica ²⁷¹. Aun con todas las diferencias entre los *Länder*, estos se colocan, como fuere, al interior de una tradición jurídica común precisamente en el campo de los derechos fundamentales. Ella puede y debe ser actualizada mediante la comparación entre derechos fundamentales ²⁷²: en el sentido de una más amplia diferenciación u optimización (¡no maximización!) de los problemas generales y

específicos de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático.

El segundo plano es la comparación entre derechos fundamentales bajo la medida europea ²⁷³, y, por tanto, en el ámbito de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre y del Derecho de la Comunidad Europea. También en este contexto, el análisis de la jurisprudencia sobre el contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales desde la óptica de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea y de la Corte Europea para los Derechos del Hombre, ha permitido individualizar ciertas orientaciones comunes. Sobre estas temáticas la doctrina se empeña de modo creciente ²⁷⁴.

El tercer nivel del análisis es aquel que se refiere a los *Estados constitucionales de lengua alemana*: Suiza, Austria y República Federal Alemana. En consideración a la fuerte importancia clasificatoria del lenguaje en el campo del Derecho, y también en el campo de los derechos fundamentales, es sin duda, provechoso operar separadamente, en el ambiente de lengua alemana, una comparación –cultural– entre los derechos fundamentales ²⁷⁵. Estos últimos podrían manifestarse como elementos de una doctrina constitucional alemana, que por ahora obviamente está sólo indicada ²⁷⁶. Justamente la cláusula del contenido esencial proveniente de la *Grundgesetz*, y la recepción y la interpretación de la misma en la jurisprudencia y en la doctrina, constituyen un plano común para los problemas de los derechos fundamentales a afrontar mediante la comparación jurídica ²⁷⁷. El hecho de que los países de lengua alemana sean signatarios de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre, refuerza –en una Europa “más amplia” y de modo mediato también en el ámbito de la Comunidad Europea– sus potencialidades y el peso de su tradición en materia constitucional y de derechos fundamentales. Dado que la Corte de Justicia de la Comunidad Europea se vincula a las tradiciones comunes constitucionales de los países miembros y a la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre ²⁷⁸, también la cultura jurídica de suiza y de Austria, “encerrada”

en los derechos fundamentales, ¡illega a operar indirectamente en el ámbito de la Comunidad Europea!

La dimensión universal de los derechos del hombre —expresión de la tendencia hacia una "sociedad mundial"— es el último ámbito de análisis para una fructífera comparación entre los derechos fundamentales en función del desarrollo del Estado constitucional democrático.

Concretamente se trata, sobre todo, de los dos tratados sobre los derechos del hombre y de la declaración ONU sobre los derechos fundamentales del año 1948. La doctrina y, ocasionalmente, también la jurisprudencia ²⁷⁹, ya los comprenden, sin duda, en sus reflexiones: en el sentido de una "tutela dinámica de los derechos fundamentales".

Estos ámbitos no deben ser pensados como si se encontraran en una jerarquía cualquiera, o como si fuesen "puestos en contraste" el uno contra el otro. Según los problemas y el caso deben ser comparados los derechos fundamentales en todos los ámbitos o niveles de referencia. Concretamente ello significa que la comparación entre derechos fundamentales, al interior de Alemania, pueda tal vez también dirigirse hacia los tratados sobre los derechos del hombre, y que la Corte de Justicia de la Comunidad Europea pueda integrar sus propias orientaciones reclamando para sí también la tradición de los derechos fundamentales de un Estado constitucional como Suiza, que todavía no es miembro de la Comunidad Europea, o los tratados sobre los derechos del hombre, extrayendo de ellos temas argumentativos. Se puede considerar, desde luego, que un juez como la Corte Europea para los Derechos del Hombre pueda, eventualmente, "deducir" una orientación en el tema de los derechos fundamentales, de las Constituciones Federales de un cantón suizo o de un *Land* alemán. Esta idea de la permeabilidad de los ordenamientos de los derechos fundamentales y de la apertura, en línea de principio, en lo concerniente a la elección del material relevante en materia de derechos fundamentales, descende

en todo caso de la concepción aquí sostenida de los derechos fundamentales "con específica referencia al Estado constitucional": los derechos fundamentales del Estado constitucional se encuentran en una concurrencia de alternativas. En el cuadro de las muchas variantes que inciden sobre la tipología del Estado constitucional democrático enderezado hacia la cooperación, las instancias competentes para el desarrollo de los derechos fundamentales o los "actores" (constituyente, legislador, Cortes constitucionales y *dissenting opinions*, como también las teorías científicas) pueden aprender el uno del otro²⁸⁰. La diferencia en el espacio y en el tiempo de la concreta conformación de los derechos fundamentales, tiene como consecuencia que devenga visible una variedad de posibles "derechos fundamentales". La pertenencia de los específicos Estados al tipo del "Estado de derechos fundamentales", permite interpelar a los "Estados vecinos" acerca de "sus" modelos de derechos fundamentales. (Ello vale también para los tratados sobre los derechos del hombre de las Naciones Unidas, por más que se han adherido a ellos diversos Estados del mundo, como del este y del sur, no pertenecientes al ámbito de la "*Verfassungsstaat*")²⁸¹.

Las *interrogantes* que deben colocarse en el ámbito de una comparación entre los derechos fundamentales son idénticos a aquellas interrogantes concernientes a las doctrinas *generales* de los derechos fundamentales (tienen relación, entonces, con el concepto de derecho fundamental propio del Estado constitucional, las dimensiones y funciones de los derechos fundamentales, los destinatarios, los titulares y la sistemática de los límites). Por otra parte, sin embargo, tienen relación también, y particularmente, con problemas *específicos* de derechos fundamentales. Justamente la comparación referida a derechos fundamentales específicos, más allá de la fronteras de los *Länder* y de los Estados, podría tornarse fructífera, con reserva de los límites, aquí rápidamente alcanzados, de la comparación jurídica, que no es comparación cultural²⁸².

También el *objeto* mismo de la comparación entre derechos fundamentales es *variable*, si se parte de una determinada Consti-

tución como la *Grundgesetz*: el Tribunal Constitucional Federal puede reenviar ²⁸³ a "sus pares", es decir, a la decisión de otra corte constitucional (no alemana), o directamente a una *dissenting opinion* ²⁸⁴; puede hacer referencia a la legislación que actualiza los derechos fundamentales ²⁸⁵; a las revisiones constitucionales o también a la actividad constituyente en materia de derechos fundamentales. Los ámbitos comparatistas atraviesan las siguientes posibilidades de variación: desde la comparación interna dentro de Alemania Federal ²⁸⁶, hasta la referencia a la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre ²⁸⁷, a las declaraciones sobre los derechos del hombre de las Naciones Unidas ²⁸⁸. Ello puede conducir a las profundidades de la historia, por ejemplo con referencia a la Paulskirche ²⁸⁹, a la República de Weimar ²⁹⁰, a más antiguas Constituciones alemanas ²⁹¹; pero simultáneamente puede conducir también en el espacio hacia otros Estados constitucionales, por ejemplo, con referencia a la Constitución belga de 1831 ²⁹² o a la Declaración francesa sobre los Derechos del Hombre de 1789 ²⁹³.

También una *dissenting opinion* al interior de la Corte Constitucional tiene posibilidades paralelas de referencia en el ámbito de la comparación entre derechos fundamentales ²⁹⁴. Lo mismo vale para la doctrina y para el legislador de la revisión constitucional. Así resultan evidentes los "actores" de la comparación entre derechos fundamentales en el Estado constitucional.

2. Actores de la comparación entre derechos fundamentales en el Estado constitucional son todas aquellas instancias que participan y pueden participar en el desarrollo de los derechos mismos. En la sociedad abierta son con toda seguridad muchísimos los actores, como ha sido demostrado; también los mismos sujetos lesionados en sus derechos fundamentales ²⁹⁵; pero aquí se hará mención solamente de los actores particularmente "calificados", cuya elaboración sobre los derechos fundamentales se convierta en "vehículo" de su desarrollo y cuya obra común configure el desarrollo de los derechos fundamentales como proceso abierto y constante. En particular, el constituyente, el legislador de la reforma constitucio-

nal, el legislador democrático, las Cortes (constitucionales) –también las *dissenting opinions*– y la teoría científica, son puestas al servicio de la “evolución cooperativa de los derechos fundamentales” y de la “evolución dinámica de los derechos fundamentales”. Todos –a su modo– participan, pero con intensidad variable y de acuerdo al tiempo y al lugar.

En este cuadro, también los constituyentes de las nuevas Constituciones cantonales suizas se han dirigido al catálogo de los derechos fundamentales, a la elaboración científica de los derechos fundamentales de otras naciones y a los tratados de las Naciones Unidas; la comisión suiza de expertos para la revisión total de la Constitución Federal ha trabajado siguiendo esta línea de conducta ²⁹⁶; por consiguiente, declaradamente en una óptica de comparación entre derechos fundamentales. Con toda seguridad, se podría demostrar que las particulares *modificaciones a la Constitución* en el campo de los derechos fundamentales han estado precedidas de trabajos preparatorios que han considerado el aspecto comparatista. Por cuanto concierne a la *jurisprudencia*, los análisis expuestos arriba han demostrado, en fin, con específica referencia al “contenido esencial” de los derechos fundamentales, todo lo que las Cortes, declaradamente o de manera latente, examinan a los otros Estados desde una óptica de comparación jurídica. Basta recordar las Cortes Constitucionales alemanas, que trabajan a menudo con una metodología comparativa que se queda en el interior del ámbito alemán (federal) ²⁹⁷; el Tribunal Constitucional Federal, que a veces se refiere expresamente al Tribunal Constitucional de un *Land* ²⁹⁸ (el Tribunal Constitucional bávaro); pero se puede hacer referencia también al recurso a la comparación, por parte de la Corte Europea para los Derechos del Hombre y de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea ²⁹⁹.

La *teoría científica* es el último “actor” principal en el tema de realización y desarrollo “cooperativo” y “dinámico” de los derechos fundamentales en una dimensión *comparatista*. Ella asume también como tema propio de estudio las contribuciones que se forman en

otras experiencias, sin perder su propia peculiaridad. Justamente, en los últimos tiempos, y con particular referencia a problemas sobre los derechos fundamentales, la doctrina amplía su horizonte desde el ámbito alemán al ámbito europeo y *comparatista* ³⁰⁰. La doctrina de los derechos fundamentales se convierte así en internacional.

Quién puede suministrar y *cuáles* contribuciones proporciona para la comparación cooperativa entre derechos fundamentales y para el desarrollo dinámico de estos, no puede ser dicho en general. Depende en *concreto* de cada Estado constitucional. Es indudable tan sólo que, en el curso del tiempo, en todos los Estados Constitucionales, los diversos actores (y si existen, también los "disidentes") han participado en otro tiempo más o menos intensamente, participan todavía o participarán. Cada uno tiene "su" fase de activismo de *restraint*. ¡También en Austria el Tribunal Constitucional ha intentado la introducción de una cláusula judicial del contenido esencial! ³⁰¹.

Es decisivo tan sólo que los diversos actores sean resaltados por la doctrina como "corresponsables" para la realización y el desarrollo cooperativo de los derechos fundamentales, y que se ponga en evidencia que ellos pueden hacer esto *mediante la comparación jurídica*. El monto en el que ellos integran el método comparativo en su trabajo en materia de derechos fundamentales, está determinado, bajo el perfil jurídico-funcional, de manera diversa; pero, como fuere, permanece común a todos la tarea de la comparación entre derechos fundamentales. Ello hace resaltar la importancia de este método. La comparación entre derechos fundamentales es, por eso, en parte un método para la preparación de las revisiones constitucionales, en parte un método del Tribunal Constitucional, es decir, de la interpretación; y, en fin, un método para la información de las teorías científicas. Sobre todo, la comparación jurídica, como parte integrante de la interpretación de los derechos fundamentales sancionados por la *Grundgesetz*, debería ser practicada de modo aún más consciente y mucho más refinado.

Más allá de estas potencialidades de la comparación entre derechos fundamentales, a tener en gran consideración, es oportuno recordar también los límites de ella, que devienen manifiestas bajo el perfil de la *comparación cultural*.

3. La tarea de la comparación entre derechos fundamentales, aquí delineada, está en correlación al problema sobre cómo pueda ser lograda con los medios del Derecho una *optimización* de los derechos fundamentales correspondiente al modelo "Estado constitucional democrático". ¡Muchos ejemplos son ofrecidos por la historia de los derechos fundamentales, transfiriendo la comparación jurídica hacia el pasado!³⁰² Ello significa un reforzamiento y una diferenciación de los derechos fundamentales, por ejemplo en el ámbito de la tutela (contenido), en sus efectos (dimensiones) de tutela, en sus diferentes límites; pero significa también una intensificación de la *tutela* de los derechos fundamentales en todos sus diversos instrumentos, a partir de aquellos formalizados jurídicamente, pasando por otros institutos, como, por ejemplo, la figura del Comisario parlamentario para la defensa (Art. 45º, b, GG), hasta los derechos fundamentales "como" fines educativos en las escuelas³⁰³. En suma, se trata de una mayor efectividad de los derechos fundamentales, a alcanzar a través de mayores *potencialidades* de los mismos, dado que el Estado constitucional puede y sabe que es menester garantizarlos en sus presupuestos jurídicos y también reales.

Esta concepción de la comparación jurídica no pretende que los derechos fundamentales sean completamente nivelados y homologados. No pueden ser allanadas las múltiples diferencias "en el tema de los derechos fundamentales", que los particulares Estados constitucionales han elaborado con su historia o con su particular comprensión de sí y de los derechos fundamentales. En otros términos: también las doctrinas *generales* son en cada Estado constitucional altamente "*específicas*" en su ámbito temporal y espacial, y los particulares derechos fundamentales son por su lado nuevamente "*específicas*". Por tanto, es fructífera la comparación no

sólo con todo lo que más se parece, sino también con todo lo que más se diferencia.

La comparación entre derechos fundamentales, observada “en el curso del tiempo”, no es sólo un medio al servicio de la conservación del *status quo* en cada Estado constitucional. Vista en un contexto temporal más amplio, aquella es una parte del *desarrollo* de los derechos fundamentales. En las revisiones constitucionales “sugeridas” por la comparación jurídica ello es particularmente evidente; pero también las Cortes (constitucionales) pueden cumplir una parte del desarrollo de los derechos fundamentales orientado hacia el futuro, como está demostrado por la introducción “judicial” de cláusulas del contenido esencial (por ejemplo, de parte del Tribunal Constitucional austríaco o de la Corte Suprema Federal suiza). Y sobre este terreno resulta evidente que los particulares Estados constitucionales pueden para cuanto concierne aspectos de detalle, haber recorrido un camino más o menos largo ³⁰⁴. La introducción de una cláusula del contenido esencial por parte de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea (ahora último, en el caso Hauer) o por parte de la Corte Europea para los Derechos del Hombre (por ejemplo, en el caso de las lenguas habladas en Bélgica) ³⁰⁵ es un progreso, un afinamiento de la tutela de los derechos fundamentales, por más que se deba proceder muy cautamente con estos juicios. Por ejemplo, difícilmente se puede decir de manera decisiva si, en último análisis, la República Federal Alemana, de un lado, y Francia y Austria, de otro, puedan registrar una mayor cantidad de tutela “efectiva” de los derechos fundamentales. Allí donde esta última pueda ser conseguida a través de la obra desarrollada por las Cortes (constitucionales), la República Federal Alemana parece todavía estar “adelante”, pero la efectividad de los derechos fundamentales no se mide sólo según las instancias y los procedimientos formalizados para su actuación. En este contexto asumen relevancia también otras manifestaciones de la “cultura de los derechos fundamentales”, como aquellas que distinguen justamente a Francia, con su opinión pública tan sensible a las cuestiones concernientes a la libertad y con sus “tradiciones republicanas”.

Resultan así manifiestos los límites de la comparación entre derechos fundamentales como comparación jurídica. El método de parangonar con los tradicionales medios “puramente jurídicos” los derechos fundamentales en los diversos Estados constitucionales y sobre diferentes niveles (desde aquel de los cantones hasta los tratados sobre los derechos del hombre), como también en base a la consideración de los múltiples actores (desde el legislador de la revisión integral, como, por ejemplo, en Suiza, hasta la obra depurada de una Corte constitucional), este método, decía, es de naturaleza muy exterior, permanece a fin de cuentas sólo en la superficie. En otros términos: los límites de la comparación *jurídica* conducen a la necesidad y a la posibilidad de la comparación *cultural* ³⁰⁶. Qué cosa sean los derechos fundamentales realmente, cómo operen en la práctica sus garantías (ya sean ellas recogidas en un catálogo o bien sean “no escritas”), qué déficits resulten; dónde, por tanto, tengan necesidad de reformas; por ejemplo, por qué emergen nuevas amenazas (“dificultades” para los derechos fundamentales), o por qué gracias a los derechos fundamentales se abren nuevas posibilidades o nuevas vías para la construcción del futuro; qué cosa pueda o no pueda cumplir la tutela jurídica y jurisdiccional (en el camino del “*judicial activism*”): todo ello se puede esclarecer, en el ámbito de una elaboración científica que tenga en cuenta la realidad, únicamente sobre el fondo de la totalidad del sistema político, de la “atmósfera”, de la autocomprensión (por ejemplo, de los titulares de los derechos fundamentales –y de su fe en la política o en el legislador, en la jurisprudencia constitucional– pero también del juez constitucional), y aún de lo que a menudo es objeto de autocomprensión, del aspecto ético-social, del *contexto cultural*, del ámbito socio-cultural ³⁰⁷.

Los instrumentos de la comparación cultural entre los derechos fundamentales no están todavía “acordados”, tal vez no han sido ni siquiera “construidos”. Deben aún ser elaborados los métodos, las medidas y las categorías para la comparación entre derechos fundamentales como comparación cultural. La elaboración científi-

ca de los derechos fundamentales en su dimensión de *ciencia de la cultura* se halla todavía en sus inicios, pero es necesaria su elaboración en esta dirección. Así como el Derecho no puede ser comprado como tal, “de por sí”, igualmente los derechos fundamentales deben ser entendidos “como cultura”³⁰⁸. También la “comparación jurídica fundada en los valores”, favorecida por la Corte de Justicia de la Comunidad Europea, es posible sólo de tal modo. Ya conceptos como el de tradiciones constitucionales “comunes”³⁰⁹, indican algo más que tradiciones meramente jurídicas. Si el Tribunal Constitucional Federal (decisión 28, p. 243), en base a la comparación, llega a la conclusión de que «no existe un instituto unánimemente definido de la objeción de conciencia en el ámbito internacional, o cuanto menos en el ámbito cultural occidental», entonces se debe reconocer que él se coloca al menos en la vía de la comparación científico-cultural entre derechos fundamentales³¹⁰.

He aquí otro ejemplo: sobre el plano europeo se presenta la interrogante de si el principio de igualdad sancionado por la Convención Europea sobre Derechos del Hombre pretende un *standard* de los derechos fundamentales común a toda Europa, o bien admite diferencias nacionales³¹¹.

Puesto que también la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre no se mueve en la óptica de una total nivelación –por medio de su Derecho o del de la Comunidad Europea– de las culturas jurídicas que han alcanzado un cierto grado de madurez, permanece un ámbito de variación que debe ser colmado de *acuerdo a las culturas específicas*³¹².

La comparación entre derechos fundamentales como comparación cultural puede relativizar y al mismo tiempo reforzar el tema de los derechos fundamentales en el Estado constitucional: ella relativiza la posición del Estado constitucional en cuyo ámbito se opera de cuando en cuando la comparación, porque demuestra que el valor y la efectividad de las garantías de los derechos fundamentales son descifrables sólo en parte sobre la base de su configuración

jurídica; ello puede significar que una mayor tutela jurídica no opera ningún efecto, cuando falta una correspondiente cultura jurídica de los derechos fundamentales; viceversa, un reforzamiento de la posición de aquel que opera la comparación, o de "su" Estado constitucional como ejemplo tipológico, puede resultar del hecho de que él puede oponer en compensación al menor grado de garantía formal de los derechos fundamentales, una mayor "cultura de los derechos fundamentales" de una sociedad; un aspecto inteligible por ejemplo, en el "argumento Voltaire" del presidente De Gaulle con referencia a J. P. Sartre ³¹³; donde quiera, entran a formar parte de la perspectiva equivalentes funcionales de los particulares institutos jurídicos ³¹⁴.

En suma, la comparación entre derechos fundamentales sirve, con las categorías y con los instrumentos de la comparación cultural, a un fin común: al desarrollo del modelo del Estado constitucional democrático (cooperativo), cuyo "corazón" o "núcleo fundamental" son justamente los derechos fundamentales. Debería hallarse fuera de discusión el hecho de que los derechos fundamentales son una de las conquistas culturales del hombre y del ciudadano. Junto a las disciplinas afines, la doctrina de los derechos fundamentales, gracias también a un tesonero trabajo sobre los detalles ³¹⁵, debe elaborar las posibilidades y las modalidades de la garantía y del desarrollo de los derechos fundamentales como herencia para el futuro ³¹⁶, en el sentido entendido por el autor en «Zeit und Verfassungskultur». A la comparación entre derechos fundamentales, practicada como comparación y cultural, debería corresponder una parte no pequeña en el cumplimiento de esta tarea para el pasado (¡historia de los derechos fundamentales! ³¹⁷), el presente (dogmática y jurisprudencia sobre los derechos fundamentales) y el futuro ("política de los derechos fundamentales").

En el campo de fuerza del tipo "Estado constitucional democrático", la comparación entre derechos fundamentales y la historia de los mismos se revelan como dos "métodos" en estrecha correlación:

la historia de los derechos fundamentales es comparación jurídica en la dimensión temporal; la comparación entre derechos fundamentales lo es en la dimensión espacial. Si, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal, en su elaboración del contenido y de los límites de particulares derechos fundamentales, hace referencia a la Constitución del Reich de Frankfurt y a la Constitución de Weimar, y de tal modo constata semejanzas y diferencias respecto a la *Grundgesetz*, entonces ello tiene un peso propio en el cuadro del proceso histórico³¹⁸ (por tanto, no es simplemente idéntico al "método de interpretación histórico"): la comparación se opera en el cuadro del tipo Estado constitucional: texto y contextos de Weimar y de la *Grundgesetz*. La historia proporciona sólo material para los ejemplos. Y a menudo el contenido actual de los derechos fundamentales resulta polémica o armónicamente, en contraste o en concordancia, de una comparación con una precedente experiencia histórica del Estado constitucional o de sus derechos fundamentales³¹⁹.

Lo mismo puede decirse para la comparación entre derechos fundamentales en la dimensión espacial³²⁰. Por más que aquí el planteamiento de la comparación textual sea importante, la comparación del contexto permanece en un segundo grado del proceso; ello ocurre, por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional Federal recalca la opinión de la doctrina o de la jurisprudencia o lleva a cabo un desarrollo posterior³²¹. La legitimación de la comparación temporal y espacial entre derechos fundamentales resulta de la pertenencia de la respectiva Constitución al modelo de Estado constitucional democrático considerado, el mismo que es el "punto de apoyo de Arquímedes"³²², si bien por su lado tal modelo es el resultado de largos procesos culturales y políticos. El legislador de la revisión constitucional, las Cortes, pero también el legislador ordinario y la doctrina están legitimados, de acuerdo a las funciones que les corresponden, para operar mediante la comparación entre derechos fundamentales. Y en realidad ellos ya lo hacen de modo más o menos conscientes o abierto³²³.

Otra vez sobre la configuración y sobre la interpretación de los límites de los derechos fundamentales

La cuestión de los límites a los derechos fundamentales debe ser tratada como problema del *Estado constitucional* —análogamente a la cuestión acerca de sus orientaciones de tutela— sobre más niveles: sobre un plano “técnico-jurídico”, uno de historia o comparación del Derecho y uno de cultura de los derechos fundamentales. Al plano “técnico-jurídico”, pertenece la demanda sobre cómo una sistemática de los límites, lo más “plausible” posible, pueda ser anclada textualmente ³²⁴. En efecto de un lado los *límites a los derechos fundamentales* necesitan de un mínimo de flexibilidad; de otro, la “idea de la tutela de la persona”, aquí sostenida, pretende la consideración de las diferencias textuales, por ejemplo en relación a límites “inmediatamente constitucionales”, y a reservas de ley, que a su vez pueden ser distinguidas en “simples” o calificadas. La *Grundgesetz* ha proporcionado un modelo ejemplar y el Tribunal Constitucional Federal, con una actitud igualmente cauta e inclinada a diferenciar, lo ha perfeccionado en el cuadro del principio de la ponderación que dicho tribunal ha elaborado ³²⁵.

En el plano de la comparación jurídica se encuentran las dos formas del análisis histórico del Derecho, y no sólo con referencia a las “constituciones que ha precedido” a la *Grundgesetz* (por ejemplo, la Constitución de la República de Weimar) ³²⁶, pero también en la consideración del Estado constitucional como *tipo*. Deberían ser comparados los modos y las técnicas de las que se sirven otras Constituciones de las democracias occidentales para la delimitación de los derechos fundamentales. En este contexto, no se nos puede ajustar al cuadro de la sola comparación *textual*: lo que la legislación de los diversos Estados constitucionales ³²⁷, y sobre todo las cortes, han hecho y hacen *prácticamente* partiendo de los límites a los derechos fundamentales regulados por el texto, puede ser “material de estudio” para la ciencia y la *praxis* de los derechos fundamentales al interior del Estado. Desde el principio deben entrar a formar parte de consideración los textos *internacionales* sobre los derechos fun-

damentales: en particular los límites a los derechos fundamentales ³²⁸, regulados en la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre y “custodiados” hasta ahora en la *praxis* de la Corte Europea para los Derechos del Hombre, podrían ser materia de enseñanza, y a mediano plazo podrían tener un efecto unificador también para la interpretación de los derechos fundamentales en el interior del contexto alemán federal. También la cuestión, relativa a la competencia, sobre quién pueda y quién no pueda limitar cuáles derechos fundamentales, debe ser analizada bajo una óptica comparatista.

El último plano sobre el cual deben ser tratados los *límites* a los derechos fundamentales es aquel relativo a la *cultura* de los derechos fundamentales. Justamente éste es el significado de la demanda acerca de la existencia de “límites sociológicos” a los derechos fundamentales, en el sentido que son puestas *prácticamente* ciertas barreras a su ejercicio, que no pueden desprenderse ni de la confrontación entre textos jurídicos, ni de la jurisprudencia, ni de la ciencia jurídica. Así pueden surgir límites a la libertad que son el resultado de una cultura política, y vínculos a los cuales se someten los ciudadanos de un país, puesto que estos vínculos representan una parte de la tradición.

En la perspectiva temporal, amerita nuestra atención sobre toda la cuestión acerca de la *modificabilidad* de los *límites* a los derechos fundamentales ³²⁹. A este contexto pertenece la pregunta ³³⁰ de si aquellos que participan en el desarrollo de los *contenidos* y de las funciones de tutela de los derechos fundamentales sean los mismos sujetos que se empeñan en la exploración de los *límites* a los derechos fundamentales. En línea de principio se debería dar una respuesta afirmativa. Pero no deberían olvidarse rasgos particulares. Cada individuo y la sociedad abierta querrán, más bien, *ampliar* o *hacer más intensivo* los *contenidos* y las dimensiones de los derechos fundamentales; los ejecutivos estatales y la burocracia volverán más bien su atención a los límites de los derechos fundamentales. Es tarea de la elaboración científica de los derechos fundamentales, y

en unión del poder jurisdiccional (constitucional) del país respectivo, preservar el *equilibrio* entre los contenidos y las tendencias de tutelas, de un lado, y los límites "necesarios", del otro. La línea de frontera entre libertad y responsabilidad, que el ciudadano debe encontrar por sí y adelante de sí sobre el terreno *ético-social*, debe ser buscada en el terreno jurídico de un Estado constitucional, tanto para "sus" derechos fundamentales como para los límites de estos. Ambos aspectos van juntos, aún sin ser idénticos, y ambos son igualmente complejos.

En este contexto se debe proceder conforme a la ya recordada perspectiva "*individualizante*" de los derechos fundamentales. La conexión más específica de cada uno de los derechos fundamentales conduce también a doctrinas especiales en torno a sus límites. En una perspectiva histórica y comparatista, se debería analizar si y por qué los derechos fundamentales culturales, como la libertad de arte y de ciencia, permanecen siempre *sin* una reserva específica de ley³³¹, y cuáles son los equivalentes funcionales de la limitación que desciende inmediatamente de la Constitución³³². En particular, para la libertad de opinión se encuentra una referencia a la "generalidad" no sólo en el artículo 5º, inciso 2), GG y en sus antecedentes históricos, sino también en el artículo 37º, inciso 1), de la Constitución portuguesa. En el modelo del Estado constitucional, la libertad de asociación parece hallarse integrada de buena gana con una *fattispecie* de prohibición del tipo de aquella regulada en el artículo 9º, inciso 2), GG³³³. Allí se encuentran analogías también con referencia a los derechos fundamentales, cuya limitación está sujeta a la reserva de jurisdicción³³⁴. Además, aquí se debería interrogar si sea más apropiada una reglamentación general (así, en el Art. 23º del proyecto de Constitución suiza de 1977) o especial de los límites³³⁵. También en las Constituciones con una reglamentación especial de los límites no deberían, sin embargo, ser raras las referencias (latentes) a límites generales ("*inmanente*").

