

CAPÍTULO SÉPTIMO

CONSIDERACIONES SOBRE LAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA CONFRONTACIÓN LIBERALISMO-DEMOCRACIA: LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU CRISIS ACTUAL

Todo lo anterior no hace más que ratificar la afirmación que hacíamos más arriba, cuando comenzábamos el estudio de la problemática de las relaciones entre democracia y libertad en el marco de la confrontación liberalismo-democracia. En efecto, queda, a nuestro juicio, absolutamente demostrado que, dijera lo que dijera Constant, y sigan manteniendo lo que quieran los más ardorosos antidemócratas actuales, no pueden encontrarse, en verdad, grandes diferencias entre ambas ideologías en cuanto a la existencia misma de la libertad civil.

Las hay, sí, en aspectos concretos de los derechos fundamentales. Incluso, éstas llegan a ser sustanciales. Piénsese, en este sentido, en la diferente consideración que para unos y otros merece el contenido de algún derecho determinado, como por ejemplo, el de la propiedad privada. Concebida, siguiendo los esquemas conceptuales de John Locke,²³⁹ como un derecho natural del que los hombres gozaban ya en el estado de naturaleza, la propiedad se configurará por los liberales como un derecho absoluto e ilimitado en manos de su titular. Bien distinta es la visión de los demócratas y, en general, de todos los progresistas. En efec-

²³⁹ Locke, J., “Segundo ensayo sobre el gobierno civil”, *cit.*, cap. V, pp. 222-240, y cap. IX, apartado 124, p. 293.

to, éstos, partiendo de la concepción rousseauiana de la propiedad como un derecho del hombre en sociedad, que es considerado por éste como fundamental,²⁴⁰ y que, en último extremo, es el causante de la desigualdad moral o política entre los ciudadanos, no solicitarán su eliminación,²⁴¹ pero sí configurarán la propiedad como un derecho limitado y limitable (función social), así como condicionado siempre por el interés general (subordinación de toda la riqueza, pública y privada, al interés de la comunidad; posibilidad de planificación económica). Tal es, en efecto, el sentido que tenía la propuesta que, ante la Asamblea Constituyente de 1792-1793, había realizado Maximilien de Robespierre, y que satisfacía, incluso, a Babeuf, conforme a la cual

La propiedad es el derecho que tiene cada ciudadano de gozar y disponer de la parte de bienes que la Ley garantiza... El derecho de propiedad está limitado, como cualquier otro, por la obligación de respetar los derechos de los demás... El derecho de propiedad no puede perjudicar ni la seguridad, ni la libertad, ni la existencia, ni la propiedad de nuestros semejantes. Cualquier posesión o comercio que viole este principio es ilícito e inmoral.²⁴²

Con este texto —rechazado, no obstante, por la Constituyente francesa— el “Incorruptible” sentaba las bases para la adopción de todas aquellas medidas que, elaboradas por el democratismo radical y el socialismo democrático a principios del siglo XX, se consagraron, a partir de la aprobación de la Constitución de Weimar y, de una manera ya generalizada, en textos nacidos después de la Segunda Guerra Mundial, como prescripciones constitucionales limitadoras del capitalismo.

En el mismo orden de consideraciones, nos encontramos con que existen, asimismo, discrepancias en cuando al propio sentido de que tienen los derechos fundamentales. Así, ocurre que la li-

²⁴⁰ Rousseau, J.-J., *Discurso sobre la economía política*, cit., III, p. 34.

²⁴¹ Rousseau, J.-J., “Proyecto de Constitución para Córcega”, cit., p. 39.

²⁴² Citado por Tierno Galván, E., *Babeuf y los iguales...*, cit., p. 191.

bertad liberal, como “libertad burguesa”,²⁴³ se presentaba, ante todo y sobre todos, como una libertad esencialmente económica. La libertad democrática, por el contrario, y como ya se ha dicho, es una libertad en la igualdad. Existen también, y como hemos visto, divergencias en cuanto a la manera en que debía satisfacerse aquel *vivere civile* del que hablaba Maquiavelo: democracia de los representantes, para los liberales; democracia de los ciudadanos, directamente o, en su caso, con un control directo y permanente sobre los gobernantes, para los demócratas. Y así podríamos seguir con un largo y extenso elenco de ejemplos, que, en realidad, no es menester identificar aquí.

