

ENTREVISTA AL PROFESOR PETER HÄBERLE*

JORGE LEÓN VÁSQUEZ**

La presente entrevista es el resultado de una iniciativa conjunta del profesor Dr. Dr. *b. c. mult.* Peter Häberle, del profesor Dr. *iur.* Markus Kotzur LL. M. (Duke) y del entrevistador. Tras mi participación, como parte del Programa del Doctorado, en el prestigioso Seminario que dirige el profesor Häberle en Bayreuth, siguieron los intercambios de ideas y conversaciones en los cuales siempre quedaban temas y preguntas pendientes, que, justamente, han sido abordados, en parte, en esta conversación que está estructurada como sigue: I. Derecho y política; II. Jurisdicción constitucional y derecho procesal constitucional; III. Teoría de la Constitución; IV. Mentores; V. La escuela häberleana en Alemania y en el mundo. Agradezco tanto al profesor P. Häberle como al prof. M. Kotzur por esta entrevista.

157

I. DERECHO Y POLÍTICA

1. En 1792 J. G. Herder dijo que la política era una «canción malvada». Se podría recordar también las palabras de J. W. von Goethe en el *Fausto*, cuando califica a la política como «una canción asquerosa y desagradable». Incluso Einstein dijo alguna vez que «la política es más complicada que la física». Profesor Häberle, ¿por qué se tiene a menudo una idea negativa de la política?

Peter Häberle: Yo me alegro de que usted empiece directamente con textos clásicos de filósofos y poetas, e inclusive con científicos de las ciencias naturales. Tales textos son siempre, en toda la gama de las ciencias y artes, un desafío para nosotros los juristas: nosotros estamos sobre sus hombros. En efec-

* Entrevista realizada en Bayreuth (Hamburgo), en el otoño de 2014. Traducción del entrevistador Jorge León.

** Doctorando en Derecho Público en la Universidad de Hamburgo. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú.

to, predomina con frecuencia una idea negativa de la política. Hoy se habla mucho del «desencanto de la política». Especialmente en Alemania existe una gran tradición de lo «no político», de manera especial desde el fracaso de la revolución de la Iglesia de San Pablo (*Paulskirchenrevolution*) de 1848/49 hasta la República de Weimar. Cuando se piensa en la pugna de los políticos por la obtención y el mantenimiento del poder, lo negativo está en primer plano. La política se trata también de eso, nosotros lo sabemos desde M. Weber. De modo negativo afecta también el conocimiento de que los políticos constantemente actúan con trampas y artimañas. Sin embargo, tan pronto como se piensa en los fines de la *buena* política, la imagen llega a ser más clara. Se reconoce que, en el Estado constitucional, la política se orienta a la justicia y al bien común, pugna por la «política de los derechos fundamentales» (un concepto mío del año 1971) y se enfoca en aspectos parciales del bien común como, por ejemplo, en la paz interna y externa, en la protección de las minorías, en la protección del medio ambiente y en el orden digital.

2. La política usualmente es asociada o con el ejercicio del poder o con el bien común. Cabría recordar el concepto amigo-enemigo de C. Schmitt. ¿Considera usted que es un gran error de definición la absolutización de un aspecto parcial de la política?

158

PH: La agudización del concepto de lo político en la relación amigo-enemigo se debe a la brillante retórica de C. Schmitt. Probablemente dicha relación se explique también por las particularidades posteriores de la República de Weimar. En la democracia pluralista nosotros preferimos hablar de «opositores»; por eso yo mismo siempre he rechazado inclusive la noción de «enemigo constitucional» con vistas a los artículos 18° y 21° de la Ley Fundamental de Bonn. La competencia y el ejercicio del poder son, seguramente, un aspecto parcial inevitable de la política; sin embargo, la política se trata también de encontrar consensos y de conciliación de intereses. Inclusive la oposición democrática realiza política esencial. La oposición está debidamente incluida o, mejor dicho, presente en el sistema parlamentario y en los derechos fundamentales, y es respetada como alternativa. Por último, la política tiene, como objetivo, la tarea de cohesionar a los ciudadanos. Piénsese también en la actual tarea pendiente de la integración de los inmigrantes o extranjeros, así como en el impedimento de «sociedades paralelas».

3. En una entrevista del año 1962 E. Bloch definió la política, por un lado, como «formación histórica consciente», de otro lado como «arte de lo po-

sible». De manera parecida usted ha definido la política como «el arte de lo posible y de lo necesario». ¿Podría explicarnos su definición? ¿Cómo se debe entender aquí la palabra «arte»?

PH: Agradezco el pensamiento de las posibilidades al gran poeta austriaco R. Musil. En mi ponencia en Regensburg en el año 1971 incluí, especialmente para los derechos de participación en el Estado prestacional, «la reserva de posibilidad», para expresar con ella el espacio para la acción política y las formas de concretización de los derechos prestacionales. En Alemania, la comprensión de lo político como arte de lo posible se remonta a O. von Bismarck. Yo añadí la expresión del arte de lo posible y del reconocimiento de lo real en 1978. Se puede hablar de una triada. Ya R. Musil había hablado del «hombre de la posibilidad» y del «sentido de la posibilidad». De otro lado, si se habla de «arte» es para expresar que la política se trata de ponderaciones racionales difíciles y que en esto existe un arte especial del buen actuar. Evidentemente es un talento distinto si un político habla bien como B. Obama o si actúa bien como R. Reagan. En Alemania se añade que lidiar hábilmente con los medios de comunicación requiere obviamente una técnica propia. En la actualidad los medios de comunicación despliegan a menudo para nosotros un poder despiadado y abusan de él («periodismo de manada»), aunque no conozco un medio con el que se pueda contrarrestar ello. Medios de comunicación, ética y consejos de prensa son manifiestamente insuficientes. En vista de la enorme competencia económica no ayuda a creer en el autocontrol de los medios de comunicación (caso *Wulff*). Es indispensable un análisis frío de la realidad, como se reconoce por ejemplo en el sector de la política exterior. Se debería diferenciar científicamente de modo más estricto que la política interior tiene otras tareas y posibilidades que la política exterior, la política jurídica otras que la política social o que la ciencia política. En el Estado constitucional del presente un ideal político es la economía social de mercado.

4. Los juristas tienen casi siempre la autocompresión y la autoestimación positiva de que su actividad es apolítica y que ella está vinculada únicamente con el derecho. ¿Por qué la mayoría de juristas es de esta opinión?

PH: En primer lugar se puede subrayar que los juristas son *servidores del derecho*: servidores al servicio de los ciudadanos. Esto es a menudo olvidado por egocentrismo. Creer que la actividad del jurista es «apolítica» fue, sobre todo, un malentendido del positivismo. En las cláusulas generales del derecho civil y en los espacios de organización del gobierno y de la administración se toman en

cuenta muchas valoraciones políticas (margen de evaluación). Sobre todo, el conocimiento de J. Esser («La precomprensión y la elección de métodos») nos permite conocer cómo muchas valoraciones llegan a ser actuales no solo en las ponderaciones en el proceso de interpretación, por ejemplo en la *prohibición de exceso*. No obstante, ello necesita de mucha actividad reflexiva y racional de los juristas. Hoy la jurisprudencia internacional será requerida, más quizá incluso a largo plazo, en la medida que nos esforcemos por una teoría constitucional universal, en la medida que se formen tribunales constitucionales internacionales, que ganen influencia también en Alemania. El juez en el caso concreto debe justificarse «en el nombre del pueblo» (*invocatio populi*), tanto el «pequeño juez de primera instancia» en Bayreuth como el TCF en Karlsruhe.

5. Se piensa también que el derecho y la política son opuestos. G. Leibholz dijo alguna vez que entre el derecho y la política existía una contradicción que no podía solucionarse, pues la política era irracional y dinámica mientras que el derecho era racional y estático. ¿Qué piensa usted sobre esta teoría dualista? En el Estado constitucional, ¿puede la política ser «irracional»?