Además, colocando la cuestión bajo una óptica de "cultura" de los derechos fundamentales, es oportuno proceder conforme a una

aproximación *individualizante* en el tema de los límites específicos de los derechos fundamentales: la ampliación del ámbito de tutela de la libertad del arte, por ejemplo (“concepto ampliado de arte”), explica sus efectos incluso en relación a los límites. La modificación de estos límites es un elemento de la libertad del arte, concretamente operante (*praktiziert*), y también de una específica “cultura de los derechos fundamentales”.

“Reflejos” de las garantías internacionales de los derechos del hombre sobre la concepción de los derechos fundamentales interna al Estado: una consecuencia del “Estado constitucional cooperativo”

Independientemente de la cuestión acerca de si las cláusulas del contenido esencial estén codificadas, reconocidas “sólo” en vía jurisprudencial o en una sede meramente doctrinal o bien, independientemente de la interrogante acerca de si valgan meras garantías de los derechos fundamentales “sin” cláusulas del contenido esencial, la concepción de los derechos fundamentales interna al Estado subyace como fuere a sus efectos. Es una consecuencia del “Estado constitucional cooperativo” (*kooperativer Verfassungsstaat*)³³⁶, el que, prescindiendo de la eficacia formal al interior del Estado de los tratados internacionales sobre los derechos del hombre, las garantías de los derechos fundamentales portadas por estos últimos cooperen *desde un principio* como auxilio argumentativo en la actividad de interpretación de la Constitución. En todo caso, la tendencia debería abrirse camino en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales nacionales en Europa. Y esto puede acontecer de modo más o menos evidente también en la doctrina. A este propósito, es ejemplar la obra de J. P. Müller³³⁷, que apoyándose en la *praxis* de la Corte Suprema suiza en la actualización del principio de igualdad de la Constitución Federal (Art. 4º), hace referencia a la Carta social europea, al Tratado Internacional sobre los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales, como también al tratado institutivo de la Comunidad Europea. Es justamente en la determinación del

“contenido esencial” (*Kerngehalt*) de los derechos fundamentales en Suiza, que J. P. Müller ³³⁸ afirma por doquier un “influjo” del Derecho Internacional”, en concreto, de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre y de los tratados ONU sobre los derechos del hombre ³³⁹.

También en Alemania la interpretación de la constitución, en el tema de los derechos fundamentales y de su “contenido esencial”, debe sensibilizarse y abrirse aún más intensamente de cuanto ha ocurrido hasta ahora frente a las garantías internacionales, regionales y universales de los derechos del hombre. Otro tanto se puede decir de la interpretación de los derechos fundamentales en la óptica de la comparación jurídica (entre derechos fundamentales), si bien no faltan ejemplos aislados en esta dirección ³⁴⁰. Los impulsos que sirven para el Tribunal Constitucional Federal alemán pueden provenir también de la *praxis* de una Corte como la Corte Europea para los Derechos del Hombre de Estrasburgo. La famosa decisión del caso König, por ejemplo ³⁴¹, podría haber influenciado al Tribunal Constitucional Federal en su *más* reciente jurisprudencia sobre la “efectividad de la tutela jurídica”: ahora se resalta expresamente la tempestuosidad de la tutela jurídica ³⁴². Desdichadamente, sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal no hace referencia ni al artículo 6º, inciso 1), cp. 1, de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre, ni a la decisión de la Corte Europea para los Derechos del Hombre. En este campo, dicha jurisprudencia ha permanecido demasiado “orientada hacia la *Grundgesetz*” ³⁴³.

El patrimonio común del Estado constitucional tiene tal vez su futuro necesario en este “diálogo” entre las concepciones nacionales e internacionales de los derechos fundamentales. Especialmente con relación a la *Grundgesetz*, ello es expresión de los artículos 1º inciso 1) y 2º, del principio de “optimización de los derechos fundamentales”, como también de la apertura al Derecho internacional de acuerdo a los artículos 24º-26º y al *Preámbulo* (cp. 1).

3.3. SINTESIS CONCLUYENTE: LA POLITICA (RELATIVA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES) DEL ESTADO CONSTITUCIONAL EN EL TEMA DE LA GARANTIA DEL CONTENIDO ESENCIAL

3.3.1. Las dos funciones de las cláusulas del contenido esencial: la "defensiva" y la "ofensiva"

En la doctrina y en la jurisprudencia alemanas, la fórmula del "contenido esencial", referida a los derechos fundamentales o –para las "garantías de instituto" como la autonomía administrativa comunal o el *status* de funcionario de carrera– a las instituciones, es entendida comúnmente en sentido *defensivo* como "barrera": debe ser trazado un "último", extremo límite ³⁴⁴, especialmente al legislador, cuando éste ponga límites o de ejecución a los derechos fundamentales; de aquí también la expresión "barrera última" (*Schranken-Schranke*), referida al artículo 19º, inciso 2), GG. Esta dirección de tutela "defensiva" y orientada hacia el *statu quo* es históricamente comprensible –precisamente en Alemania– y se mantiene todavía válida, conforme al concepto elaborado en este volumen, como función clásica ("actualmente declarativa, potencialmente constitutiva"), por más que la imagen de una "barrera de barreras" sea unidimensional y, por tanto, opinable.

Por el contrario, las fórmulas del contenido esencial, independientemente de la recepción en un texto positivo como el artículo 19º, inciso 2), GG, pueden cumplir, sobre todo en manos del juez, pero también para el científico, una segunda, nueva función: más que nada positiva, si se quiere de "apelación" y "ofensiva". Para el presente y el futuro, ellas pueden circunscribir y fundar nuevos aspectos de los derechos fundamentales, que tradicionalmente no eran considerados como elementos –inmanentes– del contenido de estos derechos. Dichas fórmulas pueden fundar una ampliación y un enriquecimiento del ámbito de tutela de los derechos fundamentales hasta recoger nuevos "elementos", y pueden dar lugar a una intensificación de radio de acción hacia ulteriores direcciones de tutela. Sobre todo en el "proceso de crecimiento" de las libertades

fundamentales, que se ha desarrollado con buenos resultados en más de treinta años de vigencia de la *Grundgesetz*, deviene inmediatamente perceptible este aspecto de las cláusulas judiciales o de la doctrina constitucionalista relativa al contenido esencial.

He aquí algunos ejemplos: el aspecto *procesal* de los derechos fundamentales, en 1949, con toda seguridad no era todavía un elemento –inmanente– de su “contenido esencial”; pero en 1982, gracias a la elaboración común del Tribunal Constitucional Federal y la doctrina, se ha convertido tan “esencial” que en la *actualidad* constituye un elemento del “*Wesensgehalt*” de los derechos fundamentales. Ello vale también paralelamente para la tutela del contenido esencial de la autonomía administrativa comunal o para la obligación del respeto del contradictorio antes de las intervenciones de los poderes públicos, y vale para algunos aspectos de la tutela de los derechos fundamentales en el Estado social (derechos fundamentales como derechos “materiales” de participación). El descubrimiento de las varias veces recordada “transformación” de los derechos fundamentales ³⁴⁵, el rol constitutivo del factor tiempo y la acentuación de los procesos, a través de los cuales aquellos alcanzan un alto grado de efectividad, serían valorizados de manera insuficiente si se dejase todo ello “antes” o “fuera” de su contenido esencial. Ciertamente, el legislador de 1982 no puede más intervenir arbitrariamente sobre este aspecto procesal de los derechos fundamentales (como derecho “formal” de participación) y sus aspectos de Estado social, por más que él los podría modificar. En 1949 ello habría sido distinto. Entonces estos últimos aspectos no eran aún elementos de los derechos fundamentales, y con mayor razón tampoco de su contenido esencial. Observado *ex post*, el “contenido esencial” de la libertad fundamental es un concepto *capaz* de desarrollo: según la idea aquí sostenida de la “ampliación del radio de acción de garantía de los derechos fundamentales”. El contenido esencial se desarrolla en el curso del tiempo.

En la doctrina y en la jurisprudencia este aspecto *positivo* de la fórmulas del “contenido esencial” casi no es reconocido. Ello se

explica por más de una razón: hace parte del cuadro general de la "dramatización" y de la "tendencia a privar de contenido efectivo" (*Entaktualisierung*) al artículo 19º, inciso 2), GG, el hecho de que, en el ámbito de la disputa teórica sobre los derechos fundamentales, no se argumentó casi nunca partiendo expresamente del "contenido esencial". También el desarrollo de la temática de la transformación de los derechos fundamentales no ocurre, por cuando sea dado reconocer, al influjo del artículo 19º, inciso 2), GG, mismo. Sí, empero, se entiende el "contenido esencial" como una fórmula que resume todos los principios materiales y los procedimientos formales a través de los cuales son afirmados, según *un criterio de inmanencia a la Constitución*, el contenido y los límites admisibles de cada derecho fundamental, entonces es una actitud coherente considerar positivamente también las ampliaciones y las intensificaciones, o, mejor dicho, los "enriquecimientos" de las libertades fundamentales, como formando parte de su "contenido esencial".

Este aspecto *positivo* del "contenido esencial" de una libertad fundamental se manifiesta de modo típico en la "decisión *closed shop*" de la Corte Europea para los Derechos del Hombre (Young/James/Webster, del 13 de agosto de 1981), sobre todo sobre el fondo de la *dissenting opinion* de Sorensen ³⁴⁶. Mientras Sorensen insiste sobre el hecho de que la tutela del contenido esencial interviene sólo entonces «cuando se trata de la cuestión de si sea justificada una reglamentación o una limitación del derecho», la Corte Europea para los Derechos del Hombre, por el contrario, elabora «el aspecto negativo de la libertad individual de asociación» (es decir, la libertad negativa de coalición) como un elemento del "contenido esencial de libertad", según el artículo 11º de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre. Todo ello no es otra cosa que un ejemplo de utilización creativa o, si se quiere, agresiva de la cláusula del contenido esencial. Ella se impone justamente allí donde, como en el Derecho europeo, es necesaria una interpretación "dinámica" de los derechos fundamentales a través de la obra del juez que "forme el Derecho" ³⁴⁷.

Por amplias que puedan ser las realizaciones, a veces necesarias, del legislador democrático bajo el signo del "Estado constitucional cooperativo" en el ámbito estatal, pero también en el plano internacional (por ejemplo, mediante los pactos internacionales o regionales sobre los derechos del hombre), realizaciones que son dirigidas hacia la plena y efectiva ejecución de las libertades fundamentales, la fórmula del contenido esencial representa ante todo —en ésta su función *positiva* (por ejemplo, en razón de las cláusulas sobre la dignidad humana o sobre la función social de un derecho fundamental)— un instrumento en mano del *juez constitucional* ³⁴⁸ y del *estudioso* del Derecho constitucional. Dicha fórmula debería encontrar su futuro sobre todo allí donde, en el ámbito de competencia de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea y de la Corte Europea para los Derechos del Hombre, y a causa del carácter particularmente fragmentario de las garantías de los derechos fundamentales, se reclama a los jueces capacidad creativa. Una "comparación jurídica fundada sobre los valores" en el cuadro del desarrollo de principios jurídicos generales ³⁴⁹, y con el objeto de una elaboración judicial y de la "ampliación casuística" de un "estándar común europeo de los derechos fundamentales", podrá y deberá cumplir y alcanzar todavía muchas metas justamente en virtud de la cláusula del contenido esencial ³⁵⁰, incluso cuando falte una garantía *textual*, de él como aquella del artículo 19º, inciso 2), GG. ¡sólo mediatamente esta última tiene, por tanto, en este sentido, todavía un futuro (no del todo insignificante) delante de sí!

3.3.2. ¿Garantías del contenido esencial internas al Estado Constitucional?

La "política del Derecho" referida a la construcción y al desarrollo del Estado constitucional es una parte de la doctrina de la Constitución. También la cuestión que tiene relación con el si y el cómo de las garantías del contenido esencial internas al Estado, pertenece, por eso, específicamente a la doctrina de los derechos fundamentales. Con tal propósito seguiremos, para concluir, con un

planteamiento de “política de los derechos fundamentales”³⁵¹. Una doctrina de la Constitución, practicada sobre el fondo de la comparación cultural-constitucional, no puede responder abstractamente y en general a la cuestión acerca del si y el cómo del arraigo y de la interpretación de las garantías del contenido esencial en sus dos funciones. Depende enteramente de la experiencia concreta de cada Estado constitucional, si y cómo deba ser introducida y elaborada o desplegada textualmente o en vía de interpretación una cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales³⁵².

En particular: en las *nuevas* constituciones, especialmente si siguen a formas del Estado autoritario, es aconsejable una garantía del contenido esencial (por ejemplo, los *Länder* alemanes después de 1945, la *Grundgesetz* de 1949, la Constitución de Portugal de 1974, y de Botswana de 1977). En estos contextos, tal garantía expresa la normatividad de la Constitución, el “otro” aspecto del vínculo con los derechos fundamentales de todas las funciones del Estado, y la voluntad de hacer obtener *real* valor a los derechos fundamentales. Las garantías del contenido esencial son sobre todo el irrenunciable contrapeso de todas las cláusulas *generales* sobre los límites, que precisamente circunscriben en general –a través del equilibrio– las libertades fundamentales (por ejemplo, el interés público en el proyecto de constitución suiza de 1977). ¡En arreglos de este tipo, en efecto, la “jurisprudencia sobre el bien común” puede no centrar el contenido esencial!. Estas garantías reclaman los momentos “absolutos” de los procedimientos interpretativos y de equilibrio; pero, partiendo de la Constitución, se configuran por lo menos las graduaciones. ¡Con una “pizca de fortuna” la “jurisprudencia sobre el bien común” deviene así en los resultados una “jurisprudencia sobre el contenido esencial”! Allí donde una Constitución dispone una reglamentación *específica* y graduada de los límites para cada derecho fundamental, no es igualmente urgente una garantía del contenido esencial³⁵³. No obstante ello, también aquí es aconsejable una garantía de este género, al menos hasta que no se esté en presencia de una enraizada “jurisprudencia sobre el bien común”, que deter-

mina de modo graduado los límites, que se “normativiza” a través de una ponderación diferenciada³⁵⁴ y que deviene así una jurisprudencia específica sobre el contenido esencial.

De tal modo hemos tocado además un aspecto decisivo para recoger el significado de las garantías del contenido esencial en los diversos Estados constitucionales bajo una perspectiva temporal: cuanto más una “cultura madura por los derechos fundamentales” o, en general, cuanto más cultura constitucional esté presente, tanto más puede pasar a un segundo plano una eventual garantía escrita del contenido esencial, hasta el “nivel” de un significado tan sólo declarativo (¡como, por ejemplo, en la *Grundgesetz* según el autor!). En otros términos las garantías del contenido esencial son típicas de determinados estadios temporales en el proceso de crecimiento de las Constituciones o de otras comunidades caracterizadas por la garantía de los derechos fundamentales (¡por ejemplo, en Europa *in fieri*!). Una vez fijadas al inicio de un cierto desarrollo, e inicialmente con un significado *constitutivo*, pueden abandonar su función en el curso del tiempo, en la medida en que la doctrina y la jurisprudencia elaboren principios jurídicos “consolidados” para la determinación del contenido y de los límites de la libertad fundamental. Ya que estos principios jurídicos puestos en garantías de los derechos fundamentales³⁵⁵, como la ponderación diferenciada, el principio de igualdad (¡así el Tribunal Constitucional austriaco respecto a la propiedad!), los momentos de Derecho objetivo, la efectivización sobre el terreno procesal, etc. son la obra *común* de la legislación, de la jurisprudencia y de la doctrina (¡y también de la opinión pública: “cultura de los derechos fundamentales”!), es producto tan sólo de una consideración *integral* el que esta obra haya dado resultados tan “seguros”, por lo que llega el momento para un cambio interpretativo de la “garantía del contenido esencial” inscrita en un principio meramente declarativo, o que no es (más) necesaria una nueva inserción de la cláusula en el texto constitucional (mediante una revisión total o parcial). También entonces, sin embargo, se debería tener presente que las garantías del contenido esencial pue-

den desarrollar una significativa "función de reserva": nuevos problemas relativos a los derechos fundamentales pueden presentarse en el curso del tiempo; allí donde no esté contemplada, por ejemplo, una garantía de la dignidad humana, o bien una cláusula de clausura, ¡una garantía del contenido esencial es tanto más urgente! Por lo demás, la cuestión acerca de la introducción de una cláusula del contenido esencial y acerca de la interpretación declarativa o constitutiva de ella es también una cuestión que depende del nivel de *educación*: funciones del Estado "educado" con un fuerte sentimiento de la Constitución y una opinión pública sensible a la cultura de los derechos fundamentales, desarrollan un "rol de vigilancia" que hace "superfluas" garantías constitutivas del contenido esencial. Pero ya que no se pueden excluir las recaídas hacia los estadios más antiguos de desarrollo del Estado constitucional, se impone una consideración de las garantías del contenido esencial como "punto exclamativo" con valor pedagógico de significado actualmente solo declarativo, pero potencialmente constitutivo. Esta función educativa respecto al Estado y a la sociedad no debería ser menospreciada.

En torno a la cuestión de política del derecho relativa a la oportunidad de la introducción de las cláusulas del contenido esencial y al modo de interpretar allí el significado, las cláusulas deben entonces ser entendidas "relativamente" al lugar, al tiempo y a la cultura de la Constitución: de acuerdo a las características propias de cada Estado constitucional y de la fase de desarrollo, si se quiere de su "grado de madurez", etc. Depende de la creciente y crecida cultura constitucional si tales cláusulas son necesarias y si tienen un significado constitutivo o "sólo" declarativo. Las garantías del contenido esencial son en tal sentido una *variable* del tiempo y de la cultura constitucional ³⁵⁶.

El si y el cómo de las garantías del contenido esencial de las libertades fundamentales deben ser valorados sobre todo en *relación* con los otros aspectos de la reglamentación del contenido y de los límites de estas libertades. Allí donde, como por ejemplo en la

Grundgesetz, estén regulados, como objetos específicos de tutela. Ya un principio básico sobre la dignidad humana, ya reservas de ley graduadas en relación a los particulares derechos fundamentales, la introducción de una "barrera del contenido esencial" no aparece tan urgente como en las "nuevas" Constituciones con una reglamentación únicamente *general* de los límites (como en Suiza, en la proyectada revisión total de 1977: Art. 23º, inciso 1), cp. 1). Tan pronto como, sin embargo, también la jurisprudencia constitucional haya adquirido "seguridad", la cláusula del contenido esencial podrá pasar a un segundo plano y "desactualizarse", como ha ocurrido en la literatura sobre la *Grundgesetz* (puede ser útil para recordar los momentos "absolutos"). Si una jurisprudencia constitucional como la de la Corte Federal suiza³⁵⁷ o como la del Tribunal Constitucional austriaco recurre prácticamente, a la par con la doctrina, a una cláusula del contenido esencial, entonces es oportuno, a objeto de claridad del texto constitucional, "fijarla" también en materia de revisión constitucional³⁵⁸. Donde los derechos fundamentales, en sus dimensiones modernas, en su *aspecto de realización* que trasciende el de mero vínculo, estén tutelados ya en el texto constitucional en sus perfiles social, cultural y procesal, la cláusula del contenido esencial podrá "pasar a un segundo plano".

Son notables los "grados" de desarrollo de las garantías de los derechos fundamentales que se han delineado y se van delineando en el devenir del Estado constitucional: a un "estrato" más viejo pertenecen las meras *cláusulas de vínculo* (*Bindungsklauseln*: por ejemplo, el Art. 1º, inciso 3), GG); sustancialmente más modernas, pero textualmente ya menos recientes, son las así llamadas "*cláusulas de criterio*" (*Richtschnurklauseln*). Es ejemplar el artículo 71º de la Constitución de Danzig³⁵⁹ (1920-22), que, en efecto, expresa: «Los derechos fundamentales y los deberes fundamentales son criterio y límite para la legislación, la administración de justicia y la administración en el Estado»³⁶⁰. El concepto de "criterio" es más fuerte que el mero vínculo; reenvía a la actividad del Estado en relación a los derechos fundamentales.

Incluso más modernas son las cláusulas que imponen al Estado una tarea de *realización* en lo concerniente a los derechos fundamentales. Es paradigmático el artículo 9º, inciso 2), de la Constitución española ³⁶¹. Este fin de la *realización* de los derechos fundamentales caracteriza también al artículo 24º del proyecto de Constitución suiza: «Los derechos fundamentales deben adquirir valor efectivo en toda la legislación, especialmente en las disposiciones de organización y en las procesales» ³⁶².

La perspectiva procesal de las libertades fundamentales es dogmáticamente –y ahora también textualmente– tal vez la dimensión más moderna de la tutela de los derechos fundamentales, colocada como insignia de crecientes reclamos de “procederes” del Estado constitucional.

El camino desde el vínculo –pasando por el criterio– hasta la cláusula de realización (*Verwirklichungsklausel*: en las diversas variantes de la realización no tan especificada –tipo base–, de la realización en el terreno procesal y de aquella referida a las relaciones entre particulares), sigue una línea de continuidad. Es un ejemplo típico de la tendencia a la ampliación del radio de acción en garantía de los derechos fundamentales ³⁶³.

La inserción de los derechos fundamentales sociales y culturales (Art. 9º, inciso 2), de la Constitución española) y el desarrollo del aspecto corporativo pertenecen a este “proceso de crecimiento” de la idea de los derechos fundamentales.

Considerando cuanto se ha dicho hasta ahora, se puede constatar, como fuere, que, aún siendo inmanente a la tutela del contenido esencial, todo ello debía ser (como el Art. 19º, inciso 4), GG, y el derecho fundamental a la celeridad de la tutela jurídica) elaborado a pequeños pasos, y, por tanto, no “resulta” manifiestamente de las cláusulas del contenido esencial, por más que éstas sean y deban ser abiertas.

Resumiendo: las garantías del contenido esencial tienen un significado diverso de acuerdo al período histórico y a las caracte-

rísticas propias de cada Estado constitucional (del sistema jurídico y de la cultura constitucional). Ellas representan una relación que resume más principios de tutela de los derechos fundamentales: aquel de la ponderación graduada y dotada de fuerza normativa y de momentos "absolutos" (incluidas las perspectivas procesales), y que, según los casos en los que las garantías se hagan declarativas, ellas fungen de "llamada" a la interpretación compromisoria, en el sentido de un *non modo sed etiam* entre momentos "relativos" y "absolutos". Las garantías del contenido esencial no son, por tanto, un simple "artículo de exportación" más allá del tiempo y del lugar. La comparación entre derechos fundamentales y entre Constituciones puede, empero, contribuir mucho a su comprensión. Las garantías del contenido esencial están en buen camino para convertirse en "patrimonio común" de muchos Estados constitucionales, ya sea que estos las regulen textualmente, sea que las reconozcan en vía judicial o sobre el plano doctrinal. Puede permanecer, por el contrario, abierta la cuestión de si ellas serán una parte del futuro común de los Estados constitucionales. En todo caso, ellas lo son sustancialmente incluso allí donde posean sólo un significado declarativo. En efecto, ni en escala mundial ni en Europa el Estado constitucional es una "posesión segura". Se halla igualmente en peligro como las libertades fundamentales. ¡En ello encuentra su fundamento (desdichadamente) el futuro no insignificante de la garantía del contenido esencial y su irrenunciable función de reserva! Y en tal sentido ella es asunto de todos los ciudadanos y de la opinión pública pluralista de todos los Estados constitucionales, incluida la doctrina.

Allí donde se imponga el equilibrio a través de cláusulas generales o especiales sobre los límites, o mediante la individualización de objetos y ámbitos merecedores de tutela, expresamente indicados o no, una cláusula del contenido esencial debe ser explicada "ante todo" partiendo de los momentos absolutos (sin que ella se resuelva en ellos). Allí donde esta cláusula se halle, por el contrario, "sola" ella contendrá aspectos tanto relativos como absolutos. Allí donde

falte del todo una garantía del contenido esencial, la jurisprudencia debe ante todo refugiarse en una cláusula judicial del contenido esencial. Allí donde la doctrina y la jurisprudencia hayan, en fin, desarrollado en el curso del tiempo momentos absolutos, o diferencien el equilibrio mediante la graduación, una garantía del contenido esencial textual o judicial "deviene" declarativa en el desarrollo sucesivo.

Esta consideración diferenciada del problema del contenido esencial es posible sólo gracias a la comparación jurídica en el espacio y en el tiempo (comparación constitucional mediante la historia constitucional, y en particular bajo la forma de historia de los derechos fundamentales, de la jurisprudencia y de la doctrina).

3.3.3. Garantías convencionales o legislativas del contenido esencial en el Derecho Europeo y en los tratados internacionales ("universales") sobre los derechos del hombre

En el ámbito internacional se sitúan cuestiones específicas acerca de las garantías textuales del contenido esencial ³⁶⁴. En las comunidades más "próximas", como la Comunidad Europea, y en el caso de los tratados regionales como la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre, es sin duda aconsejable fijarse estas interrogantes, especialmente porque, en este contexto, subsiste todavía un "diferente estándar de los derechos fundamentales" entre los particulares Estados miembros que puede y debe ser corregido. Hasta que no se aproximen las "culturas de los derechos fundamentales" de los diferentes Estados, la garantía *codificada* del contenido esencial en sentido defensivo y agresivo, como "desafío" y "vehículo de integración", mantiene un sentido positivo. Por motivos paralelos, una tal garantía debería afirmarse en el futuro también en el Derecho europeo por vía judicial, es decir, en la jurisprudencia ³⁶⁵. En ambas formas, la cláusula del contenido esencial funge de vehículo para dar espesor a la normatividad de los derechos fundamentales, para una ponderación atenta en la determinación

diferenciada de los límites y para su operatividad óptima en el aspecto sustantivo y en el procesal. En comunidades tan grandes como la Europa de los doce, o bien en el ámbito de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre, jella es una suerte de *cláusula de homogeneidad de los derechos fundamentales!*³⁶⁶. Hasta que ella pueda convertirse, también en este campo, en una descripción meramente declarativa de principios constitucionales, en otra parte ya seguros y asegurados, pasará mucho tiempo (especialmente porque el estándar de la doctrina y la jurisprudencia internas a los Estados es diferente). Teóricamente es, empero, sin duda configurable la hipótesis de que un día ella "se torne" igualmente declarativa en el ámbito del Derecho europeo, como lo es y puede ser actualmente bajo el vigor de la *Grundgesetz*.

Es más difícil responder a esta interrogante en el ámbito de los *tratados sobre los derechos del hombre de la ONU*. Puesto que subsiste, como fuere, en este contexto una gran diferencia y mucha variedad entre el Este y el Oeste, entre el Norte y el Sur, no es cierto que esta variedad pueda ser reducida a una garantía "escrita" del contenido esencial de las libertades fundamentales, o si, por el contrario, esta última tendría sólo el efecto de un enmascaramiento declamatorio. A ello sería necesario agregar además el problema de la "específica diferencia cultural"³⁶⁷. El contenido esencial de las libertades fundamentales es necesariamente diverso en países con cultura y tradiciones jurídicas tan diferentes, como las que se hallan en todo el mundo. Las garantías del contenido esencial pueden dar razón de ello a causa de su carácter de cláusulas generales. Obviamente, ellas pueden también dar lugar a una pérdida de credibilidad de la tutela internacional de los derechos fundamentales, en cuanto susceptibles de decaer hasta volverse vacías frases retóricas. Puesto que, por tal motivo, debe hacerse todo lo posible, hasta la "concreta utopía", para "propagar" y "programar" los derechos fundamentales sobre una escala mundial, existen en definitiva buenos argumentos en favor de una garantía textual del contenido esencial también en los tratados internacionales ("universales") sobre los derechos del hom-

bre. Además, mientras estos últimos falten, queda a los órganos judiciales o de otro género, competentes en materia de derechos del hombre (como, por ejemplo, la comisión para los derechos del hombre de las Naciones Unidas), la tarea de hacer efectivos los derechos fundamentales; la utilización práctica del aspecto del contenido esencial puede servir aquí como forma patente o latente de una necesaria "política de los derechos fundamentales": también en el cuadro de una valoración únicamente "programática" de los derechos fundamentales.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. Häberle, 1983, p. 342, nota 105.
2. A veces el Tribunal Constitucional Federal supera expresamente la "formulación lingüística" de un derecho fundamental (en concreto, el Art. 13º, GG), porque este último «desde siempre ha puesto en segundo plano la precisión jurídica en favor del *pathos* solemne de una forma breve e incisiva» (así, en la decisión 32, página 54). Y en modo más o menos consciente, el Tribunal siempre se ha hecho guiar por esta actitud también en muchas otras cuestiones relativas a la interpretación de los derechos fundamentales; piénsese, por ejemplo, en la exégesis del artículo 12º, GG. desde la *Apothekenurteil* (decisión 7, p. 377).
3. Sobre el argumento cfr. Häberle, κ, 1981.
4. El concepto de derecho fundamental debe ser obtenido desde una perspectiva histórico-constitucional y comparatista, a la cual deberían acompañarse investigaciones interdisciplinarias (por ejemplo, en el campo de la sociología jurídica y de la pedagogía). Pero este camino no puede recorrerse en esta sede.
5. En Vogel, 1979, p. 70
6. *Ibid.*, pp. 70 ss.
7. *Ibid.*, p. 80.
8. Bleckmann, 1979, pp. 41 ss.
9. En argumento Häberle, en Vogel, 1979, pp. 65 ss.; cfr. también las sucesivas posiciones de Zacher, *ibid.*, p. 70; sobre el "*ambiance*" también Randelzhofer, *ibid.*, pp. 96 ss.
10. Cfr. por último J. P. Müller, p. 1: «*Grundrechte signalisieren unmittelbar auf den Menschen bezogene Grundbedürfnisse, deren sich Recht und Staat annehmen müssen*» [«Los derechos fundamentales señalizan necesidades básicas relacionadas con los hombres, de las que el Derecho y el Estado tienen que ocuparse»]. Un planteamiento antropológico también en Suhr, 1976, p. 37, pp. 75 ss.; además Häberle, 1980, pp. 389 ss.
11. De este planteamiento antropológico se origina también, por ejemplo, la limitada tutela de la propiedad en las situaciones jurídicas del Derecho social; en argumento Häberle, 1982, pp. 483 ss.
12. Este aspecto es recordado, aunque de manera rígidamente dogmática, por la doctrina suiza de la división (estatal) de los poderes como derecho fundamental; en argumento, Saladin, 1975, p. 330.

