

Denninger, Erhard, y Grimm, Dieter:
Derecho constitucional para la sociedad multicultural
(Edición y traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez)
Editorial Trotta, Madrid, 2007, 69 pp.

El libro objeto de nuestra recensión es un breve opúsculo, escrito por dos Catedráticos alemanes de Derecho público¹, en el que, sucintamente, tratan de exponerse las nuevas bases metodológicas y los enfoques que, según la visión de sus autores, los estudiosos del Derecho constitucional están obligados a adoptar en el mundo de nuestros días. Si el siglo XX fue el del Estado social y democrático de Derecho², vienen a decirnos como síntesis, el siglo XXI se ha abierto sobre unos supuestos renovados que conducen al replanteamiento de nociones clásicas como Estado, soberanía, democracia o derechos fundamentales, en atención a la aparición de un nuevo predicado en las sociedades de nuestro tiempo: la multiculturalidad, el pluralismo religioso, étnico y cultural derivado, sobre todo, de los movimientos migratorios.

Ya la *Introducción* del Prof. Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ comienza con una cita de Konrad HESSE, del año 1999, que nos permitimos reproducir porque apunta al nudo de la cuestión: «nos nutrimos con el ajuar de ideas de un mundo que ya no es el nuestro»; «el mundo del Estado nacional soberano [...] ha entrado en su ocaso. La Historia ha continuado su marcha alejándose de los terrenos donde arraigaba, que hasta ahora servían como sustrato seguro de la teoría del Estado y de la Constitución». En efecto, las sociedades desarrolladas del año 2008, pero también realidades globales insoslayables, según nos avisa el introductor y traductor de la obra, modifican las pre-condiciones

* Letrado de la Asamblea de Madrid.

¹ Erhard Denninger es Catedrático emérito de Derecho público y Filosofía del Derecho en la Johann Wolfgang Goethe-Universität de Francfort del Mein; Dieter Grimm, Catedrático emérito de la Humboldt-Universität de Berlín, ha sido Magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán (1987-1999). En la *Introducción* se da cuenta de su obra traducida y editada en castellano y de los agradecimientos del autor de aquella y traductor de los escritos aquí presentados. Puede completarse dicha información en los enlaces <http://www.trotta.es/ShopPersona.aspx?ID=958>, sobre el Prof. DENNINGER y <http://www.trotta.es/ShopPersona.aspx?ID=121>, sobre el Prof. GRIMM.

² Es esa la fórmula proclamada en el artículo 1.1 de nuestra Constitución de 27 de diciembre de 1978, como conformadora del Estado en que, con ella, se constituye España.

en las que se fundaba la Ciencia del Derecho constitucional y erigen, de este modo, un reto de considerable envergadura a sus cultivadores; y ello por las modificaciones sustanciales en las siguientes tres premisas:

— **La subordinación del Derecho constitucional a la noción de Estado.**—partiendo de la vinculación fundamental que la ciencia alemana del Derecho público ha ido labrando entre los conceptos de Constitución y de Estado, y, por ende, entre sus respectivas disciplinas teóricas, con una «centralidad» del Estado en el Derecho político que se refleja en el nombre que recibe esta vasta rama jurídica, *Staatsrecht* o Derecho del Estado —lo que supera las divisiones que conocemos en otros países europeos, trazadas entre Derecho constitucional y administrativo en razón del objeto de sus intereses intelectuales e investigadores³—, el Prof. GUTIÉRREZ describe las raíces históricas de que el Derecho constitucional siempre se haya nutrido, en Alemania, de la segunda de esas ideas, hasta el punto de conferirle supremacía sobre la primera o, mejor, «frente al *proyecto constitucional*».

No son otras que el azaroso decurso del *Reich* en el siglo XIX, ya vaticinado por HEGEL en el conocido comienzo de la *Introducción* a la *Crítica de la Constitución de Alemania* —«Alemania ya no es un Estado»—, pero también de la insuficiencia nacional del Estado regido por la *Grundgesetz* de 1949, que la Constitución no se muestra capaz de subsanar, como tampoco lo es de satisfacer plenamente las pretensiones de que el Estado es portador. Así, si problemas jurídicos como el habido en torno al concepto formal o material de ley (LABAND, JELLINEK⁴) al hilo de los presupuestos militares prusianos, se relacionarían colateralmente con el problema así enunciado, la teoría schmittiana⁵ vendría a suponer el corolario de esa prolongada línea doctrinal que supedita la Constitución a la decisión política fundamental del Estado como «unidad política preexistente», al aparecer como emanación de ésta. Esta tendencia prosigue y, en algún caso, se acentúa en la publicística alemana de la segunda mitad del siglo XX (FORSTHOFF, BÖCKENFÖRDE, ISENSEE y KIRCHHOFF), siempre con la nota común de esa *primacía metafísica y espiritual* que el Estado ostenta sobre la Norma Fundamental.