160

PH: Usted cita con razón al gran profesor de Derecho del Estado y por largo tiempo muy influyente juez del TCF alemán, G. Leibholz. Yo me alegro de que usted se haya familiarizado bastante con la historia de la teoría del Estado alemán. En efecto, él ha tematizado «la contradicción» entre lo dinámico-irracional de lo político y lo estático-racional del derecho. Sin duda la política en el Estado constitucional tiene un elemento emocional; sin embargo, el derecho tampoco está libre de ello. Yo no hablaría por eso de un «dualismo». El concepto «política constitucional» nos enseña, por ejemplo, que la muy exitosa revisión total de las constituciones de los cantones en Suiza, el «taller constitucional» más sensato desde finales de los sesenta, exige mucha racionalidad. Las ponderaciones racionales necesarias, que se pueden reconocer por ejemplo en su disparidad como propuestas textuales, nos muestran todo esto de una manera especialmente positiva (como testimonio del pensamiento de las posibilidades). Inclusive los tribunales constitucionales hacen bastante «política de derechos fundamentales». El Tribunal Federal suizo en Lausana ha inventado así nuevos derechos fundamentales, denominados no escritos, como la libertad científica, lo que ha llevado luego a una posterior revisión total de los textos y conceptos de la Constitución Federal de 1999. También el TCF alemán ha «inventado», no descubierto o encontrado, nuevos derechos fundamentales, pues ellos hasta ahora no habían estado presentes. Piénsese en el derecho funda-

mental a la autodeterminación informativa y en la protección de la privacidad; en la dogmática, piénsese en el deber de protección y en la «reserva parlamentaria» (1972) como concepto del derecho constitucional.

6. ¿El dogma de la separación entre derecho y política está estrechamente relacionado con el dogma de la separación entre el Estado y la sociedad?

PH: En efecto, en la historia del pensamiento alemán podría estar relacionado el dogma de la separación dualista del derecho y la política con la separación del Estado y la sociedad. Sin embargo, yo tengo otra opinión. El Estado y la sociedad coinciden en parte. En el Estado constitucional sectores de la sociedad están estructurados y constituidos. Por eso desde 1978 yo hablo de la «sociedad constituida», piénsese como ejemplo en los efectos indirectos de los derechos fundamentales frente a terceros (G. Dürig, uno de mis mentores). Se puede hablar de «sociedad civil» en lugar de sociedad. Con ello están comprendidos desde el principio el ciudadano y los grupos pluralistas. Algunas constituciones nuevas textualmente emplean ya el concepto «sociedad civil», por lo que están un paso adelante de la literatura científica. Esto es un testimonio de mi paradigma de las etapas textuales de 1989.

161

7. Usted ha sostenido que el derecho y la política son aspectos o elementos parciales de la *res publica*. ¿Podría explayarse en esta idea? ¿Se puede afirmar que usted defiende la tesis de la unidad del derecho y la política? En todo caso, ¿qué relaciones existen entre ellos?

PH: De acuerdo con mi opinión, al igual que el Estado y la sociedad, el derecho y la política son también aspectos parciales de la *res publica*. Existen entre ellos tensiones y en parte coincidencias. De vez en cuando se usa la metáfora de que el derecho sería «política congelada». Naturalmente esta metáfora tampoco ayuda mucho, muy poco exactamente como la expresión de un «estado de agregación» diferente. Lamentablemente no puedo decir más. Existen exactamente en estos momentos temas de nuestra ciencia que nosotros como juristas solo podemos tratar de manera parcial. Como es sabido, así como en la teología se hace difícil la pregunta sobre Dios, de la misma manera no conseguimos nosotros las verdades últimas de la relación entre el derecho y la política o sobre la «justicia». Probablemente para nosotros sean únicamente comprensiones parciales, solo pueden ser reconocibles verdades parciales. Por eso rechazo también todas las así llamadas «grandes teorías», como la teoría de los sistemas, porque formulan exigencias que después ellas mismas no pueden solucionar.

8. El derecho constitucional es para usted «derecho político». ¿Cuáles son las consecuencias metodológicas y materiales de este punto de vista, en especial para la interpretación constitucional y para los métodos de interpretación?

PH: En efecto, según una conocida expresión, el derecho constitucional es «derecho político». Este punto de vista refuerza la necesidad de racionalizar y disciplinar los métodos de interpretación constitucional, y también de dar a conocer públicamente la precomprensión del intérprete. No se puede pronosticar en abstracto la interacción de los cuatro métodos de interpretación, mejor dicho de los cinco métodos incluida la comparación jurídica. Probablemente en el caso concreto, el juez se orienta, en el examen global de los resultados de su elección del método, por la justicia y por el bien común, quizá casi intuitivamente a causa de su larga experiencia. Aspectos de la responsabilidad de consecuencias también podrían añadirse.

9. Usted no cree en una jurisdicción constitucional apolítica. Por eso sostiene que es un autoengaño hablar también de un derecho constitucional no político. Incluso usted habla de «política de la jurisdicción constitucional a través de la interpretación constitucional».

162

PH: Muy conscientemente hablo de «política de la jurisdicción constitucional a través de la interpretación constitucional». Menciono ejemplos: la interacción entre el *activismo judicial* y la *autolimitación* en el Tribunal Supremo de los EE.UU. demuestra que la política es codiseñada por parte de la jurisdicción a través de la interpretación constitucional. Piénsese en la jurisprudencia decisiva del Tribunal Supremo en contra de la legislación del *New Deal* del presidente F. D. Roosevelt. Un ejemplo actual para Europa lo pone en evidencia el activismo judicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo, él es criticado por los franceses ocasionalmente como el «gobierno de los jueces». Como ejemplo menciono también los tratados europeos, calificados tempranamente como Constitución, mejor dicho como ordenamiento jurídico autónomo, y la construcción dinámica de las libertades fundamentales a lo largo de muchas décadas. Ya he mencionado ejemplos de la jurisprudencia del TCF alemán. Una decisión que no puede llegar a ser sobreestimada en absoluto es la ya clásica sentencia Lüth (E 7, 198), también el derecho a la protección de la confidencialidad e integridad de los sistemas técnicos de información.

10. Un Tribunal Constitucional, se dice a menudo, debe pronunciar «derecho y únicamente derecho». Sin embargo, el derecho no se puede separar de manera tajante de la política. ¿Deben los jueces constitucionales ser también «hombres políticos»?

PH: Dado que el derecho y la política no se pueden separar claramente, como sí pensaba el positivismo, deben tener consecuencias para los jueces constitucionales. Algunas constituciones alemanas de los Estados federados exigen «personas experimentadas en el quehacer público». Yo mismo he apoyado siempre para que, como en Brandenburgo, audiencias públicas ante el Parlamento o ante una comisión precedan la elección de los jueces constitucionales. Hasta ahora los jueces del TCF alemán, también los candidatos alemanes al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, son negociados en las cámaras oscuras del poder de los partidos políticos; aun cuando recientemente y de manera ocasional deben ser propuestos por las fracciones políticas en Berlín. Como postulador ético-político se podría exigir que se pugne por una mezcla más adecuada. Junto a personalidades con experiencia judicial o con experiencia como abogados deberían ser nombrados como jueces del TCF alemán ex políticos, ex parlamentarios, debido a que ellos saben cómo son «hechas las leyes»; cómo jueces constitucionales deben, a menudo, decidir sobre la conformidad constitucional de las leyes parlamentarias. Así, desde mi perspectiva, es un golpe de suerte que el ex jefe de Gobierno del Estado Federado de Sarre, P. Müller, sea ahora miembro de la Segunda Sala en Karlsruhe. El TCF alemán no debería llegar a ser tampoco un «tribunal de profesores».

163

II. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. Yo tengo ahora algunas preguntas sobre la jurisdicción constitucional. La discusión sobre ella en Alemania ha sido y es altamente apasionada. Usted ha advertido, sin embargo, que los problemas esenciales de la jurisdicción constitucional hasta ahora no han desaparecido. ¿Cuáles son esos temas y por qué ellos son temas permanentes?

