

b) El règim jurídic

TEORIA DE LA CONSTITUCIÓ COM A CIÈNCIA DE LA CULTURA EN L'EXEMPLE DELS 50 ANYS DE LA LLEI FONAMENTAL¹

Peter HÄBERLE

Universitat de Bayreuth/St.Gallen

The abstract can be found at the end of the article.
Resumen al final del artículo.

I. INTRODUCCIÓ

La teoria de la Constitució com a ciència de la cultura fou un programa formulat per primera vegada l'any 1982 que s'ha anat ampliant successivament.² En contraposició a les teories generals de l'Estat (d'acord amb les quals només hi ha Estat com l'estableix la Constitució), la teoria de la Constitució com a ciència de la cultura sorgeix —tot deixant-se guiar per l'examen d'un R. Smend o d'un A. Arndt— d'una anàlisi comparativa espai-temporal de les constitucions. Aquest nivell superior d'abstracció no oblida mai, no obstant això, la configuració concreta dels exemples nacionals amb materials que inclouen la seva herència cultural específica, les seves experiències sovint doloroses, però també les esperances que animen aquestes nacions. L'Estat constitucional, com a model que ha estat una i altra vegada en perill, però també com a resultat cultural que es desenvolupa *par excellence*, ha arribat a ser un text constitucional en sentit ampli gràcies, en primer lloc, als textos clàssics que van des d'Aristòtil fins a J. Rawls (1971) i H. Jonas (1979) (vegeu l'actual art. 20.a de la Llei fonamental, en endavant LF), o dels *Federalist Papers* als EUA (1787), fins als tractats de Montesquieu i I. Kant. S'amotilla, així, simultàniament la perspectiva cien-

1. Traducció d'Hèctor López Bofill, professor de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona. La versió original d'aquest article es troba a P. HÄBERLE, «Verfassungslehre als Kulturwissenschaft am Beispiel von 50 Jahren Grundgesetz», a *Aus Politik und Zeitgeschichte*, núm. 16, 1999.

2. Vegeu P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlín, 1982 (1998).

tificocultural a la identitat i la individualitat de cada constitució singular i de la nació que viu en ella o en les respectives nacionalitats (com a Suïssa) i cultures que la integren. El «retorn a la cultura» d'A. Gehlen és un *leitmotiv* amb el qual s'articulen els mètodes i els continguts. De la mateixa manera, la teoria de la Constitució en relació amb els textos jurídics i científicoculturals es realitza com a tesi entenent que només hi ha llibertat cultural: la llibertat proporcionada gràcies a la cultura!

L'article es concentra en l'aniversari de la Llei fonamental. Per la seva banda, aquesta celebrada commemoració d'una adequada constitució que permanentment es confirma, contribueix a la cultura constitucional. La teoria de l'Estat de dret pot valorar-se, encara que sigui mínimament, com a ciència i literatura. Una celebració d'aquesta mena és tan sols una veu en la totalitat de la «societat oberta dels intèrprets constitucionals». El tema de la cultura constitucional es pot estimular com s'esdevingué abans de les eleccions al *Bundestag* de 1998 (paraula clau: encàrrec cultural de la Federació), però també ens permet repensar les bases federalistes del dinàmic «laboratori cultural» que originalment es completava amb onze (ara setze) constitucions dels *länder*, com també ens permet analitzar la impetuosa europeïtzació de les constitucions nacionals, ordenaments jurídics i comunitat científica (paraula clau: «jurista europeu»). El desenvolupament del dret constitucional europeu comú obre a la LF un nou horitzó de possibilitats efectuals,³ ja que es relativitzen els elements clàssics d'estatalitat com la sobirania monetària, la jurisdicció nacional final i suprema i el territori estatal, transformats en part per la supressió de les fronteres i, en part, a través de l'espai constitucional europeu establert mitjançant el «creixent» conjunt de textos constitucionals parcials (compareu-ho també amb la nova ciutadania europea).

II. EL PROGRAMA D'UNA TEORIA DE LA CONSTITUCIÓ COM A CIÈNCIA DE LA CULTURA

1. *Qüestions metodològiques*

Per establir la teoria de la Constitució com a ciència de la cultura i per desglossar-ne els problemes s'exigeix una sensibilitat interdisciplinària i,

3. J. SCHWARZE (editor), *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas*, Baden-Baden, 1998; P. C. MÜLLER-GRAFF i E. RIDEL (editors), *Gemeinsames Verfassungsrecht in der EU*, Baden-Baden, 1998; R. BIEBER i P. WIDMER (editors), *Der europäische Verfassungsraum*, Zürich, 1995; P. Häberle, «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», a *Europäische Grundrechtszeitschrift (EGRZ)*, 1991, pàg. 261 i seg.

ahora, uns camins específics. Els mètodes i l'objecte es determinen recíprocament. La diferència entre «alta cultura» en el sentit «d'allò ver, allò bo i allò bell», cultura popular (també la cultura de les minories en el sentit de les constitucions cantonals suïsses), com també la cultura alternativa o subcultura (per exemple: els actualment clàssics Beatles en els seus inicis), ens proporciona un primer ajut. L'ampliació dels aspectes tradicionals cap a la direcció del lema de J. Beuys «cada persona és un artista» (és clar que no tothom és un Beuys!) es troba present en l'àmbit del concepte «obert d'art» en el sentit de l'art 5.3 LF (*BVerfGE* 67, 213, pàg. 223 i ss.), tot recolzant-se d'una banda en la recerca de la veritat com a comprensió científica que mai no acaba d'assolir-se (vegeu *BVerfGE* 35, 79 [113]) i també en la tolerància envers les creences (*BVerfGE* 41, 29, pàg. 51-63). La teoria de l'Estat de dret ha aportat les nocions de «reproduccions ideals de la societat»⁴ i, prèviament, s'havia endinsat en el concepte de cultura oberta i pluralista.⁵ Altres disciplines han obert camins: així, per exemple, el concepte que ha quedat de cultura política sota la forma de bé general. Nous conceptes claus per als treballs científicoculturals són la cultura dels drets fonamentals, la cultura constitucional, el paradigma dels esglaons textuais i la idea de derivar el contingut dels textos constitucionals a través del seu context cultural. A partir d'aquí s'obre el camí cap a la cultura jurídica europea i cap al dret comparat com una forma de comparació cultural i «cinquè» mètode d'interpretació,⁶ respectivament. Amb tots els plantejaments que ja reposaven a la base dels temps de Weimar (H. Heller, G. Holstein, R. Smend i, prèviament, M. Weber) com a límit al positivisme, d'una banda, i als plantejaments purament sociològics de l'altra, la teoria constitucional proveïda de mètodes científicoculturals ens obre múltiples horitzons: en particular, la manera d'actuar dels textos clàssics i dels processos de recepció, el caràcter irrenunciable dels valors bàsics que es troben al rerefons i que proporcionen el *quantum* d'utopia de l'Estat constitucional, la funció catalitzadora de totes les arts i de moltes religions, l'adequació de les comprensións constitucionals que es professen en l'especificitat científicocultu-

4. GRIMM, «Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen», a: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, núm. 42 (1984), S. 46 (60); vegeu també U. STEINER, *ibidem*, pàg. 7 i seg.

5. Vid. P. HÄBERLE, *Kulturpolitik in der Stadt-ein Verfassungsauftrag*, Heidelberg, 1979; P. HÄBERLE, «Das Kulturverfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland», a *Aus Politik und Zeitgeschichte*, núm. 28/85, pàg. 11 i seg.