³ Para las primeras doctrinas sobre la personalidad jurídica del Estado y el Estado de Derecho en Alemania, *vid.* TRUYOL Y SERRA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, 3. *Idealismo y positivismo*, Alianza, Madrid, 2004, pp. 121-123 (STAHL) y pp. 286-287 (VON MOHL). En España, recuérdese la conocida polémica entre Lucas VERDÚ, «El Derecho constitucional como Derecho administrativo», *RDP*, 13, marzo 1982, pp. 7-52; y GARCÍA DE ENTERRÍA, «El Derecho constitucional como Derecho», *RDP*, 15, septiembre 1982, pp. 7-20, a propósito de la obra de este último, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1982, en cuya nota preliminar se da cuenta de dicha controversia (la nota se reproduce asimismo en la 4.ª ed., Civitas, Madrid, 2006).

⁴ Cfr. Paul LABAND, *Derecho presupuestario*, estudio preliminar de Álvaro RODRÍGUEZ BEREJO, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1979, edición y traducción del *Budgetrecht* de 1871, procediendo a una elaboración sistemática de su teoría en su *Derecho público del Imperio Alemán* (*Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1.ª ed., 3 vols., 1876-1882); Georg JELLINEK, *Gesetz und Verordnung (Ley y Reglamento)*, Friburgo, 1887. Podemos encontrar una breve aunque completa explicación de esta construcción dogmática en De Otto y Pardo, 2.ª ed., 7 reimpr., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 168-179.

⁵ Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, pres. y trad. de Francisco AYALA, Alianza, Madrid, 1982.

A todo lo anterior se contraponen la evidencia de que la República de Bonn, fraguada sobre las ruinas del horror nacionalsocialista y la derrota de Alemania en la Segunda Guerra Mundial, difícilmente podía abanderar una *identidad nacional* reconocible diferente de la *identidad estatal* constitucional y democrática⁶, que encarna una especie de legitimidad bien distinta. Con ello se correspondería una estirpe teórica de signo inverso, que tendría su cabecera en la doctrina del Estado como integración de Rudolf SMEND⁷, seguido de promotores más recientes de la noción de Constitución como capital para, desde ella, desarrollar una determinada y precisa concepción del Estado (Konrad HESSE, Peter HÄBERLE); y que es recibida por DENNINGER cuando liga dialécticamente ambas para, a la postre, dar lugar al *Estado constitucional*.

— **La Constitución del Estado social y democrático de Derecho como referida al proceso de integración social.**—si esa aparente contradicción no empuja el carácter de *unidad* subyacente a uno y otro concepto, el propio carácter temporal de éstos no ha impedido a algunos autores, DENNINGER entre ellos, elevar la garantía constitucional de ese tipo de Estado por encima de cualesquiera contingencias para, subraya el Prof. GUTIÉRREZ, «postular su pretensión de vigencia [...] como conceptos normativos eventualmente más allá del Derecho positivo»; mientras que otros, como GRIMM, cuestionan el constitucionalismo si éste ha de arraigar, precisamente, en ese humus histórico.

Así las cosas, el contexto de la obra aquí comentada radica en la paradoja según la cual el Estado constitucional, partiendo de supuestos que le preexisten, ha de renunciar a garantizar los mismos sin riesgo de perder su esencia *liberal-democrática*: para que pueda conservarla, debe aceptar cuanto se dirija a quebrar su homogeneidad *nacional* de principio. Esto es cierto desde la emergencia de la cuestión social, glosada aquí con las reflexiones de Hermann HELLER sobre la «garantía universal de las condiciones materiales básicas para el ejercicio de la libertad», concretadas justamente en el Estado social jurídicamente ordenado desde la Constitución.

— **La democracia y los derechos fundamentales, grandes postulados del Estado constitucional.**—sin embargo, todo lo anterior pertenece a un estadio de la evolución del Estado constitucional, si no en trance de superación, sí de modulación y evolución ante el «reto de la multiculturalidad»: a la cuestión social sucede una profunda modificación del marco cultural que obraba como trasfondo o asiento de ese Estado y del principio demo-

⁶ Postulándose desde 1979, con ocasión del trigésimo aniversario de la Ley Fundamental de Bonn, el concepto de *patriotismo constitucional* por Dolf STERNBERGER y Jürgen HABERMAS, como describe nítidamente para el público español, en una obra de síntesis, VELASCO ARROYO, *Para leer a Habermas*, Alianza, Madrid, 2003. Véase la recensión de este libro, realizada por quien escribe estas líneas, en *Asamblea*, 16, junio 2007, pp. 399-413; así como la bibliografía allí citada.

⁷ *Constitución y Derecho constitucional*, trad. de José M.^a BENEYTO PÉREZ, CEC, Madrid, 1985; una idea refutada por Hans Kelsen: cfr. *El Estado como integración. Una controversia de principio*, estudio preliminar y trad. de Juan Antonio GARCÍA AMADO, Tecnos, Madrid, 1997.

crático, de suerte que Estado y Constitución han visto hondamente transformada su misión integradora.