PH: El debate sobre los «problemas fundamentales de la jurisdicción constitucional», desde mi punto de vista, no ha avanzado demasiado. Las controversias son conducidas muy apasionadamente, por ejemplo en lo que se refiere a la cuestión del Estado de los jueces o de «los tribunales ilimitados». Como un problema esencial para la jurisdicción constitucional de la Ley Fundamental yo veo actualmente de manera especial la aclaración de las relaciones con

otros órganos constitucionales, especialmente con el Parlamento y con el Gobierno; la precisión de las relaciones de cooperación entre Karlsruhe y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y también con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; la sensibilidad constante para la creación de nuevos derechos fundamentales, siempre que lleguen a ser perceptibles nuevos peligros para la dignidad humana provenientes, por ejemplo, de los avances tecnológicos; el fortalecimiento del trabajo de la comparación jurídica mirando los desarrollos en Estados constitucionales extranjeros, para trabajar productivamente «estimulados»; el intercambio con tribunales constitucionales internacionales como los tribunales de las Naciones Unidas, el Tribunal Penal Internacional, la Corte Internacional de la Haya, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar en Hamburgo, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Costa Rica, todo ello para la elaboración de estándares jurídicos comunes; la defensa de la separación en lo personal y lo político entre los jueces constitucionales y el Gobierno Federal o bien con el Parlamento en Berlín; el examen de los límites de la integración europea, por ejemplo sobre la actualización del principio de subsidiariedad y de la reserva de identidad.

164

2. En su contribución con motivo de los cincuenta años del TCF alemán se puede leer la siguiente frase: «El Tribunal Constitucional Federal es parte de la cultura constitucional de Alemania». ¿Cuándo se puede decir que un Tribunal Constitucional constituye ya parte de la cultura de un Estado? ¿Se trata solo del factor tiempo o de la aceptación de sus decisiones?

PH: La jurisdicción constitucional es especialmente en Alemania parte de la cultura constitucional. El concepto «cultura constitucional» lo propuse en 1982. Hoy este concepto ha hecho carrera mundialmente (*constitutional cultures*). Con ello se expresa el continuo aumento de competencia y reputación del TCF, su consolidación en la conciencia de los ciudadanos alemanes, lo que busca reflejar ilustrativamente mi idea de «tribunal de ciudadanos». Existen en Alemania muchos fundamentos históricos para este desarrollo satisfactorio. Con el transcurso de la desdichada época del nacionalsocialismo, ahora, por lo contrario, se ha querido confiar bastante en el TCF. Este coopera actualmente con la doctrina jurídica del Estado como ciencia en un reparto intensivo de tareas; si bien algunas veces existen tensiones. Precisamente esta estrecha «cooperación» podría ser en la historia constitucional alemana un golpe de suerte muy especial. En los ciudadanos es particularmente elevada la aceptación del TCF, que disfruta de una altísima aceptación. Por ejemplo, en agosto de 2014 tiene 79% de aprobación.

3. Partiendo del paradigma del contrato social de J. Locke y J. J. Rousseau, desde I. Kant hasta J. Rawls, plantea usted la tesis del «Tribunal Constitucional como partícipe real y ficticio en el contrato social». ¿Significa esto acaso la tarea que tiene un Tribunal Constitucional en la construcción del consenso básico de un pueblo?

PH: En efecto, yo he relacionado también el paradigma del clásico contrato social con el Tribunal Constitucional en mi exposición en Augsburg en el año 1979. El TCF alemán está involucrado en la actualización prudente del contrato social. Con ello él está implicado también en la siempre nueva tarea del consenso básico de un pueblo. Esto conlleva una responsabilidad muy elevada, sensibilidad fina y conciencia de que se sirve al ciudadano. En las constituciones se trata siempre de un «tolerarse» y «soportarse» entre los ciudadanos y los grupos pluralistas. Para seguir una conocida expresión el TCF, juzga, además, «en nombre del pueblo» (*invocatio populi*).

4. La figura de los votos particulares fue introducida en Alemania el 12 de diciembre de 1970 con la reforma de la Ley sobre el TCF. Antes de la reforma usted se había pronunciado ya a favor de los votos particulares. Lógicamente existieron barreras y críticas. En ese momento se creía por ejemplo que ellos podían significar para las decisiones del TCF un debilitamiento. Después de casi cuarenta y cuatro años de la reforma, ¿cómo valora usted los votos particulares?, ¿ellos despliegan también una fuerza normativa?

165

PH: Esto lo puedo responder en tres pasos. Comenzaremos con mi punto de vista teórico de los votos particulares que es el primer paso. Según mi opinión, ellos son un testimonio de mi tesis de la «Constitución como proceso público» de 1969. Los votos particulares constituyen la oportunidad de los jueces para establecer «jurisprudencia alternativa». Practicados con prudencia no suponen un debilitamiento, sino un fortalecimiento del TCF. El segundo paso es ahora la praxis en Karlsruhe. Los votos particulares han dado un resultado positivo en los últimos cuarenta y cuatro años. Comienzan ya en conexión con la sentencia de «las escuchas telefónicas» (Abhör-Urteil). Posteriormente existieron tanto grandes votos particulares individuales, como por ejemplo el de D. Grimm en la sentencia «Cabalgata en el bosque» (Reiten im Walde), como también votos en conjunto como los de W. Rupp von Brünneck y H. Simon, y recientemente el de la señora G. Lübke-Wolff. Existen ahora ejemplos de votos particulares que han llegado a convertirse, con el «transcurso del tiempo», en votos en mayoría. Algunos votos particulares citan también, por su parte, otros

votos particulares. Pensado sobre la línea del tiempo, los votos particulares despliegan así fuerza normativa. Por último y como tercer paso, una palabra sobre la *comparación jurídica*. En EE.UU. han habido muchos votos particulares famosos. La Constitución española en el año 1978, en su artículo 164°, institucionalizó los votos particulares. Inclusive en el marco internacional otros países y tribunales han previsto los votos particulares. Menciono al Supremo Tribunal en Brasilia y al Tribunal Constitucional en Lima, o la Constitución de Tailandia. Del mismo modo que en el Tribunal Internacional de la Haya, existen votos particulares en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo. Brevemente quiero decir que los votos particulares como tema pertenecen a un marco más amplio que bosquejo en *Tiempo y Constitución* de 1974.

5. La institución del *amicus curiae* es una institución que hasta ahora usted defiende. En el marco de la teoría constitucional del pluralismo, ¿por qué es importante esta institución para la jurisdicción constitucional?

PH: Desde hace mucho yo he abogado intensamente por el instituto del *amicus curiae*, practicado sobre todo en América Latina. Teóricamente dicha institución es una manifestación de mi tesis de la «sociedad abierta de los intérpretes constitucionales» de 1975. En ese tiempo yo había comenzado con mis primeras reflexiones sobre el derecho procesal constitucional como derecho de participación pluralista. La interpretación constitucional, así, se abre. Llegan a ser escuchadas también las minorías de las minorías, grupos marginales, además de participantes no convocados. Piénsense en la situación personal de los transexuales. El *amicus curiae* convierte a la Constitución del pluralismo en tal. Precursor es el Supremo Tribunal en Brasilia y sus audiencias públicas, que inclusive son transmitidas en la televisión.

166

6. En 1970 aparece una tesis doctoral sobre la autonomía procesal del TCF. Usted mismo ha hecho suyo este planteamiento. ¿Cuál es la esencia de este principio constitucional? Dicha autonomía es una consecuencia tal vez de la incuestionable insuficiencia de los métodos clásicos de interpretación?

PH: La autonomía procesal del TCF es un elemento estructural muy importante de su función. Se puede demostrar que el TCF en muchas sentencias consolida «con sus propias manos», pieza por pieza, el derecho procesal constitucional; incluso cuando se quiere apoyar en ocasiones (con razón) en otros ordenamientos procesales. Con los cuatro métodos clásicos de interpretación constitucional no se habría podido construir así su autonomía procesal.

Ello requirió, sobre todo, de una aplicación abierta o escondida del «interés público» en el derecho procesal constitucional. Lo que yo denomino «jurisdicción del bien común». No obstante, esto es a veces criticado. Tan pronto como se entiende el derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado, mejor dicho materialmente entendido; tan pronto como se trabaje materialmente con la interpretación teleológica y se indague sobre la función del TCF, mi teoría de la autonomía del derecho procesal constitucional se justifica. Este sirve como el derecho constitucional material de la integración.

7. El elemento político de la jurisdicción constitucional se manifiesta de modo evidente en la interpretación constitucional. ¿Cómo se manifiesta lo político en los procesos constitucionales ante el TCF?