13. En el sentido de un *non modo sed etiam* entre concepción “defensiva” y “constitutiva” de los derechos fundamentales, por último J. P. Müller, 1982, pp. 8 ss.
14. Cfr. también Scheuner, 1965, VVStRL, 22, p. 44: los derechos fundamentales «*sind einzeln oder in Gruppen jeweils historisch gesondert entstanden, und jedes einzelne Grundrecht hat seine spezielle, oft auch national differenzierte Geschichte*» [«han nacido individualmente o en grupos, en cada caso, separados históricamente, y cada derecho fundamental tiene su historia especial, frecuentemente, además diferenciada nacionalmente»]. Y, de este aspecto, con razón extrae Scheuner consecuencias para la comprensión e interpretación de los derechos (por ejemplo, *ibid.*, p. 37, nota 110). Hesse, 1978. EuGRZ, pp. 427 ss.
15. Es apropiado el término «*grundrechtstypische Gefährdungslage*» [«situaciones de peligro típicas de los derechos fundamentales»]: BVerfGE, 45, p. 63.
16. Cfr. también Scheuner, 1965, VVStRL, 22, p. 46: «*Aber die geschichtlich so ungemein wandelbare Erscheinung der Grundrechtskataloge zeigt doch deutlich, daß jeweils aktuelle historische Gründe die Auswahl, das relative Gewicht und auch die besondere Schutzrichtung der Grundrechte bestimmen*» [«El fenómeno de los catálogos de los derechos fundamentales, que históricamente varían extremadamente, muestra al mismo tiempo que, cada vez, las razones históricas determinan la selección, el peso relativo y también la especial orientación de la protección de los derechos fundamentales»].
17. A propósito de Saladin, 1975, pp. 286 ss.
18. El aspecto de la indefinibilidad de la libertad humana resulta evidente, por ejemplo, por el hecho de que no todas las posibles amenazas ya se han verificado o eran previsibles en el momento de la codificación de un catálogo de los derechos fundamentales.
19. Cuando el BVerfGE, 39, p. 276, observa: «*Zu den wesentlichen Bestandteilen eines verfassungsmäßigen Rechts gehört –wie das BVerfG bereits im Zusammenhang mit Art. 14 GG ausgesprochen hat– seine Durchsetzbarkeit*» [«A los elementos esenciales de un Derecho constitucional pertenece su coercibilidad –como ya ha dicho el Tribunal Constitucional Federal en relación con el Art. 14º GG–.»] (Cfr. por último BVerfGE, 37, p. 132) entonces él define aquí una característica de los derechos fundamentales que pertenece al Estado constitucional. Además, la factibilidad deviene un elemento del “contenido esencial” del derecho fundamen-

- tal. Estas consideraciones habían sido anticipadas por el BVerfGE, 24, p. 367: «*Nach der grundgesetzlichen Konzeption ist hiernach ein effektiver –den Bestand des Eigentums sichernder– Rechtsschutz ein wesentliches Element des Grundrechts selbst*» [«Según la concepción de la Ley Fundamental la tutela jurídica efectiva –asegurando la existencia de la propiedad– es un elemento esencial del derecho fundamental mismo»]. Esta “evolución jurisprudencial bajo el vigor de la GG” es un ejemplo de que el Tribunal Constitucional Federal no trabaja sólo (como por ejemplo en la concepción del sistema de los valores) partiendo de doctrinas *generales* de los derechos fundamentales; más bien, al contrario, generaliza para todos los derechos fundamentales una concepción desarrollada para un particular derecho fundamental (aquí el Art. 14º, seguidamente el Art. 12º, GG). Es digna de atención esta influencia recíproca en el tiempo entre doctrinas especiales y generales de los derechos fundamentales.
20. Respecto a la “relación entre comprensión de los derechos fundamentales y sistema de la tutela jurídica”, ahora Öhlinger, 1982, EuGRZ, pp. 238 ss.
 21. Cfr. en argumento Zacher, en Vogel, 1979, p. 73.
 22. Según Schnur, 1965, VVDStRL, 22, p. 142: «*gehört “spätestens seit dem Erlaß des Reichspressegesetzes zum Wesengehalt des Grundrechts der Pressefreiheit, daß die Beschlagnahme nur im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens” zulässig ist*» [«pertenece al contenido esencial del derecho fundamental de la libertad de prensa, a más tardar desde la promulgación de la ley de prensa del Reich, que la intervención es admisible sólo en el marco de un proceso judicial»].
 23. La Constitución de Turingia (1946, citada por Dennewitz, 1948), contiene una notable reserva común a los derechos fundamentales de la persona, de la libertad religiosa y de conciencia, de la libertad de opinión y de la libertad de ciencia y de su enseñanza: artículo 3º, inciso 3), período 2: «*Nur im Rahmen allgemeiner Gesetze können diese Freiheiten beschränkt werden*» [«Sólo en el marco de las leyes generales se pueden limitar estas libertades»].
 24. Para el concepto de contexto cfr. Häberle, 1979, pp. 49 ss.
 25. En argumento, *ibid.*, pp. 88 ss.
 26. Otros aspectos en la literatura más reciente: Rhinow, 1981, pp. 417 ss.
 27. En argumento Häberle, 1972, VVDStRL, 30, p. 74.

28. En cuanto concierne a los fundamentos y presupuestos de teoría constitucional de las diversas teorías sobre los derechos fundamentales, cfr. Schulze-Fielitz, 1979, pp. 50 ss.
29. La “interpretación extensiva”, según el principio «por el cual en los casos dudosos debe preferirse la interpretación que desarrolle al máximo la eficacia (*Wirkungskraft*) jurídica de las normas sobre los derechos fundamentales» (BVerfGE, 32, p. 54; 51, p. 97; 59, p. 330), se repite continuamente (por ejemplo E, 39, p. 1, para el Art. 2^o, inciso 2), GG). Según esta concepción se da efectividad real a los derechos fundamentales y al objeto primario, a cuyo servicio está puesta la construcción dogmática. Pero también esta máxima debe realizarse según la estructura del particular derecho fundamental.
30. Las concepciones de los derechos fundamentales están constituidas por un conjunto de elementos —en parte de principio, en parte técnicos— formales y materiales: postulados de justicia, esperanzas para el futuro, representaciones políticas de fines, pero también tradiciones y utopías, como “libres de temores y de pobreza” (cfr. el preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Hombre de 1948; en argumento la discusión en VVDStRL, 1979, 37, pp. 127 ss.).
31. Las teorías sobre los derechos fundamentales pueden ser la “versión” científica de las *concepciones* de los derechos fundamentales: así, G. Dürig, por ejemplo, ha proporcionado la versión teórica de los derechos fundamentales afín a la concepción católica del Estado y de la libertad, y así la concepción liberal del Estado ha encontrado su expresión dogmática en algunos aspectos de la “clásica” teoría y dogmática liberal de los derechos fundamentales.
32. Y así ha sido bien aconsejado el BVerfG en la disputa sobre el efecto de los derechos fundamentales frente a terceros; en la decisión 7, p. 198, ha encontrado un «resultado justo» «*sachgerechtes Ergebnis*» entre las varias «concepciones extremas», un resultado ya indicado por Dürig.
33. Cfr. Ehmke, 1963, VVDStRL, 20 pp. 53., pp. 71 ss.; Böckenförde, 1974, NJW, pp. 1529 ss.; por último la discusión con Göttingen, en Link, 1982, p. 97 (la convincente crítica de Dreier a Böckenförde; cfr., como fuere, también Starck, *ibid.*, p. 111).
34. En argumento mi intento en 1978, pp. 182 ss.
35. Häberle, 1983, p. 349, nota 140.
36. *Ibid.*, p. 350, nota 141.

37. Häberle, 1972, VVDStRL, 30, pp. 43 ss.
38. Por último, un reciente y buen tratamiento en Grimm, 1982, pp. 41 ss.
39. Desde el principio la *concepción*, la teoría, la doctrina y los métodos interpretativos de los derechos fundamentales se encuentran en una relación de copertenencia. Estos métodos son el vehículo de los primeros.
40. A propósito de la "teoría científica" ampliamente tutelada por el artículo 5°, inciso 3); BVerfGE, 5, p. 85; 25, p. 44.
41. Representativo para este aspecto es Forsthoff, 1965, VVStRL, 22, pp. 189 ss.: pretensión de interpretar el artículo 5° GG, según una concepción "liberal", es decir, «¿cómo ha sido entendido siempre!» De manera diversa Bachof, 1965 VVStRL, 22, p. 184 (el Art. 5° también como «*objektivrechtliche Verbürgung einer bestimmten Ordnung*» [«afianzamiento jurídico-objetivo de un orden específico»] y Scheuner, 1965, VVStRL, p. 22 ss. *passim*, pp. 201 ss. Sobre una «nueva comprensión de los derechos fundamentales», ya Herbert Krüger como conductor de la discusión, 1965, VVStRL, 22, p. 160.
42. Sobre la relativa estabilidad de los aspectos tradicionales, mi informe de Munich, en Die Zeit, 1983, pp. 289 ss.
43. La elaboración, con la cual nos confrontamos aquí, de propuestas teóricas, incluso extremas, por parte de la doctrina, de un lado, y de soluciones de compromiso y conciliadoras en el caso particular, por parte de la jurisprudencia constitucional, del otro, no quiere decir que la doctrina no pueda *preceder* a la jurisprudencia también en elaborar ensayos de "armonización". En esta sede, sin embargo, ella puede (y debe) alcanzar resultados no inferiores a aquellos alcanzados por una Corte Constitucional. Cfr. también la exigencia, expresada por Kloepfer, para que la doctrina publicista deba más fuertemente «pensar hacia adelante» («*Vor-Denken*»); el BVerfG debería «reflexionar» sobre este aspecto, en Vogel, 1979, p. 87.
44. En argumento, Häberle, 1977; ahora id., 1978, pp. 656 ss.; Schmidt, 1982, pp. 3 ss. Para el Derecho penal, cfr. Blei, 1977, p. 2; Jescheck, 1978, pp. 14 ss.; Fincke, 1975. Para el Derecho civil, Wieacker, 1967, pp. 486 ss.
45. A propósito VVStRL, 1983, 41
46. Bleckmann, 1979. Contrariamente a cuanto se ha sostenido por la opinión probablemente dominante (indicaciones en von Münch, 1981, Vorb. Art. 1°-19°, n. 11 ss.) no existe un instituto *autónomo* de la edad

mayor en los derechos fundamentales (así, justamente Hesse, 1982, Grundzüge, Rd. Nr. 285). En relación con el *Estado* existe sólo una titularidad de los derechos fundamentales a determinar específicamente para cada derecho. En su ejercicio participan quienes ejercen la potestad paterna con su derecho a la educación en cuanto tal, pero también los adolescentes obtienen gradualmente una influencia siempre mayor: cooperación, codeterminación, determinación autónoma. La ley sobre la educación religiosa de los niños de 1921 es por muchas situaciones ejemplar. Pero se requiere distinguir de acuerdo a las particularidades del específico derecho fundamental. Por ejemplo, la libertad de elección de la profesión (a diferencia de la libertad de instrucción) "comienza", según el artículo 12º GG, en vía de principio, sólo después de la abolución de la general obligación escolar (Art. 7º GG); hasta la edad mayor, quienes ejercen la potestad paterna participan todavía en el ejercicio de los derechos mencionados en el artículo 12º GG.

47. Indicaciones para una mayor diferenciación por cada uno de los derechos fundamentales, por ejemplo, en Scheuner, 1965, VVStRL, 22, p. 45: «*Die einzelne Grundrechtsverbürgung muß vielmehr als eine selbstständige, wenn auch gedanklich oder geschichtlich möglicherweise im Zusammenhang mit anderen Rechtsgewährungen stehende Norm angesehen werden*» [«El afianzamiento de los derechos fundamentales particulares más bien tiene que ser considerado como una norma independiente, aunque posiblemente intelectual o históricamente en relación con otras garantías jurídicas»]; id. 1972 VVStRL, 30, p. 143; cfr. F. Müller, 1969, quien en el prefacio exige la elaboración de una dogmática de los derechos fundamentales «*für jede Freiheitsgarantie gesondert*» [«aparte para cada garantía de la libertad»], que habla expresamente del «*Sachgehalt des einzelnen Grundrechts*» [«contenido de cada particular derecho fundamental»] (Ibid., p. 23, cfr. también p. 42) y que se opone a las «*pauschale Grenzbestimmungen*» [«delimitaciones globales»] (ibid., p. 57 ss.); cfr. también ibid., p. 87: los derechos fundamentales, «*je selbständige*» [«cada cual independiente»], como garantías de libertad.
48. En argumento cfr. Häberle, 1983, pp. 12 ss.
49. Sobre diferencias y convergencias entra la libertad del arte, garantizada en el artículo 5º, inciso 3), GG, en forma de derecho fundamental junto a otros derechos, de un lado, y la libertad de la ciencia, del otro: BVerfGE, 47, p. 327. El BVerfG reconoce, por ejemplo, en BVerfGE, 51, p. 97, una conexión interna de su jurisprudencia sobre los diversos derechos fundamentales. En E, 32, p. 54, el BVerfG instituye, por ejemplo, una importante conexión transversal entre su jurisprudencia sobre

- la efectividad de la libertad de elección de la profesión (E, 7, p. 377; 13, p. 97) y su interpretación del artículo 13º GG!. Se necesitaría analizar los pasajes en los que el BVerfG ha argumentado e interpretado, directamente partiendo de un derecho fundamental para llegar a otro derecho fundamental, sin "pasar" por las "doctrinas generales" (cfr., sin embargo, también la referencia a E, 6, p. 55, en E, 32, p. 54). Sobre las relaciones de conexión entre derechos fundamentales, Häberle, 1983, pp. 12 ss.
50. En argumento Häberle, FS, 1981, pp. 211 ss.
 51. Cfr. la indicación para la libertad de prensa en Lerche, 1976-1978, pp. 67, ss.
 52. Sobre la materia cfr. mi estudio (en unión de otros autores): 1972, VVStRL, 30, p. 43, pp. 77 ss.
 53. Distingue por ejemplo BVerfGE, 50, p. 290: «Art. 9º Abs. 3 GG *gehört nicht zu den "klassischen" Grundrechten*. [«El Art. 9º, inciso 3) GG no pertenece a los derechos fundamentales "clásicos"»]. Sin embargo, aún en las decisiones que siguen, el BVerfG usa la fórmula según la cual la libertad sindical es «*in erster Linie ein Freiheitsrecht*» [«en primera línea un derecho a la libertad»] (ibid., p. 397), aspecto éste que es seguido de buena gana por otras dimensiones ("Rechtsinstitute" y "Normenkomplexe", necesidad de ejecución por parte de las leyes, etc.) (ibid., p. 368).
 54. Expresamente contrario a la visión abierta y "móvil" del autor, y en favor de una «*klare Vorordnung des individualrechtlichen Aspekts*» [«clara preferencia del aspecto jurídico-individual»] para todos los derechos fundamentales, y, por lo tanto, contrario a una consideración diferenciada: Starck, 1981, JUS, pp. 237 ss.
 55. BVerfGE, 33, p. 303, es un ejemplo de la orientación para la cual las particulares direcciones de tutela del derecho fundamental, el respectivo límite de éste debe ser elaborada cada vez *separadamente* (Aquí el aspecto de participación del Art. 12º GG). De E, 39, p. 334, y del reenvío a E, 33, pp. 303, se desprende indirectamente que el BVerfG considera "inmanente" su delimitación del aspecto de participación.
 56. Es representativo Maunz, 1980, pp. 103 ss.; crítico Bleckman, 1979, pp. 42 ss.
 57. Cfr. Hesse, 1972, VVStRL, 30, pp. 145 ss.
 58. En argumento Saladin, 1975, pp. 286 ss.

59. La expresión «*dynamischer Grundrechtsschutz*» [«protección de los derechos fundamentales dinámicos»], en el sentido entendido por BVerfGE, 49 p. 89, corresponde a la tutela móvil, abierta, es decir, pluridimensional de los derechos fundamentales, propuesta aquí, o ya desde el informe de Regensburg (VVStRL, 1972, 30, pp. 43 ss.). Tal tutela se desarrolla en el curso del tiempo con el fin de la “mejor” protección “de vez en cuando posible” (cfr. BVerfG cit.). Esta máxima vale para la elaboración de las diversas dimensiones de los derechos fundamentales, así como de su contenido y de sus límites, en el cuadro de estas diversas dimensiones.
60. Y por eso la historia de los derechos fundamentales desde el principio debe ser escrita, ya como historia de los textos relativos a los derechos fundamentales, ya como historia de los intérpretes de los derechos fundamentales.
61. La discusión sobre la “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución” continúa. La literatura y el Estado de la discusión están descritos, hasta 1978, en Häberle, 1978, pp. 180 ss. Es útil agregar, por último, por ejemplo, Hase, Ladeur, Ridder, 1981, JUS pp. 794 ss.; Birk, 1981, DuR, pp. 194 ss.; Isensee, 1980, pp. 20, 25 y 40 ss.; Baruzzi, 1979, p. 76. Cfr. también Häberle, 1983, p. 323, nota 5; por último, Ladeur, 1982, pp. 390 ss.; Kull, 1982, pp. 56 ss.; Benda, 1982, DöV, pp. 877 ss.
62. Un concepto usado por el BVerfG (E, 33, p. 303), pero antes elaborado por el autor (en FS, 1978, pp. 173 ss.).
63. La concepción del sistema de los valores de un Düring era una propuesta científico-teórica que el BVerfG ha acogido casi como un principio, y, por eso, no sólo en el campo de particulares derechos fundamentales como aquellos de los artículos 5º o 6º GG. Crítico Goerlich, 1973; sobre la materia mi respuesta en Häberle, 1974, pp. 487 ss.; cfr. también Hesse, 1982, EuGRZ, pp. 121 ss.
64. Con fundamento en el autor, por primera vez, en Häberle, 1977, JZ, pp. 241 ss.; ahora, en 1978, pp. 202 ss.
65. Con fundamento en general, por último, Häberle, RV, 1982, pp. 58 ss.
66. Ocasionalmente el BVerfG se ha vuelto, expresamente o de modo latente, contra una determinada teoría de los derechos fundamentales (cfr. BVerfGE, 45, p. 187), con referencia al principio de distribución de los derechos fundamentales (*Verteilungsprinzip*) de Schmitt, obviamente sin indicar el nombre del autor: la libertad («*kann im Hinblick auf diese Gemeinschaftsgebundenheit nicht prinzipiell unbegrenzt sein*») [«en princi-

- pio no puede ser ilimitada en relación a estas obligaciones comunitarias»].
67. Möckl, 1979, p. 189, nota 205, considera justamente que las diversas teorías de los derechos fundamentales se presentan «*in der jeweiligen historischen Lage nur als Mischform*» [«en las respectivas situaciones históricas sólo como forma mixta»].
 68. Lerche, 1978, pp. 67 ss., caracteriza la posición fundamental del BVerfG especialmente para la libertad de prensa como “esfuerzo para evitar visiones unilaterales” en la disputa en torno a las posiciones metódicas fundamentales entre la concepción «institucional» y la concepción «de derecho individual». Esta «posición intermedia y más cauta» en las cuestiones metódicas preliminares, es criticada por Lerche, quien recuerda la «*in Deutschland ausgeprägte Vorliebe für methodische Probleme*» [«notoria preferencia en Alemania por los problemas metodológicos»] y la transformación, típica para la libertad de prensa, de «*Interessengegensätzlichkeit in Methodengegensätzlichkeit*» [«la confrontación de intereses en la confrontación de métodos»] (ibid. p. 69). Ibid. pp. 25 ss., Lerche habla de “importantes” propuestas jurisprudenciales para el desarrollo sustancial de la comprensión de los derechos fundamentales. Pero también los ejemplos por él citados, a menudo han sido precedidos por el “trabajo preparatorio” de las teorías científicas, no raramente también, por la del mismo Lerche.
 69. A veces el BVerfG emprende *ex post* una calificación dogmática y general de su jurisprudencia menos reciente. En E, 39, p. 334, se caracteriza la famosa *Schrankenformel* [fórmula de las barreras] como “límite inmanente” partiendo de E, 4, p. 7; cfr. también E, 33, p. 303. Haciendo lo mismo reenvía a E, 3, p. 248; 20, p. 351; 24, p. 367. Sólo en E, 3, p. 248, todavía, se habla expresamente de “límite inmanente”. Evidentemente los tiempos parecen “maduros” al BVerfG para servirse en vía general de una determinada figura dogmática.
 70. Sobre el “desarrollo de las funciones de tutela” a través del BVerfG: Hesse 1978, EuGRZ, pp. 427 ss. Hesse menciona entre otras cosas la “comprensión de los derechos fundamentales extendida” en la decisión Lüth (E, 7, p. 198), comprensión que, acogiéndose a Smend, rechazaba la concepción formal de los derechos fundamentales hasta entonces dominante.
 71. Cfr. BVerfGE, 6, p. 55; cfr. también E, 12, p. 1; 24, p. 119; 31, p. 58; E, 50, p. 290; 51, p. 384; 57, p. 295. Cfr. también la argumentación basada sobre el concepto de “clasicidad” en la *dissenting opinion* Rupp-von

- Brünneck/Simon (BVerfGE, 39, p. 68: «klassische verfassungsgerichtliche Kontrolle» [«control clásico de la jurisdicción constitucional»], con referencia a los derechos fundamentales como simples “derechos de defensa frente al Estado”, «klassische Funktion» [«función clásica»] del BVerfG). En el fondo se usa aquí el concepto clásico contra una “nueva” concepción de los derechos fundamentales elaborada por la mayoría de los jueces; véanse las objeciones desarrolladas en la *dissenting opinion*, *ibid.*, pp. 71 ss.
72. E, 6, p. 55; E, 24, p. 119: “triple” significado del artículo 6°, inciso 2), GG: garantía de instituto, tutela contra las intromisiones y norma de principio decisiva para los valores.
73. Por ejemplo E, 6, p. 55: El artículo 6°, inciso 1), GG, no sólo es una garantía de instituto, «*sondern darüber hinaus zugleich eine Grundsatznorm*» [«sino, más allá, al mismo tiempo, una norma básica»]. E, 7, p. 198, LS 1: los derechos fundamentales son ante todo derechos del ciudadano a defenderse del estado: en las disposiciones de la GG sobre los derechos fundamentales se concreta, sin embargo, también un ordenamiento objetivo de valores. E, 10, p. 59: el matrimonio y la familia son institutos “transmitidos del pasado”. «*Doch erschöpft sich der institutionelle Gehalt des Art. 6° Abs. 1 GG hierin nicht. Es erschließen sich weitere wesentliche Elemente aus den besonderen Wertentscheidungen*» [«Allí no se agota el contenido esencial del Art. 6°, inc. 1), GG. Se abren otros elementos sustanciales de las decisiones valorativas»] de la GG. E, 50, p. 290: cada uno de los derechos fundamentales son “ante todo derechos individuales”, pero también «*Funktion der Grundrechte als objektiver Prinzipien*» [«los derechos fundamentales funcionan como principios objetivos»]. E, 51, p. 384: «*Art. 6° Abs. 1 GG enthält sowohl ein klassisches Grundrecht auf Schutz vor Eingriffen des Staates wie eine Institutsgarantie als auch eine wertentscheidende Grundsatznorm*» [«El Art. 6°, inc. 1, GG contiene tanto un derecho fundamental clásico de protección contra las intervenciones del Estado, como una garantía institucional y una norma fundamental como decisión valorativa»] (así, ya E, 31, p. 58). Se podría hablar de un “pluralismo de los componentes” (*Komponentenpluralismus*) conferencia al BVerfGE, 27, p. 71: «*Für die in Art. 5° Abs. 1 S. 1 GG gewährleistete Informationsfreiheit sind demnach zwei Komponenten wesensbestimmend. Einmal ist es der Bezug zum demokratischen Prinzip des Art. 20° Abs. 1 GG [...]. Daneben weist die Informationsfreiheit eine individualrechtliche, aus Art. 1°, Art. 2° Abs. 1 GG hergeleitete Komponente auf*» [«Para la libertad de información garantizada por el Art. 5°, inc. 1), párr. 1, GG, según eso, son características determinantes dos componentes. Uno relativo al principio democrático del Art. 20°, inc. 1), GG

- [...] Por otro lado, la libertad de información expresa un componente jurídico-individual derivado del Art. 1º, Art. 2), inc. 1, GG»].
74. Una representación clara del “cambio de estructura y función” del artículo 6º, inciso 5º, GG, en la doctrina y en la jurisprudencia, en E, 25, p. 167.
 75. BVerfGE, 6, p. 32, con referencia a la famosa citación-Thoma.
 76. Cfr. por ejemplo el reenvío a una opinión sostenida en la doctrina sobre el artículo 6º GG solamente como “norma programática o garantía del instituto” (*Programmsatz oder Institutsgarantie*): BVerfGE, 4, p. 52. Cfr. también la actitud en BVerfGE, 47, p. 327, que deja abierta la disputa en doctrina. En VBerfGE, 23, p. 127, el BVerfG desarrolla la tesis de que el derecho fundamental de la libertad de conciencia no garantice únicamente los derechos subjetivos, sino que más bien sea al mismo tiempo una “norma de principio decisiva para los valores” (con referencia a E, 21, p. 362, donde son citados los *leading decisions* E, 5, p. 85; 6, p. 32; 6, p. 55; 7, p. 198; 10, p. 59). Así, las hipótesis reconstructivas que han sido desarrolladas en parte para los derechos fundamentales en general y en parte para cada uno de los derechos fundamentales, como aquellas referidas a los artículos 5º, 2º, 6º y 7º GG. Sin emplazamientos, el BVerfGE, 30, p. 173, procede así para la libertad de arte. Cfr. también E, 32, p. 54, con referencia a E, 7, p. 377.
 77. Un ejemplo ulterior de la jurisprudencia sobre los derechos fundamentales del BVerfG es, de un lado, la elaboración de una “obligación de tutela” a cargo del Estado (desde E, 39, p. 1, por último E, 56, p. 54), y, del otro, la «realización de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento» (cfr. BVerfGE, 53, p. 50, y la *dissenting opinion* Simon/Heußner, *ibid.*, pp. 72 ss.). Respecto al argumento entero, Hesse, 1982, pp. 139 y 143; *id.*, 1978, EuGRZ, pp. 427 ss. Si el BVerfG mismo, la dimensión procesal se ha desarrollado en diálogo con la doctrina.
 78. Ejemplar: BVerfGE, 32, p. 54.
 79. Representativa de ello, BVerfGE, 35, p. 79. Falta todavía un estudio que para los derechos fundamentales opere de modo análogo a Honsell, 1982.
 80. Por ejemplo, BVerfGE, 35, p. 79, para la doctrina publicista del período de la República de Weimar.
 81. Esto y lo otro con referencia a Böckenförde, 1974, NJW, pp. 1529 ss. La concepción de la Constitución de Böckenförde se encuentra en con-

- traste con la aquí sostenida. De aquí deriva fundamentalmente el disenso. Pero el BVerfG recorre silenciosamente, pero concretamente, su camino.
82. Es ejemplar la obligación de tutela, construida de manera consecuente a partir del BVerfGE, 39, p. 1, y que es extraña o al menos debería serlo, a los dogmáticos "liberales" de los derechos fundamentales, si ellos fuesen consecuentes. Esta obligación de tutela de los derechos fundamentales, a cargo del Estado, encuentra una base textual en el artículo 1º, inciso 1), párrafo 2, GG (cfr. BVerfGE, 49, p. 89: «wegen der aus Art. 1 S. 2 GG folgenden objektivrechtlichen Verpflichtung aller staatlicher Gewalt, die Würde des Menschen zu schützen» [«para proteger la dignidad del hombre, debido a la obligación jurídico-objetiva de todo poder estatal, de conformidad con el Art. 1º, párrafo 2, GG»]. Tal obligación puede ser elaborada para todos los derechos fundamentales, partiendo de esta base; en todo caso hasta que tales derechos tengan una referencia a la dignidad del hombre. En E, 39, p. 1, el BVerfG elabora la obligación de tutela partiendo del Art. 2º, inciso 2), GG, mismo, pero "además" también del artículo 1º, inciso 1), período 2, GG. Obviamente existen también ciertos ejemplos del hecho de que las Cortes proceden también al unísono con una determinada concepción de los derechos fundamentales de la doctrina; así por ejemplo, BVerfGE, 27, p. 360, con referencia a una comprensión del artículo 7º, inciso 4), GG, orientada en el sentido del Estado asistencial, mientras la primera NC-Urteil (BVerfGE, 33, p. 303) pudo afiliarse únicamente a intentos de la doctrina. Casos en los que el BVerfG no ha podido conducir las "concepciones de los derechos fundamentales" a un consenso, se demuestran, por ejemplo, en BVerfGE, 39, pp. 1 ss. o pp. 67 ss. (*dissenting opinion*); cfr. también Lerche, en Vogel, 1979, p. 26, nota 11.
 83. En argumento Häberle, K, 1981.
 84. E, 24, p. 236; cfr. por último E, 53, p. 366. Además, en doctrina, Häberle, 1969, DöV, pp. 385 ss., ahora en id., 1979, pp. 125 ss. Sobre el estado actual de la discusión: Isensee, 1980, pp. 12 ss.; Häberle, 1975, JZ, pp. 297 ss., ahora en id., 1978, pp. 155 ss.
 85. Informe de Friburgo Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß, en Häberle, 1978, pp. 121 ss.
 86. En argumento Hesse, 1978, EuGRZ, pp. 427 ss.
 87. Cfr. Häberle, 1972, VVStRL, 30, pp. 43 ss.
 88. En argumento mi escrito: E, 1981.