Es así como DENNINGER, siguiendo la filosofía jurídico-política habermasiana, propugna la capacidad legitimadora de los procedimientos y la autodeterminación normativa del hombre-ciudadano sobre los clásicos supuestos kantianos en los que enraíza el Estado constitucional desde sus orígenes, para de este modo arribar a la integración como resultado conquistado en la Historia, que hoy se traduciría en la extensión de las posibilidades —y los derechos— de participación democrática igual a todos⁸. En sentido similar, GRIMM⁹ ha estudiado el rol capital y a la vez multiforme de éstos en ese renovado contexto en el que han de proyectar su eficacia, bien mediante la adaptación de la clásica cláusula igualadora del Estado social, bien en el ámbito institucional, por medio del reconocimiento de las minorías como presupuesto de la convivencia, mediante políticas de *affirmative action* u otras que, en suma, no pierdan de vista el propósito final de la integración social. De inmediato analizaremos los escritos de ambos Profesores, aquí agrupados bajo una rúbrica y un pórtico común.

El estudio de Erhard DENNINGER lleva por título *Derecho y procedimiento jurídico como engranaje en una sociedad multicultural*, y su publicación original data de 2005; en él se pregunta, como ya hemos anticipado, «por la productividad jurídica y el papel integrador que corresponde a los conflictos sociales canalizados mediante un proceso y por las condiciones elementales de unos procedimientos jurídicos *ideales* desarrollados entre seres libres e iguales». La cuestión se escinde, a efectos expositivos, en los tres siguientes apartados:

— **La pregunta de Tocqueville. Europa como espacio del Derecho.**—el autor sitúa aquí a Alexis DE TOCQUEVILLE como el mejor indagador de los factores de unidad de una sociedad democrática, cuando enuncia los tres elementos que, aunados, confieren estabilidad a las instituciones de los

⁸ En España, a falta de un tratamiento explícito de la inmigración en la Constitución, más allá del reflejo colateral que supone el artículo 13 de la CE, único que ha sido objeto de reforma —la de 27 de agosto de 1992 en su ap. 2—, la doctrina lleva algún tiempo ocupándose de este fenómeno desde una perspectiva constitucional, con especial énfasis en la participación política de los inmigrantes y en su integración social. Así lo atestigua la aparición de publicaciones científicas específicas, como la *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, números monográficos como el de *Arbor. Ciencia, pensamiento y cultura*, 713, *Políticas migratorias y justicia* (ed. de Juan Carlos VELASCO ARROYO), 2005, o series como la de la Colección Foro del CEPC, con títulos como DE LUCAS MARTÍN y Díez BUESO, *La integración de los inmigrantes*, CEPC, Madrid, 2006; o SANTOLAYA MACHETTI y REVENGA SÁNCHEZ, *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, CEPC, Madrid, 2007. Desde una visión más amplia y a título de ejemplo, *vid.* ALÁEZ CORRAL, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, CEPC, Madrid, 2006; o DE LUCAS MARTÍN, «La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 13, 2006, <http://www.uv.es/CEFD/13/delucas.pdf>.

⁹ Autor de *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, con estudio preliminar de Antonio LÓPEZ PINA y trad. de Raúl SANZ BURGOS y José Luis MUÑOZ DE BAENA SIMÓN, Trotta, Madrid, 2006. En esta obra, GRIMM elabora una teoría de la Constitución desde una perspectiva histórica, partiendo de los orígenes del constitucionalismo moderno y desembocando en la conocida concepción de la doble faz o dimensión de los derechos fundamentales, esto es, su consideración como una realidad institucional que encarna un orden de valores, más allá de su clásica caracterización como derechos subjetivos.

EEUU: los recursos naturales, las leyes y *les mœurs* entendidos como «el conjunto de la situación moral e intelectual de un pueblo»¹⁰, enumerados de menor a mayor importancia.

Es una jerarquía que encuentra confirmación, en el momento en que se escribe el trabajo, en los valores y los fines consagrados en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, hoy en el Tratado de Lisboa¹¹; fruto, unos y otros, de la decantación, de la «síntesis histórica de seculares tradiciones culturales, religiosas y humanísticas». Con ello, se habría cancelado la separación entre las *leyes* y los *principios* que, en sus distintas concepciones, había propuesto el jurista y político francés como determinantes de la integración social y política, en este caso de Europa, que eleva los derechos fundamentales y el respeto al Derecho a la máxima categoría axiológica y que se ve en la obligación de resolver, justamente por medio de su Derecho, tanto los *conflictos de reconocimiento* como las *luchas por la distribución*, con la comprensión de ambos en el sentido sugerido en el texto.