PH: Lo político se manifiesta también en la interpretación constitucional como *law in public action*, en contraposición al *law in the books*. Aparte de eso se aprecia en las audiencias públicas ante el TCF. En la audiencia de la causa de la «Cogestión empresarial» en el año 1978, yo mismo experimenté y pude sentir la línea de fuerza de la opinión pública, además de la dinámica del proceso constitucional. También se puede pensar en la selección representativa y en los grupos pluralistas en la comparecencia pública, así como en el interrogatorio a personas expertas. Lo político en la jurisdicción constitucional llega a estar también en la presencia no rara de altos representantes del Gobierno Federal, por ejemplo recientemente con la presencia del Ministro Federal de Finanzas (*W. Schäuble*); sobre todo, sin embargo, a través del debate público que toda decisión fundamental de principio aconseja. Por último, debería mencionarse la reelaboración pública por parte de la ciencia crítica («Jurisprudencia constitucional comentada» de 1979).

167

8. Para usted un adecuado derecho procesal constitucional posee un efecto educativo en el proceso legislativo. ¿Qué quiere transmitir con esta idea?

PH: Un derecho procesal constitucional adecuado, como es aplicado en Karlsruhe, puede conseguir un *efecto educativo* en el proceso de legislación parlamentaria. Yo pienso inclusive que el legislador parlamentario constituye comisiones parlamentarias en las que pueden informarse de manera amplia a través de expertos y de los afectados, antes de que el legislador ponga en marcha una ley o la apruebe definitivamente. Sobre todo en Brasilia muchos aún recuerdan lo sucedido ante el Supremo Tribunal en un proceso que podría ser un

modelo para el proceso parlamentario. Sin embargo, no se puede exigir demasiado. La diferencia entre el proceso democrático del Parlamento y el proceso constitucional permanece. Se puede considerar, sobre todo, el factor tiempo. Ocho jueces del TCF, altamente calificados, pueden trabajar con detenimiento, según sus reglas de arte, como los parlamentarios; esto no quiere ni puede ser una crítica a Berlín. El proceso parlamentario tiene, sin embargo, sus propias estructuras. Dado que el *acuerdo político* es típico en el proceso parlamentario, no se puede trabajar con el *topos* de la «lógica», como exige el TCF para las leyes. Por lo contrario, las *decisiones judiciales* deben ser en sí lógicas. No se puede exigir esto, en la misma medida, del proceso político en Berlín.

9. Muchas tesis doctorales y monografías en la actualidad se ocupan de la jurisprudencia del TCF. Tengo la impresión de que las cuestiones fundamentales del derecho público están en un segundo plano. ¿Significa esto que estamos ante un positivismo jurisprudencial? ¿Se trata tal vez de una sobrevaloración de las decisiones del TCF?

168

PH: En efecto, la abundancia de bibliografía especializada sobre el TCF es apenas abarcable. Todos los géneros de la literatura desde recensiones de sentencias, pasando por ensayos y contribuciones de homenaje hasta monografías, comentarios y libros de texto, se ocupan de «Karlsruhe», en parte también críticamente. Las cuestiones fundamentales por el momento, sin embargo, no son adecuadamente tratadas. Una palabra clave importante suministra la provocación de B. Schlink, quien habló en relación con el TCF de un «autodestronamiento de la doctrina jurídica del Estado». Otros hablan de un «positivismo jurisprudencial». Por todo esto se justifica una toma de posición diferenciada. Por un lado, las decisiones del TCF son demasiado analizadas, inclusive hasta cada uno de los pasajes de texto, y son comentados como textos sagrados. Esto llega a ser a veces exagerado. La doctrina jurídica del Estado debe permanecer consciente de sí misma y *autónoma*; esta no puede trabajar simplemente de manera «secundaria» y convertirse en una posglosadora del TCF. Su independencia frente a la jurisprudencia del TCF se manifiesta, por ejemplo, en el desarrollo de nuevas figuras dogmáticas como «la apertura a Europa» (*Euro-parechtsfreundlichkeit*). La doctrina jurídica del Estado alemán debería producir «trabajos preparatorios» para las decisiones del TCF. Debe llevarse a cabo un diálogo jurídico entre la ciencia y la práctica. Pese a todas las críticas, la cooperación *conjunta*, la responsabilidad compartida de la doctrina jurídica del Estado y del TCF es, en su vivacidad e intensidad, quizá única a nivel europeo.

Observamos un *dar y tomar*. El nivel es elevado, en algunos casos modélico. Sin embargo, el TCF no siempre proyecta con transparencia esta *cooperación* en sus técnicas de cita.

10. Muchos jueces constitucionales han sido y son reconocidos profesores de derecho. Se podría recordar el así denominado «escándalo Leibholz», de los años cincuenta. ¿Los jueces constitucionales pueden reflejar sus ideas como profesores de derecho en las decisiones del TCF?

PH: Como usted dice, muchos jueces constitucionales fueron y son, al mismo tiempo, renombrados profesores de derecho. Esto vale, por ejemplo, para K. Hesse y D. Grimm. No me gustaría hablar de un «escándalo Leibholz», dado que su personalidad es muy significativa. Lo que se quiso criticar fue el hecho de que él acentuó demasiado la jurisprudencia de la Segunda Sala del TCF sobre el estatus y función de los partidos políticos citándose a sí mismo. Mi profesor académico K. Hesse y sus discípulos nunca se han citado a sí mismos. Sin embargo, los jueces constitucionales como profesores no deberían despedirse de sus propias ideas. Se trata naturalmente de lo que yo así denomino «integración pragmática» de *elementos* teóricos. No le está permitido a los jueces-profesores darles carácter absoluto a sus teorías. Una historia exitosa sin precedentes es por ejemplo la fórmula de la «concordancia práctica». Originalmente esta proviene de Suiza. K. Hesse, en su incomparable libro de texto *Rasgos fundamentales del derecho constitucional de la República Federal de Alemania*, lo estructuró y actualizó. En la actualidad la fórmula se ha desprendido de su creador y se ha convertido en un aspecto independiente de la tarea jurisdiccional constitucional.

169

III. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

1. Profesor Häberle, su reciente libro *El Estado constitucional cooperativo de la cultura y como cultura*, se subtitula también «Estudios preliminares para una teoría constitucional universal». Usted me ha comentado que esta obra es el resultado de cincuenta años de actividad como científico. ¿Se podría decir que estamos ante su *opus magnum*?

PH: Como autor no me está permitido hablar de mi libro como *opus magnum*. El libro del año 2013, sin embargo, se trata de una suerte de «suma», así como antes lo fue mi *Teoría constitucional europea* (1ª edición 2001/02, 7ª edición 2011). El nuevo libro lucha por una «universalización de la teoría constitucional» y debería llegar a ser complementada todavía en partes separadas.

Por ejemplo, para la comprensión del derecho internacional como «derecho de la humanidad». Una cosa es, sin embargo, cierta. Ambos libros son el resultado de mi actividad científica por más de cincuenta años. Se puede hablar de «contribuciones» que han ido apareciendo gradualmente en forma de mosaicos. Mi afortunada actividad científica comenzó con mi tesis doctoral de 1962 sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales (tercera edición en 1983), traducida numerosamente a idiomas extranjeros, aunque al español dos veces.

2. Cuando usted habla del «Estado constitucional cooperativo», ¿qué se debe entender por tal concepto?; ¿cuáles son sus características?

PH: El modelo del «Estado constitucional cooperativo» lo ideé hacia 1977, por primera vez en la reunión de profesores de derecho del Estado en Basel y después en mi contribución al libro homenaje para H. Schelsky en 1978. En Brasil ha aparecido mi contribución como una monografía autónoma. Posteriormente, la idea de cooperación ha sido modelada por otros autores a su manera. Ya en los textos constitucionales encontramos el postulado de cooperación, en las codificaciones del derecho internacional y del derecho constitucional nacional. El Estado constitucional del presente ya no existe ni vive de sí, este encuentra su identidad sobre todo en los procesos de cooperación. Históricamente dos palabras claves han precedido a mi propio ensayo científico: la estatalidad abierta (K. Vogel) y la comprensión del Estado en la condicionalidad supranacional (W. von Simson). Un nuevo campo de cooperación se desarrolla actualmente entre el TCF y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a pesar de todas las dificultades en concreto. Este es el momento para el «jurista europeo».