89. Cfr. Häberle, 1983, pp. 335 ss.
90. Cfr. Hesse, 1978, EuGRZ, p. 438.
91. Ibid.
92. Algunos aspectos en Badura, 1976, pp. 1 ss.
93. Cfr. BVerfGE, 2, p. 1; 4, p. 7; 4, p. 96; 6, p. 32; 6, p. 55; 7, p. 198; 10, p. 118; 12, p. 1; 12, p. 205; 18, p. 18; 19, p. 303; 33, p. 1; 35, p. 202; 38, p. 281. Una relación muy clara entre derechos fundamentales y Estado o entre concepciones de los derechos fundamentales y concepción del Estado, en BVerfGE, 50, pp. 290 y 353.
94. Cfr., por ejemplo, E, 5, p. 85; 8, p. 104; E, 12, p. 45: el Estado como «*Gemeinschaft freier Menschen*» [«comunidad de hombres libres»]. Mientras el BVerfG ha desarrollado, en el curso del tiempo, ciertas diferenciaciones en la concepción del Estado o de los derechos fundamentales, ello ha tenido consecuencias sobre ambos, cfr., por ejemplo, E, 53, p. 30.
95. Cfr., por ejemplo, la sentencia del BVerfG sobre el par. 218 con la *dissenting opinion* Rupp-von Brünneck/Simon: E, 39, p. 1 de un lado, y p. 68, del otro; cfr. además la *Radikalen-Entscheidung*, en E, 39, p. 334, o también la *dissenting opinion* Hirsh, *ibid.*, pp. 375 ss.; la sentencia sobre los Hochschulen, en E, 35, p. 78, o la *dissenting opinion* Rupp-von Brünneck, *ibid.*, p. 148.
96. En argumento ahora Simenus, 1982.
97. Por ejemplo BVerfGE, 36, p. 342.
98. De modo análogo se debería proceder en el ámbito de la Comunidad Económica Europea para la correlación entre concepción de los derechos fundamentales y (auto) comprensión de la comunidad. En la jurisprudencia sobre los derechos fundamentales del EuGH con toda seguridad ya ahora se reconoce una determinada "imagen" de la comunidad. A la inversa, las diversas funciones de los derechos fundamentales elaboradas por el EuGH influyen la configuración de la comunidad.
99. En general, sobre Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen, mi contribución con este título, en FS, 1982, pp. 211 ss.
100. Bajo el vigor de la GG el BVerfG ya ha "recuperado" la tutela de la *privacy* de la EMRK y el principio de la tutela jurídica oportuna. Acá se muestra qué tanto el BVerfG puede y debe corregir aquello en lo

- que el constituyente no ha acertado. En argumento, Häberle, 1983, pp. 288 ss.
101. La EGMR de Estrasburgo, en una serie de decisiones, ha tomado mucho cuidado al definir el concepto de límite “necesario en una sociedad democrática”, y de tal manera ha considerado a los derechos fundamentales como formando parte de la sociedad democrática y también ha desarrollado la prohibición de exceso. Cfr. en la jurisprudencia, por ejemplo, la sentencia Handyside del 7 de Setiembre de 1976, Serie A, vol. 24 al n. 49 (EuGRZ, 1977, pp. 38 ss.); la sentencia Klass del 6 de Setiembre de 1978, Serie A, vol. 28 ai nn. 46 ss.; la sentencia Winterwerp del 24 de octubre de 1979, Serie A ai nn. 33 y 39; sentencia Dudgeon del 22 de octubre de 1981, Serie A, vol. 45, al n. 53; Young/James/Webster, sentencia del 13 de agosto de 1981, Serie A, del n. 44 al n. 59. Sobre todo el argumento, cfr. también Häberle, 1983, pp. 274 ss.
 102. En este sentido es siempre de ayuda el BVerfGE, 22, p. 108: «*Worin der unantastbare Wesengehalt eines Grundrechts besteht, muß für jedes Grundrecht gesondert aus seiner besonderen Bedeutung im Gesamtsystem der Grundrechte ermittelt werden*» [«En qué consiste el contenido esencial de un derecho fundamental, es algo que tiene que ser indagado para cada derecho fundamental separadamente por su importancia particular en el sistema total de los derechos fundamentales»].
 103. Pueden encontrarse anotaciones para una clara diferenciación del modo y de la intensidad de la actuación legislativa, de la cual los particulares derechos fundamentales tienen necesidad, por ejemplo en el BVerfGE, 50, p. 290; 58, p. 233, para la libertad sindical a que se refiere el artículo 9º, inciso 3), GG.
 104. Cfr. también BVerfGE, 32, p. 54: «*[...] angesichts der vom Verfassungsgeber jeweils sorgfältig dem Wesen der einzelnen Grundrechte angepaßten Schrankenregelung*» [«[...] en vista de la reglamentación de barreras, en cada caso adaptadas cuidadosamente por el constituyente a la naturaleza de cada uno de los derechos fundamentales»].
 105. Tal vez también a causa del carácter positivo del artículo 19º, inciso 2), GG.
 106. El BGH no debe ser criticado, entonces, por su visión “relativa” de los derechos fundamentales. En la fase inicial de vigor de la GG, el principio de relatividad bien pudo parecerles “esencial a los derechos fundamentales”. *Ex post* es fácil pensar de modo distinto.

107. En argumento Häberle, 1970, AöR, 95, pp. 86 ss. ; cfr. también id., 1979, pp. 235 ss., con apéndice hasta el año 1978, pp. 309 ss.
108. Así en Suiza es necesario el principio de igualdad o la prohibición de albedrío para alcanzar un "límite absoluto" en el sentido de la determinación del contenido fundamental (cfr. J. P. Müller, 1982, p. 151). En Austria, por parte del VfGH se opera de modo similar en el campo de la propiedad (Cfr. Häberle, 1983, pp. 264 ss.).
109. Sobre los aportes en Suiza: Saladin, 1982 pp. XXIX ss.; Hangartner, 1982, p. 88, ve esta coincidencia de una concepción absoluta del contenido esencial con la dignidad humana.
110. Así, en Suiza es tal vez posible hallar particulares derechos fundamentales para los cuales ya hoy, en consideración del elevado nivel de la jurisprudencia del BG, es "superflua" la introducción judicial de una garantía del contenido esencial, en otros ámbitos, por ejemplo, aquellos derechos fundamentales sujetos a nuevas situaciones de peligro o descubiertos poco tiempo atrás, por el contrario, una delimitación judicial del contenido esencial es imprescindible. En donde el proyecto de Constitución de 1977 regula de modo tan general los límites de los derechos fundamentales *derechos fundamentales*, bien hace en disponer contextualmente, en general, la protección de un núcleo fundamental. El desarrollo sucesivo podrá después operar siempre ciertas diferenciaciones en el sentido entendido por el texto, en cuanto concierne a la alternativa "constitutivo-declarativa". En otros términos: los límites *generales* a los derechos fundamentales exigen una "delimitación *general* del contenido esencial"; aquellos específicos tienen menos necesidad de ello.
111. Así, BVerfGE, 27, p. 360, que ha tenido una función de guía en el desarrollo de la concepción de derecho a la participación de los derechos fundamentales, especialmente del artículo 7º, inciso 4), GG; imágenes como: ninguna «paralización» («*Lahmlegung*») de un derecho de libertad, ningún «vaciamiento» («*Aushöhlung*»), ningún «estrangulamiento» («*Abschnürung*») de las escuelas privadas sustitutas («*Ersatzschulen*»). Cfr. también BVerfGE, 35, p. 114: «*Keine Aushöhlung*» («ningún vaciamiento»).
112. Häberle, 1972, VVStRL, 30, pp. 43 ss.
113. Ya entonces fue caracterizada como «*sozialstaatliches Grundrechtsverständnis*» («una percepción de los derechos fundamentales con un carácter de Estado Social») (por Häberle, 1970, AöR, 95, p. 97, nota 232), un aspecto que fue retomado por Böckenförde, 1974, NJW, pp. 1529 ss., 1535 ss.

114. Doctrina hasta el año 1978 citada en Häberle, 1979, pp. 83 ss. Desde entonces, no citadas en aquel lugar: Sendler, 1978, DöV., pp. 581 ss.; Redeker, 1978, pp. 511 ss.; Rübner, 1981, pp. 279 ss.; Lorenz, 1981, pp. 16 ss.; Schuppert, 1981, pp. 567 ss.; Schmidt, 1981, pp. 9 ss.; Müller, Pieroth, Fohmann, 1982. De Suiza: J. P. Müller, 1981; Trachsel, 1980.
115. Ella ha sido emprendida por el autor en 1979, pp. 83 ss.
116. Häberle, 1972, VVDStRL, 30, pp. 43 ss.; especialmente pp. 69 ss.
117. Cfr. la discusión, *ibid.*, pp. 142 ss.
118. También aquí el artículo 19º, inciso 2), GG permanece inútil. Los autores que son contrarios a la comprensión de los derechos fundamentales desde el punto de vista del Estado asistencial no lo hacen partiendo de la garantía del contenido esencial. También la jurisprudencia del BVerfG sobre el aspecto de participación está caracterizada por la "imperfecta consideración" del artículo 19º, inciso 2), GG: además, tal aspecto no podría ser elaborado partiendo de la función "defensiva" del mismo, sino más bien de aquella "agresiva".
119. Esta expresión «*Leistungsgesetz*» [«ley de prestaciones»] se encuentra a continuación en BVerfGE, 42, p. 263.
120. Por último, incisivamente, Grimm, 1982, pp. 41 ss.
121. Cfr. BVerfGE, 33, p. 303, o Häberle, 1972, VVStRL, 30, p. 43.
122. Cfr. BVerfGE, 35, p. 79; 39, p. 258; 43, p. 291; cfr. mis observaciones en 1979, pp. 87 ss.: desde entonces, por ejemplo, BVerfGE, 56, p. 192.
123. J. P. Müller, 1973.
124. Cfr. el informe de la comisión de expertos para la elaboración de una "revisión total" de la constitución (1977), citada en Häberle, 1983, p. 258, nota 5.
125. J.P. Müller, 1973, recorre de manera emblemática, en la *introducción* de su segunda edición (1981), los desarrollos de la jurisprudencia del *Bundesgericht* desde 1973 (*ibid.*, pp. 7 ss.), y los derechos sociales en la nueva *legislación constitucional* suiza (*ibid.*, pp. 13 ss.). A continuación trata de los «problemas dogmáticos de los derechos fundamentales en el Estado social» (*ibid.*, pp. 17 ss.). Si de tal modo Müller ha citado a todos los protagonistas más importantes en el proceso de desarrollo de los derechos fundamentales, en la representación de los derechos sociales en el *Derecho internacional*, por el contrario, (*ibid.*, pp. 26 ss.) entra en juego el aspecto universal.

126. Cfr. Scheuner: «Wissenschaft in der Bundesrepublik mit ihrer Neigung zur starken Beachtung tatsächlicher Entwicklungen und zu einer sehr freien, in Grundrechtsfragen wohl mitunter fast überkühnen Interpretationskunst» [«La ciencia en la República Federal, con su tendencia hacia una fuerte consideración de desarrollos reales y hacia un arte interpretativo muy libre, y en cuanto a cuestiones sobre derechos fundamentales, de vez en cuando casi demasiado atrevidos»]: 1973, VVStRL, 31, pp. 7 ss.
127. En argumento J. P. Müller, 1973, pp. 15 ss.
128. Cfr. también la *dissenting opinion* Dr. Böhmer, BVerfGE, 49, p. 228. Sobre el postulado de la efectiva "factibilidad" ("coercibilidad") (*Durchsetzbarkeit*) del artículo 12º GG, por último BVerfGE, 59, p. 172.
129. También es importante BVerfGE, 55, p. 171.
130. En argumento Häberle, 1983, pp. 304 ss.
131. Ahora ya la literatura está exterminada: para la literatura posterior a la citada en mi *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978, pp. 677 ss.: Hesse, 1978, EuGRZ, pp. 427 ss.; Redeker, 1980, NJW, pp. 1593 ss.; ampliamente: Goerlich, 1981; Starck, 1981, *JUS*, pp. 237 ss.; Bethge, 1982, NJW, pp. 1 ss.; Blümel, 1982; Ossenbühl, 1982, pp. 183 ss.; Laubinger, 1982, pp. 60 ss. Se adhiere al *status activus processualis*, por último, von Mutius, 1982, NJW, pp. 2150 ss.; cfr. también Hufen, 1982, NJW, pp. 2160 ss.; Degenhart, 1982, DVBl, pp. 872 ss.
132. Häberle, 1972, VVDStRL, 30, pp. 86 ss.; pp. 121 ss.
133. Häberle, 1978, pp. 677 ss.
134. Hesse, 1978, EuGRZ, pp. 427 ss.; especialmente p. 435, nota 46.
135. Indicaciones en Goerlich, 1981, pp. 45 ss.; pp. 193 ss.
136. ¡*El Status activus processualis* es un derecho fundamental concerniente a cualquiera (*Jedermanngrundrecht*)!
137. Cfr. particularmente BVerfGE, 57, p. 250: el artículo 1º, inciso 1), que «einen Mindestbestand an aktiven verfahrensrechtlichen Befugnissen der Angeklagten voraussetzt» [«presupone una existencia mínima de facultades procesales activas del acusado»]. Cfr. también BVerfGE, 46, p. 202. De la literatura cfr. mi defensa de un *status activus processualis* de Derecho procesal penal, en 1978, p. 677, nota 1; como también en Vogel, 1979, p. 64.
138. En argumento BVerfGE, 55, p. 71.

139. Häberle, 1975, JZ, pp. 297 ss.
140. Se acerca –al menos desde un punto de vista verbal– al “contenido esencial” un pasaje del Hamburger Deich-Urteil, tan rico de consecuencias para la tutela jurídica (especialmente de la propiedad, y en seguida también de otros bienes jurídicos), BVerfGE, 24, p. 367: «*Nach der grundgesetzlichen Konzeption ist hiernach ein effektiver –den Bestand des Eigentums sichernder– Rechtsschutz ein wesentliches Element der Grundrechte selbst*» [«Por eso, según la concepción de la Ley fundamental, una tutela jurídica efectiva de los derechos –para asegurar la existencia de la propiedad– es un elemento sustancial de los derechos fundamentales mismos»]. Ibid. p. 406, se encuentra también una referencia a BVerfGE, 7, p. 377, donde el BVerfG se sirve de las imágenes usadas por las concepciones absolutas del contenido esencial («*Wenn anders es nicht die Grundrechte praktisch zum guten Teil erwerten und seiner ihm vom GG zugewiesenen Funktion ihren eigentlichen Sinn nehmen will*») [sic]. Cfr. también la *dissenting opinion* Dr. Böhmer, BVerfGE, 49, p. 228: «*Wenn das Verfahrensrecht nicht auf die Effektivierung der Grundrechte eingerichtet ist, kann deren substantieller Gehalt beeinträchtigt werden*» [«Si el Derecho procesal no está establecido para una efectivización de los derechos fundamentales, puede ser afectado el contenido esencial de estos»].
141. En argumento mi contribución a la discusión, en Vogel, 1979, p. 64. Las garantías procedimentales que los textos internacionales sobre los derechos del hombre incluyen, aun si de manera rudimentaria (por ejemplo, el Art. 16º del Pacto sobre los derechos económicos, sociales y culturales: obligación de información; los arts. 28º ss. del Pacto sobre los derechos civiles y políticos: comisión; el Art. 25º de la Carta social europea: comisión de expertos), constituyen en el ámbito internacional las formas predominantes de un *status activus processualis in fieri*.
142. Para la tesis de la dramatización del artículo 19º, inciso 2), GG, cfr. Häberle, 1983, pp. 341 ss.
143. La determinación del contenido esencial, a alcanzar a través de la mediación sobre la teoría “absoluta” y la teoría “relativa”, debe tener presente desde el principio el aspecto procesal de este derecho fundamental. El conjunto de núcleos “absolutos” y de ponderaciones relativas (o el principio de proporcionalidad) comprende también la garantía procedimental del derecho fundamental.
144. Cfr. también en doctrina, Denninger, 1967, obra que obviamente termina con las indicaciones que aquí se encuentran al inicio de la

- problemática; Scholz, 1971, pp. 69 ss., pp. 126 ss. (*status collectivus*, pero respecto al Art. 19º, inciso 3), GG), pp. 291 ss.; Suhr, 1975, pp. 354 ss. (en argumento mi recensión, en Häberle, 1978, p. 303). Sobre lo que sigue, mi contribución, en 1981, ZHR, 145, p. 373, especialmente pp. 481 ss. Sobre la dimensión histórica: Raumer, 1957, pp. 55 ss.
145. Cfr. Heller, 1934, pp. 81 ss., especialmente pp. 88 ss. (p. 96: «Wir-Bezogenheit» [«nosotros mismos»]). El aspecto de grupo se expresa ahora de modo comprometido en las Constituciones más recientes: artículo 9º, inciso 1), de la Constitución española (1978): «corresponde a los poderes públicos el crear las condiciones a fin de que la libertad e igualdad del individuo y del grupo, en el cual aquél se halla inserto, sean reales y eficaces [...]». La Constitución canadiense (1981) regula en el artículo 2 las «*libertés fondamentales*» como primera cosa. ¡Y en tres de cuatro; incisos (b-d) es reconocible la dimensión comunicativa o corporativa: «*liberté de la presse et des autres moyens de communications*» [«libertad de prensa y de otros medios de comunicación»] o «*liberté de réunion pacifique*» [«libertad de reunión pacífica»] y «*liberté d'association*» [«libertad de asociación»]. Otros textos constitucionales históricos y contemporáneos en mi contribución, en 1981, ZHR, 145, pp. 473 ss.
146. Häberle, 1962, 1972, pp. 8 ss., pp. 18 ss., pp. 49 ss.
147. Cfr. también Schwonke, 1980, pp. 35 ss., con ulteriores indicaciones. Cfr. también Scheuner, 1965, VVStRL, 22, p. 32: «*Es gehört zu den Unvollkommenheiten der meisten heutigen Verfassungen daß sie die grundrechtliche Sphäre noch allein unter dem Gesichtspunkt einer Gegenüberstellung von Individuum und Staat betrachten, während in der modernen Massendemokratie, die eine Gruppengesellschaft darstellt, längst von der Dreiheit: Staat – Gruppe – Individuum auszugehen wäre*» [«Pertenece a las imperfecciones de la mayoría de las Constituciones actuales, que consideran a la esfera de los derechos fundamentales todavía únicamente bajo el criterio de la confrontación del individuo y el Estado, mientras en una democracia moderna de masas que representa una sociedad de grupos se debería partir, desde hace mucho tiempo, de la trilogía; Estado, grupo, individuo»]. Cuando después Scheuner se orienta, a propósito del artículo 5º GG, según la «libertad en la sociedad de grupos» («*Freiheit in der Gruppengesellschaft*»), entonces aquí resulta evidente cómo la doctrina extrae las consecuencias para una concepción específica de un derecho fundamental, partiendo de un reconocimiento general.
148. Cfr. también Denninger, 1979, pp. 168 y 171.

149. Respecto a esta libertad, Quilisch, 1970, pp. 147 ss.; cfr. también con particular referencia a la libertad de opinión, W. Müller, 1974, pp. 47 ss.; Schwäble, 1975.
150. Cfr. Häberle, 1962, 1972, pp. 150 ss.
151. Sobre el aspecto corporativo del artículo 4º GG, Scheuner, 1973, p. 65: indicaciones para una «*Sozialgebundenheit der Persönlichkeit im Bilde moderner Anthropologie*» [«vinculación social de la personalidad en el cuadro de una antropología moderna»]; cfr. también *ibid.*, pp. 50 ss.: «*Religionsfreiheit und Toleranz: Individualrecht und Korporativer Zusammenhang*» [«libertad de religión y tolerancia: derecho individual y cohesión corporativa»]; al respecto Mikat, 1974, pp. 310 ss. Con razón Suhr, 1976, p. 168, afirma que en una «parte general de la dogmática de los derechos fundamentales no debería faltar el capítulo relativo al desarrollo de la personalidad en la comunidad».
152. Cfr. también la discusión suscitada por el autor en 1970, VVStRL, 28, pp. 110 ss. De la literatura que sigue, por ejemplo, Steinberg, 1971, p. 271; Obermayer, 1971, Rd. Nr. 60; Faber, 1972, p. 11; Schneider, 1974, p. 40, pp. 364 ss.; Rinken, 1975, HdBStKirchR II, p. 345; Preuß, 1979, p. 94; crítico (en una consideración circunscrita al Derecho procesal) Beyer, 1976, pp. 161 ss.
153. Cfr. ya Smend, 1928, VVStRL, 4, pp. 44 ss.; *id.*, 1968, p. 96: «*Diese soziale gruppenbildende Funktion der Meinungsäußerung ist nicht nur Motiv und Sinn des Grundrechts, sondern gehört zu dem von ihm geschützten Tatbestand*» [«Esta función social y de formación de grupos, de la manifestación de opinión, no sólo es motivo y sentido del derecho fundamental, sino también pertenece al supuesto protegido por éste»]. Schmitt, 1928, p. 170, inserta en su categoría de los «derechos de libertad del individuo en vinculación con los otros» («*Freiheitsrechte des Einzelnen in Verbindung mit anderen*»), por ejemplo, la libertad de manifestación del pensamiento, las libertades de palabra, de prensa, cultural, de reunión y de asociación.
154. Cfr. BVerfGE, 37, p. 132; 38, p. 348; 50, p. 290: el propietario debe tener cuidado por las razones de aquellos que dependen del goce de su propiedad; además, Suhr, 1976, pp. 208 ss., respecto a las «*Ausübungsgemeinschaften*» [“prácticas comunitarias”] en la propiedad.
155. Cfr. en general también el planteamiento de derecho de las comunicaciones, en Scholz, 1971, pp. 291 ss.

156. Cfr. en argumento también Mronz, 1973, pp. 23 ss., pp. 258 ss.
157. Cfr., por ejemplo, la penetrante panorámica en Leßmann, 1976, p. 112. El aspecto corporativo de las libertades fundamentales halla tutela específica también en las *garantías internacionales de los derechos del hombre*, aun si también aquí de modo únicamente sectorial, para la cultura y la economía y en el conjunto todavía insuficientemente; cfr. el artículo 9º, inciso 1), EMRK (libertad de profesar "individualmente o en comunión con otros" la religión o la propia *Weltanschauung*), el artículo 14º, *ibid.* (tutela de las minorías); la Carta social europea del 18 de octubre de 1961 (citada según Berber, 1967) garantiza en la parte I, n. 5, a todos los empleadores y prestadores de trabajo «el derecho de asociarse en organizaciones nacionales e internacionales para la tutela de sus intereses económicos y sociales» (cfr. también *ibid.*, n. 6, "derecho a las tratativas colectivas" y así también parte II, arts. 5º y 6º). En el ámbito ONU el aspecto corporativo es regulado en el artículo 23º, inciso 4), de la Declaración general de los derechos del Hombre (1948) en relación al "derecho al trabajo" «todo hombre tiene el derecho de formar asociaciones profesionales para la tutela de sus intereses y de participar en ellas». En el ámbito cultural se habla sólo del «derecho a participar libremente en la vida cultural de la comunidad» (Art. 27º, inciso 1). Pero esto último se puede interpretar más claramente en sentido corporativo leyendo «de las comunidades y en las comunidades». Parcialmente útiles en este campo son los Tratados sobre los Derechos del Hombre del año 1966: cfr. el artículo 22º, inciso 1), el artículo 27º (tutela de las minorías étnicas, religiosas, lingüísticas y culturales: "junto a otros pertenecientes al grupo") del Pacto sobre los Derechos civiles y políticos; así como el artículo 8º (sindicatos) y el artículo 13º (tolerancia para todos los grupos raciales, étnicos y religiosos en el ámbito del derecho a la instrucción) del Pacto sobre los derechos económicos, sociales y culturales (citados según Berber, Ranzelzhofer, 1979).
158. Sobre el artículo 9º, inciso 1), GG, indica la vía BVerfGE, 50, p. 290: «*gewährleistet Art. 9º Abs. 1 GG ein konstituierendes Prinzip der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes: das Prinzip der freien sozialen Gruppenbildung [...]. In diesem Prinzip sind der menschenrechtliche Gehalt der Vereinigungsfreiheit und ihre Bedeutung für die Gestaltung der Gesellschaft und des Staates eng aufeinander bezogen [...] gemeinschaftsbezogene und gemeinschaftsgebundene Person [cfr. BVerfGE, 4, p. 7] [...], die [...] zu ihrer Entfaltung auf vielfältige zwischenmenschliche Bezüge angewiesen ist. Diese stellen sich zu einem wesentlichen Teil durch Vereinigungen dar [...] Ebenso ist wegen des engen Zusammenhangs von*

individueller und kollektiver Vereinigungsfreiheit die Vereinigung selbst durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützt [...]» [«el Art. 9º, inc. 1), GG garantiza un principio constituyente del orden democrático y jurídico estatal de la Ley Fundamental: el principio de la libre formación de grupos sociales [...] En ese principio están estrechamente invocados la esencia de la libertad de asociación y su importancia para la formación de la sociedad y del Estado [...] personas relacionadas y vinculadas comunitariamente [cfr. BVerfGE, 4, p. 7] [...], que [...] depende para su desarrollo, de múltiples relaciones humanas. Estas se constituyen en una parte esencial por medio de esas asociaciones [...] Del mismo modo, la asociación misma está protegida por la estrecha relación de la libertad de asociación individual y colectiva a través del Art. 9º, inc. 1), GG [...]].