6. Vegeu sobre això P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Berlín, 1979, pàg. 88 i seg.; P. HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlín, 1992; P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, Baden-Baden, 1994.

ral, i la dimensió (les experiències que es traslladen) del contacte cultural entre generacions. Les respostes parcials i provisionals són possibles amb el plantejament rellevant dels problemes de la veritat al costat de les màximes de justícia (per exemple, en la forma de les comissions de veritat a Sud-àfrica, El Salvador i Guatemala).⁷ Des del punt de vista científicocultural la Constitució no és sols una eina jurídica sinó també l'expressió d'una situació de desenvolupament cultural, el mitjà d'autorepresentació cultural del poble, mirall de la seva herència i fonament de les seves esperances. Les constitucions que viuen com una obra de tots els intèrprets constitucionals de la societat oberta són, en la seva forma i objecte, la millor expressió i mediació de la cultura, són marc per a la reproducció i recepció cultural, així com memòria de les «informacions», de les «experiències», de les «vivències» (i fins i tot de les «savieses») sobrevingudes. La Constitució és, amb una expressió de H. Heller procedent de Goethe: «l'esgrafiament en què es desenvolupa la vida» Altres comprensions constitucionals conserven el seu relatiu caràcter jurídic: per exemple, «l'incentiu i el límit» de R. Smend, o la «norma i el deure» d'U. Schneuer en els quals les nacions poden establir els seus accents diferencials (es pensa, per exemple, en els específics conceptes de nació i de república francesos). La «comprensió de la Constitució mesclada» possibilita la vinculació recíproca de diversos aspectes en el temps i l'espai. En l'Estat constitucional com a resultat cultural *par excellence* cooperen els textos clàssics nous i antics que l'inspiren, el conserven i l'estimulen. Per a la LF «valen» en aquest sentit textos de H. Heller i Carlo Schmidt («l'Estat social de dret»), i darrerament el principi de responsabilitat de H. Jonas (via art. 20.a LF). Fins i tot els himnes nacionals poden funcionar com a textos clàssics integradors: així, el cor inicial de *Nabucco* de Verdi a la tardor de 1996 a Milà, Itàlia, com a negació de la Padània d'U. Bossi.

2. Deu àmbits de contingut exemplificatiu

El plantejament científicocultural vol, doncs, explicar els diversos continguts, funcions i principis particulars de l'Estat constitucional. S'imposa *prima facie* un particular àmbit de treball que aquí il·lustrem amb els exemples de la LF i de les constitucions dels *länder* alemanys:

1. La dignitat humana és la premissa antropològicocultural de l'Estat

7. Vid. P. HÄBERLE, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaats*, Berlín, 1995, en especial pàg. 20 i seg.

constitucional, ella porta la democràcia pluralista a la seva «conseqüència organitzativa». La dignitat humana com a dret fonamental i la participació democràtica són dues cares de la mateixa moneda (per exemple, en la forma dels drets del poble suís o en la forma jurídicopolítica del *land* de Brandenburg). La dignitat humana, emanada de la Declaració dels drets humans de les Nacions Unides i dels textos clàssics, és avui un valor fonamental escrit gairebé a totes les constitucions. D'aquí se segueixen diverses conseqüències: des de la prohibició de la tortura i els detectors de mentides fins a la protecció de la tercera edat i dels minusvàlids, des de la «fórmula objecte» feta justiciable per G. Dürig (1986) i el *BVerfG*⁸ fins a la identitat científicocultural del concepte enriquida en l'àmbit teòric per I. Kant.⁹ Així es vinculen, doncs, el contingut particular i variable de l'àmbit jurídic i la cultura universal, a un primer material de casos sovint representatius de la totalitat en els quals el canvi cultural arriba a ser tan rellevant com la relació sociocultural amb el Tu. El resultat, operat segons un sol criteri, és propi dels «fructífers» errors de la teoria sistèmica.¹⁰

2. La «llibertat procedent de la cultura» és una manifestació de la dignitat humana. No hi ha cap «llibertat natural» prèvia a la cultura. Així roman, en l'explicació dels drets humans, la ficció de l'inici de la llibertat amb el naixement. Però la llibertat «arriba a ser» (més enllà del clàssic «estat de naturalesa») mitjançant els processos complexos de socialització cultural. Els drets fonamentals són la manifestació triàdica de la llibertat (religió, ciència i cultura), segons la profunda cita de Goethe: «qui té ciència i art, té religió; per a qui no s'ocupa d'ambdues coses, és la religió qui el té a ell». L'Estat constitucional és avui, d'una banda, el fòrum per a la ciutadania mundial d'art i cultura i, de l'altra, el dret humà per a una «petita pàtria» (com les regions).

3. Les finalitats educatives i els valors orientadors obtenen, a través d'aquesta perspectiva, la seva importància constitucional. L'educació, qualificada per Hegel com el segon naixement de la persona, és avui per damunt de tot educació en els drets fonamentals, tal com ho declara el text fundacional de la UNESCO i es desenvolupa en les constitucions d'alguns països (per exemple, en l'art. 72 de la Constitució de Guatemala de 1985). Les

8. G. DÜRIG, a *Gesammelte Schriften*, Berlín, 1984, pàg. 127 i seg.; sobre el *BVerfG* E 5,85 (204 i seg.); 9,89 (95); darrerament E 94,49 (102 i seg.); 95,96 (131,149); 97,391 (399); vegeu també H. HOFMANN, «Die versprochene Menschenwürde», a *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, núm. 118 (1993), pàg. 353 i seg.

9. Vegeu Peter HÄBERLE, «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft», a *Handbuch des Staatsrechts (HdBStR)*, vol. I, (1987), pàg. 85 i seg. (1985).

10. Vegeu N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, Berlín, 1965 (1986), pàg. 68 i seg.

constitucions dels *länder* alemanys presenten, com a conseqüència del pioner article 148 de la Constitució de Weimar, un cànon comú que il·lumina la relació entre cultura, llibertat i Estat constitucional. Només cal recordar: «l'observança de les conviccions religioses i de la dignitat de la persona», «l'obertura cap a allò ver, bo i bell», «el reconeixement de la llibertat i de la democràcia», així com la «solidaritat i la convivència de la cultura dels pobles» a la Constitució de Brandenburg o la «responsabilitat sobre les generacions futures» a la Constitució de Saxònia-Anhalt. Els valors orientadors es refereixen al contingut irrenunciable del consens fonamental d'un Estat constitucional (per exemple, el federalisme a la LF); aquests valors es troben, nogensmenys, a les normes fonamentals de l'ètica, de les religions i també (amb caràcter variable) als programes dels partits polítics i als objectius comuns; aquests valors influeixen la societat oberta i impedeixen que s'esfondri en les profunditats de les interpretacions singulars.

4. Els símbols com banderes i himnes ocupen en l'Estat constitucional una posició secundària i instrumental en les respectives comprensions estatals (vegeu, per exemple, l'art. 1.1 del Projecte *Herrenschimsee* de 1948: «l'Estat és producte de la voluntat dels homes, no a l'inrevés»). Els dies de festa pertanyen a les «fonts consensuals irracionals» d'una comunitat. En aquestes fonts es considera que l'home ciutadà és una essència amb *emotio* i *ratio*. La teoria dels tres elements de l'Estat (així Jellinek: territori, població i aparell de govern) necessita una revisió: la cultura és el «quart» element (i tal vegada el primer) dels elements de l'Estat. Que això a Alemanya és, de vegades, precari i insegur ho demostra el conflicte que es va suscitar a Hannover sobre l'himne nacional (*Deutschland-lied*) a la tardor de 1998 (amb un arranjament musical d'una part de l'himne de la RDA) o les dificultats, en comparació amb els EUA o França, d'establir obertament un dia de festa nacional.