De entre todas ellas hay, no obstante, una diferencia a la que no podemos dejar de referirnos. Y ello por la sencillísima razón de que de la misma se deriva, en última instancia, la distinta suerte que corrió la eficacia jurídica de los derechos fundamentales en la Europa del Estado constitucional liberal y en la del constitucionalismo democrático y social.²⁴⁴ Nos referimos, obvio debiera ser, al diverso modo como liberales y demócratas entendieron la relación entre la libertad civil y el dogma político de la soberanía popular, de donde se derivarían no pocas, y, de cualquier modo, más que sobresalientes, consecuencias para el mundo del derecho práctico.

De todos es, sin duda, harto conocido que el primer Estado constitucional se erigió desde la idea de que el hombre, por el mero hecho de ser tal, es titular de una serie de derechos, natura-

²⁴³ Para esta caracterización de la libertad burguesa, *cf.*, por todos, Hesse, K., *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, 1995, pp. 33-45; Rescigno, G. U., *Corso di diritto pubblico*, 2a. ed., Bolonia, 1989, pp. 216 y ss.

²⁴⁴ Sobre esta problemática, y por comodidad, *cf.* Ruipérez, J., “El *ius secessionis* en la confrontación derechos humanos-derechos fundamentales. Algunas reflexiones sobre las últimas propuestas de los partidos nacionalistas en España”, *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, Madrid, 2003, pp. 239-294, en especial pp. 251-294; “Sobre la eficacia de los derechos fundamentales: de la «libertad natural» a la *Drittwirkung der Grundrechte*”, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8 (2004), pp. 1159-1172.

les y civiles, que son anteriores a la propia comunidad política,²⁴⁵ derechos que el Estado ni crea ni concede ni otorga, sino que simplemente reconoce a sus ciudadanos.

Los revolucionarios liberal-burgueses americanos y franceses de finales del siglo XVIII rompían, de esta suerte, con la situación histórico-real de la libertad civil en el momento anterior. Y lo hicieron, además, de una manera radical y definitiva. Téngase en cuenta, a este respecto, que con una tal comprensión lo que ocurre es que, frente a lo que sucedía en la Edad Media con las llamadas “Constituciones estamentales”²⁴⁶ —como documentos escritos y solemnes en los que, como se hizo en la Magna Charta de 1215,²⁴⁷ se hacían expresos los acuerdos alcanzados por el rey con los *meliores et majores térrea*— y en la etapa del Estado absoluto, donde el privilegio, mejor que los derechos, era una concesión graciosa del monarca a las clases política, social y económicamente más poderosas, ahora, por el contrario, se entenderá que, por decirlo con Thomas Paine, una

investigación sobre el origen de los derechos nos demostrará que los *derechos* no son *regalos* de un hombre a otro, ni de una clase a otra... Una declaración de derechos no es una creación o dona-

²⁴⁵ *Cfr.*, en este sentido, Jellinek, G., *Sistema...*, *cit.*, p. 1.

²⁴⁶ Sobre este tipo de documentos, *cfr.*, por todos, García-Pelayo, M., “La Constitución estamental” (1949), *Escritos políticos y sociales*, Madrid, 1989, pp. 103-117.

²⁴⁷ Una opinión relativamente distinta a la tesis aquí mantenida es la de Felice Battaglia. En efecto, para éste, no obstante mostrarse de acuerdo con la modernidad del propio concepto de derechos fundamentales, la Magna Charta procedió al reconocimiento no de privilegios para las clases política, social y económicamente más poderosas, sino, por el contrario, de verdaderos derechos y libertades; aunque, eso sí, a diferencia de lo que hacen las modernas declaraciones de derechos, ese reconocimiento no se hacía a favor del hombre o de los hombres, o del ciudadano o de los ciudadanos en general, sino de barones y condes, eclesiásticos y obispos, de mercaderes y de campesinos”. Battaglia, F., “Los derechos fundamentales del hombre, del ciudadano y del trabajador: esencia, evolución, perspectivas futuras”, *Estudios de teoría del Estado*, *cit.*, p. 160; véase también, p. 157.