— **¿Integración? Consenso y conflicto.**—en este epígrafe, DENNINGER comienza remarcando la distancia entre las concepciones sobre el papel del Derecho y sus contenidos para la consecución de uno de los fines de la Unión Europea: el establecimiento y garantía del «espacio de libertad, seguridad y justicia»; y lo vincula con la pregunta sobre el contenido del «engranaje común», que como función se supone debe ejercer el Derecho constitucional. Esto es, se trataría de averiguar el grado de consenso necesario o de conflicto soportable para la preservación de la integración, política y normativa, en una sociedad genuinamente democrática como la conformada en los países miembros de la UE y aun en la misma «sociedad europea»¹².

Para el autor, la respuesta que aportan los propios Tratados comunitarios al proclamar sus fines y valores, resultando en exceso vaga y merecedora de interpretaciones variadas, no por ello pierde utilidad en la más absoluta proscripción, moral y jurídica, de la barbarie tal como la conocemos en las guerras que asolan, por ejemplo, África, o, sin duda, la vivida la década pasada en el corazón de nuestro Continente. Por lo demás, si, en Alemania, la doctrina del Derecho público sigue buscando sustento en una legitimación clásica sustentada en los «grandes relatos» y en el «anhelo de síntesis», esta inclinación hacia el consenso se ha visto contrapesada por el rol integrador de los conflictos jurídicamente delimitados por el Derecho, dando lugar a una concepción de la Constitución desligada de esa tradicional superioridad del Estado, y germen, a su vez, de virtudes cívicas; y ello aunque tales conflictos versen sobre lo divisible y susceptible de reparto o lo indivisible y anclado en las identidades, posiciones ideológicas o creencias. Con todo lo anterior, el autor

¹⁰ *La democracia en América*, I, 1.ª ed., pról. de Ángel RIVERO y trad. de Dolores SÁNCHEZ DE ALEU, Alianza, Madrid, 2002, pp. 399-414.

¹¹ Firmado el 13 de diciembre de 2007, en la capital de la República Portuguesa, por los Jefes de Estado y Presidentes de Gobierno o Primeros Ministros de los Estados miembros de la UE.

¹² Expresión que entrecomillamos no ya porque así lo haga el autor, sino por la enconada discusión, de repercusiones no meramente teóricas, acerca de la existencia de un auténtico *démós* europeo.

se muestra deudor del MAQUIAVELO de los *Discorsi*¹³ o, más cerca de nosotros, de la visión de BOBBIO¹⁴ en torno a la Filosofía de la Historia en KANT, y más en particular en sus obras *Sobre la paz perpetua*¹⁵ e *Idea para una historia universal en clave cosmopolita*¹⁶.

A continuación, DENNINGER se enfrenta a lo nuclear de su reflexión, la integración en sociedades en proceso de diversificación cultural, que se basaría en tres puntos de apoyo: consecución de la misma únicamente por medio de normas jurídicas; que éstas, para resolver los conflictos potencialmente existentes, hayan de ser de Derecho positivo; y los presupuestos del reconocimiento de todos los miembros de la sociedad, en sus relaciones recíprocas y con los poderes públicos, como libres e iguales, y el acuerdo común sobre reglas procedimentales para la producción del Derecho, que constituye el *consenso democrático fundamental* del que nace la separación entre *fuerza y poder*¹⁷ y con el que se pretendería conjurar la *impotencia del Derecho* de la que hablaba Dieter SIMON al razonar sobre esta precedencia ideal del procedimiento, a partir del cual la autonomía *more kantiano* y, en suma, su plasmación en la autodeterminación normativa, sería la fuente de legitimidad en una sociedad democrática jurídicamente constituida.

Con todo, lo problemático de esta mecánica sigue hallándose en la propia experiencia constitucional de la República Federal Alemana, no ya por las dimensiones prácticas del principio de *democracia militante* como nuclear en una determinada concepción del pluralismo político; sino, por ejemplo, debido a las exigencias de lealtad al Estado y de sometimiento a lo más elemental de tal consenso, a los principios constitucionales fundamentales¹⁸, que se requieren de las confesiones, con las consecuencias que ello arroja sobre la configuración de la libertad religiosa. Se trata, en estos supuestos, de conflictos entre cosmovisiones, en los que se apela a rasgos identitarios divergentes en ausencia de un sustrato histórico y cultural compartido, como el que resolvió la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 24 de septiembre de 2003 en el *caso Ludin*¹⁹, donde se trató del derecho de una maestra a

¹³ *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, 1.ª ed., trad., introd. y notas de Ana MARTÍNEZ ARAN-CÓN, Alianza, Madrid, 2000.

¹⁴ «Kant y la Revolución Francesa», en *El tiempo de los derechos*, pról. de Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ y trad. de Rafael DE ASÍS ROIG, Sistema, Madrid, 1991, pp. 175-184.

¹⁵ Puede consultarse la 1.ª ed., 1.ª reimpr., pres. de Antonio TRUYOL Y SERRA y trad. de Joaquín ABELLÁN, Alianza, Madrid, 2004.