5. La sobirania nacional que el dret constitucional ha desenvolupat progressivament en les constitucions dels *länder* és paradigmàtica per als mètodes de treball científicoculturals: principis com el concepte de cultura oberta o la pluralitat de titulars culturals (els pares, l'escola, les universitats, les esglésies, les associacions, la televisió pública i privada) són, en aquest sentit, exemplars. De la mateixa manera com ho són els sectors que van des del dret a l'ensenyament i el dret a la informació sobre la protecció del patrimoni i els béns culturals fins a l'anomenat «dret eclesiàstic de l'Estat» (o millor, «dret constitucional a les religions»), i que a Europa poden ser conservats per les particulars exigències que troben suport en l'art. 151 del Tractat d'Amsterdam («cultura dels estats membres»). La protecció constitucional de la minoria sèrbia (com a les constitucions de Brandenburg o

Saxònia) pertany també al dret constitucional cultural de la mateixa manera que l'article sobre la llengua a Suïssa i la protecció de les minories als estats bàltics o a Hongria (les minories com a «factors» que estableixen l'Estat).

6. El federalisme es mostra particularment productiu en el camp de la comprensió científicocultural de la Constitució. La multiplicitat constitucional n'és l'«ànima». La llibertat cultural i també la concurrència entre el *länder* i les competències culturals puntuals que proveeix el *Bund* legitimen les idees federals en el més profund d'un poble. La llibertat alemanya és una llibertat federal. Pel que fa al regionalisme que es desenvolupa en els estats unitaris clàssics (Gran Bretanya, França i la ja modèlica Espanya), cal dir que també serà necessària una teoria del regionalisme que treballi científicoculturalment, teoria que, en veritat, encara ha d'esperar els seus «*Federalist Papers*».¹¹

7. El ràpid creixement del dret constitucional al medi ambient no és només un annex. El medi ambient que les persones conformen es presenta, amb moltes variacions, com una part de la cultura que es troba en tensió amb la natura (vegeu Goethe, *Art i natura*); es tracta, en definitiva, d'un fragment de cultura. En última instància el medi ambient és protegit *per als homes* (plantejament antropocèntric).¹² L'Estat constitucional ha afegit recentment moltes formes de protecció mediambiental als tradicionals objectius de «protecció de la natura»: des del deure estatal d'incloure en els objectius educatius la protecció del medi ambient, a les «obligacions socials i ecològiques de l'economia de mercat» (Constitució de Turíngia), des de l'obligació mediambiental fonamental de cadascú, fins al dret d'informació mediambiental (constitució de Saxònia) i fins i tot al dret fonamental al medi ambient (Constitució de Turquia, 1982). Encara ens fa falta un «Kant verd»: H. Jonas («el principi de responsabilitat»)¹³ ha establert, com a més modern dels textos clàssics, els fonaments filosòfics per al creixement del dret constitucional al medi ambient i la seva extensió en l'espai global (dret internacional públic al medi ambient, convencions climàtiques, acords per a la conservació d'espècies protegides, etc.).

8. El realçament de la clàusula republicana (art. 20 i 28 de la LF) no-

11. Sobre això P. HÄBERLE, «Der regionalismus als werdendes Strukturprinzip des Verfassungstaates und als europarechtspolitische Maxime», a *AöR*, núm. 118 (1993), pàg. 1 i seg.

12. Vid. M. KLOEPPER, *Umweltrecht*, Múnic, 1998; H. MARXL, *Natur als Kulturaufgabe*, Stuttgart, 1986; W. BERG, «Über den Umweltstaat», *Festschrift für K. Stern*, Múnic, 1997, pàg. 421 i seg.; H. SCHULZE-FIELITZ, a DREIER (editor), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 2, Tübingen, 1998, art. 20.a.

13. Vegeu sobre això J. SCHUBERT, *Das «Prinzip Verantwortung» als verfassungstaatlische Rechtsprinzip*, Baden-Baden, 1998.

més és explicable a través dels processos de desenvolupament i diferenciació cultural. Definida durant molt temps d'acord amb la fórmula negativoformal de Jellínek de república com a «no-monarquia», a l'inici dels anys vuitanta va recuperar a Alemanya la seva vinculació amb els aspectes de democràcia, llibertat i interès general¹⁴ que ja es trobaven exalçats a la primavera de 1848, a la tradició ciceroniana («*res publica res populi*») així com al concepte francès de *libertés publiques*. Espanya ha superat la seva prova, i així el testament de Picasso en relació amb el *Guernica* («tornar a les tradicions republicanes») fou interpretat l'any 1978, en canvi, a través d'una forma d'Estat monàrquica. Joan Carles I és avui a Iberoamèrica saludat com «el rei de la República d'Espanya».

9. Les clàusules d'intangibilitat com a garanties constitucionals d'identitat (des de l'exemple de Noruega, 1814, a l'art. 79.3 LF i des d'aleshores en les noves constitucions, com a Portugal (1976) i Angola (1992)) es determinen també, en les seves possibilitats i límits, des d'una perspectiva científicocultural.¹⁵ Per la seva cultura política consolidada, un país com Suïssa no presenta aquesta clàusula, no la necessita (en part és tàcita); la cultura «mental» democràtica, federal, de multiplicitat de llengües i de respecte als drets fonamentals, viscuda i sempre renovada com a valor orientador i com a finalitat educativa, no cal fonamentar-la a Suïssa en cap regla publicada en un text constitucional. El contingut essencial dels temes constitucionals, als cantons i a la Federació, es troben interioritzats pels ciutadans de manera que la cultura jurídica tradicional conforma la «clàusula d'intangibilitat més segura». Molt diferent d'Alemanya, amb els seus dos estats totalitaris en mig segle.

10. A l'inici de les constitucions es troben els preàmbuls com a fonamentació i declaració d'intencions. Des del punt de vista lingüísticoformal poden tractar-se, com a la LF, com a «esdeveniments textuais». Ara bé, des del punt de vista de la ciència de la cultura els pròlegs, les obertures, els preludis són comparables a una mena de «Constitució dins la Constitució». En ells es concentra allò essencial (així, per exemple, Saxònia-Anhalt: «llibertat i dignitat», «fonamentació d'una convivència social i justa»), o la història que s'assimila (p. e., Saxònia: «des doloroses experiències dels règims nacionalsocialista i comunista»), o les esperances de futur que es projecten, siguin utopies (com ho era fins ara la unitat alemanya a la LF) o si-

14. Vegeu J. ISENSEE, «Republik-Sinnpotential eines Begriffs», a *Juristenzeitung* (JZ), 1981, pàg. 1 i seg.; P. HÄBERLE, «Zeit und Verfassungskultur», a *Die Zeit*, editat per A. PEISL i A. MOHLER, 1983, 1991, pàg. 328 i seg.; K. A. Schacht, *Res publica res populi*, Berlin, 1994.

15. P. HÄBERLE: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, op. cit., pàg. 275 i seg.

guin deures (Baviera: «la defensa de la humanitat i del dret»). Els preàmbuls volen «respondre» els sentiments dels ciutadans i «atraure'ls» per a l'obra d'un Estat constitucional concret. La Constitució com a cultura té en els preàmbuls un objecte òptim per entendre.¹⁶ La funció fundadora dels preàmbuls integra molt sovint aspectes dissociats: els deures, el valor jurídic, allò programàtic, els significats simbòlics, la psicologia del moment, l'efecte integrador i una dimensió cultural profunda. La història del preàmbul de la LF alemanya ha estat merescudament elogiada. Una base jurídica es troba també, en aquest sentit, en el dictamen dels «tractats dels fonaments» (*Grundlagenverträge*) amb la RDA —*BVerfG E 36, 1* (15 i seg., 24 i seg.) i també *BVerfG E 77, 133* (148 i seg.)—, i, últimament, en la reunificació. L'«europafília» obre, conjuntament amb l'art. 23 LF, nous horitzons.¹⁷

III. CONSIDERACIONS CIENTIFICOCULTURALS DELS 50 ANYS DE LA LLEI FONAMENTAL

1. *Procediment i participants, la gamma de les formes institucionals i àmbits informals per a la transformació i el desenvolupament, «temps i cultura constitucionals»*

El gran resultat del desenvolupament històric de l'Estat constitucional es relaciona amb un aparell divers que opera amb el «factor temps», que sempre és «temps». L'Estat constitucional viu en «l'eix temporal», s'adapta a la finestra temporal per arribar a satisfer (en el sentit de confirmar) la dialèctica entre l'estàtica i la dinàmica, entre el canvi i la conservació. Dins la gamma d'aspectes que el tema «temps i cultura constitucional» susciten correspon formular la tipologia següent:

— La revisió total és la forma més potent en la qual opera el canvi. Suïssa ha desenvolupat en l'àmbit cantonal¹⁸ aquesta forma intensiva de «constituent evolutiu» en formes i procediments ja clàssics. L'aprovació d'una regla desemboca en un enunciat a través de l'activitat dels participants (en particular del poble) i dels procediments específics.¹⁹

16. P. HÄBERLE, «Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen, a *Festschrift für Broermann*, Berlín, 1982, pàg. 211 i seg.