170

3. ¿La «teoría constitucional universal» o el «constitucionalismo universal» surge de la conjunción del derecho constitucional y el derecho internacional?

PH: Mi tesis es la siguiente: la teoría constitucional universal, mejor dicho el constitucionalismo universal, vive de una conjunción, de una pluralidad de constituciones parciales de los Estados constitucionales nacionales y de las del derecho internacional. Las constituciones nacionales abarcan tan solo partes de la sociedad constituida. Complementariamente surten efecto las constituciones parciales del derecho internacional; se puede hablar así de *pluralidad*. Permítame algunos ejemplos. Constituciones parciales eficaces son la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto de Derechos Humanos de las Naciones

Unidas, las Convenciones de Ginebra, de la Haya y de Viena, además de los acuerdos para la protección de la diversidad cultural, pero también el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Los tribunales de las Naciones Unidas pertenecen igualmente a ello, como la Corte Penal Internacional, la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar en Hamburgo. En el ámbito regional se pueden mencionar los dos tribunales constitucionales europeos; esto es, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo. Hablo de «constituciones parciales» sobre todo porque, en todos estos textos, han sido establecidos con carácter permanente ideales elevados de la humanidad; valores fundamentales como la paz y los derechos humanos, en el sentido de «norma y tarea» de U. Scheuner (también en el sentido de «estímulo y límite» de R. Smend). Para la jurisprudencia universal se abre un enorme ámbito de tareas que solo aquí podría ser bosquejado. El derecho procesal de los tribunales constitucionales internacionales requiere de investigación, de posibles principios jurídicos comunes (por ejemplo en materia del derecho a ser oído), de elementos jurídico-estatales, de la opinión pública y del esclarecimiento de la verdad. Finalmente, el Estado constitucional debe luchar por una adecuada «política de derecho internacional», que es una nueva propuesta conceptual mía.

4. Profesor Häberle, usted vuelve a criticar en su libro antes mencionado la metáfora del «constitucionalismo multinivel», muy citada por otros. ¿Por qué rechaza usted este concepto?

PH: Por vez primera en el debate en la reunión de profesores de derecho del Estado en Rostock y luego por escrito, siempre he criticado enérgicamente este concepto muchas veces citado: «*multilevel-constitutionalism*». Esto por el siguiente fundamento: dado que trabaja con el concepto «nivel», este se asocia con la idea de jerarquía, que es erróneo por completo. Para los textos constitucionales del derecho internacional y los textos de las constituciones nacionales no se puede hablar de una subordinación o supraposición *jerárquica*, sino de relaciones de complementariedad, de ampliación y también de concurrencia. Inclusive en el Estado Federal alemán no existe una jerarquía «sobre» o «debajo» entre la Constitución Federal y las Constituciones de los Estados federados. Aparte de esto, nosotros no deberíamos expresar nuestros modelos con anglicismos, sino en nuestra propia lengua. Así, opongo resistencia también contra el empleo permanente del concepto «*good governance*». Él se puede traducir, por supuesto, sencillamente, con las palabras «buen gobierno».

5. Usted ha puesto en duda los elementos tradicionales del Estado (pueblo, territorio y poder). Partiendo de una idea temprana de G. Dürig, propone ahora como cuarto elemento del Estado a la *cultura*. ¿Podría explicarnos su tesis?

PH: La teoría originaria y ya clásica de los tres elementos del Estado se remonta al gran maestro G. Jellinek (1900). Sin embargo, inclusive tales textos clásicos deben ser puestos a examen una y otra vez, lo que vale también para los más grandes como Montesquieu y Rousseau, a quienes debemos volver siempre en la discusión crítica. En efecto, G. Dürig desarrolló en su ponencia como profesor de derecho del Estado en Tubinga, la teoría de la cultura como «cuarto elemento del Estado». Después, lamentablemente, ya no la desarrolló más. Para mí precisamente la cultura es hoy, cuando no inclusive el primero, el «cuarto elemento» del Estado. Todos los tres elementos, pueblo, territorio y poder, están influenciados *culturalmente*. Piénsese también en la geografía cultural y en la identidad cultural del pueblo del Estado. Cuán significativa es la cultura como elemento de una comunidad política, puede verse mediante mi siguiente «tetralogía»: los días festivos, los himnos nacionales, las banderas nacionales y las manifestaciones de la cultura conmemorativa. Ellos son ya, como se muestra en los textos constitucionales positivos, elementos primarios. Añádase a ello disposiciones sobre las lenguas y normas sobre la capital. Especialmente en Alemania el poeta F. Schiller en 1802 escribió: «La majestad de los alemanes no descansaba nunca en la cabeza de sus príncipes. El alemán, separado de lo político, ha fundado para sí un valor característico, y aun cuando el imperio sucumbiera, permanecería indiscutida la dignidad alemana. Ella es una dimensión moral, ella radica en la cultura».

172

6. Usted defiende el reconocimiento de la *comparación jurídica* como quinto método de interpretación. ¿Podría hablarse ya de una canonización del método comparado? Por otro lado, profesor Häberle, ¿toda comparación jurídica es siempre una comparación cultural?

PH: Empecé la teoría de la *comparación jurídica* como «quinto» método de interpretación en 1989 y desde entonces lo he ido desarrollando permanentemente. La canonización está vinculada a los cuatro métodos de interpretación de F. C. von Savigny (1840). Quise hacer una propuesta sugestiva para que se grabe igualmente la metáfora de los *cinco* métodos de interpretación. Permítame dos añadidos. Probablemente la interpretación teleológica sea la primera. Sobre ella podría venir también la imagen de la comparación jurídi-

ca. Por lo demás, me siento estimulado por la comparación de las etapas textuales. En algunos países de África del Sur se habla textualmente también de que el juez, por ejemplo, para los derechos fundamentales, debe informarse de las sentencias y ordenamientos jurídicos extranjeros. Luego, para la interpretación de los textos, la aclaración del contexto deviene en irrenunciable. La palabra clave dice: interpretación a través de la agregación. La inclusión de momentos creativos también se logra trabajando en el sentido de mi paradigma de las etapas textuales. Ahora, puesto que todos los textos jurídicos están insertados en contextos culturales, la comparación jurídica no funciona sin la comparación cultural, piénsese también en la fecundidad del método de la comparación jurídica en el derecho penal, impregnado culturalmente de manera especial.

7. En el marco del constitucionalismo universal es necesario corregir o por lo menos criticar conceptos jurídicos tradicionales. Uno de esos conceptos es el de las «fuentes del derecho». ¿Por qué, en su opinión, este concepto debe ser reexaminado?

PH: La jurisprudencia universal, común europea y nacional, debe estar siempre lista para corregir conceptos jurídicos tradicionales o para cuestionarlos y proponer nuevos. Desde hace mucho tiempo combato la metáfora de las «fuentes del derecho», porque ella supone que el derecho, que es inferido a través de los procesos de interpretación, ya está terminado. A la vista de las tareas hermenéuticas, este no es precisamente el caso. Para esta comprensión ha sido de ayuda para mí la teoría de las fuentes del derecho pluralista de J. Esser. Por lo demás, no existe en el Estado constitucional ningún «*numerus clausus*» de las fuentes del derecho, piénsese sino en los principios jurídicos generales no escritos.

173

8. Una Constitución no es solo el ordenamiento jurídico fundamental de las generaciones presentes, sino también de las futuras. En este sentido, usted describe la Constitución como un «contrato generacional o entre generaciones», como otra forma de la Constitución entendida como *contrato social*. Bajo esta premisa, ¿en qué sentido tenemos nosotros un compromiso con las generaciones del futuro?