159. Citada según Ruthenberg, 1926.
160. En argumento Häberle, K, 1980, pp. 32 ss.
161. Sobre la cuestión de si el artículo 6º, inciso 2), período 1, GG no comprende únicamente un “puro derecho individual” sino también un “derecho colectivo de los padres”: BVerfGE, 59, p. 360, con indicaciones de comparación constitucional, en el interior de Alemania, sobre la disciplina de la participación de los padres en algunos *Länder* de la República Federal.
162. Este aspecto corporativo se revela fecunda también en otras disposiciones constitucionales. En las garantías constitucionales corporativas, como el artículo 21º GG, están contenidos también otros derechos fundamentales del individuo: por ejemplo, el libre y público acceso al partido político (en argumento mi recensión sobre Lipphardt, 1976, DVBl, pp. 278 ss.) y la “*öffentliche Freiheit*” [“libertad pública”] en el interior del mismo. La posición del “ciudadano inscrito en el partido” como derecho fundamental se halla ya en el artículo 21º GG. Ello en todo caso es consecuencia de la aquí propuesta concepción orientada hacia el grupo. De nuevo ella revela cuánto una visión (también) corporativa de la libertad fundamental puede llevar a un enriquecimiento y reforzamiento de los derechos fundamentales, como el derecho a la asociación es “derecho al derecho fundamental” (*Grundrechts-Recht*) (cfr. en este sentido también Copic, 1967, pp. 58 y 80).
163. Con Hesse, 1982, p. 159, se puede hablar en el caso del artículo 9º GG de un “principio general de estructuración de la comunidad” (*allgemeines Prinzip des Aufbaus des Gemeinwesens*), el principio, en fin,

de la "libre formación de los grupos sociales" (*freie soziale Gruppenbildung*). Lo que se constituye sobre la base del artículo 9º GG en un ámbito específico, encontraría ya antes su base en la libertad fundamental relativa al artículo 1º, inciso 2), GG: La "libre formación social de los grupos" es siempre inmanente a la libertad fundamental conforme a su objeto específico. Por más que pueda ser justo establecer "relaciones de complementariedad", por ejemplo entre los artículos 8º ó 9º y el artículo 5º GG, en el campo de las libertades fundamentales y de cada una de las libertades de los artículos 4º y 6º GG (asociaciones de padres, *Elternvereine*) la formación de los grupos debe entrar a formar parte de la perspectiva *ab initio*.

164. En tal caso, sin embargo, se necesitaría poner entre paréntesis una garantía expresa (tutela del derecho fundamental) para el individuo, en el grupo, frente al excesivo poder de la asociación: o sea, allí donde se halla mayormente amenazado. No por casualidad las Constituciones, en lo relativo a los derechos corporativos particularmente "fuertes" como el Derecho eclesiástico, no raramente se ocupan expresamente de la posición jurídica del individuo: ella era precaria (cfr. por ejemplo el Art. 17º inciso 3), período 1 de la Constitución bávara de 1919: «*Der Austritt aus einer Religionsgesellschaft kann mündlich oder schriftlich bei dem Standesbeamten [...] erklärt werden*» [«El retiro de una asociación religiosa puede ser declarado verbalmente o por escrito ante el registrador civil [...].»]. Cfr. también las reglas sobre el abandono de la religión en el artículo 59º de la Constitución de Mecklenburg-Strelitz, 1919-23, el artículo 76º de la Constitución prusiana (1920), ¡cuya reglamentación del abandono de la religión!, y lo conserva todavía hoy. Si en los textos constitucionales, sea como principio general o particular, estuviese inserto únicamente el aspecto corporativo de la libertad fundamental, sin el correspondiente reforzamiento de la libertad fundamental en el grupo, entonces la regulación o la constitucionalización del aspecto corporativo sería un don. Sólo el *non modo sed etiam* entre libertad fundamental a través de los grupos y participación en el grupo, satisface las exigencias colocadas en esta problemática. Sólo aquello es una "ampliación del radio de acción en garantías de los derechos fundamentales".
165. Piénsese en la jurisprudencia del BGH sobre la (limitada) capacidad de ser parte en un proceso judicial de los sindicatos en cuanto asociaciones privadas de capacidad jurídica (BGHZ, 42, p. 210; 50, p. 325); cfr., sin embargo, sobre su ambivalencia, también Kühler, 1971, pp. 16 ss.

166. También aquí pueden hacerse útiles algunos puntos de vista de la discusión en torno al ejercicio corporativo de los derechos fundamentales; cfr. Dürig, en Maunz, Dürig, Herzog, Scholz, sub Art. 19° abs. 3/Rd. Nr. 51; von Mutius, 1974, Rd. Nr. 156.
167. Por este camino se puede lograr coordinar no sólo la "imagen del hombre" y la "imagen del Estado", sino también "la imagen del grupo"; es decir, la imagen que la GG tiene de los grupos, pertenece desde el principio al contexto de la libertad fundamental. La concepción de la posición de la comunidad en el ordenamiento jurídico debería ser recuperada *desde un punto de vista de la teoría constitucional*: no bajo la forma de un exceso de comunidad *estatal*, sino como referencia a la disponibilidad de comunidades y grupos libres al *interior del Estado*, que en su conjunto hacen posible la libertad individual y la democracia pluralista (cultural). Una semejante teoría *de los derechos fundamentales orientada hacia los grupos*, obviamente no puede asentarse sobre el dualismo "asociación" o "corporación" (para el aspecto histórico, F. Müller, 1965, pp. 15 ss., Teubner, 1978, pp. 6 ss.). Por "corporativo" se entiende aquí el grupo de modo no específico. Por esto, aspectos de grupo de las libertades fundamentales se encuentran, ya en el ámbito privado, ya en el social-público y estatal. Así como existe una libertad privada y pública del ciudadano individual, "cada uno de por sí", existe una libertad privada y pública en la dimensión de los grupos. En tal sentido, "corporativo" no es (más) idéntico a "público". Todas las diferencias se hallan sobre una escala: desde el comité privado "asociativo" hasta la estructura de grupo más intensa en el ámbito público: el partido político.
168. Cfr. Häberle, 1972, VVStRL, 30, pp. 64 ss.
169. Sobre el problema de los "efectos preliminares": Häberle, 1970, p. 396, pp. 486 ss., 543; Kloepfer, 1974; Häberle, 1974, ZfP, ahora en id., 1978, pp. 83 ss.
170. La concepción de los derechos fundamentales orientada hacia las generaciones encubre todavía otros aspectos: cada generación "da espesor" a los textos sobre derechos fundamentales con sus procesos de comprensión y autocomprensión; ella contribuye a formar la historia general y específica de los derechos fundamentales. "La sociedad abierta de los intérpretes de los derechos fundamentales" está caracterizada también por cada una de las generaciones. Esta dimensión histórico-constitucional será profundizada todavía en otro lugar.
171. Ejemplo: la defensa de los derechos fundamentales de Gründgens en la sentencia Mephisto; en argumento BVerfGE, 30, p. 173. De la lite-

- ratura teórico-constitucional, mi informe de Mónaco, *Zeit und Verfassungskultur* (1981), en *Die Zeit*, 1983, pp. 289 ss., nota 147.
172. Cfr. por último BVerfGE, 56, p. 54; sobre la decisión, sobre todo Hesse, 1982, p. 139.
173. En argumento Hoffmann, 1981, pp. 258 ss.; cfr. también Degenhart, 1982, pp. 144 ss.
174. Cfr. mi contribución a la discusión, VVStRL, 38, p. 340.
175. En argumento mi informe de Mónaco ya mencionado, *wen Die Zeit*, 1983, pp. 339 ss., con ulteriores indicaciones.
176. Cfr. la argumentación orientada hacia las generaciones de BVerfGE, 43, p. 291, en lo concerniente al *numerus clausus*, y sobre ella Häberle, 1979, p. 87. En BVerfGE, 53, p. 257, el "pacto generacional" en el Derecho previsional sirve como paradigma a la concretización de la "función social" de la propiedad; en cuanto tal es eficaz en la comprensión del derecho fundamental derivado del artículo 14° GG, la obligación de entrega de las obras impresas: representaría un «*legitimes Anliegen dar, die literarischen Erzeugnisse dem wissenschaftlich und kulturell Interessierten möglichst geschlossen zugänglich zu machen und künftigen Generationen einen umfassenden Eindruck vom geistigen Schaffen früherer Epochen zu vermitteln*» [«deseo legítimo dar acceso, a los interesados científica y culturalmente, a los productos literarios de la manera más completa posible y facilitar a las generaciones futuras una imagen amplia de la creación espiritual de épocas pasadas»]. Según BVerfGE, 35, p. 79, el Estado concebido como «*Kulturstaat*» [«Estado de cultura»] debe «*die Pflege der freien Wissenschaft und ihre Vermittlung an nachfolgende Generationen durch Bereitstellung von personalen, finanziellen und organisatorischen Mitteln zu ermöglichen und zu fördern*» [«hacer posible y promover la ciencia libre y proporcionarla a las generaciones siguientes, a través del aporte de medios personales, financieros y organizacionales»]. Ello se afirma con la mirada vuelta al "ejercicio de las libertades fundamentales" al que alude el artículo 5°, inciso 3), GG o a la necesaria "participación en las prestaciones estatales".
177. Sobre la Constitución como pacto (generacional): Häberle, 1979, pp. 439 ss. y respecto a las funciones específicas de la jurisdicción constitucional que de ello resulta; cfr. también *ibid.*, pp. 17 ss.
178. En general, sobre la tutela de las minorías democráticas de hoy que pueden convertirse en mayorías de mañana: Hesse, 1982, pp. 60 ss. Cfr., por ejemplo, para la identidad cultural de los grupos, la Cons-

- titución de Canadá (1981): Art. 23º: *Droits à l'instruction dans la langue de la minorité* ["Derechos a la intervención en la lengua de la minoría"]; Art. 27º: *Maintien du patrimoine culturel* ["mantener el patrimonio cultural"]. Cfr. también la tutela de las minorías en el artículo 27º del Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos (1966-73).
179. Cfr. BVerfGE, 31, p. 229; 58, p. 137.
180. Cfr. por último Häberle, K, 1982, p. 23; id., V, 1982.
181. En argumento Häberle, E, 1981, pp. 87 ss.
182. Cfr. Häberle, K, 1980; id., E, 1981; por último la introducción en K, 1982, pp. 1 ss.
183. Citadas según Pestalozza, 1981. La Constitución del canton Giura (Suiza, 1977) contiene, y ello es notable, muchos derechos constitucionales de la cultura: en parte en forma de derecho subjetivo (Art. 40º, inciso 1): «Le droit à la formation est reconnu» [«El derecho a la formación es reconocido»], en parte en forma de obligaciones de incentivo (Art. 38º, inciso 2), para las escuelas privadas), en parte como encargo constitucional (Art. 43º: «L'état et les communes encouragent l'éducation des adultes» [«El Estado y las comunidades promueven la educación de los adultos»]). De particular importancia es el artículo 42º (*Activités culturelles*) (actividades culturales), una suerte de cláusula general del Estado. cultural: inciso 1): «L'état et les communes soutiennent les activités culturelles dans le domaine de la création, de la recherche, de l'animation et de la diffusion» [«El Estado y las comunidades sostienen las actividades culturales en el campo de la creación, de la investigación, del fomento y de la difusión»]. Inciso 2): «Ils veillent et contribuent à la conservation, à l'enrichissement et la mise en valeur du patrimoine jurassien, notamment du patois» [«Ellos velan y contribuyen a la conservación, el enriquecimiento y la puesta en valor del patrimonio antiguo, especialmente del dialecto»]. El inciso 3): «Ils favorisent l'illustration de la langue française» [«Ellos favorecen la ilustración de la lengua francesa»], se explica sobre la base de la historia de Giura.
184. Puesto que el aspecto cultural como tema de los textos constitucionales pertenece especialmente al desarrollo más reciente, y la Suiza como *Kulturland* (país de cultura) está en evidencia con la amplia autonomía cultural de sus cantones, mientras simultáneamente en su interior muchas reformas constitucionales están "en camino", justamente ella ofrece un campo de experimentación ideal o un laboratorio de política constitucional para la elaboración textual del problema

- cultural. Sobre la así llamada "iniciativa cultural", mis indicaciones, en 1982, AöR, 107, p. 304, nota 12.
185. En la República Federal Alemana existen "clásicos" derechos de participación como a la instrucción, la ciencia y el arte, la tutela de los monumentos y de la naturaleza. A ello se agrega la tutela siempre más fuerte y general (cultural) del ambiente y de los media ("libertad de los *mass media*").
 186. Citada según EuGRZ, 1981, pp. 55 ss.
 187. «Los poderes públicos incentivan y sostienen el acceso a la cultura a la cual cada uno tiene derecho».
 188. «Todo ciudadano es tutelado cuando hace públicas sus convicciones políticas, religiosas y culturales». Citada según JöR, 1977, 26, pp. 369 ss.
 189. Citado según AöR, 1979, 104, pp. 475 ss. Art. 36°, inciso 1): «El Estado incentiva la actividad cultural y facilita a cualquiera el acceso a la cultura». Cfr. también el proyecto de Constitución de Basel-Landschaft (1982): «El cantón y las municipalidades se empeñan [...] a fin de que a) cualquiera pueda formarse y continuar formándose de acuerdo a sus capacidades e inclinaciones». La Constitución sueca configura los derechos fundamentales culturales de modo nuevo también con referencia al bien común (del Estado), ya en la parte inicial Fundamentos de la Forma del Estado, que funge casi de preámbulo: par. 2, inciso 2: «El bien personal, económico y cultural del individuo debe determinar, en línea de principio, el fin de la actividad pública».
 190. «Todo hombre tiene el derecho de participar libremente en la vida cultural de la comunidad [...]» (citada según Berber, Randelzhofer, 1979). Igualmente el artículo 15° del Pacto Internacional sobre los derechos económicos, sociales y culturales 1966-73, que ya en el nombre enuncia las tres esferas de vida, y el artículo 15°, inciso 1): «Los países signatarios reconocen el derecho de cada uno: a) de participar en la vida cultural [...]».
 191. En general, es ejemplar también el artículo 15°, inciso 3), del Pacto sobre los derechos del Hombre: «Los Estados signatarios se obligan a respetar la libertad indispensable para la investigación científica y para la actividad creativa».
 192. «Los jóvenes, sobre todo los jóvenes trabajadores, gozan de una tutela particular en la salvaguarda de sus derechos económicos, sociales y

- culturales, y en particular: a) acceso a la instrucción, a la cultura y al trabajo [...]».
193. «Los poderes públicos crean los presupuestos para una libre y eficaz participación de los jóvenes en la vida política, social, económica y cultural».
 194. Por ejemplo el artículo 31º de la Constitución de la Renania-Palatinato: incentivo de las personas de talento (*Begabtenförderung*).
 195. En argumento la sistemática en Häberle, E, 1981, pp. 46 ss.
 196. Un paralelo se halla en el planteamiento formulado, siguiendo a Tribe, por J. P. Müller, FS, 1982, pp. 169 ss.: «*Structural due process als Chance einer nach Verfahren und Instanzen strukturierten Grundrechtsverwirklichung, in welcher Gesetzgebung, Regierung (und Verwaltung) und das Verfassungsgericht ihre je spezifischen Entscheidungsverantwortung für eine optimale Abwägung öffentlicher und individueller Interessen wahrnehmen*» [«el debido proceso estructural como posibilidad de una realización del derecho fundamental estructurada según procesos e instancias, en la cual la legislación, gobierno (y administración) y el Tribunal Constitucional persiguen velar por sus específicas responsabilidades en sus respectivas decisiones, para un balance óptimo de los intereses públicos e individuales»].
 197. Más allá del texto, a menudo ellas son obra común de la doctrina y de la práctica: así BVerfGE, 36, p. 321, partiendo del artículo 5º, inciso 3), GG, determina no sólo el «significado negativo» (defensa de las intromisiones) sino también la obligación de «mantener e incentivar una vida artística marcada por principios de libertad». Cfr. también el pasaje donde se afirma que el Estado moderno «bajo el perfil de la determinación de sus propias obligaciones, se considera como Estado de cultura». Así, el problema acoge en general un planteamiento de Estado constitucional. Ciertas tendencias son reconocibles de este modo, ya en BVerfGE, 35, p. 79.
 198. «[...] el derecho a la educación y creación literaria, artística, científica y técnica».
 199. BVerfGE, 30, p. 173; 35, p. 79.
 200. Por ejemplo, el artículo 16º, inciso 1), de la Constitución griega: «El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres».
 201. Cfr. el artículo 27º, n. 1, citado arriba de la Declaración ONU de 1948, como también el artículo 15º, inciso 1), n. 1, del mencionado Pacto

- sobre los Derechos del Hombre. Art. 47º de la Constitución de Saarland (1947) pretende «crear un semejante orden de las condiciones de trabajo que aseguren la existencia, la dignidad, la vida familiar y las exigencias culturales del prestador de trabajo». Cfr. también *ibid.*, Art. 34º, inciso 1), período 2,: «La participación en los bienes culturales debe ser hecha posible a todos los estratos de la población».
202. En el artículo 25º, inciso 2), período 3, de la Constitución española, directamente para los detenidos por condena penal.
203. «El cantón y las municipalidades se aplican, en el ámbito [...] de los medios a disposición, a fin de que a) Cada uno pueda participar en la vida cultural». Esta cláusula es ejemplar también porque ella pretende asegurar también el momento "liberal" de derecho de defensa «responsabilidad e iniciativa personales».
204. Inciso 1): «Cada uno tiene el mismo derecho a la instrucción de acuerdo a sus capacidades». Inciso 2): «Este derecho se halla asegurado a través de las estructuras públicas».
205. «La participación en los bienes culturales debe ser hecha posible a todos los estratos de la población».
206. Cfr. en general, pero aún no con especial referencia a los derechos fundamentales culturales, mi ponencia compartida de Regensburg: 1972, VVStRL, 30, pp. 89 y 103.
207. Cfr. el artículo 46º de la Constitución española: «Los poderes públicos garantizan el cuidado e incentivan el enriquecimiento de la herencia histórica, cultural y artística de los pueblos españoles [...]». Ejemplar es el artículo 24º, inciso 1), período 1, de la Constitución griega: «La tutela del ambiente natural y cultural es obligación del Estado».
208. Por ejemplo, el artículo 27º, n. 2, de la Declaración ONU sobre los Derechos del Hombre de 1948; el artículo 42º, inciso 2), de la Constitución portuguesa.
209. Art. 3º, inciso 3), de la Constitución española; artículo 78º de la Constitución portuguesa; párr. 36, inciso 1), de la Constitución de Aargau.
210. Las cláusulas generales del Estado de cultura, como el artículo 3º de la Constitución bávara, no deben ser menospreciados en cuanto concierne a su "fuerza de exhortación" y a su mediata influencia de incentivo de los derechos fundamentales. Sobre mi sugerencia de anclar la cláusula del Estado de cultura en el artículo 28º GG: K, 1980, pp. 59 ss.

211. Ejemplar es el artículo 140º de la Constitución bávara (1946), inciso 1): «El arte y la ciencia deben ser incentivados por el Estado y por la comunidad». Inciso 2): «Ellos deben, en particular preparar los medios para la ayuda de los artistas creativos, de los estudiosos y de los escritores, que den prueba de una seria actividad artística y cultural».
212. «La tutela del ambiente natural y cultural es obligación del Estado». Una “cláusula del bien cultural” muy particular se halla en el artículo 50º, período 2, de la Constitución española: «Sistema de prestaciones sociales que se dirigen a los problemas específicos del ciudadano en edad avanzada en el campo de la sanidad, de las viviendas, de la cultura y del arte, y que independientemente de las obligaciones de los familiares promueven el bien».
213. Artículo 15º, inciso 1): «[...] mantener un correspondiente estándar cualitativo para incentivar el desarrollo cultural del país».
214. Por ejemplo E, 30, p. 173; 35, p. 78.
215. Cfr. por ejemplo BVerfGE, 47, p. 46, en tema de educación sexual.
216. En argumento Martens, Häberle, 1972, VVStRL, 30, pp. 7 ss., 43 ss.
217. En argumento mi ensayo K, 1980, pp. 72 ss.
218. Sobre la materia, mis indicaciones ibid., pp. 35 y 49.
219. En argumento, de la “literatura primaria científica”: J. P. Müller, 1981, pp. 212 ss., sobre el derecho a la instrucción; Schmidt, 1981, pp. 9 ss. Para la literatura posterior, por último: Böckenförde, Jekewitz, Ramm, 1981.
220. En el artículo 24º del Proyecto de Constitución suiza se halla una cláusula de realización en la sección *derechos fundamentales*, que garantiza también la libertad de la ciencia y del arte (Art. 14º). Dice «*die Grundrechte müssen in der ganzen Gesetzgebung, besonders auch in Organisations- und Verfahrensvorschriften zur Geltung kommen*» [«los derechos fundamentales deben ponerse de relieve en toda legislación, especialmente también en las normas de organización y procedimientos»]. Ello no significa, sin embargo, que la obligación de realización esté limitada únicamente a los “derechos fundamentales clásicos”. En este campo, ello es particularmente actual y nuevo. Los derechos sociales y de participación encierran ya en sí las cláusulas de ejecución (Art. 36: «*Der Staat fördert das kulturelle Schaffen und erleichtert jedem den Zugang zum kulturellen Leben*» [«El Estado promueve la obra cultural

- y facilita a cada cual el acceso a la vida cultural»]. Lo mismo se aplica para el proyecto de Constitución Basel/Landschaft (1982). También este proyecto ha regulado la obligación de realización para los derechos fundamentales y para los derechos de libertad (par. 13, inciso 1). El derecho a la participación cultural del par. 16 hasta figura en el capítulo Derechos sociales; el mismo fin de efectivización de los derechos fundamentales está indicado por el proyecto a través de la expresión «*Streben, daß jeder am Kulturleben teilnehmen kann*» [«Aspiración de que cada cual pueda participar en la vida cultural»]. Cfr. también *ibid.*, párrafo 99, inciso 2).
221. «Las medidas necesarias para el mantenimiento, el desarrollo y la difusión de la ciencia y la cultura».
222. Más en general *ibid.*, Art. 44º: «incentivar y sostener el acceso a la cultura».
223. Cfr. en general el artículo 50º de la Constitución portuguesa. Este artículo inicia el capítulo *Derechos y Deberes económicos, sociales y culturales*, con la fase: «El traslado de los principales medios de producción en propiedad pública, la planificación del desarrollo económico y la democratización de las instituciones son las garantías y las condiciones para la realización de los derechos y deberes económicos, sociales y culturales». Sobre el problema cfr. mi ensayo, K, 1980, pp. 74 ss.
224. El artículo 43º de la constitución portuguesa trae una novedad textual probablemente única, que puede ser calificada como competencia cultural sustantivamente-negativa del Estado constitucional, y que es irrenunciable complemento de la libertad cultural del ciudadano: «El Estado no puede arrogarse el derecho de determinar programáticamente instrucción y cultura conforme a la medida de algún principio filosófico, estético, político, ideológico o religioso». Ello obviamente no le sustrae la competencia para obrar en sentido sustancialmente cultural en el cuadro de los fines de instrucción y de educación (cfr. *ibid.*, el Art. 73º, inciso 2): «[...] a través de la cual la instrucción transmitida en las escuelas y en otras instituciones de enseñanza devenga una contribución para el desarrollo de la personalidad y para el progreso de la sociedad democrática y socialista»).
225. Cfr. el artículo 27º de la Constitución canadiense (1981): «*Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens*» [«Toda interpretación de la presente carta debe concordar con el objetivo de promover la conservación y la valorización del patrimonio

- nio multicultural de los canadienses»]. Esta cláusula de interpretación multicultural es igualmente amplia como original. Cfr. también el artículo 27º del Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos: «En los Estados con minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no se puede negar a los pertenecientes a estas minorías el derecho de cuidar, junto a los otros pertenecientes al grupo, de desarrollar la propia vida cultural [...]».
226. Por ejemplo el artículo 38º de la Constitución de Renania-Palatinato. Mediatemente garantizados también en el artículo 27º, inciso 2), de la Constitución española: «Fin de la educación es el libre desarrollo de la personalidad del hombre respetando los principios democráticos de la convivencia y de los derechos y de las libertades fundamentales».
227. Ejemplar es la norma sobre la tolerancia contenida en el artículo 12º, inciso 6), de la constitución de Nordrhein-Westfalen (1950): «En las escuelas interconfesionales los niños son educados e instruidos sobre la base de los valores instructivos y culturales cristianos con una actitud abierta para las confesiones cristianas, para otras convicciones religiosas y para otras *Weltanschauungen*».
228. En argumento mi ensayo K, 1980, pp. 77 ss. con ejemplos concretos.
229. Cfr. el artículo 26º, n. 3, de la Declaración General sobre los Derechos del Hombre (1948). Cfr. también en artículo 2º del protocolo adicional de la EMRK del 20 de marzo de 1952. Puede ser citada como ejemplo también “la influencia sobre la educación”, garantizada a las asociaciones religiosas por el artículo 127º de la Constitución bávara.
230. Cfr. el artículo 73º, inciso 3), de la constitución portuguesa: «acceso de todos los ciudadanos y en particular de los trabajadores a la cultura y al desarrollo cultural [...] a través de las organizaciones populares de base a través de las comunidades culturales y de esparcimiento, a través de los medios de comunicación de masa y otros medios adecuados». Ibid., Art. 70º inciso 3), que está estructurado en términos similares pero con relación a los jóvenes.
231. Cfr. el Art. 36º, inciso 2), del proyecto de Constitución suiza: «*Mit seiner Kulturpolitik soll der Staat vor allem [...] b) kulturelle Einrichtungen schaffen und fördern; c) die lokale und regionale Eigenständigkeit bewahren, bedrohte Minderheiten schützen [...]*» [«Con su política cultural el Estado debe, ante todo, [...] b) fomentar y promover instituciones culturales; c) preservar la autonomía local y regional y proteger a las minorías amenazadas [...]»].