17. Al preàmbul de la LF es troben referències a una Europa unida (N. del T.).

18. Actualment la revisió total s'ha produït en l'àmbit federal (nova constitució de la Confederació Suïssa de 18 de desembre de 1998) (N. del T.).

19. Sobre això P. HÄBERLE, «Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der

— La reforma constitucional (revisió parcial)²⁰ és el mode d'intensitat de reforma immediatament inferior. Pressupòsits, formes, procediments i participants reposen en estructures fonamentals segures. A l'Estat constitucional hi ha diverses variants:²¹ tenim la «reforma constitucional» com a canvi de text de la Constitució, però també coneixem la «mutació constitucional», el canvi sense transformació del text. Això, que fou tan aviat descrit per G. Jellinek, és en qualsevol cas un mitjà imprescindible de millora de la Constitució.

— La reforma de les lleis representa el nivell següent. Als anys setanta, a Alemanya es van desenvolupar en particular lleis que assajaven diverses possibilitats d'acord amb les clàusules d'experiència (*Erfahrungsklauseln*), per exemple, en el camp de l'educació mitjana o en la formació dels juristes; actualment es tornen a impulsar en dret local.

— Les clàusules generals en les lleis formals també són una «finestra temporal» imprescindible per al canvi dels valors i de la realitat. Es pensa sobretot en les clàusules generals del codi civil, *BGB* («confiança i crèdit», la remissió als costums, etc.), que deixen al jutge actuar «com a legislador» (A. Meyer-Hayoz).

— Com a procediment més refinat s'esmenta el vot particular dels jutges. El *BVerfG* conté exemples de grans vots particulars (*Sondervoten*) que literalment han escrit la història de la Constitució i que després han estat assumits per la majoria del Tribunal; vegeu el ja clàssic vot particular de Rupp von Brünneck sobre les pretensions en qüestions de drets socials vinculades al dret de propietat de l'art. 14 (*E* 32, 129).

— En tots els procediments els partícips són definits segons la seva manera particular. Ara bé, la formalització assolida del poble com a *pouvoir constituant* que es trobava reconeguda a la LF de 1949 ha estat després, desgraciadament, descartada en favor del Bundestag i del Bundesrat en la reforma constitucional (art. 79 LF), en els «gremis» parlamentaris en l'aprovació de les lleis ordinàries i, en general, en els jutges i el *BVerfG* mitjançant clàusules generals. La comunitat científica també hi participa, bé a través de la «teoria constitucional com a literatura»,²² bé en recen-

Schweiz», a: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* (JöR), núm. 34 (1985), pàg. 303 i seg., reelaborat a *JöR*, núm. 48 (1999), pàg. 149.

20. A. ROSSNAGEL, *Die Änderung des Grundgesetzes*, Frankfurt, 1981; B. O. BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, Baden-Baden, 1982, pàg. 111; P. BADURA, «Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht», a *HdBStR*, vol. VII, (1992), pàg. 57.

21. Sobre això K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, Munich, 1984, pàg. 666 i 747 i seg.

22. Normalment, quan els juristes alemanys utilitzen la paraula «literatura» es referei-

sions *ex post* o dictàmens *ex ante*. En aquests procediments es troba compromesa (i no en darrer lloc) la «societat oberta dels intèrprets constitucionals».

— Cal esmentar en particular les comissions de reforma constitucional; en especial, la comissió per a la reorganització del territori alemany d'acord amb l'art. 29 LF (sense conseqüències pràctiques, «Luther-Kommission», 1955). També tenim l'exemple de la comissió permanent que s'ocupa de la determinació de les finalitats estatals (*Staatszielen*), 1983, («determinacions d'objectius estatals, encàrrecs al legislador») i que prèviament ja existia als anys setanta com a «comissió *Enquete*» del Bundestag.²³ A l'antiga RDA hi havia la «taula rodona» del Berlín Est i, finalment, a l'Alemanya unida tenim la Comissió Constitucional Conjunta, amb 64 membres, que expressa la més «alta matemàtica» del federalisme alemany²⁴ (32 representants dels *länder* al Bundesrat més diputats del Bundestag). Bona prova de la cultura constitucional específica de Suïssa és la tradició que existeix de presentar projectes constitucionals particulars, com el projecte de l'erudit M. Imboden o el d'A. Kölz i P. Müller. També en l'àmbit dels *länder* s'estan consolidant les comissions de reforma constitucional (així, per exemple, als estats de Berlín, Bremen, Hamburg i, recentment, Renània-Palatinat).

La història constitucional de la nostra República es deixa literalment «rellegir» en els canvis, procediments i subjectes esmentats i en el contingut de les qüestions aquí tractades. Anem així de la gran reforma de la LF que, en el camí cap a la unitat alemanya, mai no es va dur a terme (1990), fins a les 47 reformes constitucionals d'importància diversa (han d'esmentar-se, especialment, algunes de les reformes rebutjades, com la de la protecció de les minories); anem també des de les grans reformes legislatives (per exemple, la Llei de cooperatives de 1976, la Llei de pensions de 1957 i la Llei d'assegurança obligatòria de 1996) fins a les decisions fonamentals del *BVerfG* que materialment s'aproximen a actes del constituent i que, en qualsevol cas, han desenvolupat creativament la Constitució en sentit mate-

xen als textos de la doctrina jurídica. Però en el cas de Häberle la distinció és més complexa perquè també utilitza la paraula «literatura» per referir-se al text artístic integrat en el saber jurídic. Aquí, però, es refereix al primer dels conceptes (N. del T.).

23. Vegeu els informes de la reforma constitucional 1/73 (1973) 1; R. WAHL, «Empfehlungen zur Verfassungsreform», a *AöR*, núm. 103 (1978), pàg. 477 i seg.

24. M. KLOEFFER, *Verfassungsänderung statt Verfassungsreform*, Berlín, 1995; U. BERLIT, «Die Reform des Grundgesetzes nach der staatlichen Einigung Deutschlands», a *JöR*, núm. 44 (1996), pàg. 17.

rial: per exemple, la Sentència *Lüth* (E 7, 198 de l'any 1958), la primera Sentència sobre les televisions (E 12, 205 de 1961), la Sentència del cens de la població amb els nous criteris de drets fonamentals sobre la determinació del flux informatiu (E 65, 1 de 1983) o la Sentència de cooperatives (E 50, 290 de 1979). El *BVerfG*, com cap altre Tribunal Constitucional dotat de les seves competències a Europa, ha col·laborat en la formació del consens fonamental a Alemanya i ha produït, en relació amb la reunificació, moltes decisions pacificadores amb un ús sensat del *judicial activism* (per exemple, en la Sentència de la clàusula del 5 per cent a Saxònia, E 82, 332) i del *judicial selfrestraint* (en el judici de reforma de la Llei del sòl E 84, 90). El *BVerfG* ha «complementat» el contracte social i no ha estat fins darrerament que sembla haver caigut en una «crisi» (Sentència del crucifix E 93, 1; Sentència «els soldats són assassins» E 93, 266; Sentència *Sitzblockaden* E 92,1).²⁵ La tradició del vot particular com a «judicatura alternativa» és una prova específica del pluralisme i de la concepció oberta de la Constitució.