PH: La Constitución es el ordenamiento jurídico fundamental del Estado y de la sociedad civil, y no solo para las generaciones presentes. En la Constitución también están consideradas las generaciones futuras. En el horizonte del tiempo se erige como un contrato entre generaciones, o mejor dicho, como

«otra» forma del contrato social. También aquí nuevamente nos enseña el paradigma de las etapas textuales. Algunas constituciones nuevas toman en cuenta de manera expresa a las generaciones futuras, por ejemplo, con motivo de la protección del medio ambiente. En ocasiones la cláusula de responsabilidad está dirigida textualmente a la generaciones futuras. El pueblo también puede ver, en el horizonte del tiempo, las perspectivas de las generaciones. El muy citado factor demográfico, que ha cambiado en los viejos Estados constitucionales en Europa, hace necesario que incluso hoy se piense, por ejemplo, en la infraestructura para las generaciones futuras. Así, en la nueva Constitución de Túnez de 2014 existe una cláusula específica de «garantía de los jóvenes», muy diferente y compleja que la hasta ahora conocida cláusula de «protección de menores». De otro lado, nosotros no podemos vivir a costa de las futuras generaciones. Esta comprensión habla a favor de una utilización limitada de los recursos del presente. Cuando algunas constituciones dicen «en nombre del pueblo», mejor dicho «en nombre del pueblo y de las personas», se puede pensar también así en el futuro. La palabra clave «tiempo y Constitución» (1974) es también aquí relevante.

174

9. Profesor Häberle, en la doctrina se encuentran dos importantes teorías con respecto al pluralismo. Me refiero al pluralismo de H. Preuß y al de E. Fraenkel. ¿Cuáles son las diferencias entre estas teorías mencionadas y su teoría constitucional del pluralismo?

PH: Mi obra *La Constitución del pluralismo* de 1980 le debe mucho a la teoría del pluralismo del politólogo E. Fraenkel. Como es sabido, él desarrolló una teoría del bien común pluralista, en el sentido de que el bien común se deriva *a posteriori* del paralelogramo de fuerzas de los grupos pluralistas. Junto a esta comprensión pude continuar con mi teoría del bien común procesal (*salus publica ex processu*). En aquel entonces, la teoría del pluralismo del padre de la Constitución de Weimar, H. Preuß, no era conocida para mí. No ha sido sino en los últimos diez años que dicha teoría se ha hecho un sitio otra vez en el conocimiento de la ciencia. En este ejemplo se puede mostrar cómo incluso los textos clásicos están expuestos, respectivamente, a fases de «renacimiento» o de olvido.

10. Usted siempre ha rechazado todas las formas de fundamentalismo. Muy frecuentemente aparece vinculado el fundamentalismo religioso con el político y este con el económico. Es obvio que este es un problema com-

plejo. Le pregunto, sin embargo, ¿cómo enfrenta este problema el constitucionalismo universal?

PH: Muy tempranamente me decanté contra todas las formas de fundamentalismo, sin olvidar mi contribución en el libro homenaje para J. Esser en 1995. El fundamentalismo político y religioso, para el que hay lamentablemente muchos ejemplos en la historia de la vieja Europa, es el opuesto exacto para todo lo que es pensado en el constitucionalismo «universal». En el ámbito económico el marxismo enseñó su fundamentalismo. Reconocemos en la actualidad que la economía *social* de mercado es el mejor modelo, siempre y cuando no sea practicado a costa de las generaciones futuras y de la pobreza en el mundo. Dado que la teoría constitucional universal está fundamentada científica y culturalmente, ella conoce también de la pluralidad cultural de muchos Estados constitucionales individuales y, por supuesto, existen principios que son comunes a todos; piénsese en el principio del Estado de derecho y de la división de poderes; piénsese sobre todo en la dignidad humana y en las garantías de igualdad y libertad que de ella derivan y que tienen para la democracia pluralista consecuencias organizativas.

175

11. La Primavera Árabe de 2011 fue para todos inesperada, pero al mismo tiempo fue una oportunidad y al mismo tiempo un desafío para el Estado constitucional cooperativo. ¿Cuáles son sus reflexiones al respecto?

PH: La Primavera Árabe de 2011 fue para mí casi un *annus mirabilis*, como el de 1989. Sin embargo, algunos países árabes se encuentran en un otoño o en un invierno. Piénsese en las guerras civiles en Siria y Libia y en la nueva dictadura militar en Egipto. Tal vez hemos subestimado demasiado cuán fuertes están direccionadas las condiciones sociales y culturales por la tradición (palabra clave: sociedades tribales) y cuán rápido el Islam puede volver al fundamentalismo. Sin embargo, hay esperanza. Estudio en este momento la Constitución de Túnez de 2014. Textualmente es sobresaliente. Aunque está en la fase de desarrollo de los principios comunes del Estado constitucional cooperativo de hoy, no se debe olvidar, sin embargo, que se requiere más o menos diez años para que se desarrolle en Túnez una realidad constitucional congenial con el texto constitucional. En vista de esto existe también la esperanza de lo que he parafraseado con la expresión *mare nostrum constitucionale*. El mar mediterráneo podría ser un medio de procesos de producción y recepción de los elementos estatales constitucionales en relación con la triada «textos constitucionales, sentencias judiciales y esbozos de teorías científicas». Un artículo de la Consti-

tución de Túnez sobre la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales, utiliza al más alto nivel lo que, en los últimos diez años científica y pretorianamente, se ha desarrollado en la comunidad europea e incluso en Suiza.

IV. MENTORES

1. Profesor Häberle, alguna vez la teoría de la integración de R. Smend fue considerada «antidemocrática». Sobre todo en lo que se refiere a la integración personal. Hoy nuevamente vuelve a ser criticada (van Ooyen, 2014), no solo en relación con la integración personal, sino con la teoría de la integración como un todo. ¿Se trata tal vez de un error de interpretación de la teoría de la integración?

PH: Me alegra que usted formule preguntas muy profundas sobre mis «mentores» en una propia sección. Tengo muchos mentores y por suerte muy importantes. Se les debe agradecer mucho como «gigantes». También acá se trata de un contrato generacional «científico». Esto primero. Ahora sobre R. Smend. Él es claro mi «abuelo científico», si se me permite decirlo. Sin sus teorías de los símbolos y de los temas de integración objetiva difícilmente yo hubiera podido elaborar mi teoría de los días festivos, de los himnos nacionales, de las banderas nacionales en la comparación a escala mundial. Sin duda, en retrospectiva se pueden criticar algunas teorías de R. Smend. Como es sabido él mismo corrigió bastante un elemento de su teoría en el año 1962. El aspecto de la integración personal podría haber sido demasiado acentuado por él, en vista del fenómeno de desmoronamiento de la República de Weimar, aun cuando el elemento personal sigue siendo de importancia en el Estado constitucional (piénsese en los esfuerzos de integración que la reina en Gran Bretaña, hoy, como antes, desempeña). También el TCF desarrolla como cuerpo colegiado y cada uno de sus jueces una parte de la integración personal. Lo mismo vale para el presidente federal alemán en Berlín.

176

2. En el prólogo de la primera edición del libro *Rasgos fundamentales del derecho constitucional de la República Federal de Alemania*, K. Hesse le agradece a usted por su estímulo y sugerencias. Pero también en el mismo libro él confirma textualmente la tesis defendida por usted sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, además de su tesis sobre la comparación jurídica. ¿Qué significa para usted estas confirmaciones de su maestro?

PH: Con satisfacción me di cuenta en ese tiempo que mi maestro académico K. Hesse ya en la primera edición de su libro me daba las gracias. También confirmó él mi tesis de la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales, de la necesidad de configuración de todos los derechos fundamentales y de mis esfuerzos por la comparación jurídica. Tales referencias me llenan de satisfacción.

3. Usted ha realizado que su tesis de la teoría del Estado constitucional como ciencia de la cultura se apoya en las investigaciones de H. Heller. ¿Cuáles fueron las contribuciones de H. Heller y sobre qué profundizó usted?

PH: Mi teoría de la Constitución como ciencia de la cultura le debe mucho a la *Teoría del Estado* de H. Heller (1934). Ahí se habla expresamente de la teoría del Estado como ciencia de la cultura. Él, sin embargo, no había ubicado todavía a la Constitución en el centro de sus reflexiones. Mejor dicho, se había concentrado en el Estado. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, existe tanto Estado como la Constitución instituye (la conocida comprensión de R. Smend y A. Arndt). Para H. Heller la comparación jurídica tampoco fue central. Él se había concentrado bastante en los aspectos interdisciplinarios. Esto ya era suficiente trabajo y abrió nuevos horizontes.