¹⁶ En Immanuel KANT, «¿Qué es la Ilustración?» y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia, ed. y trad. de Roberto RODRÍGUEZ ARAMAYO y otros, Alianza, Madrid, 2004, pp. 95-118.

¹⁷ Lo que DENNINGER toma de *Macht und Gewalt*, obra de Hannah ARENDT (en español, *Sobre la violencia*, trad. de Guillermo SOLANA, Alianza, Madrid, 2005).

¹⁸ En un debate que nos retrotrae al que tuvo por objeto el alcance del deber establecido en el artículo 9.1 de la CE de 1978, según lo interpretaron las SsTC 101/1983, de 18 de noviembre; 122/1983, de 16 de diciembre; 119/1990, de 21 de junio; ó 74/1991, de 8 de abril.

¹⁹ Puede consultarse el texto de la Sentencia, en inglés, en este enlace del *Bundesverfassungsgericht*: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr143602en.html. Un extracto traducido por M.ª Luz ENTRENA VÁZQUEZ se ha publicado en *Cuadernos de Derecho Público*, 24, enero-abril, 2005, pp. 255-262; *vid.* MÜLLER-GRUNE y MARTÍN VIDA, «¿Puede una maestra portar durante las clases en una escuela pública un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos?: comentario a la Sentencia del Tribu-

lucir, por razones religiosas, un pañuelo en la escuela pública, remitiéndose la decisión al legislador democrático del *Land*, lo que el autor denomina una «solución “político-procedimental”» en lugar de otra basada en el «orden objetivo de valores» de la Ley Fundamental de Bonn. La Sentencia es resumida por el autor y enseñada como fiel reflejo de la difícil dicotomía entre consenso y conflicto en la cual basculan los Tribunales alemanes a la hora de concebir la neutralidad del Estado en relación con el hecho religioso y sus expresiones, optando finalmente el Tribunal Constitucional por una salida criticada e insatisfactoria que, acaso sin dar una respuesta definitiva al problema, mantiene la capacidad de los *procesos* como vía para la integración.

— **Procedimiento jurídico. Racionalidad y justicia. ‘Fairness’ (juego limpio).**—la colaboración de DENNINGER finaliza con la conclusión siguiente: todas las decisiones que adoptan los poderes públicos en un Estado democrático son el resultado de la aplicación de procedimientos jurídicamente reglados, lo que lleva al autor a proponer el camino hacia un «Derecho procesal general ideal»; de todo ello se derivarían dos consecuencias: en primer lugar, un incremento de la racionalidad por el enriquecimiento de la fundamentación de la resolución final por informes y evaluaciones incorporadas al *iter* procedimental, para la mejor adecuación a los objetivos perseguidos; en segundo término, mayores posibilidades para la justicia, pues el *juego limpio* se reconoce como principio general, que se traduce en «el equilibrio de intereses, la atención a las minorías y la orientación hacia el bien de la generalidad».

Todo ello conduce a un aumento de la legitimidad de la decisión final por la aceptación de todos los participantes, y podría, a su vez, desglosarse tanto en principios de proyección singular en campos concretos del Derecho y en los derechos fundamentales, como en problemas específicos que afloran en la consecución de un proceso de decisión óptimo, cuyos tipos o clases detalla el autor brevemente.

La aportación de Dieter GRIMM, *Multiculturalidad y derechos fundamentales*, fechada en 2002 y en la que nos detendremos un poco más, tiene tres partes en las que divide su acercamiento al problema:

— **El problema.**—en su planteamiento, el autor toma como premisa el impacto de las migraciones sobre el alcance y efectividad de los derechos humanos, concretando la pregunta de partida en una formulación bifronte: cómo armonizar el derecho del inmigrante a conservar sus formas de vida allí donde reside con los valores que sustentan y las garantías que aseguran la vigencia de los derechos y las libertades en el Estado de acogida. Como puede apreciarse, el problema tiene como telón de fondo las migraciones, por razones económicas, desde países en desarrollo a otros en los que cabe constatar diferenciaciones de índole cultural, religiosa e histórica que resulta

imposible soslayar, siendo así que Europa aparece como escenario sobre el que gravita la cuestión así presentada.

La misma, según el autor, dista de tener solución jurídico-internacional o constitucional, hallándose las propuestas entre las de corte *asimilacionista* y las *multiculturalistas*, asociadas, respectivamente, al temor a la *invasión cultural* y al *imperialismo cultural* entendido como imposición imperativa de unos valores, principios y tradiciones ya asentados y que el extranjero, en cuanto tal, ha de aceptar incondicionalmente. Como posible respuesta, GRIMM apunta la necesidad de no acudir sin más al «ordenamiento jurídico vigente con carácter general», dada la posible invocación, por el inmigrante, de derechos fundamentales que pueden amparar normas de comportamiento conformes a su cultura o confesión de origen.