232. Cfr. por ejemplo la Constitución sueca (1975), cap. 1, pág. 2, inciso 4): «Las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas deben poder desarrollar una propia vida cultural y social».
233. Cfr. el Art. 44º, inciso 2), de la Constitución española: «El acceso a la cultura a la que cada cual tiene derecho».
234. En particular, con J. P. Müller, 1981, pp. 186 ss., paralelamente a los «derechos fundamentales sociales», pero en modo específicamente progresivo para los derechos fundamentales culturales, se necesitaría determinar «tres ámbitos de eficacia» para estos últimos: el «nivel programático», el nivel «armonizante-normativo» y el «nivel legislativo que da fundamento a la pretensión» (*gesetzlich anspruchsbedingende Schicht*).
235. En argumento, con ejemplos, mi K, 1980, pp. 72 ss.
236. En el preámbulo del Pacto internacional sobre los derechos económicos, sociales y culturales (del 19 de diciembre de 1966) se halla el reconocimiento de que «el ideal del hombre libre» puede ser realizado sólo si «se crean las condiciones en las cuales cada uno puede disfrutar de sus derechos económicos, sociales y culturales». Este “apego” a la realidad en la forma de preámbulo y en interés de los derechos fundamentales (culturales) (en argumento, Häberle, FS, 1982, pp. 211 ss.) es proseguido en el artículo 1º, inciso 1), desde el punto de vista del Estado «En fuerza del derecho a la autodeterminación todos los pueblos conforman su desarrollo económico, social y cultural»).
237. En argumento mi conferencia de Atenas: 1980, p. 389 y especialmente pp. 403 ss.
238. En argumento, Häberle, 1983, pp. 288 ss.
239. Por ejemplo, desde el Art. 151º de la Constitución bávara hasta el Art. 47º de la Constitución de Assia.
240. En argumento cfr. Häberle, 1983, pp. 289 ss., nota 147.
241. Se discutirán profundamente en esta sede porque hasta ahora, por cuanto me es dado saber, no han sido utilizados en el sentido aquí ensayado para la elaboración científica de los derechos fundamentales de la cultura.
242. Ibid., Art. 13º, inciso 1), período 1 y 2: «Los Estados signatarios reconocen el derecho de cada cual a la instrucción. Concuerdan que la instrucción debe ser orientada hacia el pleno desarrollo de la perso-

- nalidad humana y de la conciencia de su dignidad y que debe reforzar el respeto por los derechos del hombre y las libertades fundamentales».
243. En argumento mi conferencia de Atenas, 1980, pp. 408 ss.
244. Citado según Bereber, 1967.
245. Es elocuente el preámbulo del Estatuto del Consejo de Europa del 5 de mayo de 1949 (citado según Berber, 1967): «[...] *in unerschütterlicher Verbundenheit mit den geistigen und sittlichen Werten, die das gemeinsame Erbe ihrer Völker sind und der persönlichen Freiheit, der politischen Freiheit und der Herrschaft des Rechts zugrunde liegen, auf denen jede wahre Demokratie beruht [...]*». [...Estos derechos están irrenunciablemente vinculados a los valores espirituales y morales, que son la herencia común de sus pueblos y de la libertad personal; donde se asientan los fundamentos de la libertad política y el dominio del derecho y en los cuales reside la verdadera democracia...].
246. Häberle, E, 1981.
247. Esser, 1970.
248. Se podrá objetar que el programa científico aquí postulado sea demasiado amplio. ¿Quién puede suponer de métodos y criterios para tener un cuadro de conjunto del ambiente cultural de una época constitucional? (Cfr. la interrogante de Fiedler, 1982, DöV, p. 794). Por el contrario, puede también tratarse sólo de proceder de manera específica para un cierto campo, por ejemplo para los derechos fundamentales y para la cultura que les concierne. Junto a aquellos ejemplos en el ámbito del arte (Horten/Delius, la Brecht-Prozession, pero también la disputa sobre Hajek-Plastik acerca de Stoccarda), se encuentran otros en el ámbito del Art. 5º GG. La interpretación extensiva en el caso Walraff (cfr. por ejemplo BGHZ, 80, pp. 25 ss.; BGHJZ, 1981, pp. 709 ss.) es con toda seguridad la expresión de un cierto "clima" político cultural de nuestros días.
249. En argumento cfr. las actas del congreso de Constanza: VVStRL, 1983, 41.
250. Dahrendorf, 1979. Dahrendorf considera las "*Lebenschancen*" ["opciones de vida"] como producto de opciones y conexiones. Las primeras deben ser consideradas libertades, posibilidades de elección; las segundas como una obligación considerada vinculante para el individuo, como sentimiento de pertenencia, como ligamen de lealtad. Ello

- demuestra cómo libertad y vínculo, apertura y orientación son interdependientes.
251. Mayores detalles en mi escrito: E, 1981.
 252. En argumento la controversia en Häberle, 1970, VVStRL, 28, pp. 11 ss.
 253. Cfr. mi K, 1981.
 254. Cfr. Häberle, 1983, pp. 402 ss., nota 367.
 255. Sobre el concepto de identidad y algunas deducciones, mi conferencia de Atenas, 1980, pp. 389 ss.
 256. Una síntesis de libertad y vínculo/obligación (*Bindung*) se puede desprender de la siguiente argumentación: el desarrollo de la personalidad, que ocurre en principio en la libertad, se basa sobre las decisiones. Pero los conocimientos no se obtienen de la libertad total, sino de las ayudas para la orientación y de las ofertas de orientación. ¡La libertad tiene necesidad de la cultura!
 257. En la GG hoy no se puede notar tanto un déficit de los derechos fundamentales, cuanto más bien una orientación errada de la comprensión de la libertad: la libertad es entendida en sentido demasiado materialista y superficial, el que se demuestra en la discusión sobre «*freie Fahrt für freie Bürger*» [«la libre velocidad para libres ciudadanos»] (*scilicet* con el automóvil).
 258. Un aspecto de la cultura de los derechos fundamentales de una comunidad son los derechos de libertad formalmente garantizados, pero que presuponen una cooperación de libertad, vínculo y orientación.
 259. Prestaciones de orientación que creen un sentido pueden ser desarrolladas no sólo por los textos jurídicos. Aquí se evidencia la función de los “ejemplos”.
 260. Por otro lado, la obra maestra no puede obviamente encontrarse en el centro de la cultura de los derechos fundamentales a que se refiere el Art. 5º, inciso 3), GG, así como no puede ser sólo el agónico deporte profesional quien tenga que decir algo sobre el deporte como cultura (*Breitensport*) [deporte para todos].
 261. Presumiblemente, en este contexto se debería valorar en el curso de los años intensamente las investigaciones de Allensbach con específica referencia a la cultura. Esta tesis del cambio de los valores hasta

- los valores post-materialistas (*Ingelhart*) tiene determinados efectos a mediano o largo plazo sobre el tipo y contenido del ejercicio de los derechos fundamentales, así como este cambio de los valores ha sido posible sólo a través de los derechos fundamentales.
262. El concepto "cultura de los derechos fundamentales" se sitúa también con relación a la medida en que la autocomprensión del titular del derecho fundamental es constitutiva para la libertad fundamental. Los textos sobre los derechos fundamentales circunscriben sólo superficialmente la "cultura" de los derechos fundamentales, por así decir desde "afuera" o desde "encima".
263. "La atribución de sentido de la libertad dependen de la imagen del hombre a través de la cual deviene evidente una nueva variante del *contrato generacional*. La libertad que (no) viene realizada por la generación actual determina la situación que la generación *futura* deberá vivir. Para la libertad vivida son necesarios puntos de orientación que estén caracterizados por elementos jurídicos y no jurídicos: los derechos fundamentales, el sistema de las normas ético-sociales, las representaciones de la continuidad –sobre todo de la historia de la libertad y de la democracia– con el ejemplo de las personalidades. Estas últimas son de modo absoluto los modelos educativos que pueden contribuir a hacer hallar la identidad. Momentos, fundaciones institucionales que llevan la impronta de la personalidad, tarjetas conmemorativas, etc., pueden servir de oferta de orientación.
264. Cfr. BVerfG, 33, p. 1.
265. En argumento mi informe de Múnaco (1981), en *Die Zeit*, 1983, pp. 289 ss.
266. La comparación jurídica debe analizar dónde y cómo otros ordenamientos jurídicos tienen institutos paralelos al artículo 19º, inciso 2), GG, cuáles metáforas o fórmulas o cuáles equivalentes funcionales hayan desarrollados, que correspondan a las discusiones alemanas sobre el contenido esencial; dónde y cómo otros ordenamientos jurídicos tengan institutos paralelos, o bien, sin tales garantías las metáforas y las fórmulas desarrollan en los *efectos* cuanto es ejecutado por el artículo 19º, inciso 2), GG, en Alemania.
267. Cfr. el dicho difundido en París, de que lo que en Francia se reclama a la nación, en Alemania se reclama a la Constitución.
268. El artículo 19º, inciso 2), GG, se explica sobre todo sobre el fondo de un sistema totalitario apenas superado. Ello nace de una comprensible orientación en favor de la tutela jurídica (*Rechtsschutz-Denken*) [pen-

samiento de la tutela jurídica], que a través de un gran número de nuevas y viejas "garantías" quería caracterizar la nueva GG, por ejemplo el Art. 1º, inciso 3); el Art. 19º, inciso 1), período 2, GG. Antes de 1949 no había una cultura de garantía de los derechos fundamentales; en la medida en que después de 1949 logró alcanzarse, gracias a una buena política de los derechos fundamentales, gracias a la jurisprudencia, gracias a una dogmática que intentaba sistematizaciones, gracias a una legislación y a una administración fieles a la Constitución, y gracias a toda la opinión pública que interiorizaba la GG y la cultura política encaminada en el sentido de vivir los derechos fundamentales, de transformarlos de una posibilidad abstracta a una realidad práctica, en esta medida se ha construido una cultura de los derechos fundamentales. Sobre todo la educación de la opinión pública en la sensibilidad de cuestiones concernientes a los derechos fundamentales, ha sido un paso importante para anclar estos en la cultura política. El Art. 19º, inciso 2), GG, pudo entonces tirarse atrás poco a poco. En otros términos: una cultura de los derechos fundamentales crecida por treinta años como la nuestra, deja en la sombra el artículo 19º, inciso 2), GG. Sin ninguna duda, permanece su función de freno de emergencia; pero en el fondo, su significado es latente.

269. En argumento, Häberle, 1969, JZ, pp. 613 ss., ahora en id., 1979, pp. 200 ss. Las objeciones de Peine, 1982, pp. 335 ss., contra un derecho común a toda Alemania no convencen desde un punto de vista teórico, ni el análisis emprendido de la jurisprudencia es suficiente.
270. En argumento BVerfGE, 31, p. 58.
271. A propósito mi K, 1980.
272. Así la Corte constitucional de un *Land* puede trabajar bajo una óptica comparatista hacia la GG o hacia el BVerfG. Así, por ejemplo, el StGH del Assia, ESvGH, 31 (1982), pp. 161 ss., para el Art. 2º, inciso 1), HV en consideración de la jurisprudencia del BVerfG sobre el Art. 2º, inciso 1), GG, como también del principio del Estado de Derecho, que según la jurisprudencia constante del StGH del Assia es fundamento «*auch der Gesamtkonzeption der Hessischen Verfassung als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz*» [«también de la concepción global de la Constitución de Hesse como principio constitucional inmanente»].
273. Cfr. la consideración de la EMRK, por ejemplo en BVerfGE, 27, p. 71; de la Declaración ONU de 1948: E, 27 p. 71; BVerfGE, 24, p. 119; reenvío a la Declaración ONU sobre los Derechos del Niño de 1959; BVerfGE, 47, p. 46; reenvío al EGMR.

274. Por ejemplo Bleckmann, 1979, pp. 19 ss.; J. P. Müller, 1982, pp. 146 ss. Según Hesse, 1982, p. 41 «*wird der wesentliche Inhalt der Grundrechte in allen derzeitigen Mitgliedsstaaten gewährleistet*» [«el contenido esencial de los derechos fundamentales está garantizado en todos los actuales Estados miembros»], el “núcleo de su contenido” es reconocido también en el Derecho comunitario.
275. Ejemplos de la jurisprudencia: BVerfGE, 32, p. 54: reenvío al BG suizo y al VfGH austriaco. Además la *dissenting opinion* Rupp-von Brünneck / Simon BVerfGE, 39, p. 68. Por último BVerfGE, 60, p. 253: reenvío al BG suizo.
276. Cfr. mis indicaciones en: 1981, BayvBL, pp. 350 ss.
277. Cfr. Häberle, 1983, pp. 257 ss.
278. Sobre la jurisprudencia, por ejemplo, Pescatore, 1979, EuR, 14, pp. 4 ss. Cfr. también BVerfGE, 37, p. 271, en particular la *dissenting opinion* Rupp/ Hirsch/ Wand, pp. 291 ss.
279. Por ejemplo, la jurisprudencia del VBerfG, cfr. E, 32, p. 54, que hace referencia a la Corte Suprema de los EE. UU. y a una *dissenting opinion* (Frankfurter). Por la doctrina cfr. J. P. Müller, 1982, pp. 146 ss., pp. 169 ss.
280. Así, por ejemplo, con la ayuda de los “ordenamientos extranjeros afines” se puede descubrir el significado del artículo 19º, inciso 2), GG, y de los problemas que le atañen; por esto, por ejemplo, el “contenido esencial” de los derechos fundamentales desde el punto de vista *procesal* no puede más ser determinado prescindiendo de la decisión König del EGMR (sobre el Art. 6º de la EMRK). Viceversa, algunos Estados constitucionales receptionan “nuestro” Art. 19º, inciso 2), GG.
281. Sobre esta problemática: Zacher, 1978, VVStRL, 36, pp. 135 ss.
282. Así se podría elaborar en vía comparativa como las semejanzas textuales (por ejemplo, entre la Constitución italiana y la GG) no impiden del todo las divergencias desde un punto de vista de la práctica de los derechos fundamentales: en el campo de los derechos fundamentales, “temas” idénticos de cada uno de los derechos fundamentales y también de sus límites se transforman a veces hasta el disenso de país en país, a través de las diversas teorías de los derechos fundamentales, pero también a través de las diferentes sentencias de las Cortes constitucionales. Viceversa, no obstante el diverso ropaje textual de cada uno de los derechos fundamentales, las paralelas

- teorías de los derechos fundamentales pueden conducir en los resultados a las convergencias. Es lícito preguntarse con interés si los nuevos catálogos de los derechos fundamentales (por ejemplo en Grecia, España y Portugal) conducirán a mediano plazo, mediante textos similares, a tal desarrollo real de los derechos fundamentales. Las recepciones textuales (por ejemplo, del Art. 19°, inciso 2), GG) no constituyen todavía una garantía para la recepción de las teorías y de la jurisprudencia. Los derechos fundamentales como "*law in public action*" son, en efecto, el resultado no sólo del texto sino también del más amplio proceso político, de la ciencia y de la doctrina.
283. Por ejemplo E, 32, p. 54; 45, p. 187.
 284. E, 32, p. 54; 47, p. 46.
 285. BVerfGE, 20, p. 162.
 286. Por ejemplo BVerfGE, 7, p. 320; p. 303; 24, p. 33; 59, p. 360.
 287. E, 19, p. 342; 27, p. 71; 31, p. 58.
 288. Por ejemplo BVerfGE, 27, p. 71; 19, p. 342; 31, p. 58.
 289. BVerfGE, 32, p. 54.
 290. Por ejemplo E, 7, p. 198.
 291. BVerfGE, 32, p. 54.
 292. Ibid.
 293. BVerfGE, 7, p. 198.
 294. Por ejemplo la *dissenting opinion* Simon/Heußner E, 53, p. 69: el Art. 24° del proyecto de Constitución suiza. *Dissenting opinion* Rupp-von Brünneck/Simon: E, 39, p. 68: VfGH austriaco, pp. 73 ss.: EE.UU.-Suprema Corte.
 295. Cfr. el tema "relevancia de la autocomprensión".
 296. Actas en AöR, 1979, 104, pp. 475 ss. Cfr. también la relación de la comisión de expertos, 1977, por ejemplo p. 53. De la literatura en argumento, Häberle, *Verfassungsinterpretation und Verfassungsgesgebung*, en id. 1978, pp. 182 ss.: Saladin, 1979, AöR, 104, pp. 345 ss.; cfr. también Böckenförde, 1981, AöR, 106, pp. 580 ss.
 297. Cfr. Häberle, 1983, pp. 297 ss., y BVerfGE, 7, p. 320; con la mirada vuelta a las Constituciones de los *Länder* también E, 19, p. 303: cfr. también E, 51, p. 97; E, 15 p. 256. E, 7, p. 377, con referencia al StGH de la República de Weimar.

298. Por ejemplo BVerfGE, 5, p. 25; 6, p. 389; p. 377; 20, p. 323; 33, p. 125.
299. Cfr. Häberle, 1983, pp. 266 ss., en parte para la cuestión relativa al contenido esencial; en general para los derechos fundamentales cfr. la jurisprudencia del EuGH sobre los derechos fundamentales como "principios generales del Derecho"; Häberle, 1983, p. 270, nota 53.
300. Cfr. por ejemplo Bleckmann, 1981, EuGRZ, pp. 257 ss.; Schiffauer, 1981, EuGRZ, pp. 193 ss.; id., 1982, EuGRZ, pp. 41 ss.; Daig, 1981, pp. 395 ss.; con ejemplos de la *praxis* del EuGH (pp. 411 ss.). Ha desarrollado y desarrolla un rol de guía el estudio de Bernhardt, 1976, pp. 19 ss.; cfr. también Starck, 1981, EuGRZ, pp. 545 ss.; Frowein, 1980, EuGRZ, pp. 442 ss.
301. Cfr. Häberle, 1983, pp. 264 ss.
302. Un ejemplo de un "modelo" de comparación sobre un específico derecho fundamental (el Art. 4° GG), con referencia a su historia constitucional (sobre todo durante el período de la República de Weimar): BVerfGE, 33, p. 23; cfr. también E, 24, p. 52; E, 10, p. 59, para el Art. 6°, inciso 1), en relación al Art. 3°, inciso 2), GG; E, 25, p. 167, para el Art. 6°, inciso 5), GG; E, 7, p. 377, para el Art. 12° GG; E, 7, p. 320, para el Art. 6°, inciso 2); E, 24, p. 119, para el Art. 6°, inciso 2), GG; E, 4, p. 96, y E, 19, p. 303, E, 18, p. 18, para el Art. 9°, inciso 3), GG; E, 35, p. 79, para la libertad de la ciencia; E, 5, p. 25, para el Art. 12° GG; E, 32, p. 54, para el Art. 13°, GG (¡con una comparación con la Constitución belga de 1831!); E, 51, p. 97, para el Art. 13°; E, 24, p. 34, para el Art. 19°, inciso 4), GG; E, 24, p. 367, para el Art. 14° GG; cfr. también una comparación general con los derechos fundamentales de la República de Weimar en E, 6, p. 32.

Aquello que generalmente se entiende como interpretación "histórica" se revela con un análisis más atento como un particular modo de la comparación jurídica: en una perspectiva temporal. No por nada el BVerfG ha trabajado bajo una óptica "histórica-comparatista", sobre todo en el período pionero de sus primeras decisiones. Más adelante su tradición jurisprudencial ha sido suficiente a sí misma. Hoy es necesario agregar la dimensión comparatista espacial "en sincronía", que el BVerfG práctica hasta ahora de manera sólo rudimentaria.

Esta concepción de la interpretación "histórica" como método de la comparación jurídica la legitima en el cuadro del tipo "Estado constitucional democrático" de manera novedosa: lo que en un Estado constitucional puede ser completamente obsoleto puede desarrollar

una función ejemplar en otro. Un ejemplo práctico de ello es la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Obviamente se llega a ciertos *conflictos* entre la dimensión *comparativa* y la dimensión *histórica* justamente a causa de una cierta historia de los derechos fundamentales, a entender bajo el perfil de su especificidad cultural, se puede prescribir no asumir demasiado rápidamente a través de la comparación jurídica con otros Estados constitucionales, determinados elementos "extraños". La cuestión de si en último análisis sea posible "acercar" la historia de los derechos fundamentales y la comparación entre derechos fundamentales, por ejemplo en el terreno de la especificidad cultural, puede ser aquí formulada sólo como pregunta.

303. En argumento Häberle, FS, 1981, pp. 211 ss.
304. Observado en un tiempo de larga duración, un particular Estado constitucional puede alcanzar nuevos elementos al tipo del Estado constitucional. Así se podrá verificar si cláusulas textuales o judiciales del contenido esencial hoy o en el futuro puedan devenir una parte esencial del tipo "Estado constitucional democrático".
305. Cfr. Häberle, 1983, pp. 273 ss.
306. Häberle, en Vogel, 1979, pp. 65 ss.
307. Cfr. *ibid.*; cfr. también Zacher, *ibid.*, pp. 69 ss.; además mis observaciones sobre la definición del principio de igualdad, partiendo de la "respectiva cultura jurídica" y sobre la elaboración de variables desde una óptica de especificidad cultural, en Link, 1982, pp. 83 ss.
308. Por ejemplo, también en lo concerniente a sus límites; así Ehmke, 1963, VVStRL, 20, p. 53, con un reenvío al BVerfG, justamente hace referencia a los límites que se colocan a la misma libertad religiosa "por nuestro ordenamiento histórico-cultural". Cfr. BVerfGE, 12, p. 1 («*heutige Kulturvölker*» [«civilización actual»]; otro tanto E, 24, p. 236.
309. En argumento la demostración en Pescatore, 1979, EuR, 14, pp. 1 ss.
310. Es digno de nota que el BVerfGE, 7 p. 198, se haya orientado bajo el perfil de la cultura: «[...] muß in erster Linie von der Gesamtheit der Wertvorstellungen ausgegangen werden, die das in einem bestimmten Zeitpunkt seiner geistigkulturellen Entwicklung erreicht und in seiner Verfassung fixiert hat. Deshalb sind mit Recht die Generalklauseln als "Einbruchstellen" der Grundrechte in das bürgerliche Recht bezeichnet worden (Dürig)» [... se tiene que partir en primer lugar del conjunto

de las representaciones de valores, el cual se ha logrado en un momento determinado de su desarrollo intelectual y se ha consolidado en su Constitución. Por eso, con razón se ha consignado las cláusulas generales como "irrupciones" del derecho fundamental en el Derecho civil (Dürig) Cfr. también E, 41, p. 29: el cristianismo como «*prägender Kultur- und Bildungsfaktor*» [«factor forjador de cultura y formación»], igualmente E, 52, p. 223; E, 41, p. 65, LS, 1: «*abendländischer Kulturkreis*» [«círculo cultural occidental»]; además E, 18, p. 112: «*gesamte heutige Kulturwelt*» [«todo el mundo cultural de hoy»].

311. Esta es la cuestión introducida por Bernhardt, en Link, 1982, pp. 91 ss.
312. En argumento Häberle, *ibid.*, pp. 104, pp. 85 ss.; contrario Heußner, *ibid.*, p. 108; en el mismo sentido Starck, *ibid.*, pp. 111 ss. «*in der Tat kulturspezifische Ausprägungen*» [«en realidad, impresiones específicamente culturales»].
313. En argumento Häberle, 1979, p. 88.
314. Häberle, 1983, p. 416, nota 429.
315. En este programa de investigación debería reingresar, por ejemplo, la cuestión sobre en qué medida en las *dissenting opinion* de la EGMR de Estrasburgo emergen dogmáticas jurídicas "nacionales", específicas tradiciones científicas y "profesionalidad". Ya se encuentra presente un número suficientemente amplio de *dissenting opinion* en las cuestiones relativas a los derechos fundamentales. Por ejemplo, un juez disidente inglés debería argumentar de modo diverso respecto a un juez francés o alemán. Las *dissenting opinion* en la EGMR pueden tener un efecto de integración, pero en parte también un efecto de división, pueden "anunciar" un estándar europeo de los derechos fundamentales que debe ser todavía alcanzado, dando voz una vez más, quizá por última vez, a las particularidades de las culturas jurídicas nacionales; pero también pueden ser factor de división, especialmente si son muy numerosas respecto a la misma decisión. En cuanto las *dissenting opinion* dan voz a las particularidades de la cultura de los derechos fundamentales de un Estado miembro de la Declaración Europea sobre los Derechos del Hombre, dichas opiniones pueden ser también una fuente fructífera de conocimientos para la comparación entre derechos fundamentales como comparación cultural, llamando la atención sobre las desemejanzas.
316. Con tal objeto mi informe homónimo de Mónaco (1981) en *Die Zeit*, 1983.

317. Para la GG sería necesario volver a recurrir al desarrollo de las teorías sobre los derechos fundamentales y comprender qué tanto esto esté inserto en la historia general de la GG y dónde los productos de los desplazamientos de fase puesto que el interés se dirigía (¿demasiado?) hacia los derechos fundamentales, olvidando demasiado la parte sobre las competencias (por ejemplo, en lo concerniente a la constitución cultural).
318. Por ejemplo BVerfG, E, 32, p. 54; 1, p.36; 24, p. 267; 6, p. 55; 51, p. 95; cfr. también E, 34, p. 165, para la escuela; E, 18, p. 18, para la libertad sindical; otro tanto ya en E, 4, p. 96.
319. Cfr. para la libertad de ciencia: BVerfG, 35, p. 79; para la libertad de culto: E, 4, p. 96. En E, 5, p. 85, el mismo BVerfG con referencia a la elaboración del concepto «*freiheitlich demokratische Grundordnung*» [«régimen fundamental de libertad y democracia»], habla de una «*Gesamtinterpretation des GG und seiner Einordnung in die moderne Verfassungsgeschichte*» [«interpretación global de la GG y su clasificación en la historia constitucional moderna»]. Esta es una notable autointerpretación y sugiere preguntarse en línea de principio sobre el rol de la historia constitucional en la interpretación de la GG (por parte del BVerfG). Por último, la historia de los derechos fundamentales surge mucho más como objeto de investigación para los historiadores, juristas, teólogos y expertos de las ciencias sociales; cfr. Britsch, 1981; Schwarttländer, 1978; id., 1981.
320. Por ejemplo BVerfGE, 32, p. 54, para el Art. 13° GG.
321. Por ejemplo BVerfGE, 35, p. 79; cfr. también la convicción general jurídica en E, 32, p. 54; además E, 2, p. 380; 4, p. 96; E, 31, p. 58.
322. La argumentación que considera las disposiciones de la GG como “reacciones” a las condiciones presentes en el tiempo del nazismo –es decir, lo contrario del Estado constitucional– se encuentra, por ejemplo, en VBerfGE, 39, p. 1; cfr. también la *dissenting opinion* Rupp-von Brünneck/Simon, *ibid.*, pp. 75 ss.: un fondo histórico, pero también argumentos contrarios a la interpretación antes mencionada en el sentido de la “reacción” (*ibid.*, pp. 76 ss.); cfr. también E, 18, p. 112, con una apropiada relativización de este argumento con referencia a los Estados «que no han tenido experiencias análogas con sistemas contrarios al Derecho».
323. En consideración de las correlaciones que se encuentran detrás de la utilización del concepto de “clasicidad” (en argumento Häberle, K, 1981), es posible que se aproxime un tiempo en el que las dimensiones

- de los derechos fundamentales, hoy todavía controvertidas, como la dimensión procesal o la del derecho a la tutela, sean consideradas también ellas "clásicas".
324. Sobre la sistemática diferenciada de los límites de la GG: Schnapp, 1978, JuS, pp. 729 ss.
325. Ejemplar para los así llamados derechos fundamentales garantizados "sin reservas", por ejemplo BVerfGE, 30, p. 173; 47, p. 327; 28, p. 243. También la "jurisprudencia sobre la imagen del hombre" tiene aspectos de limitación de los derechos fundamentales (desde E, 4, p. 7, por ejemplo E, 45, p. 187). En BVerfGE, 32, p. 54, en la interpretación se considera seriamente el reconocimiento de que el constituyente ha dispuesto «con gran cautela una reglamentación de los límites adecuada a la naturaleza de cada uno de los derechos fundamentales».
326. Cfr. BVerfGE, 51, p. 97.
327. Se hace referencia a los postulados del Estado de Derecho, por ejemplo bajo la forma de "reserva parlamentaria" o de reserva de jurisdicción (en argumento BVerfGE, 51, p. 97) para el Art. 13º GG y el Art. 104º, inciso 1) y 2), GG.
328. En argumento Häberle, 1983, pp. 276 ss.
329. Conceptos como el "bien de la comunidad" (Art. 8º, inciso 3), literal iii del Pacto internacional de derechos civiles y políticos del 19 de diciembre de 1966), "orden público" (ibid., Art. 19º, inciso 3), letra b) son mudables en el espacio y en el tiempo, igualmente como las leyes y limitaciones necesarias "en una sociedad democrática" en interés de la seguridad nacional (Cfr. el Art. 10º, inciso 2), EMRK).
330. Por razones nacidas del Estado de Derecho y de la democracia, el texto constitucional de los derechos fundamentales juega un rol mucho más amplio en la concretización de sus límites como en la ampliación o reforzamiento de sus funciones de tutela. Este diferente rol del texto en la interpretación de los derechos fundamentales ha sido considerado hasta ahora demasiado poco. La ciencia del Derecho constitucional, en su tarea de hacer óptima la vigencia de los derechos fundamentales, puede proceder de manera muy "libre" en el desarrollo de las garantías de tutela de los derechos fundamentales; una libertad que, por el contrario, daría paso a muchas dudas si es usada en la interpretación de los límites.
331. Así ahora también el Art. 16º, inciso 1), cp. 1, de la Constitución griega (1975), párr. 14 de la Constitución de Aargau (1981); diversamente el Art. 20º, inciso 1) y 4), de la Constitución española (1978).

332. Por ejemplo, el principio de ponderación sobre el plano de la GG, cfr. BVerfGE, 30, p. 173, o, mejor, "la imagen del hombre".
333. Cfr. por ejemplo el Art. 22º, inciso 2), de la Constitución española, similar en el resultado al párr. 18, inciso 1), de la Constitución de Aargau y al Art. 46º, incisos 1) y 4) de la Constitución portuguesa.
334. Cfr. el Art. 104º GG, el Art. 6º de la Constitución griega, los arts. 27º, 31º de la Constitución portuguesa, el Art. 5º EMRK.
335. El párr. 14 del proyecto de Constitución de Base-Landschaft opera una graduación de la reglamentación específica de los límites. El artículo 13º de la constitución del cantón Giura (1977) regula la cuestión partiendo de los límites individuales a través de la ponderación: «*Les droits fondamentaux ne peuvent être limités que par la loi et dans la seule mesure d'un intérêt public prépondérant*» [«Los derechos fundamentales solamente pueden estar limitados por la ley y sólo en el caso de un interés público preponderante»].
336. En argumento, en profundidad mi ensayo homónimo, en FS, 1978, pp. 141 ss.
337. J. P. Müller, 1982, pp. 174 ss.
338. Ibid., pp. 147 ss.
339. Cfr. también la referencia a las decisiones de la Comisión Europea para los derechos del hombre o a las decisiones de la EMGR en la descripción de los ámbitos de los derechos fundamentales "absolutamente intangibles": J. P. Müller, 1982, p. 149, nota 173, o p. 150, nota 176.
340. Cfr. la *praxis* del BVerfG, por ejemplo: E, 47, p. 46: referencia a la *dissenting opinion* del juez Verdross en torno a una sentencia de la EGMR (EuGRZ, 1976, pp. 488 ss.); E, 45, p. 187: referencia a una sentencia de la Corte Constitucional italiana. E, 32, p. 54: consideración de las disciplinas sobre el concepto de "casa". En la decisión Spiegel BVerfGE, 20, p. 162, está presente ya una referencia al Art. 6º, inciso 2), de la EMRK, como una «comparación con los ordenamientos jurídicos de otros Estados democráticos». En E, 35, p. 311, vuelve la referencia al Art. 6º, inciso 2), de la EMRK. Cfr. también E, 18, p. 112: un parangón de las Constituciones de los *Länder* y de la EMRK con referencia al problema de la pena de muerte. Cfr. también E, 28, p. 243: «*Ein international oder wenigstens im westlichen Kulturbereich übereinstimmend definiertes Institut der Kriegsdienstverweigerung existiert nicht*» [«no existe el instituto de la objeción de conciencia, concordantemente definido en el ámbito cultural internacional o cuando

- menos en el occidental»]. E, 48, p. 127: «tradición democrática e inspirada en principios de libertad», en relación a la leva obligatoria (desde 1789). BVerfGE, 19, p. 342: comparación entre derechos fundamentales con referencia a la Declaración ONU, sobre los Derechos del Hombre del año 1948, a la Declaración francesa de 1789 y a la EMRK (Art. 6º, incisos 2) y 5). Aquí el BVerfG agrega un famoso paso sobre la «esencia de los derechos fundamentales». En E, 27, p. 71, se cita nuevamente la Declaración ONU, pero también el Art. 10º, inciso 1), cp. 1 y 2, EMRK; en E, 31, p. 58, el preámbulo y el Art. 12º de la EMRK y la Declaración de la ONU.
341. VJW, 1979, pp. 477 ss.
342. BVerfGE, 55, pp. 349: «Wirksamer Rechtsschutz bedeutet zumal auch Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit» [«Tutela jurídica eficaz significa sobre todo, además tutela jurídica dentro de un plazo adecuado»]. Cfr. también E, 60, p. 253.
243. Cfr. también la crítica de Seibert, 1981, pp. 519 ss. En la *dissenting opinion* Hirsch (BVerfGE, 57, p. 182) se hace referencia a una decisión de la EGMR (EuGRZ, 1979, p. 278). Puesto que, como fuere las *dissenting opinions* tienen una obligación acrecentada de motivación y de legitimación, ello es digno de nota. En la *dissenting opinion* Simon / Heußner BVerfGE, 53, p. 69, se hace referencia al Art. 24º del proyecto de Constitución suiza; en la *dissenting opinion* Rupp-von Brünneck / Simon E, 39, p. 68, se cita la VfGH de Viena, a pp. 73 ss., y la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.
344. Por último, por ejemplo, Scholz, 1982, AöR, 107, pp. 126 ss.; BVerfGE, 31, p. 58: «äußerste Grenze» [«límite extremo»].
345. Cfr. sólo los trabajos de Friesenhahn, 1974, DJT, 50, pp. 61 ss.; Bernhardt, 1976, pp. 25 ss.; Rupp, 1976, AöR, 101, pp. 161 ss.
346. Cfr. EuGRZ, 1981, pp. 559 ss. o pp. 563 ss., además cfr. Häberle, 1983, p. 274, nota 64.
347. En argumento, por último en general: Scheuner, 1981, pp. 899 ss.
348. También un órgano como la Comisión sobre los derechos del hombre de Estrasburgo debe entrar a formar parte de este discurso. También en el cuadro de una actitud comprensiblemente pragmática, ella misma no debería temer, donde sea necesario, usar “el argumento del contenido esencial” de modo “casi judicial” como un instrumento para no dejar, como seguramente ha ocurrido hasta ahora, la gestión y el reforzamiento a la EGMR.