177

4. Se ha dicho que existe una contradicción entre su tesis y la de K. Popper, pues su sociedad abierta no intentó crear ningún Estado constitucional, sino una democracia totalitaria. ¿Esta supuesta contradicción existe?

PH: No entiendo bien cómo se puede decir que mi teoría pueda comportar una contradicción con la de K. Popper. Su teoría de la sociedad abierta es, naturalmente, el fundamento del Estado constitucional. Él se dirigió expresamente contra los enemigos totalitarios como Hegel y Platon. Sin embargo, yo no uso, como ya expliqué, el concepto de «enemigo».

5. Su teoría del pensamiento de las posibilidades se basa en parte en la filosofía de E. Bloch. El pensamiento de las posibilidades implica alternativas. ¿Utiliza usted la expresión «pensamiento de las alternativas»? ¿Cómo se relaciona el pensamiento de las posibilidades con lo real y lo necesario?

PH: Mi teoría del pensamiento de las posibilidades se inspiró primero en el escritor austríaco R. Musil. No me remití directamente a E. Bloch. En mi ensayo de 1977, sin embargo, yo había utilizado por completo la expresión

«pensamiento de las alternativas». Con mucho gusto hablo de una *triada*: el pensamiento de las posibilidades, de la realidad y de las necesidades. Indagar la interacción de estos tres modos de pensar sería un tema independiente. Dicho sea de paso, una mirada constitucional comparada da como resultado que en muchos textos constitucionales se pueden reconocer elementos de estos tres modos de pensar. Un ejemplo concreto del pensamiento de las alternativas es la institución de la oposición parlamentaria como alternativa. La mirada a la realidad debemos agradecer también al planteamiento teórico-real de H. Heller. En el «pensamiento de las necesidades» resuena la idea del discutido, y hoy casi conocido en todo el mundo, principio de proporcionalidad y el bien común.

6. El principio de responsabilidad juega un rol importante en su teoría constitucional. ¿En qué medida las ideas de H. Jonas y su principio de responsabilidad son importantes para el concepto de Constitución como «contrato entre generaciones»?

PH: Científicamente debemos agradecer el principio de responsabilidad a H. Jonas. Mientras tanto, se encuentran muchas constituciones a nivel mundial que exigen responsabilidad, por ejemplo, en la protección del medio ambiente. Muy temprano mi maestro académico K. Hesse enfocó la «responsabilidad» en el carácter público del estatus de los partidos políticos. Similar pensamiento se encuentra en el ya mencionado *invocatio populi*; clásicamente en el *invocatio dei*. La Constitución como contrato entre generaciones está intercalada en el principio ético de la responsabilidad. Se podría preguntar si hoy el pensamiento del contrato social no debería extenderse a todo el mundo para delimitar el estado natural en internet, por ejemplo en el sentido de la palabra clave: «carta fundamental digital», o a través de un contrato social mundial en asuntos de la internet. Ya hace muchas décadas exigí ello con miras a la protección del medio ambiente.

178

7. Usted ha hablado ya de K. Popper y de E. Bloch. Ideológicamente el primero es un liberal, mientras que E. Bloch fue un marxista. A pesar de esta diferencia evidente usted ha aprovechado el pensamiento de ambos. ¿Cómo hace esto posible?

PH: Yo no tengo dificultades de ningún tipo para relacionarme por un lado con K. Popper como un pensador liberal y de otro lado con E. Bloch. Esto tanto más si se tiene que Bloch divulgó absolutamente, como el prematuro

Marx, enfoques humanistas. Nosotros podemos siempre obtener de los clásicos verdades *parciales*. De este modo nos encontraremos continuamente en un eterno diálogo entre y sobre Montesquieu y Rousseau.

8. Profesor Häberle, es evidente que usted ha recibido también la influencia de otros profesores. Me gustaría empezar con J. Esser. ¿Cuál es la importancia de J. Esser en la teoría constitucional del pluralismo?

PH: Yo tengo que agradecer mucho al gran J. Esser. A su teoría de las fuentes del derecho pluralista, a la fórmula del *law in action* (complementada: *law in public action*) y, sobre todo, a su arte de la comparación jurídica en el derecho privado. Sobre sus bases teóricas pude llevar a cabo una teoría de la Constitución del pluralismo.

9. Ahora debo preguntarle sobre U. Scheuner y su concepción de la Constitución como «norma y tarea». ¿En qué medida ha aprovechado la teoría del pluralismo constitucional este concepto de Constitución?

PH: Gustosamente respondo la pregunta sobre U. Scheuner. En mis años juveniles fue él uno de los personajes más importantes de la teoría del Estado alemán. Lamentablemente, no está más presente en las jóvenes generaciones de hoy. Tanto o más importante es para mí su acuñación de la Constitución como «norma y tarea». Esta comprensión de la Constitución es importante para una teoría constitucional pluralista, que se puede aplicar también a las constituciones parciales del derecho internacional. En la realización de la *tarea* todos son partícipes, por ejemplo la ciencia, la opinión pública nacional, europea e internacional, también los Estados y las ONG's, es decir, fundamentalmente todo miembro de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución.

179

10. Tuvo usted una relación académica especial con W. von Simson. Incluso compartía su pasión por la música. Aparte de esto, tanto K. Hesse como usted mismo consideraron sus aportes a la teoría constitucional y al derecho europeo como notables, de manera especial su monografía *El Estado como parte y como todo*. ¿Qué significa para usted la persona y la obra de W. von Simson?

PH: También W. von Simson pertenece a mis mentores. De él aprendí desde 1966 derecho internacional y derecho europeo. Musicalmente él fue muy activo y completamente culto. Una y otra vez me relaciono con su idea de

la «estrechez supranacional del Estado». En el ámbito personal él practicó de manera inigualable la tolerancia frente a los otros y a las ideas. El libro *El Estado como parte y como todo* incluso me lo dedicó. Es de lamentar que se le haya dedicado muy poca atención a su discusión con C. Schmitt en el Archivo de Derecho Público. En las relaciones personales fue influenciado por su periodo de emigración a Inglaterra; también ahí fue para muchos un ejemplo. El derecho europeo lo entendió en relación con la práctica, pues fue al principio abogado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo.

11. Desde fines de 1961 hasta el otoño de 1966 usted fue asistente científico de H. Ehmke. Él es reconocido como científico y como político. ¿Cómo fue para usted esta experiencia? Por otro lado, con mucha razón usted sostiene que los estudios teórico-constitucionales de H. Ehmke constituyen un elemento de la política constitucional. ¿Cómo él pudo conjugar estas dos facetas y qué significado tienen sus contribuciones para su teoría de la Constitución del pluralismo?

PH: Con mucho agrado respondo ahora su pregunta sobre H. Ehmke. Él fue doblemente talentoso: científico y político. Su ideal fue, a decir verdad, el «profesor político». Su trato siempre fue muy «directo». Su trabajo de habilitación sobre el tema *Economía y Constitución* me esclareció el derecho angloamericano. Gracias a él comprendí cuán fuerte se encuentra siempre la política constitucional detrás de las reflexiones teórico-constitucionales. Lamentablemente, en 1966 él ingresó de lleno en la política. En aquel momento, para la teoría del Estado alemán, esto fue una gran pérdida.

180

12. D. Tsatsos fue también un destacado científico y político. Se ocupó del proceso constitucional europeo y del derecho de los partidos políticos. ¿Cuándo y cómo conoció usted a D. Tsatsos? ¿Cuál es su legado académico a la teoría constitucional europea?

PH: A D. Tsatsos lo denominé tempranamente como el «griego alemán». Él fue tanto un notable científico como un político exitoso, esto último no solo en Grecia sino también a nivel europeo. Su testimonio de vida está, entre otros, en la fundación del Instituto para el Derecho y la investigación de los Partidos Alemán y Europeo en La Haya. Con ello se unió junto a G. Leibholz y W. Henke a los líderes de la doctrina jurídica de los partidos. Yo lo conocí desde 1990, cuando acepté gustosamente sus invitaciones para ir a La Haya y a Atenas. En el nivel europeo ha llegado a ser conocido por el Informe *Tsatsos de Vigo*.