Supuesto ese *fondo de conflicto* subyacente en que el inmigrante adopte tales conductas, prohibidas o no del todo ajustadas al Derecho de un Estado fundado en los postulados propios de la democracia constitucional, el autor desgana algunos ejemplos de lo que, en el plano jurídico, ha supuesto esta controversia, que emana del ejercicio de tales derechos o de algunas de las expresiones más íntimas de la libertad personal en sus diferentes dimensiones. Son casos, presentados brevemente y en forma interrogativa, que se dan o pueden darse en el tráfico vial, los centros penitenciarios, las relaciones laborales, la empresa, la sanidad... y, sobre todo, allí donde la libertad religiosa o de conciencia encuentra una proyección más intensa y, por ello, la convivencia necesita salvar algún escollo para subsistir sin menoscabo de los principios y valores fundantes del sistema, pero igualmente —y he ahí el dilema— en el respeto a los derechos y libertades fundamentales: por una parte, el ámbito escolar; por otra, los lugares de ejercicio propio de la libertad religiosa y, por añadidura, de los ritos, costumbres o prácticas anudadas a la profesión de una religión, desde el matrimonio a los enterramientos.

GRIMM sólo constata la renuncia de la *Grundgesetz* a resolver conflictos culturales —acaso porque en 1949 muy difícilmente podía avizorarse la realidad alemana y europea actual—, añadiendo que los mismos se agudizan «en las relaciones especiales de sujeción», pero también en el ámbito laboral y en la familia. Por lo demás, propone clasificar las pretensiones, a efectos puramente expositivos, en función de su carácter negativo o positivo y teniendo presente que su afectación a la libertad puede repercutir en la igualdad y viceversa. Así, y por un lado, la dispensa de las normas jurídicas generales, con sus dos variantes de exención de una obligación o del cumplimiento de una prohibición, en colisión respectiva con una proscripción de raíz confesional o cultural o con un deber religioso; por otro, la demanda de prestaciones del Estado que posibiliten la obediencia a ciertos mandamientos o tradiciones, exigencia que puede perseguir la equiparación con la religión o cultura mayoritaria o la obtención de una ventaja en principio inexistente.

— **La aportación de los derechos fundamentales.**—en congruencia con lo anterior, no reconociendo la Ley Fundamental un derecho fundamental —que sería de titularidad colectiva o, al menos, de ejercicio colecti-

vo— a la identidad de los inmigrantes, no conteniendo una protección específica de las minorías culturales, por responder a los principios clásicos del Estado liberal-democrático con su prolongación y evolución hacia el Estado social, y dada la sumisión de las asociaciones a las prohibiciones y mandatos prescritos con carácter general, el autor subraya que «la identidad personal», fundamento y fin último de los derechos, según el concepto kantiano de autonomía, «se alimenta en gran medida del contexto cultural en el que se desarrolla». Por tanto, preceptos como los artículos 1 y 2.1 del texto de Bonn o el artículo 10.1 de la CE habrían de recibir una lectura condicionada en razón del riesgo de desarraigo latente en caso de no tenerse en cuenta ese contexto, esa «conexión de sentido supraindividual», lo que comporta, sin duda, una nueva textura de los derechos individuales.

Es por ello que, para la libertad religiosa, GRIMM propone una reinterpretación en este sentido, que module su contenido en los supuestos derivados de la multiculturalidad y amplíe su tutela a nuevas manifestaciones, sin perjuicio del respeto a la libertad de conciencia en la esfera íntima de cada persona, así como de la libertad general de acción como regla universal. Para que las intromisiones en ese ámbito protegido sigan resultando legítimas, las disposiciones legales que fueron concebidas teniendo presente la religión o la cultura predominante han de tomar en consideración aquel fenómeno, y aplicarse en función de la primacía del derecho fundamental afectado, que conserva su *efecto irradiación*, su *Ausstrahlungswirkung*: es ésta, por cierto, una de las múltiples herencias del Tribunal Constitucional alemán de las que se ha servido el español en su jurisprudencia, pero más bien en cuanto a las *libertades preferentes* del artículo 20.1 de la CE, con una indudable vinculación, por cierto, con la *Drittwirkung der Grundrechte* en las relaciones *inter privados*²⁰. Pues bien, dicha fuerza irradiante, en los supuestos aquí analizados, atinentes a la libertades ideológica, religiosa y de conciencia, genera excepciones y diferenciaciones a la aplicación de las leyes vigentes con carácter general; sin que, por ende, en casos como los aquí planteados pueda obviarse tampoco el *favor libertatis*, el mayor valor de los derechos fundamentales, o, desde otra óptica, la interpretación restrictiva de las normas que los limiten.