2. *Etales del desenvolupament constitucional. Fases temporals*

Les etapes del desenvolupament constitucional es perfilen a continuació des d'una perspectiva temporal i una altra de material. La perspectiva temporal es presenta amb la reserva que tot és «perioditzable»: els «silenciosos» canvis interns i el «temps d'incubació» del desenvolupament constitucional no és subjecte a la història externa dels esdeveniments.

La «prehistòria» de la República Federal d'Alemanya

El concepte «prehistòria» s'ha nacionalitzat.²⁶ Les forces per crear una constitució després de la *tabula rasa* de la capitulació total de maig de 1945 es van expandir ben aviat a l'àmbit d'aquells municipis que havien superat la «preocupació existencial» de la supervivència immediata. Les úniques que fins a cert punt havien romàs moralment «indemnes» foren les dues grans esglésies cristianes. D'aquí es va seguir que, a través dels tractats eclesiàstics i concordats se'ls atribuís un deure específic de participar en la re-

25. H. SCHULZE-FIELITZ, «Das BVerfG in der Krise des Zeitgeistes», a *AöR*, núm. 122 (1997), pág. 1 i seg.

26. J. BECKER (editor), *Vorgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, Munic, 1979.

alitat (constitucional) que s'estava desenvolupant.²⁷ Els primers constituents foren els *länder* (occidentals) on, per cert, la influència de les confessions es trobava més consolidada: Baviera i Hesse. Pràcticament al mateix temps (desembre de 1946) es van dotar d'una Constitució. També els *länder* més «dirigits» com Renània-Westfàlia van desenvolupar un «sentiment del nosaltres». La ràpida constitucionalització dels *länder* després de 1945, la seva promulgació com a «constitucions plenes» (per exemple, novament, Renània-Westfàlia, 1947), permet apreciar el sentit que per a la posterior LF tindrà el federalisme.²⁸ La prehistòria de la LF²⁹ s'accentua amb les següents paraules claus: projecte *Herrenschimsee* de Constitució (1948), Consell Parlamentari de Bonn, aprovació de la Llei fonamental el maig de 1949, ratificació pels parlaments dels *länder* (amb l'abstenció de Baviera, 1949), influència indistinta de les tres potències occidentals d'ocupació i la *no-aprovació* per part del poble alemany (occidental).³⁰

La Llei fonamental: de 1949 fins a 1968

Aquesta fase es caracteritza de la manera següent:³¹ recuperació de la vigència de l'antic dret sempre que no contradigui la LF (art. 123. 1 LF), a la qual cosa s'afegeix el *BVerfG* en la seva discutida decisió de 1957, que afirmava la vigència del concordat del Reich quan, tanmateix, havia negat la vinculació al legislador del *land* (E 6, 309-340). En l'àmbit dels serveis públics fou assumida l'antiga tradició (art. 33.5 i també 131 LF, sobre això *BVerfG* E 3, 5) i en el camp del dret eclesiàstic fou acceptat el sistema de compromisos en la separació entre Església i Estat de l'època de Weimar (140 LF). Fou retardada la vigència d'alguns articles com la igualtat de drets entre home i dona i la lliure circulació d'acord amb la disposició transitòria de l'art. 117 LF i addicionalment mantinguda la seva continuïtat a través

27. Entre la literatura pionera en aquest tema: R. SMEND, «Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz», a *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* (ZevKR), núm. 1 (1951), pàg. 4 i seg.; més tard K. SCHAICH, *Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen, a Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik* (HdBStKi), 2a ed., Berlín, 1996, pàg. 131 i seg.

28. Vegeu B. BEUTLER, *Das Staatsbild in der Länderverfassungen nach 1945*, Berlín, 1973; del mateix autor, «Die Länderverfassungen in der gegenwärtigen Verfassungsdiskussion», a *JöR*, núm. 26 (1977), pàg. 1 i seg.

29. *Vid. JöR*, núm. 1 (1951), pàg. 14 i seg.

30. M. STOLLEIS, «Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit 1945-1949», a *HdBStR*, vol. I (1987), pàg. 173 i seg.; H. HOFMANN, «Die Entwicklung des Grundgesetzes nach 1949», *ibidem*, pàg. 259.

31. En endavant H. HOFFMANN, *ibidem*.

de la «interpretació conforme». Altres elements claus per a la superació de la situació de postguerra a través de les excepcions proporcionades pel constituent foren el retorn dels expulsats i refugiats, la reparació dels danys de guerra, la tramitació de compensacions, etc. (art. 119 fins a 120.a LF). En un esforç social sense precedents (que potser hauria d'haver-se exigít als occidentals en el camí cap a la unitat alemanya de 1990) foren integrats gairebé nou milions de refugiats i expulsats de l'est.

El text de la LF fou complementat també en l'àmbit de la vida política mitjançant la participació electoral relativament alta en les primeres eleccions federals (1949, 1953 i 1957), el desenvolupament d'una específica estabilitat del sistema de govern parlamentari i la «formació» de la «cancelleria democràtica» sota el govern d'Adenauer. Després que l'associació amb l'«Estat del Sud-oest» compost pels *länder* de Baden, Baden-Württemberg i Württemberg-Hohenzollern hagués estat aprovada per plebiscit l'any 1951 (d'acord amb el règim especial de l'art. 118 LF) i després que la població del Sarre hagués rebutjat «l'Estatut del Sarre» (cosa que faria possible l'adhesió d'acord amb l'art. 32.2 LF) va començar una època intensa: 1954, acord per al rearmament de la República Federal amb la conseqüència del restabliment del servei militar obligatori (vegeu els art. 12.a, 17.a, 45.a i 45.b de la LF), prohibició del Partit Comunista d'acord amb la posició del *BverfG* (E 5, 85 i seg.). Pas a pas s'anava desmantellant el dret d'ocupació (1955: entrada en vigor del Tractat sobre Alemanya de 1952) i es dirigia l'«occidentalització» de la República Federal. L'art 24 LF (cessió de drets de sobirania a organitzacions internacionals i a sistemes de seguretat col·lectiva) va obrir la porta a la recuperació de la limitada sobirania pel camí, paradoxalment, de la integració a occident: l'adhesió a la OTAN i a la Unió Europea Occidental s'inscriuen en aquesta tendència, així com la incorporació com a membre de ple dret al Consell d'Europa (1951) i la ratificació vinculant del Conveni de Roma per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals (que estenien un pont cap al desenvolupament de la «cultura dels drets fonamentals»). El Tractat de Roma dels sis membres fundadors de la CEE (1957) —el qual es pot «llegir» avui com el punt de contacte de la cultura jurídica europea que procedeix de Roma— va posar en marxa l'audaç projecte de la integració europea. La presència a Europa va contribuir certament a la legitimació de la jove república.

L'any 1968 la LF havia d'enfrontar-se a una dura prova que només superaria amb la gran coalició (1966-69). Aquell any foren aprovades amb la majoria qualificada de 2/3 parts del Bundesrat i del Bundestag les reformes constitucionals sobre l'Estat d'emergència en un clima de gran politització. El nou dret d'excepció havia d'apaivagar els sindicats i els «cercles d'es-

guerra».³² La revolució de 1968 es va estendre per moltes democràcies occidentals amb les seves formes «extraparlamentàries» de militància i l'aparició de corrents neomarxistes («la marxa sobre les institucions») i va portar la controvèrsia fins a les universitats alemanyes, els fonaments de la qual es van «salvar» pel *BVerfG* (cas de l'ensenyament superior E 33, 78; garantia de la llibertat científica d'acord amb l'art. 5.3 LF). També en el temps de la gran coalició foren aprovats els canvis constitucionals referents a la reforma de les finances i a l'organització de les «tasques comunes» (vegeu, per exemple, art. 91.a i b, art. 104.a LF), amb les quals s'introduïa un fragment de «federalisme cooperatiu» en el text constitucional.