A su legado académico pertenece no solo el Instituto en Atenas fundado por él, sino también el nuevo Instituto para las Ciencias Constitucionales Europeas en La Haya y, sobre todo, el concepto de «ordenamiento fundamental de la Unión Europea». Este concepto lo desarrolló en un manual junto con otros autores poco antes de su muerte. Su intervención hubiera sido hoy muy importante en relación con los problemas que Grecia vive desde la crisis financiera, porque él conoció Alemania de la misma manera como Grecia y la comunidad constitucional de la Unión Europea.

V. LA ESCUELA HÄBERLEANA EN ALEMANIA Y EN EL MUNDO

1. Profesor Häberle, yo he podido observar que usted en la actualidad podría presumir justificadamente de una teoría constitucional integral. Usted continúa la tradición de los grandes maestros alemanes del derecho público. El profesor español P. de Vega ha dicho alguna vez que su teoría constitucional es la más importante teoría del presente.

PH: Me alegra que el profesor español P. de Vega valore positivamente mi teoría constitucional. Como he señalado, yo solo puedo presumir de haber laborado arduamente durante más de cincuenta años.

181

2. Usted tuvo y tiene aquí en Alemania discípulos reconocidos que hoy son renombrados profesores que divulgan con exactitud su pensamiento. Según su opinión, ¿qué caracteriza a la escuela häberleana?

PH: Muchos de mis ex discípulos son ahora profesores reconocidos. Ellos trabajan entre sí y también individualmente. No sé si se pueda hablar de una «escuela». Intenté, naturalmente, transmitir a mis discípulos lo siguiente: apertura, tolerancia, humildad, sensibilidad por los conocimientos interdisciplinarios y curiosidad por los desarrollos actuales. Todo esto está reforzado por el modo de pensar de mis mentores ya citados. Los discípulos me han sorprendido ahora mismo con un regalo de cumpleaños: *Reflexionar sobre el Estado constitucional* (A. Blankenagel [editor], 2014). En él se refleja la diversidad de sus pensamientos científicos.

3. ¿Qué siente usted cuando un estudiante o científico extranjero se interesa por sus obras y teorías? ¿Cuál ha sido su experiencia?

PH: Me satisface bastante, me alegro mucho cuando un estudiante o investigador extranjero se interesa por mis teorías. He tenido experiencias positi-

vas. Por ejemplo, desde inicios de los años noventa, jóvenes investigadores invitados vienen a mi antigua cátedra o bien a mi centro de investigación actual, sobre todo de Italia, España, Grecia y América Latina, pero también de Japón y Sudáfrica. Muchos de ellos han llegado a ser profesores nombrados oficialmente en sus países y, ahora como antes, mantienen vínculos conmigo o con mis discípulos alemanes.

4. El pensamiento haberleano es hoy reconocido a nivel mundial. Su teoría constitucional ha trascendido Alemania y Europa. ¿Pensó alguna vez que su pensamiento sería valorado positivamente en el extranjero?

PH: Mi teoría constitucional comparada no solo ha llegado a ser aceptada en Alemania y Europa, sino también por ejemplo en Corea del Sur, Japón y también en América Latina. No había contado con este eco intenso. Es satisfactorio que las disputas de las escuelas alemanas, con consecuencias desde la época de Weimar hasta hoy, no se adviertan así en el extranjero, como en mi país.

5. Usted ha establecido una especial relación con el constitucionalismo latinoamericano. ¿Cómo empezó su interés académico por América Latina?

182

PH: Mi especial inclinación por el constitucionalismo de Latinoamérica está vigente. Todo empezó gracias a la invitación del profesor D. Valadés para ir a México. Posteriormente siguieron invitaciones para viajes de conferencias hacia Brasil, Argentina y Perú. Esta suerte de diálogo científico con Latinoamérica empezó también en una reunión en Granada en 1999.

6. Muchas de sus teorías han sido aceptadas en Brasil, Colombia, Perú, etc., a través de los profesores de derecho constitucional y de los tribunales constitucionales. ¿Es ello ya un ejemplo claro y concreto de la teoría constitucional universal?

PH: En los países que usted ha mencionado, algunas de mis teorías han encontrado resonancia. Especialmente exitosa y con consecuencias prácticas para el derecho procesal constitucional es la teoría de la «sociedad abierta de los intérpretes constitucionales». El señor presidente G. Mendes en Brasilia ha sido y es acá no solo un «medio de recepción», sino también un traductor. Lo mismo vale para los profesores Belaunde y Landa en el Perú. Con alegría escucho y leo que tanto la Corte Constitucional en Colombia como también la Corte Suprema de Justicia de Argentina citan mi planteamiento científico

cultural. Probablemente con ello se haya conseguido también una pieza de mi teoría constitucional universal y un puente con otras culturas jurídicas.

7. Peter Häberle no solo es su nombre sino también el nombre de una Fundación en Suiza desde el 2004, en España desde el 2011 y en Brasil desde el 2013. ¿Qué significa para usted como persona y científico la Fundación Peter Häberle?

PH: Estoy muy feliz que a iniciativa de la Universidad St. Gallen se haya instituido en Suiza una fundación, que lleva a cabo regularmente coloquios internacionales. Lo mismo vale para Granada (2011) y Brasilia (2013). Se ha conseguido con ello un foro en el cual pueden reunirse científicos jóvenes. Dado que en Granada y en Brasilia se han creado también bibliotecas de investigación, existe un intercambio especialmente fértil. Probablemente yo solo sea el motivo y no el fundamento para estos desarrollos.

8. Ha cumplido usted recientemente ochenta años, por ese motivo le hicieron en Lisboa un homenaje. Le pido por favor que nos brinde algunas reflexiones finales

PH: Por mi cumpleaños número ochenta se realizaron coloquios internacionales en Roma y Montpellier en el año 2013, además en Lisboa. Usted amablemente me da ahora espacio para unas reflexiones finales. Para eso voy a utilizar las siguientes palabras clave: (1) La *entrevista* es una especie de la literatura y de la ciencia que se destaca por su inmediatez y por su amplia libertad. Se trata de un diálogo real. Agradezco por ello. Me gustaría agregar que las preguntas son muchas veces mejores que mis respuestas y las traducciones igualmente mejores que mis textos. (2) La mirada a los *tribunales constitucionales internacionales* es una tarea del futuro, como la comparación jurídica es la ciencia del futuro. Ella se deriva de las constituciones parciales con muchos participantes de todo el mundo, y no menos de la ciencia. (3) En este ámbito lo *pedagógico* es para mí de mucha importancia. Las próximas generaciones de científicos deben ser aprovechadas por el Estado de la Constitución cooperativa. No solo los derechos humanos son objetivo de la educación y valores orientadores, sino también los principios estatales jurídicos y la separación de poderes. Tempranamente las constituciones de Guatemala y Perú habían incluido clases sobre derechos fundamentales. La Constitución de Sudán del Sur de 2013 impone a todas las instancias estatales la tarea de transmitir la «conciencia pública» de la Constitución. Esto es mucho más que simbólico; ya en la época de Weimar

las constituciones de los Estados federados dispusieron por separado hacer entrega de un ejemplar de la Constitución a los alumnos en su despedida. (4) Que la teoría constitucional comparada podría aportar en la política de previsión científica, pudo estudiarse en *Ucrania*. Ahí sería de mucha ayuda el modelo del federalismo abierto. La teoría del Estado federal mixto podría proveer para el este de Ucrania modelos para la protección de las minorías o por lo menos ofrecer una propuesta para una estructura regionalista; esto, no obstante, en conexión con un estatus de neutralidad, como existe ejemplarmente en Austria pese a su pertenencia a la Unión Europea. (5) El *optimismo científico* no es únicamente un principio pedagógico, sino también un conductor del conocimiento. Precisamente en el tiempo del desacato al derecho internacional (anexión de Crimea por parte de Rusia) y ante el retorno a la barbarie en el Medio Oriente. Y de la convulsión en Irak, alentada por grupos terroristas fundamentalistas, no se puede renunciar a los esfuerzos positivos de las constituciones parciales internacionales y nacionales. La jurisprudencia internacional llega a ser hoy inclusive mucho más importante que antes.

184

Cada Estado constitucional nacional y cada jurista constitucional joven puede contribuir para ello. Esto es válido también para usted, que se ha introducido ejemplarmente y en profundidad en el derecho del Estado alemán y en mis escritos científicos.