349. En argumento Bleckmann, 1982, NJW, pp. 1179 ss.
350. Hilf, 1978, pp. 23 ss., considera que exista un núcleo de «gemeinsame Verfassungsstraditionen» [«tradiciones constitucionales comunes»] que, sin embargo, en la ejecución específica se revela muy lejos de los comunes (con referencia a Bernhardt). En tal sentido, él utiliza como estudioso, a buen derecho, la idea de “núcleo” (contenido esencial). De este modo, sin embargo, se expresa tan sólo el aspecto tradicional, mientras también las tareas para el futuro de esta «fallweise Fortschreibung» [«actualización casuística»] de los derechos fundamentales (Pescatore, citado *ibid.*, nota 28) deberían tener relación con este núcleo. En este campo, la doctrina tiene un rol precursor.
351. El concepto de política de los derechos fundamentales (*Grundrechtspolitik*) fue propuesto por mí en Regensburg (1972, VVDStRL, 30, p. 43 pp. 104 ss.). Desde entonces ha sido usado a menudo, por ejemplo Rhinow, 1981, pp. 427 ss.; Saladin, 1980, pp. 841 ss.; Grimm, 1982, pp. 72 ss.
352. Contra el uso legislativo o judicial de la cláusula del contenido esencial no sirve ni siquiera el brillante ensayo de Scheuerle, 1964, AcP, 163, pp. 429 ss. Frente a la evidencia de los argumentos, de los métodos hermenéuticos, de los principios y de los procedimientos, en parte “clásicos” y en parte “nuevos”, que se hallan “detrás” de la cláusula del contenido esencial, la tesis del “criptoargumento” no es (más) decisiva. La exigencia propia del Estado de Derecho democrático, de la publicidad, de la transparencia y de la claridad de las normas constitucionales está garantizada por los modos de interpretación racionales elaborados y desarrollados en el curso de los decenios por la doctrina y por la jurisprudencia. Las cláusulas del contenido esencial en el sentido aquí propuesto no son, pues, principios que hacen referencia a correlaciones complejas. No por esto la GG debe ser criticada por haber utilizado una “cláusula del contenido esencial” en el Art. 19º, inciso 2), El BVerfG la ha elaborado poco a poco, y haciéndolo así ha argumentado sobre la esencia de los derechos fundamentales de modo racional como convincente; cfr. BVerfGE, 21, p. 362; 31, p. 311; 45, p. 63; por último E, 59, p. 231, y B del 8 de julio de 1982 (NJW, pp. 2173 ss.). De la literatura: Bethge, 1979, AöR, 104, pp. 54 ss.
353. Un ejemplo reciente es el nuevo catálogo de los derechos fundamentales de Suecia que ha sido construido sin una garantía textual del contenido esencial, cfr. el texto en JöR, 1977, 26, pp. 369 ss.

354. En argumento mi obra 1979, pp. 309 ss.
355. Cfr. Häberle, 1983, pp. 290 ss. (sobre el BVerfG).
356. En argumento mi informe de Mónaco *Zeit und Verfassungskultur* (1981) en *Die Zeit*, 1983, p. 289.
357. Sobre la validez "judicial" de la cláusula del contenido esencial en Suiza: Häberle, 1983, pp. 259 ss.; para el paralelo con Austria, *ibid.*, pp. 264 ss.
358. La disputa sobre el sentido de las garantías del contenido esencial en Suiza (en argumento, Häberle, 1981, pp. 259 ss.) podría explicar la renuncia a esa garantía en la Constitución cantonal de Aargau (1980). ¡Esperamos con interés las otras Constituciones cantonales sometidas a revisión! En consideración de las "garantías" de la Constitución y de la cultura jurídica suiza, los cantones que quieren renunciar a las cláusulas esenciales no ameritan una completa desaprobación.
359. Citada según Ruthenberg, 1926.
360. Análogo también el cp. 2 del párr. 4 de la Constitución Mecklenburg-Schwerin de 1920 (citado por Ruthenberg, 1926).
361. Cfr. el Art. 2º, inciso 2) del proyecto de Constitución Suiza (1977): «*Er (Scilicet der Staat) schützt die Rechte und Freiheiten der Menschen und schafft die erforderlichen Grundlagen für ihre Verwirklichung*» [«El Estado protege los derechos y libertades de los hombres y aporta las bases necesarias para su realización»].
362. Sobre la efectividad de los derechos fundamentales entre particulares: Art. 25º, inciso 1), del proyecto de Constitución suiza (1977).
363. En el sentido entendido por Häberle, 1972, *VVDStRL*, 30, pp. 43 y 69.
364. Los arts. 17º y 18º de la EMRK (1950) y el Art. 30º de la Declaración universal sobre los Derechos del Hombre (1948) y el Art. 5º del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (cfr. Häberle, 1983, pp. 272 ss.) a mediano plazo podrían devenir, sin duda, en la base para un desarrollo legislativo y judicial, y también administrativo, de una tutela del contenido esencial o fungir en todo caso de equivalentes funcionales.
365. Sobre el desarrollo hasta ahora, cfr. Häberle, 1983, pp. 284 ss.
366. De acuerdo a cuanto se ha dicho en el texto, sería necesario verificar la cuestión de si una expresa garantía del contenido esencial deba ser

acogida en una constitutiva "Carta de los derechos del ciudadano de la comunidad Europea" (en argumento la homónima contribución de Zuleeg, 1981, pp. 983 ss.). En consideración a la incipiente y cauta introducción judicial de una cláusula del contenido esencial por parte de la EuGH (y de la EGMR) y de su posible rol como vehículo de integración en la elaboración de un estándar común europeo de los derechos fundamentales, muchos argumentos se hallan en favor del enriquecimiento de un catálogo de los derechos fundamentales con una cláusula del contenido esencial.

367. En argumento mis contribuciones a la discusión, en Link, 1982, p. 83.

BIBLIOGRAFIA

- ANSCHÜTZ G. (1930), *Die Verfassung des Deutschen Reichs, Kommentar*, 14.^a ed. 1933.
- AUBRY P. (1911-1912), *Essais de critiques philosophiques: 1. La philosophie de M. Hauriou: Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, v vol., enero-junio, pp. 3 ss.
- BACHOF O. (1954), *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, en *VVStRL*, 12, pp. 37 ss.
- ID. (1957), *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, en *JZ*, pp. 334 ss.
- ID. (1958), *Freiheit des Berufs*, en *GR*, III, I, pp. 145 ss.
- ID. (1959), *Grundgesetz und Richtermacht*.
- ID. (1965), *VVStRL*, 22.
- BADURA P. (1976), *Verfassung, Staat und Gesellschaft in der Sicht des Bundesverfassungsgericht*, en *Festgabe, BVerfG*, vol. 2, pp. 1 ss.
- BALLERSTEDT K. (1957), *Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze*, en *Festschrift für Schmidt-Rimpler*, pp. 365 ss.
- BARUZZI A. (1979), *Europäisches Menschenbild und das GG für die BRD*.
- BATTIFOL H. (1960), *La philosophie du Droit*.
- BÄUMLIN R. (1954), *Die rechtsstaatliche Demokratie*.
- BENDA E. (1982), *DÖV*, p. 877.
- BENTELE M. (1949), *Das Recht auf Arbeit*.
- BERBER F. (1967), *Völkerrecht, Dokumentensammlung*, vol. I.
- BERBER F., RANDELZHOFFER A. (1979), *Völkerrechtliche Verträge*, 2^a ed.
- BERNHARDT R. (1976), *Probleme eines Grundrechtskatalogs für die Europäischen Gemeinschaften*, en "Bulletin der Europäischen

- Gemeinschaften", Beilage 5, pp. 19 ss.
- BETHGE H. (1979), *Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen*, en AÖR, 104, pp. 54 ss., pp. 265 ss.
- ID. (1982), *Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren*, en NJW, pp. 1 ss.
- BEYER G. (1976), *Zur Beschwerdebefugnis von Verbänden gegen Grundrechtsverletzungen*.
- BIRK A. (1981), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, en DUR.
- BLECKMANN A. (1979), *Allgemeine Grundrechtslehren*.
- ID. (1981), *Die Grundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, en EUGRZ, p. 257.
- ID. (1982), *Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs*, en NJW, pp. 1179 ss.
- BLEI H. (1977), *Strafrecht*, vol. 1, *Allgemeiner Teil*, 17^a ed.
- BLOCH R. (1954), *Der Doppelcharakter der individuellen Freiheitsrechte als Schutz des Einzelnen und als institutionelle Garantie der Demokratie*, Jur. Diss., Basel.
- BLÜMEL W. (1982), *Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen*.
- BÖCKENFÖRDE E.W. (1974), *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, en NJW, pp. 1529 ss.
- ID. (1981), *Zur Diskussion um die Totalrevision der schweizerischen Bundesverfassung*, en AÖR, 106, pp. 580 ss.
- BÖCKENFÖRDE E.W., JEKEWITZ J., RAMM T. (1981), *Soziale Grundrechte*.
- BONNARD R. (1929), *L'origine de l'ordonnancement juridique*, en *Mélanges Hauriou*, pp. 31 ss.
- BONNECASE J. (1928), *Science du Droit et Romantisme*.
- ID. (1931), *Une nouvelle mystique: la notion d'institution*, en "Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence", pp. 241 ss.; 1932, pp. 1 ss., pp. 81 ss., pp. 161 ss., pp. 241 ss.
- ID. (1933), *La Pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, vols. 1 y 2.
- BRITSCH G. (1981) (hrsg.), *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte*.
- BÜHLER O. (1914), *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*.

- BURDEAU G. (1949), *Traité de Science Politique*, vol. II, *L'Etat*.
- CALLIESS R.P. (1962), *Eigentum als Institution*.
- CARSTENS K. (1953), *Grundgedanken der amerikanischen Verfassung und ihre Verwirklichung*.
- CHEVALIER J. (1929), *Le Concept et l'Idée*, en *Mélanges Hauriou*, pp. 111 ss.
- COING H. (1957), *Erläuterung zu § 226 BGB*, en *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II^a ed.
- COPIC H. (1967), *Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art*.
- CUCHE P. (1925), *Manifestations nouvelles d'autorité dans la vie sociale par le développement de l'institution*, en "*Semaines sociales de France*", pp. 349 ss.
- DABIN J. (1953), *Théorie générale du Droit*, 2^a ed.
- DAHM G. (1951), *Deutsches Recht*, 2^a ed.
- DAHRENDORF R. (1979), *Lebenschancen*.
- DAIG H.W. (1981), *Zu Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, en *Festschrift für K. Zweigert*, pp. 395 ss.
- DECLAREUIL I. (1929), *Quelques remarques sur la théorie de l'institution et le caractère institutionnel de la monarchie capétienne*, en *Mélanges Hauriou*, pp. 349 ss.
- DEGENHART C. (1982), *Das Verwaltungsverfahren...*, en *DVBL*, pp. 872 ss.
- ID. (1982), *Kernenergierecht*, 2^a ed.
- DELOS I.T. (1931), *La théorie de l'institution*, en "*Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*", pp. 97 ss.
- DENNEWITZ B. (hrsg.) (1948), *Die Verfassungen der modernen Staaten*, vol. 2.
- DENNINGER E. (1967), *Rechtsperson und Solidarität*.
- ID. (1979), *Staatsrecht*, 2.
- DESQUEYRAT A. (1933), *L'institution, le droit objectif et la technique positive*.
- DOHNA ZU GRAF A. (1929), *Das Werk von Weimar*, en *Recht und Staat im neuen Deutschland*, vol. 1, pp. 68 ss.
- DOMBOIS H. (1956), *Recht und Institution*, Referate, Verhandlungsbericht und Thesen.
- ID. (1957), *Zur Begegnung von Rechtswissenschaft und Theologie*, en

- Kerigma und Dogma*, pp. 61 ss.
- ID. (1957), *Mensch und Strafe* (cit. MS, 1957).
- ID. (1958), *Gedanken über die evangelische Prägung des Elternrechts*, en E. Stein, W. Joest, H. Dombois, *Elternrecht, Studien zu einer rechtsphilosophischen und evangelisch-theologischen Grundlegung*, pp. 73 ss.
- ID. (1961), *Das Recht der Gnade*, vol. 1, *Oekumenisches Kirchenrecht*.
- DRATH M. (1952), *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *VVSTRL*, 9, pp. 17 ss.
- DUGUIT L. (1920), *Les transformations générales de Droit Public depuis le Code Napoléon*, 2^a ed.
- ID. (1925), *Traité de Droit Constitutionnel*, 1^{er} vol., 3^a ed. 1927; 3^{er} vol., 3^a ed. 1930; 5^o vol., 2^a ed. 1925.
- DÜRIG G. (1953-1954), *Art. 2 des GG und die polizeiliche Generalermächtigung*, en *AÖR*, 79, pp. 57 ss.
- ID. (1954), *Freizügigkeit*, en *GR*, II, pp. 507 ss.
- ID. (1956), *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, en *AÖR*, 81, pp. 117 ss.
- ID., (1958), *Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Berechtigungen seiner Bürger*, en *Festschrift für Apelt*, pp. 13 ss.
- ECKHARDT E. (1913), *Die Grundrechte vom Wiener Kongreß bis zur Gegenwart, Abhandlungen des Staats- und Verwaltungsrechts mit Einschluß des Kolonialrechts*, S. Brie, M. Fleischmann (hrsg.), Heft 30.
- EHMKE M. (1953), *Grenzen der Verfassungsänderung*.
- ID. (1963), *VVSTRL*, 20, p. 53.
- EISENMANN C. (1930), *Deux théoriciens de droit: Duguit et Hauriou*, en "Revue philosophique", pp. 247 ss.
- ELDERS J.L.M. (1951), *Staatsbegriff en institutionalisme*, Jur. Diss., Amsterdam.
- ENNECERUS, NIPPERDEY H.C. (1959), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 2^o tomo 1960.
- ESSER J. (1970), *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*.
- FABER H. (1972), *Die Verbandsklage im Verwaltungsprozeß*.
- FECHNER E. (1954), *Die soziologische Grenze der Grundrechte*.

- FIEDLER W. (1982), *Besprechung von P. Häberle, Klassikertexte im Verfassungsleben*, en DÖV, p. 794.
- ID. (1955), *Die deutsche Kartellrechtswissenschaft 1945-1954*, en wuw, pp. 205 ss.
- FIKENTSCHER W. (1958), *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz*.
- FINCKE M. (1975), *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*.
- FLEINER F. (1919), *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 8^a ed. 1928.
- FLEINER F., GIACOMETTI Z. (1949), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*.
- FLUME W. (1952), *Diskussionsbeitrag*, en VVSTRL, 10, pp. 156 ss.
- FORSTHOFF E. (1954), *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats*, en VVSTRL, 12, pp. 8 ss.
- ID. (1955), *Über Maßnahmegesetze*, en *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, pp. 221 ss.
- ID. (1959), *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, en *Festschrift für C. Schmitt*, pp. 35 ss.
- ID. (1961), *Verwaltungsrecht*, 1.^{er} vol., *Allgemeiner Teil*, 8^a ed. (cit. verwr).
- ID. (1961), *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, 2^a ed.
- ID. (1965), VVSTRL, 22.
- FRAENKEL E. (1953), *Das richterliche Prüfungsrecht in den Vereingten Staaten von Amerika*, en JÖR, vol. 2., pp. 35 ss.
- FRIESENHAHN E. (1974), *Der Wandel des Grundrechtsverständnisses*, en DJT, 50, pp. 61 ss.
- FROWEIN J.A. (1980), *Die europäische und die amerikanische Menschenrechtskommission – ein Vergleich*, en EUGRZ, pp. 442 ss.
- GEHLEN A. (1950-1951), *Bürokratisierung*, en *Kölner z.f.soz.*, pp. 195 ss.
- ID. (1956), *Urmensch und Spätkultur*.
- ID. (1957), *Die Seele im technischen Zeitalter*.
- ID. (1958), *Der Mensch*, 6^a ed.
- ID. (1961), *Anthropologische Forschung*.
- GEIGER W. (1952), *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht Kommentar*.
- ID. (1955), *Grundgesetzliche Schranken für eine Kartellgesetzgebung*.
- ID. (1959), *Artikel Grundrechte*, en *Staatslexikon*, 3^{er} vol., 6^a ed.

- ID. (1959), *Grundrechte und Rechtsprechung* (cit. GR, 1959).
- GÉNY F. (1915), *Science et technique de droit privé positif*, II, Seconde Partie.
- GERBER H. (1956), *Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes*, en AÖR, 81, pp. 1 ss.
- GIACOMETTI Z. (1933), *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichts*.
- ID. (1941), *Das Staatsrecht der Kantone*.
- GIERE G. (1932), *Das Problem der Weimarer Grundrechte*, *Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Königsberg*, Heft 3.
- GIERKE O. (1879), *Besprechung von Labands: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (1878), vol. 2, en "Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht", vol. vi, pp. 221 ss.
- ID. (1883), *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, en "Schmollers Jahrb.", vol. vii, pp. 1097 ss.
- ID. (1887), *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*.
- ID. (1895), *Deutsches Privatrecht*, 1^{er} vol., *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, 2^o vol., *Sachenrecht*, 1905.
- ID. (1915), *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatstheorien* (Abdruck aus zgesstw, 1874, Heft 1 und 2).
- GIESE F. (1956), *Staatsrecht*.
- GOERLICH H. (1973), *Wertordnung und Grundgesetz*.
- ID. (1981), *Grundrechte als Verfahrensgarantien*.
- GRIMM D. (1982), *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, en W. Hassemer (hrsg).
- GUNDLACH G. (1959), *Die Institution in sozialphilosophischer Sicht*, en *Staatslexikon*, 6^a ed.
- GURADZE H. (1956), *Der Stand der Menschenrechte im Völkerrecht*.
- GURVITCH G. (1931), *Les idées maîtresses de M. Hauriou*, en "Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique", pp. 155 ss.
- ID. (1932), *L'Idée du Droit Social*.
- ID (1960), *Grundzüge der Soziologie des Rechts*.
- HÄBERLE P. (1962), *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 2^a ed. 1972; 3^a ed. 1983.

- ID. (1969), DÖV, pp. 385 ss.
- ID. (1969), JZ, pp. 613 ss.
- ID. (1970), *Gemeinwohljudikatur und Bundesverfassungsgericht*, en AÖR, 95, pp. 86 ss.
- ID. (1970), VVStRL, 28, pp. 110 ss.
- ID. (1970), *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*.
- ID. (1972), *Grundrechte im Leistungsstaat*, en VVStRL, 30, pp. 43 ss., pp. 104 ss.
- ID. (1974), JR, pp. 487 ss.
- ID. (1974), *Zeit und Verfassung*, en ZfP.
- ID. (1975), *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, en JZ, pp. 297 ss.
- ID. (1977), JZ, pp. 241 ss.
- ID. (1977), *Auf dem Weg zum allgemeinen Verwaltungsrecht*.
- ID. (1978), *Verfassung als öffentlicher Prozeß*.
- ID. (1978), *Der kooperative Verfassungsstaat*, en *Festschrift für Schelsky*, pp. 141 y 143 ss. (cit. FS, 1978).
- ID. (1979), *Kommentierte Verfassungsrechtssprechung*.
- ID. (1980), *Menschenwürde und Verfassung*, en "Rechtstheorie", 11.
- ID. (1980), *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat* (cit. K, 1980).
- ID. (1980), VVStRL, 38.
- ID. (1981), *recensión a H. von Schambeck (hrsg.), Das österreichische Bundesverfassungsgesetz und seine Entwicklung*, 1980, en BayVBl, 1981, pp. 350 ss.
- ID. (1981), *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat* (cit. E, 1981).
- ID. (1981), *Klassikertexte im Verfassungsleben* (cit. K, 1981).
- ID. (1981), *Verfassungsprinzipien als Erziehungsziele*, en FS H. Huber (cit. FS, 1981).
- ID. (1982), *Arbeit als sozialrechtlich vermitteltes Eigentum i.-S. des Art. 14 GG*, en *Mitteilungen der Landesversicherungsanstalt Oberfranken und Mittelfranken*, Heft 12.
- ID. (1982), *Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen*, en *Festschrift für Broermann*, pp. 211 ss. (cit. FS, 1982).
- ID. (1982), *Rezensierte Verfassungsrechtswissenschaft* (cit. RV, 1982).

- ID. (1982), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht* (cit. κ, 1982).
- ID. (1982), *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (cit. ν, 1982).
- ID. (1982), *AÖR*, 107, pp. 301 ss.
- ID. (1983), *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 3^a ed. ampliada.*
- ID. (1983), *Zeit und Verfassungskultur*, en A. Peisel, A. Mohler (hrsg.), *Die Zeit (Schriften der Carl-Friedrich-von-Siemens Stiftung)*, vol. 6 (cit. *Die Zeit*).
- HAENEL A. (1888), *Das Gesetz im formellen und im materiellem Sinne.*
- HAMANN A. (1956), *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23 Mai 1949*, 2^a ed. 1960.
- HAMEL W. (1957), *Die Bedeutung der Grundsrechte im sozialen Rechtsstaat.*
- ID. (1957), *Anmerkung zum Urteil des BGH vom 2/4/1957*, en *DVBl*, pp. 618 ss.
- ID. (1958), *Das Recht der freien Berufswahl*, en *DVBl*, pp. 37 ss.
- ID. (1960), *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, en *GR*, IV, 1, pp. 37 ss.
- HANGARTNER Y. (1982), *Staatsrecht*, II.
- HÄNTZSCHEL K. (1926), *Die Verfassungsschranken der Diktaturgewalt des Art. 48 der Reichsverfassung*, en *zöfFR*, vol. v, pp. 205 ss.
- ID. (1932), *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, en *HDBDSTR*, II, pp. 651 ss.
- HASAERT (1948), *Théorie générale du Droit.*
- HASE F., LADEUR, K.H., RIDDER H. (1981), *Nochmals: Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiep postulats*, en *jus*.
- HATSCHEK J. (1922), *Deutsches und preußische Staatsrecht*, 1^{er} vol.
- HAUG H. (1946), *Die Schranken der Verfassungsrevision.*
- HAURIU M. (1896), *La science sociale traditionnelle.*
- ID. (1898), *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, en "Rev. gén. du droit", pp. 5 ss., pp. 119 ss.
- ID. (1899), *Leçons sur le Mouvement social.*
- ID. (1902) *recensión* (con Achille Mestre), *Duguit, l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, en *RDP*, pp. 346 ss.
- ID. (1906), *L'institution et le droit statutaire*, *Extrait du Recueil de législation de Toulouse.*
- ID. (1907), *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 7^a ed. 1911; 8^a ed. 1914; 9^a ed. 1919; 10^a ed. 1921; 11^a ed. 1927 (cit. *DA con*

- el año de edición).
- ID. (1910), *Principes de Droit Public*, 2ª ed. 1916.
- ID. (1911), *Les idées de M. Duguit*.
- ID. (1915), *Note sur le principe et l'étendu du Droit à Indemnité pour les victimes des dommages de guerre*, Publications du Comité National d'action pour la réparation intégrale des dommages causées par la guerre, Avril, pp. 1 ss.
- ID. (1916), *Notice sur les oeuvres de Léon Michoud*, en RDP, p. 483.
- ID. (1923), *Précis de Droit Constitutionnel*, 2ª ed. 1929 (cit. DC con el año de edición).
- ID. (1923), *La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat*, en RTDC, pp. 331 ss. (cit. RTDC, 1923).
- ID. (1925), *La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)*, en "Cahiers de la Nouvelle Journée", vol. 4.
- ID. (1925), *Précis élémentaire de Droit Constitutionnel* (cit. PDC, 1925).
- ID. (1928), *Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectifs*, en "Rev. de Met. et de Mor.", pp. 193 ss.
- ID. (1929), *La jurisprudence administrative 1892-1929*, par M. Hauriou d'après les Notes de Recueil Sirey, réunies et classées par A. Hauriou, vol. III.
- ID. (1933), *L'imprévision et les contrats dominés par les institutions sociales*, en *Aux Sources du Droit*, en "Cahiers de la Nouvelle Journée", vol. 23, pp. 129 ss.
- HELLER H. (1927), *Die Souveranität*.
- ID. (1934), *Staatslehre*.
- HELLWIG (1930), *Meinungsfreiheit*, en Nipp., II, pp. 1 ss.
- HENSEL A. (1928), *Art. 150 der Weimarer Verfassung und seine Auswirkung im preußischen Recht*, en AÖR NF, 14, pp. 321 ss.
- ID. (1932), *Das Reichsgerichtsurteil über wohlervorbene Beamtenrechte und die Lehre von den institutionellen Garantien*, en *verwArch*, 37, pp. 187 ss.
- ID. (1933), *DJZ*, pp. 42 ss.
- HESSE K. (1956), *Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich*.
- ID. (1959), *Die normative Kraft der Verfassung*.

- ID. (1959), *Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat*, en *VVStRL*, 17, pp. 11 ss.
- ID. (1960), *Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustandes*, en *JZ*, pp. 105 ss.
- ID. (1972), *VVStRL*, 30, pp. 145 ss.
- ID. (1978), *Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der BRD*, en *EUGRZ*, p. 427.
- ID. (1982), *EUGRZ*, pp. 121 ss.
- ID. (1982), *Grundzüge des Verfassungsrecht der BRD*, 13^a ed. (cit. *Grundzüge*).
- HILF M. (1978), *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Integrationsfaktor...*, en *Die Grundrechte der Europäischen Gemeinschaft*, pp. 23 ss.
- HOFACKER (1926), *Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*.
- HOFFMANN H. (1981), *Rechtsfragen der atomaren Entsorgung*.
- HOLLERBACH A. (1960), *Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?*, en *AÖR*, 85, pp. 241 ss.
- HOLSTEIN G. (1926), *Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatswissenschaft*, en *AÖR NF*, 11, pp. 1 ss. HONSEL T. (1982), *Historische Argumente im Zivilrecht*.
- HUBER E.R. (1933), *Der Bedeutungswandel der Grundrechte*, en *AÖR NF*, 23, pp. 1 ss.
- ID. (1953), *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^o vol. 1954.
- ID. (1956), *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsgericht*, en *DöV*, pp. 135 ss., pp. 200 ss.
- ID. (1957), *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol. 1.
- ID. (1958), *Selbstverwaltung der Wirtschaft*.
- ID. (1959), *Das Empfehlungsverbot. Eine kartellrechtliche Studie*.
- HUBER H. (1936), *Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte*, en *Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins*.
- ID. (1955), *Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts*, en *Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein*, pp. 95 ss.
- ID. (1961), *Das Menschenbild des Rechts*, en *Z.F. Schweiz. R NF*, vol. 80, pp. 1 ss.