La Llei fonamental de 1969 a 1982

Certament, la LF apareix sempre com el marc en el qual es desenvolupa l'activitat política. No obstant això aquest marc ha anat variant progressivament, bé a través de reformes constitucionals formals, bé a través de transformacions que han tingut repercussions constitucionals directes. L'elecció de W. Brandt a la cancelleria federal la tardor de 1969 va tenir una incidència significativa en aquest sentit. Fou en part celebrada com un «canvi de poder» (el seu lema: «hem d'atrevir-nos a tenir més democràcia»). Fou aleshores que es va iniciar la «nova política de l'Est» (*neue Ostpolitik*) de 1970-1973, amb les etapes d'aprovació dels tractats de l'Est (amb la Unió Soviètica i Polònia: 1972) i els «tractats dels fonaments» (*Grundlagenvertrages*) amb la RDA (1972), el qual fou admès pel *BVerfG*, corroborant així el mandat jurídic de la reunificació derivat del preàmbul i de l'art. 146 LF. Aquesta sentència fou, en veritat, una «decisió constitucional».

La Llei fonamental de 1982 a 1989

Aquest espai de temps s'inicia amb la caiguda del canceller federal H. Schmidt a través de la per primera vegada exitosa moció de censura constructiva (*konstruktive Misstrauenvotus*) presentada per H. Kohl d'acord amb l'art 67 LF. Als ulls de la LF és un camí «normal» de canvi de govern. Es volia aprendre de les experiències negatives del temps de Weimar. En

32. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1995, pàg. 300 i ss.; H. HOFFMANN, *op. cit.*, pàg. 292 i seg.

general, des de moltes perspectives, la LF ha estat concebuda com una «contra constitució» de Weimar. Paraules claus són «la democràcia defensiva» (d'acord amb els art. 18 i 21.2 LF), la revalorització dels DF (per exemple, art. 1.3 LF) i l'enorme ventall de competències del *BVerfG*. Els pares i les mares de la LF tenien consciència d'«argumentar» amb Weimar a través de la seva obra. Des del punt de vista de la teoria constitucional, la LF es definiria com a plantejament «científicoexperiencial».

La Llei fonamental com a constitució de la República Federal unida: de 1990 fins avui

La caiguda del mur de Berlín (9 de novembre de 1989) ens va sorprendre i encara avui és motiu d'alegria. Prèviament, l'obertura de fronteres d'Hongria i els «moviments ciutadans» de l'Alemanya oriental van introduir el lema «nosaltres som el poble» («nosaltres som *un* poble») i van aconseguir provocar el col·lapse pacífic del règim del SED³³ i del seu «Estat tutelat». La història (mundial) s'havia accelerat aquell *annus mirabilis* de 1989 de manera frenètica. El març de 1990 es van produir a l'«encara RDA» les primeres eleccions lliures. El juny de 1990 entrava en vigor el Tractat sobre la unió econòmica, monetària i social. El 23 d'agost es presentava a la Cambra del Poble de la RDA l'ingrés a la RFA d'acord amb l'art. 23.2 LF. El 29 de setembre de 1990 va entrar en vigor el Tractat de la unió, i poc temps abans havia estat subscrit el Tractat «dos més quatre» (RFA, RDA i les potències vencedores de la II Guerra Mundial). El 3 d'octubre fou celebrat com el dia de la unitat alemanya, que substituïa el 17 de juny com a dia festiu en memòria de la sagnant repressió de 1953 contra els treballadors a la RDA. El 2 de desembre van tenir lloc les primeres eleccions del conjunt d'alemanys i del Berlín unit.

En l'opinió pública política i científica es van produir el març de 1990 controvèrsies crispades. L'adhesió s'havia aconseguit sota el lideratge del canceller H. Kohl i a través de l'art 23.2 LF. La premsa fou un argument a favor d'aquesta opció. En l'«hora» de la unificació no fou necessària l'«hora» d'una nova constitució, encara que en aquest cas s'hagués pogut treballar sobre la base d'una «confirmada» LF (en el seu dia, val a dir, la Constitució de Weimar fou aprovada en molt pocs mesos). El preu és prou conegut.³⁴ El Tractat d'unificació de 1990 tenia, sobretot respecte a la seva estructura,

33. *Sozialistische Einheitspartei Deutschlands* (Partit Socialista Unificat d'Alemanya).

34. W. SCHÄUBLE, *Der Vertrag*, Stuttgart, 1992; K. STERN i B. SCHMIDT-BLEIBTREU, *Verträge und Rechtsakte zur Deutschen Einheit*, Munic, 1990.

bastants dèficits i potser massa solucions a curt termini sense que la «unificació interna» hagués estat completada. També la LF com a Constitució de l'Alemanya reunificada hauria d'haver tingut el seu referèndum.

IV. ETAPES DEL DESENVOLUPAMENT CONSTITUCIONAL DES D'UNA PERSPECTIVA CIENTIFICOCULTURAL

1. *El desenvolupament de la «cultura» dels drets fonamentals a la RFA*

El procés intensiu i extensiu de desenvolupament de la LF es va efectuar des del principi en el camp dels drets fonamentals. Són avui, juntament amb el principi de l'Estat de dret, el fill més estimat dels alemanys (com ho demostra, per exemple, la popularitat del recurs d'empara (*Verfassugsbeschwerde*), art. 93.1.4.a LF). Preparat amb la teoria de Dürig sobre «el sistema de valors de drets fonamentals», el *BVerfG* ha desenvolupat un per un pràcticament tots els drets fonamentals importants —com ara la dignitat humana o la igualtat (art. 1 i 3 respectivament—, però també els ha concebut com a fragments d'una «teoria general dels drets fonamentals»). Existeix una específica «cultura dels drets fonamentals» alemanya que en ocasions fins i tot ha estat exagerada (no queda lliure d'aquesta observació la Sentència del *BVerfG* 65, 1, cas «cens de la població»).

2. *La construcció del principi de l'Estat social*

Totes les forces estatals van intervenir en la construcció del principi de l'Estat social (art. 20 i 28 LF): en primer lloc el poble amb l'acceptació dels milions de refugiats després de la guerra; després el legislador amb, per exemple, la regulació de les conseqüències de la guerra com a part d'un sistema social més ampli (cosa similar a allò que Bismarck ja havia fet) —així, la creació de fons de compensació o la «renda dinàmica» sota Adenauer (1957)—; en tercer lloc tenim també el Tribunal Administratiu Federal (*BVerwG*) a Berlín, que va admetre una petició d'assistència (això és, el mínim existencial) i el *BVerfG*, que va perfilar pas a pas la teoria de l'Estat social (per exemple, E 40, 121; 59, 231), i, finalment, la doctrina a través de les propostes teòriques que va proporcionar.³⁵ Actualment està de moda dis-

35. Vegeu per tots E. FORSTHOFF i O. BACHOF, «Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates», a *VVDStRL*, núm. 12 (1954), pàg. 8 i seg., pàg. 37 i seg.; H. HOFFMAN, «Ges-

cutir sobre la reforma del concepte d'Estat social de dret concebut per H. Heller, per bé que l'estabilitat, l'atractiu de la nostra república, el «miracle econòmic» de l'«economia social de mercat» endegada per L. Erhard i la pau social aconseguida entre sindicats i associacions d'empresaris, són reals gràcies a aquest.