En síntesis, el autor considera que el artículo 4 de la Ley Fundamental —equivalente al artículo 16 de la CE— debe proteger y garantizar la pluralidad cultural en toda su extensión, lo que implica descartar las soluciones de carácter *asimilacionista*, salvo que el propio individuo opte libremente por ellas; pero también, en un régimen constitucional que para los partidos políticos impone la adhesión positiva a sus valores a través de la ya mencionada *democracia militante* y en coherencia con ese *agere licere*, el rechazo de cualquier

²⁰ La STC 112/2006, de 5 de abril, resume la doctrina sobre la «eficacia irradiante» de las libertades públicas ex arts. 20.1.a) y d) de la CE, sentada ya desde las SsTC 107/1988, de 8 de junio; 85/1992, de 8 de junio; y 219/1992, de 3 de diciembre; para la *Drittwirkung*, *vid.* GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1986, especialmente pp. 39-57 y 97-138; PECES-BARBA MARTÍNEZ, DE ASÍS ROIG, LLAMAS CASCÓN y FERNÁNDEZ-LIE-SA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid - BOE, Madrid, 1999, pp. 617-639.

clase de fundamentalismo religioso o cultural que intente imponer su «aceptación incondicionada». GRIMM apuesta por la integración, que «no espera de los migrantes un pleno ajuste a los valores y las formas de vida de la sociedad de acogida», pero que tampoco excluye su asunción, y en la que el mayor esfuerzo corresponde a quienes llegan a ella: entre la asimilación y el multiculturalismo se propugna, por tanto, un *pluralismo* que preserva los valores culturales del país receptor.

— **Criterios de ponderación.**—la determinación jurídica de ésta, había dicho el autor en el anterior epígrafe, «es sólo débil»; así se explica la vacilante jurisprudencia en la resolución de estas controversias, para las que sitúa, en un lado, el significado de la conducta amparada por el derecho fundamental y la intensidad de la inmisión legal en la misma; en el otro, la relevancia del bien jurídico protegido por la norma y el perjuicio que éste experimenta por la preeminencia de aquel derecho. En este apartado final, y atendiendo a la tipología enunciada con anterioridad y a la enorme variedad que presenta la casuística, GRIMM apunta algunas líneas orientadoras, que han de regir el enjuiciamiento de los distintos tipos de casos, en función de la pretensión de la minoría en cada uno de ellos:

- *Ampliación de la libertad por el permiso para hacer algo prohibido con carácter general.* Se admite la posibilidad de la dispensa si la finalidad de la norma prohibitiva se agota en el interés del sujeto que reclama su inaplicación, debiendo ponderarse, si la prohibición existe en interés de terceros, los riesgos que recaen sobre éstos con la intromisión en la libertad religiosa; también cabe la excepción si los intereses en juego pueden ser objeto de composición; y finalmente, ha de constatarse la incidencia de la regla excepcional sobre el principio de igualdad, esto es, si la misma tiene una virtualidad compensatoria o más bien concede un privilegio.

- *Restricción de la libertad por la prohibición de hacer algo permitido con carácter general.* En los supuestos inversos, el derecho invocado anula pretensiones de libertad o de igualdad, sobre todo en las relaciones familiares; no obstante, los derechos fundamentales han de desplegar aquí su carácter protector de la libertad individual frente a un deber o tradición del grupo, aunque con su imposición éste trate de garantizar su identidad. La voluntad del afectado juega aquí como elemento relevante en el reconocimiento de la eficacia jurídica de la limitación, aun si el afectado ha consentido en su aplicación: por el propio proceso de formación de ese consentimiento, por el respeto al libre desarrollo de la personalidad, por la eventual contravención del artículo 3.2²¹ de la *Grundgesetz* o porque la restricción perjudique la finalidad integradora que, a la postre, no puede quedar desvirtuada en la resolución que se adopte.

Esta, por ello, ha de anteponer la vigencia de las garantías que el orden constitucional considera fundamentales, y que conforman el *minimum* indis-

²¹ «El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes».

ponible del *status* de la persona como sujeto de derecho: su dignidad e integridad física y moral, la igualdad de género y la propia decisión individual sobre la permanencia o salida del grupo al que se pertenece, junto con las condiciones que hacen posible el ejercicio de la libertad de conciencia, lo que viene a entroncar con algo ya destacado por GRIMM en este mismo punto, esto es, el deber de los poderes públicos de procurar la libertad e igualdad real y efectiva «del individuo y de los grupos en que se integra», por seguir el *dictum* del artículo 9.2 de la CE. El autor no duda en subrayar la primacía de esos elementos esenciales e inalienables de la esfera jurídica del individuo²² a sabiendas de que ello conduce, inexcusablemente, a soluciones unívocas y sin matices, que contribuyen a hacer crecer el número de conflictos, lleguen o no a formalizarse como litigios.

- *Igualdad de trato por pretender algo reconocido con carácter general, en interés de la preservación de la identidad de la minoría o del ejercicio de la religión*: aquí no surgen problemas, pues los miembros de la minoría persiguen participar en instituciones estatales, reclamando la igualdad de oportunidades conforme al art. 3.1 de la Ley Fundamental, en el que se establece tal principio de manera general. Únicamente se señalan dos limitaciones: la de recursos públicos disponibles; y más profundamente, el fin de la integración, ya que la sociedad de acogida, a su vez, pretenderá mantener la prioridad de su cultura, cuya expansión no ha de encontrar más obstáculos que los preceptivamente señalados por los principios fundamentales del orden constitucional, expresión ésta de formulación un tanto vaga, que habrá de completarse con el *corpus* jurisprudencial existente y ahormarse al caso concreto.