- HUBMANN H. (1953), *Das Persönlichkeitsrecht*.
- ID. (1956), *Grundsätze der Interessenabwägung*, en ACP, 155, pp. 85 ss.
- ID. (1957), *Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion*, en JZ, pp. 521 ss.
- HUECK A. (1958), *Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*, en *Festschrift für Apelt*, pp. 57 ss.
- HUFEN F. (1982), *Heilung und Unbeachtlichkeit grundrechtsrelevanter Verfahrensfehler?*, en NJW, pp. 2161-4.
- HUSSERL G. (1955), *Recht und Zeit; Fünf rechtsphilosophische Essays*.
- IPSEN H.P. (1952-1953), *Rechtsfragen der Investitionshilfe*, en AÖR, 78, pp. 184 ss.
- ID. (1954), *Rechtsfragen berufsständischer Zwangsversorgung*, en *Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft*, pp. 31 ss.
- ID. (1956), *Verfassungsfragen zur Handwerksordnung*, en DVBl, pp. 358 ss.
- ISENSEE J. (1980), *Wer definiert die Freiheitsrechte?*
- JAN VON (1931), *Das Vereinsgesetz*.
- JELLINEK G. (1919), *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed.
- ID. (1920), *Allgemeine Staatsrechtslehre*, 3ª ed.
- ID. (1928), *VVStRL*, 4, pp. 82 ss.
- JELLINEK W. (1946), *Grundrechte und Gesetzesvorbehalt*, en DRZ, pp. 4 ss.
- ID. (1947), *Die Verfassung des Landes Hessen*, en DRZ, pp. 4 ss.
- ID. (1948), *Verwaltungsrecht*, 3ª ed., reimpresión.
- JENNINGS W.I. (1933), *The Institutional Theory*, en *Modern Theories of Law*, pp. 68 ss.
- JERUSALEM F. (1950), *Die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes und ihre Durchsetzung in der Rechtsprechung*, en SJZ, col. 1 ss.
- JESCH D. (1961), *Gesetz und Verwaltung*.
- JESCHEK H. (1978), *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed.
- KÄGI W. (1945), *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*.
- ID. (1956), *Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision*, *Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins*, pp. 739 A ss.
- KAISER J.H. (1956), *Die Repräsentation organisierter Interessen*.
- ID. (1960), *Verfassungsrechtliche Eigentumsgewähr, Enteignung und Eigentumsbildung in der Bundesrepublik Deutschland*, en *Staat*

- und Privateigentum, Beiträge zum ausländischen öff. Recht und Völkerrecht*, pp. 5 ss.
- KAUFMANN E. (1906), *Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzips*.
- ID. (1908), *Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19 Jahrhunderts*.
- ID. (1908), *Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika* (cit. *Auswärtige Gewalt*).
- ID. (1911), *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*.
- ID. (1914), *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, en *WBSTVERR*, 3^{er} vol., 2^a ed.
- ID. (1921), *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*.
- ID. (1922), *Deutsche Hypothekenforderungen in Polen*, en *Abhandlungen zum Friedensvertrag*, 2^o Heft.
- ID. (1925), *Otto Mayer*, en *verwArch*, 30, pp. 377 ss.
- ID. (1927), *Die Gleichheit vor dem Gesetz i.S. des Art. 109 WRV*, en *VVSTRL*, 3, pp. 2 ss.
- ID. (1928), *Diskussionsbeitrag*, en *VVSTRL*, 4, pp. 77 ss.
- ID. (1932), *Probleme der internationalen Gerichtsbarkeit*.
- ID. (1936), *Règles Générales du Droit de la Paix*, Academie de Droit international, *Recueil des Cours*, 1935, iv, pp. 313 ss.
- ID. (1951), *Der polizeiliche Eingriff in Freiheiten und Rechte*.
- ID. (1952), *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *VVSTRL*, 9, pp. 1 ss.
- ID. (1953), *Grundrechte und Wohlfahrtsstaat*, en *Recht, Staat, Wirtschaft*, vol. iv, pp. 77 ss.
- ID. (1960), *Gesammelte Schriften*, vol. I, *Autorität und Freiheit: Vorwort*, pp. xi ss.; *Eigentum und Verwaltung*, pp. 450 ss.; *Ausnahmезustand und erworbene Rechte*, pp. 467 ss.; vol. III, *Rechtsidee und Recht: Vorwort*, pp. xiii ss.
- KELSEN H. (1925), *Allgemeine Staatsrechtslehre*, 2^a ed.
- KLEIN F. (1934), *Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien*.
- ID. (1950), *Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes*, en *VVSTRL*, 8, pp. 66 ss.
- ID. (1957), *Diskussionsbeitrag*, en *VVSTRL*, 15, p. 67.
- KLOEPFER M. (1974), *Vorwirkung von Gesetzen*.
- KÖHL G. (1955), *Die besonderen Gewaltverhältnisse im öffentlichen Recht*.

- KÖTTGEN A. (1955), *Abgeordnete und Minister als Statusinhaber*, en *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, pp. 195 ss.
- ID. (1957), *Die Meinungsfreiheit des Soldaten*, en A. Bergstraesser, E. Barth, J.H. Kaiser, A. Köttgen, C.F. Menger, C.H. Ule, *Von den Grundrechten der Soldaten*, pp. 47 ss.
- ID. (1959), *Das Grundrecht der deutschen Universität*.
- KRAUSS VON G. (1955), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*.
- KRÜGER HERBERT (1950), *Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz*, en DVBl, pp. 625 ss.
- ID. (1950), *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*.
- ID. (1955), *Der Wesensgehalt der Grundrechte im Sinne des Art. 19 Abs. 2 GG*, en DöV, pp. 597 ss.
- ID. (1955), *Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken*, en NJW, pp. 201 ss.
- ID. (1965), *VVStRL*, 22.
- KRÜGER HILDEGARD (1955), *Die Verfassungswidrigkeit der Lex Schörner*, en DVBl, pp. 758 ss.
- KÜBLER F. K. (1960-1961), *"Eigentum verpflichtet" – eine zivilrechtliche Generalklausel?*, en ACP, 159, pp. 236 ss.
- KÜHLER F. (1971), *Rechtsfähigkeit und Verbandsverfassung*.
- KULL E. (1982), *Festschrift für K. Bringmann*, pp. 56 ss.
- LABAND P. (1911), *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 1^{er} vol., 5^a ed.; 2^o vol., 5^a ed.
- LADÉUR K. H. (1982), *Konsensstrategien staat Verfassungsinterpretation?*, en "Der Staat", 21.
- LARENZ K. (1962), *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, 5^a ed.
- LAUBINGER H.W. (1982), *Grundrechtsschutz durch Gestaltung des Verwaltungsverfahrens*, en *verwArch*, 73, pp. 60 ss.
- LAUFKE F. (1956), *Vertragsfreiheit und Grundgesetz*, en *Festschrift für H. Lehmann*, vol. 1, pp. 145 ss.
- LE FUR L. (1931), *Le Droit naturel et la théorie de l'institution*, en "La Vie intellectuelle", 10, enero, pp. 76 ss.
- ID. (1933), *Préface*, en Desqueyrat, *L'institution, le droit objectif et la technique positive*, pp. vii ss.

- LÉGAL A., BRETHER DE LA GRESSAYE J. (1938), *Le Pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*.
- LEIBHOLZ G. (1958), *Strukturprobleme der modernen Demokratie: Zur Begriffsbildung im öffentlichen Recht*, pp. 267 ss.; *Appendice: Die Problematik der sozialen Grundrechte*, pp. 130 ss.
- LEISNER W. (1960), *Grundrechte und Privatrecht*.
- LEONTOVITCH V. (1935-1937), *Die Theorie der Institution bei Maurice Hauriou*, en ARSP, vol. 29, 1935-36, pp. 363 ss.; vol. 30, 1936-37, pp. 202 ss.
- LERCHE P. (1958), *Grundrechtsbegrenzungen "durch Gesetz" im Wandel des Verfassungsbildes*, en DVBl, pp. 524 ss.
- ID. (1960), *Grundrechte der Soldaten*, en GR, IV, 1, pp. 447 ss.
- ID. (1961), *Stil, Methode, Ansicht*, en DVBl, pp. 690 ss.
- ID. (1961), *Übermaß und Verfassungsrecht*.
- ID. (1976-1978), *Pressefreiheit*, en W.A. Kewenig (hrsg.), *Deutsch-Amerikanisches Verfassungsrechtssymposium*.
- LESSMANN H. (1976), *Die öffentlichen Aufgaben und Funktionen privatrechtlicher Wirtschaftsverbände*.
- LINK C. (hrsg.) (1982), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*.
- LIPPHARDT H.R. (1976), *Die Gleichheit der politischen Parteien vor der öffentlichen Gewalt*, 1975, en DVBl, pp. 278 ss.
- LOEWENSTEIN K. (1959), *Verfassungslehre*.
- LÖFFLER M. (1960), *Anmerkung zum Nordrhein-Westfalen-Urteil des BVerfG*, en NJW, pp. 25 ss.
- LORENZ D. (1981), *Bundesverfassungsgericht und soziale Grundrechte*, en "Juristische Blätter", pp. 16 ss.
- MANGOLDT VON H. (1953), *Das Bonner Grundgesetz*.
- MANGOLDT VON H., KLEIN F. (1957), *Das Bonner Grundgesetz*, 1^{er} vol., 2^a ed.
- MARCIC R. (1957), *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*.
- MARSCH W.D. (1959), *Artikel Institution*, en *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*, 3^{er} vol., 3^a ed.
- MARTENS W., HÄBERLE P. (1972), *VvStRL*, 30, pp. 7 ss., pp. 43 ss.
- MARTI H. (1959), *Die Handels- und Gewerbefreiheit*.
- MAUNZ T. (1951), *Deutsches Staatsrecht*, 1^a ed. 1961; 2^a ed. 1962.

- ID. (1956), *Die Verfassungsrechtliche Gewähr von Ehe und Familie* (Art. 6 GG), en *FamRz*, pp 1 ss.
- ID. (1958), *Die kulturelle Sicherheit des Bürgers*, en *Festschrift für Apelt*, pp. 113 ss.
- ID. (1980), *Deutsches Staatsrecht*, 23^a ed.
- MAUNZ T., DÜRIG G. (1958), *Grundgesetz, Kommentar*.
- MAUNZ T., DÜRIG G., HERZOG R., SCHOLZ R., GG, *Kommentar*.
- MAURACH R. (1958), *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2^a ed.
- MAURY J., (1937), *Règles générales des conflits de loi*, Académie de Droit International, Recueil des Cours, 1936, vol. III, pp. 329 ss.
- MENGER C.F. (1957), *Das Gesetz als Norm und Maßnahme*, en *VvStRL*, 15, pp. 3 ss.
- MESTRE A. (1928), *Maurice Hauriou (1856-1929)*, en *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, pp. 269 ss.
- MEZGER E. (1960), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9^a ed.
- MIKAT P. (1974), *Religionsrechtliche Schriften*, I.
- MITTEIS H. (1949), *Familienrecht*, 4^a ed.
- MÖCKL K. (1979), *Der moderne bayerische Staat*.
- MOHLER A. (hrsg.) (1983), *Die Zeit*.
- MRONZ D. (1973), *Körperschaften und Zwangsmitgliedschaft*.
- MÜLLER F. (1965), *Korporation und Assotiation*.
- ID. (1969), *Die Positivität der Grundrechte*.
- MÜLLER F., PIEROTH B., FOHMANN L. (1982), *Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie*.
- MÜLLER J.P. (1973), *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2^a ed. 1981.
- ID. (1982), *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*.
- ID. (1982), *Grundrechtliche Anforderungen an Entscheidungsstrukturen*, Festschrift für K. Eichenberger (cit. FS, 1982).
- MÜLLER W. (1974), *Wirkungsbereich und Schranken der Versammlungsfreiheit*.
- MÜNCH I. VON (hrsg.) (1981), *Grundgesetz, Kommentar*, vols. 1 y 2, 2^a ed.
- MUTIUS VON A. (1974), *Erläuterungen zu Art. 19 Abs. 3 GG*, en *Bonner Kommentar zum GG*, 2^a ed., Rd. Nr. 156.
- ID. (1982), *Grundrechtsschutz contra Verwaltungseffizienz im Verwal-*

- tungsverfahren*, en NJW, p. 2150.
- NAWIASKY H. (1950), *Grundgedanken des Grundgesetzes*.
- NAWIASKY H., LECHNER H. (1953), *Ergänzungsband zum Handkommentar der Bayrischen Verfassung*.
- NAWIASKY H., LEUSSER (1948), *Die Verfassung des Freistaats Bayern, Handkommentar*.
- NEUMANN F. (1932), *Koalitionsfreiheit*.
- NEUMANN-DUESBERG H. (1957), *Anmerkung zum U. des BGH vom 2/4/1957*, en NJW, pp. 1276 ss.
- NIPPERDEY H. C. (1958), *Boycott und freie Meinungsäußerung*, en DVBL, pp. 445 ss.
- NOLTENIUS J. (1958), *Die freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes*.
- OBERMAYER K. (1971), *Bonner Kommentar*, Art. 140 GG, 2^a ed.
- ÖHLINGER T. (1982), *Die Grundrechte in Österreich*, en EUGRZ.
- OSSENBÜHL F. (1982), *Grundrechtsschutz in und durch Verfahrensrecht*, *Festschrift Eichenberger*, pp. 183 ss.
- PALANDT (1962), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 21^a ed.
- PEINE F.-J. (1982), en "Der Staat", 21, pp. 335 ss.
- PESCATORE P. (1979), *Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, en EUR, 14, pp. 4 ss.
- PESTALOZZA C. (1981), *Verfassungen der deutschen Bundesländer*, 2^a ed.
- PETERS H. (1953), *Auslegung der Grundrechte aus der Geschichte*, *Historisches Jahrbuch der Görres-Gesellschaft*, pp. 457 ss. (cit. *Auslegung*).
- ID. (1953), *Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel*, en *Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie*, *Festschrift für R. Laun*, pp. 669 ss.
- ID. (1960), *Elternrecht, Bildung und Schule*, en GR, IV, 1, pp. 369 ss.
- POHL H. (1929), *Auswanderung, Auslandsschutz und Auslieferung*, en *Nipp.*, I, pp. 250 ss.
- POULOPOL E.A. (1935), *L'idée de libéralisme dans l'oeuvre juridique de Maurice Hauriou*, en *Mélanges Paul Negulesco*, pp. 587 ss.
- PRÉLOT M. (1932), *La théorie de l'Institution et la technique juridique*, en "Cahiers de la Nouvelle Journée", vol. 20, pp. 207 ss.

- ID. (1957), *Institutions Politiques et de Droit Constitutionnel*.
- ID. (1959), voz *Institution*, en Dalloz (ed.), *Encyclopédie Juridique, Droit Administratif*, vol. II.
- PREUSS U. (1979), *Die Internationalisierung des Subjekts. Protokoll der Institutionenkommission Heidelberg, 17-19 junio 1958*, MS.
- QUILISCH M. (1970), *Die demokratische Versammlung*.
- RAISER L. (1952-1953), *Zur Eigentumsgarantie des Grundgesetz-Glosse*, en AÖR, 78, pp. 118 ss.
- ID. (1958), *Vertragsfreiheit heute*, en JZ, pp. 1 ss.
- ID. (1960), *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, en *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentags, 1860-1960*, vol. 1, pp. 101 ss.
- ID. (1961), *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht*, en JZ, pp. 465 ss.
- RAUMER K. (1957), *Absoluter Staat, korporative Libertät, persönliche Freiheit*, en "Historische Zeitschrift", 183, pp. 55 ss.
- REDEKER K. (1978), *Zur Ausgleichsfunktion von Teilhaberechten zwischen Freiheit und Bindung*, en O. Bachof et al. (hrsg.) *BVerwG-Festgabe*, pp. 511 ss.
- ID. (1980), *Grundgesetzliche Rechte auf Verfahrensteilhabe, Bemerkungen zu einem status actiois processualis*, en NJW, pp. 1593 ss.
- REINHARDT R. (1954), *Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen, gemäß Art. 14 des Bonner Grundgesetzes über Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen?*, en R. Reinhardt, U. Scheuner, *Verfassungsschutz des Eigentums*, pp. 1 ss.
- ID. (1957), *Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungsrechte im Vertrag*, en *Festschrift für Schmidt-Rimpler*, pp. 115 ss.
- RENARD G. (1930), *La Théorie de l'Institution, Essai d'ontologie juridique*, vol. 1.
- ID. (1939), *La Philosophie de l'Institution*.
- RENNER K. (1929), *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*.
- REUSS W. (1951), *Der "numerus clausus" im Gewerberecht und für freie Berufe*, en NJW, pp. 777 ss.
- RHINOW R.A. (1981), *Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und*

- Freiheitspolitik*, en *Festschrift für H. Huber*.
- RIDDER H.K.I. (1954), *Meinungsfreiheit*, en GR, II, pp. 243 ss.
- RINKEN A. (1975), *Die karitative Betätigung der Kirchen und Religionsgemeinschaften*, en *Hdbstkirchr*, II, pp. 345 ss.
- RIVERO J. (1956), *Hauriou et l'Avènement de la Nation de Service Public*, en *L'Evolution du Droit Public, Etudes offertes à Achille Mestre*, pp. 461 ss.
- ROUBIER P. (1951), *Théorie générale du Droit*.
- RÜFNER W. (1981), *Grundrechtliche Leistungsansprüche*, en Gitter et al. (hrsg.), *Festschrift Wannagat*, pp. 279 ss.
- RUPP H.H. (1976), *Vom Wandel der Grundrechte*, en AÖR, 101, pp. 161 ss.
- RUTHENBERG O. (1926), *Verfassungsgesetze des Deutschen Reichs und der Deutschen Länder*.
- SALADIN P. (1975), *Grundrechte im Wandel*, 2^a ed.
- ID. (1979), *Verfassungsreform und Verfassungsverständnis*, AÖR, 104, pp. 345 ss.
- ID. (1980), *Festschrift für Klecatsky*, vol. 2, p. 841.
- ID. (1982), *Grundrechte in Wandel*, pp. xxix ss.
- SCHESLSKY H. (1949-1950), *Die Aufgaben einer Familiensoziologie in Deutschland*; en *Köllner z.f.soz.*, 2^o año, pp. 218 ss.
- ID. (1952), *Über die Stabilität von Institutionen, bes. Verfassungen*, en *Jahrbuch für Sozialwissenschaft*, vol. 3, pp. 1 ss.
- ID. (1957), *Ist die Dauerreflektion institutionalisierbar?*, en ZEE, pp. 153 ss.
- SCHUEERLE W.A. (1964), *Das Wesen des Wesens*, en ACP, 163, pp. 429 ss.
- SCHUENER U. (1949), *Die Auswanderungsfreiheit in der Verfassungsgeschichte und im Verfassungsrecht Deutschlands*, en *Festschrift für R. Thoma*, pp. 199 ss.
- ID. (1953), *Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes*, en *Recht, Staat, Wirtschaft*, vol. IV, pp. 88 ss.
- ID. (1954), *Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung*, en R. Reinhardt, U. Scheuner, *Verfassungsschutz des Eigentums*, pp. 63 ss. (cit. *Verfassungsschutz*).
- ID. (1954), *Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft*, en *VVSTRL*, 11, pp. 1 ss.

- ID. (1954), *Berufsständische Versorgungseinrichtungen und Grundgesetz, Rechtsgutachten*, en *Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft*, pp. 71 ss.
- ID. (1955), *Handwerksordnung und Berufsfreiheit*, *Deutsches Handwerksblatt*, pp. 339 ss., pp. 361 ss., pp. 387 ss.
- ID. (1956), *Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung*, en *DöV*, pp. 65 ss.
- ID. (1958), *Das Grundrecht der Berufsfreiheit*, en *DVBl*, pp. 845 ss.
- ID. (1965), *Pressefreiheit*, en *VVStRL*, 22, p. 1.
- ID. (1972), *VVStRL*, 30.
- ID. (1973), *Schriften zum Staatskirchenrecht*.
- ID. (1973), *VVStRL*, 31, p. 7.
- ID. (1981), *Die Fortbildung der Grundrechte in internationalen Konventionen durch die Rechtsprechung*, en *Festschrift für Schlochauer*, pp. 889 ss.
- SCHIFFAUER P. (1981), *EuGRZ*, pp. 193 ss.
- ID. (1982), *EuGRZ*, pp. 41 ss.
- SCHINDLER D. (1948), *Recht, Staat, Völkergemeinschaft*, pp. 72 ss.
- SCHMIDT W. (1981), *Soziale Grundrechte*, en *"Der Staat"*, Beiheft 5, pp. 9 ss.
- ID. (1982), *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrecht*.
- SCHMITT C. (1928), *Verfassungslehre*.
- ID. (1934), *Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens*.
- ID. (1958), *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien* (1931), pp. 140 ss.; *Grundrechte und Grundpflichten* (1932), pp. 181 ss.
- ID. (1960), *Die Tyrannei der Werte*.
- SCHNAPP F.E. (1978), *Grenzen der Grundrechte*, en *Jus*, pp. 729 ss.
- SCHNEIDER H.P. (1974), *Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht*, vol. I.
- SCHNUR R. (1965), *Pressefreiheit*, en *VVStRL*, 22.
- SCHOLTISSEK H. (1952), *Innere Grenzen der Freiheitsrechte*, en *NJW*, pp. 561 ss.
- SCHOLZ R. (1982), *Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem* (1971), en *AÖR*, 107, p. 126.

- SCHÖNE L. (1954), *Öffentliche Gewalt und Eigentum*, en DÖV, pp. 552 ss.
- SCHÖNKER A., SCHRÖDER J. (1961), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 10^a ed.
- SCHULZE-FIELITZ H. (1979), *Sozialplanung im Städtebaurecht*.
- SCHUPPERT F. (1981), *Der Zugang zu den Universitäten – eine Bilanz der Rechtsprechung des BVerfG zum Numerus clausus*, en *Festschrift für M. Hirsch*, pp. 567 ss.
- SCHWÄBLE U. (1975), *Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit*.
- SCHWARTLÄNDER J. (hrsg.) (1978), *Menschenrechte*.
- ID. (1981), *Menschenrechte und Demokratie*.
- SCHWONKE M. (1980), *Die Gruppe als Paradigma der Vergesellschaftung*, en B. Schäfers (hrsg.), *Einführung in die Gruppensoziologie*, pp. 35 ss.
- SEIBERT H. (1981), *Europäische Menschenrechtskonvention und Bundesverfassungsgericht*, en *Festschrift für Hirsch*, p. 519.
- SENDER H. (1978), *Teilhaberechte in der Rechtsprechung des BVerwG*, en DÖV, pp. 581 ss.
- SIMENUS B. (1982), *Der Grundsatz der Gewaltenteilung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*.
- SIMONIUS A. (1929), *Neuere Methodenlehre und Rechtsphilosophie in Frankreich*, en "Zeitschrift für Schweizerisches Recht", NF, 48, pp. 1 ss.
- SMEND R. (1928), *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, en VVSTRL, 4, pp. 4 ss.
- ID. (1955), *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2^a ed. 1968: *Das Recht der freien Meinungsäußerung* (1927), pp. 89 ss.; *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), pp. 119 ss.; *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht* (1933), pp. 309 ss.
- ID. (1956), *Artikel Integrationslehre*, en HDSW, vol. 5, pp. 299 ss.
- ID. (1962), *Das Problem der Institutionen und der Staat*, en ZEE, pp. 65 ss.
- SOERGEL, SIEBERT W. (1959), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 9^a ed.
- STAHL F.J. (1847), *Philosophie des Rechts*, 2^o vol., 1^a sec., 2^a ed. 1845; 2^o vol., 1^a sec., 3^a ed. 1854.
- STARCK C. (1981), *Die Grundrechte des Grundgesetzes*, en jus, p. 237.
- ID. (1981), *Ein Grundrechtskatalog für die Europäischen Gemeinschaften*,

- en EUGRZ, pp. 545 ss.
- STEIN E. (1959), *Anmerkung zum Bescheid des OVG Münster vom 18/11/1958*, en JZ, pp. 720 ss.
- STEINBERG R. (1971), *Staatslehre und Interessenverbände*, Diss. Jur., Freiburg, p. 271.
- STOLL H. (1930), *Artikel 152, Vertragsfreiheit*, en Nipp., III, pp. 175 ss.
- SUHR D. (1975), *Bewußtseinsverfassung und Gesellschaftsverfassung*.
- ID. (1976), *Entfaltung des Menschen durch die Menschen*.
- TEUBNER G. (1978), *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung*.
- THUR VON A. (1914), *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, vol. II, 1^a parte.
- TOCQUEVILLE A. DE (1956), *Die Demokratie in Amerika*, Fischerbücherei.
- TRACHSEL D. (1980), *Über die Möglichkeit justitiabler Leistungsforderungen aus verfassungsmäßigen Rechten der Bundesverfassung*.
- TRIEPEL H. (1931), *Vom Eingriff in wohlerworbene Beamtenrechte*, en DJZ, 31, pp. 1538 ss.
- UBER G. (1952), *Freiheit des Berufs*.
- VOGEL K. (hrsg.) (1979), *Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle*.
- WALINE M. (1930), *Les idées maîtresses de deux grands publicistes français: Léon Duguit et Maurice Hauriou*, en *L'année politique*, II, pp. 39 ss.
- WEBER W. (1953), *Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart*.
- ID. (1954), *Eigentum und Enteignung*, en GR, II, pp. 331 ss.
- ID. (1957), *Diskussionsbeitrag*, en VVSTRL, 15, pp. 186 ss.
- WEHRHAHN H. (1955), *Lehrefreiheit und Verfassungstreue*.
- WELZEL H. (1960), *Des Deutsche Strafrecht*, 7^a ed.
- WERNICKE K. G. (1950), *Erläuterung zu Art. 2, 8, 19 GG*, en *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*.
- WIEACKER F. (1967), *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.^a ed.
- WINTRICH J. M. (1952), *Über Eigenart und Methode verfassungsrechtlicher Rechtsprechung*, en *Verfassung und Verwaltung*, vol. 3, *Festschrift F. W. Laforet*, pp. 227 ss.
- ID. (1957), *Zur Problematik der Grundrechte*.
- ID. (1958), *Zur Auslegung und Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG*, en *Festschrift für Apelt*, pp. 1 ss.

- WOLF E. (1959), *Das Problem der Naturrechtslehre*, 2^a ed.
ID. (1961), *Artikel Rechtsphilosophie*, en RGG, 3^a ed., 5^o vol.
WOLFF H. J. (1958), *Verwaltungsrecht*, I, 4^a ed. 1961.
WOLFF M. (1923), *Reichsverfassung und Eigentum*, en *Festgabe für Kahl*,
pp. 3 ss.
WOLFF H. J., RAISER L. (1957), *Sachenrecht*, 10^a ed.
ZACHER H. F. (1978), *VVStRL*, 36, pp. 135 ss. (Diskussion).
ZINN G. A., STEIN E. (1954), *Die Verfassung des Landes Hessen, Kommentar*,
1^{er} vol.
ZIPPELIUS R. (1956), *Das Verbot übermäßiger gesetzlicher Beschränkung
von Grundrechten*, en *DVBL*, pp. 353 ss.
ZULEEG M. (1981), *In Festschrift für Schlochauer*, pp. 983 ss.

LA LIBERTAD FUNDAMENTAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL
se terminó de imprimir en el mes de marzo de 1997
en los talleres de Servicio Copias Gráficas S.A.
(RUC: 10069912), Jr. Jorge Chávez 1059
Lima 5, Perú

Häberle (1934) estudió en las universidades de Tübingen, Bonn, Montpellier (Francia) y Freiburg. En esta última universidad obtiene el doctorado con el Profesor Konrad Hesse en 1961. Postulando la idea de la Constitución como un proceso de integración, idea cultivada por la escuela de Rudolf Smend, en contraposición a la idea de Constitución como decisión política sostenida por la escuela "decisionista" de Carl Schmitt.

Desde entonces, Häberle ha tenido una prolífica y desafiante producción constitucional, siempre un paso adelante de las circunstancias históricas y, sobre todo, fundamentando su trabajo científico humanistamente, desde la teoría de los derechos fundamentales y la teoría de la democracia. Labor de creación constitucional, lo que le ha valido ser considerado por los medios científicos, como uno de los epígonos de la cultura jurídico-constitucional alemana del siglo XX, después de Kelsen, Schmitt, Heller, Smend y Hesse.

FONDO EDITORIAL

Av. Universitaria, cuadra 18 s/n,
San Miguel.

Apartado 1761 - Lima - Perú

Tels. 462-2540 anexo 220 y 462-6390