3. *La democràcia liberal i les successives «reformes parlamentàries» (el canvi de poder de l'era Kohl a la coalició roig i verda)*

La «democràcia liberal» es consolida a la postguerra en primer lloc a través de la prohibició de l'SRP³⁶ i del KPD³⁷ (BVerfG 2, 1 i 5, 85 respectivament), però sobretot gràcies a l'acceptació general de la democràcia en el fur intern dels ciutadans alemanys. La LF coneix fonamentalment la democràcia representativa, no la democràcia directa (cosa diferent d'allò que s'esdevé als setze *länder*). La participació a les eleccions del Parlament és fins avui relativament alta. L'estabilitat fou garantida, d'altra banda, amb el sistema electoral (sistema proporcional amb elements d'elecció personal), la «majoria del canceller» (no expressament garantida com a tal a la LF) i la clàusula del 5%. Diu bastant a favor de la «franquesa» del sistema que aquesta clàusula hagi estat repetidament superada pel partit dels Verds (per primera vegada l'any 1983). Certament, la «partitocràcia» ha conduït a processos problemàtics en el sistema de finançament estatal dels partits que han estat successivament corregits pel BVerfG (vegeu E 20, 56 també E 24, 300 i, especialment, E 73, 40). És difícil decantar-se en la valoració del sistema de partits: els partits (sovint tan criticats en l'actualitat) han complert, d'una banda, una gran funció d'integració, malgrat que en el cas de la Reunificació (1989-1990) reduïssin els «moviments ciutadans» de l'Alemanya Oriental a la marginalitat.

Unes consideracions sobre la reforma del Parlament: sempre fou reclamada una «gran» reforma, però només s'han efectuat, pas a pas, «petites» reformes.³⁸ Alguns exemples són la designació de les «comissions *enquete*» del

chichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaates», a *Der Staat*, núm. 34 (1995), pàg. 1 i seg.; E. SCHMIDT-ASSMANN, «Der Rechtsstaat», a *HdStR*, vol. I (1987), pàg. 987 i seg.

36. *Sozialistische Reichspartei* (Partit Socialista del Reich, d'extrema dreta).

37. *Kommunistische Partei Deutschlands* (Partit Comunista d'Alemanya).

38. Vegeu H. P. SCHNEIDER i W. ZEH (editors), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín/Nova York, 1989; S. LEMKE-MÜLLER, «Zur Parlamentsreform im Deutschen Bundestag: Mehr Transparenz, Öffentlichkeit und Effektivität», a *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 27/96, pàg. 3 i seg.

Bundestag i les demandes per aconseguir una «major publicitat» (*Hearing* públics, revelació de les activitats addicionals que realitzen els parlamentaris, etc.). El *Bundestag* és considerat un «parlament treballador». Malgrat que els «plens buits» no siguin cap raresa, la major part del treball es realitza a les comissions. L'any 1998 es va difondre l'expressió crítica de «parlament de Govern» (A. Vollmer). El *Bundesrat* (art. 50 LF) es caracteritza per exercir una tasca particularment «professional». El projecte *Blockade* a Saxònia i la reforma impositiva a l'era Kohl així ho posen de manifest.

La calma i la normalitat del traspàs de poder de H. Kohl a la coalició Roig i Verda la tardor de 1998 mostra com és de sòlida la cultura política a l'Alemanya democràtica.

4. *Línies de desenvolupament del federalisme i la «resurrecció» dels nous länder*

El federalisme pertany a la història sortosa de la LF. El secret de la seva eficàcia rau no sols en com es preserva, sinó també en el seu progrés dinàmic. Els *länder*, que l'any 1949 eren particularment forts, van iniciar posteriorment una silenciosa però apreciable tendència a la unitarització que K. Hesse va batejar l'any 1962 amb el concepte d'«Estat federal unitari». En l'eix temporal es diferencien el «*separative federalism*» del federalisme cooperatiu (art. 91.a , 91.b LF d'acord amb la reforma de 1969). En paral·lel a això, en el procés actual de reunificació destaca el «federalisme fiduciari», amb el qual ens referim a la responsabilitat intensiva i conjunta sobre els cinc nous *länder* que els *länder* occidentals han assumit, en una fase transitòria, per a la consolidació de la unitat d'Alemanya (el treball conjunt es palpa en conceptes com la «construcció de l'Est», el programa de consolidació federal i la contribució solidària: el volum de finançament de 150 bilions de marcs que ara com ara cada any es transfereixen de l'oest a l'est). Recentment els *länder* han reforçat les seves posicions. Es parla avui de «refederalització», de «federalisme substantiu» en comptes de federalisme cooperatiu; això també és palpable en les reformes constitucionals, que preveuen el retorn de certes competències als *länder* (per exemple, art. 72.2 i 75.6 LF), en relació amb aquestes reformes s'inscriu sobretot el nou article «europeu» (art. 23 LF, vegeu paràgrafs 2 fins al 7). La «resurrecció», l'any 1990, dels cinc nous *länder* és pràcticament un «miracle» (es palpa, per exemple, en l'ús dels escuts i les banderes). Havien «hivernat» la seva riquesa cultural sota el bloc de formigó del marxisme-leninisme (el Leipzig de Bach, la Weimar de Goethe, la Marca de Brandemburg de Fontane).

5. *La unitat europea considerada científicoculturalment, la República Federal com un «Estat constitucional europeu»*

L'europeïtzació del dret constitucional alemany és l'última etapa de l'eix temporal. A la Constitució s'ha fixat progressivament aquest principi. Ben aviat Itàlia va emprendre a través de l'art. 11 de la seva Constitució el camí cap a «l'estatalitat oberta». Només així serien possibles els tractats de Roma de 1957. La LF també va incloure l'any 1949 un article similar (el 24 LF), que seria utilitzat després sota el concepte d'«Estat constitucional cooperatiu». La integració de la RFA en els sistemes de defensa i seguretat occidentals van fer suportable la divisió alemanya i van proporcionar als grans optimistes, a la vegada, la «utopia de la Reunificació», que quedava, en concret, establerta al preàmbul i a l'art. 146 LF. Després de la seva execució, en el lloc de l'antic article 23 LF (que preveia l'adhesió de nous territoris a la RFA) es col·loca simbòlicament el nou article europeu, car la unitat alemanya i la unitat europea són dues cares de la mateixa moneda. Així, també en el camí d'aquesta unitat hem de lluitar per la consumació de la «unitat interna». Després de Maastricht (que fou confirmat pel *BVerfG* en una discutible decisió «*Maastricht-Urteil* (E 89, 155)» i sense referèndum a diferència de França o Dinamarca)³⁹ esperem l'entrada en vigor del Tractat d'Amsterdam i «l'espai públic europeu» que presumiblement s'hi consolidarà. Els estats de la Unió Europea, entre ells, no han de ser més «l'estranger»! No és només la perspectiva de l'Europa dels quinze el que hem de mantenir, sinó també el dret europeu en sentit ampli, això és, el Consell Europeu i l'OSCE amb els seus convenis fonamentals, com el CEDH, la Carta de París (1990) i la Carta de Copenhaguen, respectivament. Europa és un fragment en la comprensió de l'Estat i de la Constitució d'Alemanya. Certament hi ha raigs d'esperança però també hi ha tristes ombres. Tot indica, no obstant això, que l'Alemanya reunificada només es pot legitimar com un estat constitucional més en unió amb els altres països.