- *Diferenciación de trato por pretender algo no reconocido con carácter general, en presencia del mismo interés*: el último tipo de casos comprende los supuestos en los que no se exige del Estado el levantamiento de una prohibición ni un mero deber de abstención, sino una actuación positiva por medio de «prestaciones especiales en favor del grupo». Ocurre ello en el ya destacado ámbito de las relaciones de sujeción especial o en la aplicación de normas de policía, o en servicios públicos de titularidad estatal, regidos por normas imperativas que, en principio, el usuario no tendría ocasión de modular o modificar si no concurriesen motivos como los aquí expuestos. GRIMM invoca aquí el principio de proporcionalidad, nuevamente de raíz alemana, que jugaría entre el sentido de la acción religiosa para el afectado y los costes de

²² Vuelve a percibirse en esta conclusión el influjo de la jurisprudencia constitucional alemana, con pronto reflejo en la española (SsTC 25/1981, de 14 de julio; ó 53/1985, de 11 de abril), sobre la ya citada doble dimensión de los derechos fundamentales, con especial énfasis en su vertiente objetiva. Con ello cobra relieve el carácter de los aquí enunciados como «derechos inviolables» que son inherentes a la persona (art. 10.1 de la CE) aun en las relaciones jurídico-privadas, y que podría compararse, indagando en alguna posible analogía, con el parámetro formado por los que, en Derecho internacional, se imponen como normas de *ius cogens*, definidas primordialmente frente al Estado y sus autoridades: *vid.* CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pp. 150-153.

la prestación para el Estado, sobre todo si el número de sus destinatarios es muy bajo o si plantea un número alto de exigencias diferenciadas.

Por lo que se refiere a las pretensiones de ayudas públicas que tengan como finalidad el mantenimiento de la identidad cultural del grupo minoritario, el autor deja claro que sólo pueden justificarse si derivan de derechos fundamentales, lo que, como es sabido y él mismo resalta, no sucede en los de libertad, que justamente por ello se diferencian de los de prestación: la prevalencia de los derechos aquí relevantes se plasma en su capacidad para asegurar un ámbito de inmunidad frente al Estado imponiendo a éste deberes de protección y garantía, y sólo de aseguramiento de las condiciones materiales de ejercicio si de otra manera éste quedase imposibilitado o el derecho en cuestión se hiciera irreconocible, lo que vincula aquel principio de proporcionalidad con el contenido esencial del mismo, aunque GRIMM no lo haga explícito. En conclusión, la actividad promocional del Estado es facultativa y ha de estar justificada; pero, como él mismo sintetiza, «el apoyo estatal, si se presta, no debe servir por ello a la protección de la ortodoxia».

Al final, el autor aboga por el tratamiento particularizado de estos problemas en la aspiración de que las posibles soluciones encuentren el deseable consenso. A modo de conclusión final, constata que los derechos fundamentales no son acaso suficientes, a pesar de su centralidad en el esquema de la Constitución, para la resolución, por sí mismos, de conflictos culturales y religiosos como los que los Tribunales han venido tratando, lo que sin duda es coherente con la necesaria individualización y concreción de la respuesta que halle cada caso.

La obra llama a desembocar en esta consideración, tras la rica introducción panorámica de Ignacio GUTIÉRREZ, la *reflexión procedimental* de Erhard DENNINGER y la búsqueda de salidas ponderadas al problema por parte de Dieter GRIMM: la idea según la cual no existen fórmulas abstractas de las que deducir lógicamente soluciones a controversias tan *sensibles* entre, de un lado, la proyección de derechos que responden a las convicciones más hondas y las creencias más arraigadas en el fuero interno del individuo y, de otro, un espacio público compartido en el que no sólo se hace real una ciudadanía basada, a modo de categorías *a priori*, en los postulados de libertad e igualdad, sino que existe para preservar un núcleo o ámbito infranqueable, una suerte de *minimum* del propio orden constitucional, sin el cual éste no existiría, y que incluiría tanto el *consenso democrático fundamental* del que emana la confianza en la fuerza legitimadora de los procedimientos o procesos jurídicos como los principios y valores sustantivos en los que se materializa ese mínimo esencial.

De todo ello cabría derivar la frase con la que se cierra el libro: «En otras sociedades, en las que la línea de conflicto transcurre entre la población originaria y los inmigrantes²³, a los miembros de las culturas minoritarias no les queda otra alternativa que adaptarse al contenido nuclear del orden constitucional nacional o partir».

²³ Cabe anotar que inmediatamente antes GRIMM se había referido a otras sociedades, como la israelí, en las que esa línea de fractura no existe entre nacionales e inmigrantes, sino que divide a la población de origen.