V. REPÀS

Una valoració dels cinquanta anys de la LF ha de debatre la gran influència que la LF ha tingut arreu d'Europa. Així com en la «prehistòria» i el «nai-

39. Entre la doctrina crítica: J. SCHWARZE, «Europapolitik unter deutschem Verfassungsvorbehalt», a *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), (1994), pàg. 1 i seg.; J. H. WIELER, «Der Staat über alles», a *JöR*, 44 (1996), pàg. 91 i seg.; G. Hirsch, «EuGH und BVerfG, Kooperation oder Konfrontation?», a *NJW* (1996), pàg. 245 i seg.

xement» la LF es trobava vinculada al ressò internacional d'altres constitucions,⁴⁰ han estat també molts els principis constitucionals que ha proporcionat «cap enfora». Aquesta influència és perceptible en la Constitució de Grècia (1975), de Portugal (1976) i d'Espanya (1978), però en particular, des de l'«hora mundial de l'Estat constitucional» ençà, els seus efectes s'han expandit cap a l'est d'Europa. Els processos de (creació) recepció de textos i teories constitucionals no sols es van promoure amb l'assessorament d'un grapat de teòrics de l'Estat alemany; hi va contribuir també la judicatura i el fòrum de jutges constitucionals europeus. Al costat d'aquests primers processos informals de recepció actuen els dos «tribunals constitucionals europeus»: el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) a Estrasburg i el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (TJCE) a Luxemburg. A partir de la vinculació d'aquest darrer als textos de Maastricht (1992) i d'Amsterdam (1997) s'arriba a múltiples processos de recepció i de producció normativa relacionats amb l'Estat de dret, la dogmàtica dels drets fonamentals, la Constitució dels mitjans de comunicació plurals, el dret de partits i la jurisdicció constitucional. Els elements produïts per la cultura constitucional europea comuna enriqueixen el contingut del dret europeu de la Unió Europea en sentit estricte i el del Consell Europeu i de l'OSCE en sentit ampli. Es pensa, a més, en aspectes de drets de les minories (Hongria, Letònia) o de la Carta europea per a l'autonomia local (1985). La LF condueix, des d'aquest sentit extens del «donar» i el «rebre», l'Estat constitucional. La LF viu, en definitiva, en la profunditat d'un espai públic europeu, el qual, primàriament, depèn de l'art i la cultura i, fins ara, per desgràcia, només puntualment de la política.

Per bé que la «història exitosa» de la LF és considerable [últimament la seva influència és visible en relació amb la Constitució de Polònia i Ucraïna (1996), així com en la de Sud-àfrica (1997)], no es poden menystenir alguns dèficits ni algunes reformes fins ara incompletes. En primer lloc, cal treure a col·lació el problema cultural específic en el procés de la unitat alemanya. Es discuteix sovint argumentant que després del bon resultat «estatalitzador» cal impulsar la «unitat interna». Així, mentre que en la divisió dels alemanys la llengua i la cultura fou l'únic reducte comú que subsistia, l'urgent unitat monetària, econòmica i social durant i després de 1990 seria la nostra (única) «unió cultural». Els articles culturals del Tractat d'unificació (per exemple, art. 35 i 38) són clarament insuficients. La tan citada «mort cultural» dels nous *länder* (en els textos dels quals es diferenciava

40. Vegeu U. BATTIS, E. G. MAHRENHOLZ i D. TSATSOS (editors), *Das Grundgesetz im internationalen Wirkungszusammenhang der Verfassungen*, Berlín, 1990.

modèlicament la nova cultura constitucional alemanya) conduí a la ràpida substitució de la cultura de la subvenció dirigida estatalment per l'economia de mercat, que fou rebutjada finalment perquè no s'adequava a la realitat (sigui per raons financeres, sigui per qüestions de «mentalitat»). Des de la perspectiva de l'sponsor cultural es recorden vagament els deures irrenunciables de pròcura cultural (i no només en els *media*).

Els problemes de reforma que la teoria de la Constitució com a ciència de la cultura pot esmentar es troben a l'ordre del dia: cal vetllar per un «patriotisme» cultural europeu que en part s'ocupi de col·locar, en el terreny cultural, cada nació en el lloc corresponent i que faci viure Alemanya (amb el seu nacionalisme de *Deutsche Mark* (Habermas) oblidat des de l'euro) com una «Alemanya europea» (Thomas Mann). Això exigeix un canvi en els àmbits d'identitat i d'identificació emocionals i racionals. El mateix val per a la suposada reforma (i també problema cultural) del dret de nacionalitat (paraula clau: doble nacionalitat, alleugerir l'obtenció de la carta de naturalesa), així com per a la moltes vegades reclamada «cultura del record» (paraula clau: monument de l'Holocaust a Berlín, controvèrsia I. Bubis i M. Walser). Els deures i les possibilitats de l'Estat constitucional encara són molt limitats, com s'esdevé en el reconeixement intern de l'Islam (per exemple, com a assignatura regular a les escoles). Europa en conjunt ha de treballar amb l'Islam en un «Euro-islam» constitucionalitzat i això vol dir un islam tolerant (encara que aquests «deures» de la LF es trobin postposats). A l'Estat constitucional alemany europeu hi ha també massa ombres a causa de l'alt índex de desocupació. L'atur d'alta durada fa perdre un fragment d'identitat com a persona. L'aturat arriba, en el fons, a pensar que constantment es troba «acomiatat» i expulsat del «contracte social» i dels processos de socialització cultural.

És durant l'aniversari de la Constitució que s'han de tractar aquests problemes. Només aleshores arribarem a dibuixar, d'aquí a cinquanta anys, una altra imatge positiva de la Llei fonamental alemanya i podrem escriure un nou capítol de la teoria de la Constitució com a ciència de la cultura.

CONSTITUTION THEORY
AS A CULTURAL SCIENCE
IN THE EXAMPLE OF THE 50TH
ANNIVERSARY OF THE BASIC LAW

Peter HÄBERLE

The theory of the constitution as a cultural science is a product of the comparative analysis of constitutions in space and time. They are analyzed as a reflection of the cultural development of a community, which expounds its model for living, its past and its vision of the future.

The specific case of the Basic Law (BL)(1949) answered the needs of Germany in the wake of the national socialist period, and arose out of the federal spirit captured in the German *Länder*, which existed prior to the BL. The BL features elements of earlier constitutions and has served as a model for a number of later ones (those of Greece, Spain and Poland). It attaches a great deal of importance to human dignity and all those aspects that contribute to its realization (10 areas are mentioned, including freedom on the basis of culture, environmental protection, education, national sovereignty and the protection of minorities).

Over the past 50 years, the BL has gone through several stages demanding changes and alterations according to the historical moment: Germany's recovery of sovereignty and the experiment of the broad coalition (1949-68), the policy of rapprochement with the East (1969-1982), the consolidation of a robust democracy (1982-1989), and the reunification without a new constitution (1990 to the present).

TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN
COMO CIENCIA DE LA CULTURA
EN EL EJEMPLO DE LOS 50 AÑOS
DE LA LEY FUNDAMENTAL

Peter HÄBERLE

La teoría de la constitución como ciencia de la cultura es producto de un análisis comparativo de las constituciones en el espacio y el tiempo. Y éstas se analizan como reflejo del desarrollo cultural de una comunidad, que expone su modelo de vida, su pasado y su proyecto de futuro.

El caso concreto de la Ley fundamental (LF) (1949) responde a las necesidades de Alemania tras la etapa nacionalsocialista y surge del espíritu federal plasmado en las constituciones de los *Länder* alemanes (previas a la LF). La LF recoge elementos de constituciones anteriores y sirve de modelo a algunas posteriores (las de Grecia, España y Polonia) y concede gran importancia a la dignidad humana y a todos los aspectos que contribuyen a su realización (se mencionan diez ámbitos, entre los cuales la libertad originada en la cultura, la protección medioambiental, la educación, la soberanía nacional y la protección de minorías).

Durante los últimos cincuenta años, la LF ha pasado por diferentes etapas con exigencia de cambios y variaciones según el momento histórico: la recuperación de la soberanía de Alemania y el experimento de una gran coalición (1949-68), la política de acercamiento al Este (1969-1982), la consolidación de una democracia robusta (1982-1989), la reunificación sin una nueva constitución (a partir de 1990).

Overall, the constitutional development from a scientific-cultural viewpoint can be assessed as positive: human rights, social peace, federalism, the welfare state. However, certain shortfalls should also be noted: the mercantilization of unification, the integration of foreign residents, unemployment. The current framework is no longer Germany but Europe, and in this new context, constitutional development occurs on a European scale.

El balance del desarrollo constitucional desde una perspectiva científico-cultural es positivo: derechos del hombre, paz social, federalismo, estado del bienestar. Pero también cabe señalar algunos déficits: la mercantilización de la unificación, la integración de los extranjeros, el desempleo. El marco actual ya no es Alemania sino Europa, y en este nuevo contexto, el desarrollo constitucional tiene lugar a escala europea.