ción de ellos. Es un manifiesto del principio por el cual existen, seguida de una relación de cuáles son... Como... es imposible descubrir cualquier otro origen de los derechos que no sea el origen del hombre, se sigue en consecuencia que los derechos pertenecen al hombre por derecho de su existencia solamente y que deben ser... iguales en todo hombre.²⁴⁸

Las declaraciones de derechos, como documentos escritos, formales y solemnes en los que, por exigencia del triunfante racionalismo jurídico, se incorporaba la libertad civil, aparecían, en tales circunstancias, inevitablemente dotadas de un inequívoco carácter iusnaturalista,²⁴⁹ carácter iusnaturalista que se traduciría en la consideración de los derechos fundamentales como algo anterior, superior y, en cierto modo, ajeno al propio Estado y, desde luego, a su poder. Lo que se convertiría en la fuente última de algunos de los mayores absurdos en los que incurrieron los liberales y que, en buena medida, contribuirían a la situación de crisis total que conoció el Estado constitucional liberal. Por lo que aquí interesa, esta incoherencia determinaría, en última instancia, esa escandalosa carencia de eficacia jurídica de la libertad civil que caracterizó el constitucionalismo en la Europa de finales del siglo XVIII, todo el XIX, y los primeros años del XX. La razón es fácilmente comprensible.

Como acabamos de decir, partieron en su actuación los primeros revolucionarios liberal-burgueses de la idea de que el hombre, en cuanto que ciudadano de una determinada comunidad política, era titular de una serie de derechos preexistentes al propio Estado. De ahí, justamente, se deriva el que se reconociera a las declaraciones de derechos como normas anteriores a la Constitución, y, de algún modo, superiores a ella, superioridad que queda demostrada, de manera manifiesta, en el marco de la Revolución francesa. No otra cosa cabe, en efecto, entender cuando, por

²⁴⁸ Paine, Th., "Disertación sobre los primeros principios del gobierno" (1795), *El sentido común y otros escritos*, Madrid, 1990, pp. 89 y 90.

²⁴⁹ *Cfr.*, por todos, Carré de Malberg, R., *Teoría general...*, *cit.*, p. 1167.

ejemplo Isnard, en la sesión de la Asamblea Constituyente del 10 de mayo de 1793, y tratando de ordenar —siguiendo los esquemas conceptuales acuñados por Wise en 1717— el proceso constituyente, señala que la libertad civil sirve de base al propio pacto social por el que se crea el Estado.²⁵⁰ A la misma conclusión conducen las afirmaciones de liberales, como, por ejemplo, Desmeunier,²⁵¹ o demócratas radicales, como Robespierre,²⁵² conforme a las cuales los preceptos del texto constitucional no son más que las secuelas naturales de las declaraciones de derechos.

El corolario al que, desde la más elemental lógica jurídica y política, llevan los anteriores asertos, no ha de ser, en nuestra opinión, muy difícil de descubrir. Y éste, únicamente puede ser el de que nos encontramos ante uno de los mayores absurdos y más escandalosas contradicciones que había presentado el Estado constitucional liberal europeo.²⁵³ Discordancia e inconsecuencia a la que, por cierto, no lograría sustraerse ni siquiera quien, en polémica con La Fayette, pretendió presentarse como el fundador, con la redacción de su *Qu'est-ce que le Tiers-État?*, de la teoría democrática del Poder Constituyente,²⁵⁴ dando, de esta suerte, plena validez a la contundente sentencia de Laboulaye de

²⁵⁰ A este respecto, *cfr.*, por todos, Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional:...”, *cit.*, p. 28.

²⁵¹ Su opinión puede verse en Carré de Malberg, R., *Teoría general...*, *cit.*, p. 1164, nota 2.

²⁵² *Cfr.*, al respecto, Duguit, L., *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789* (1893), Madrid, 1996, p. 23.

²⁵³ Vega, P. de, “En torno al concepto...”, *cit.*, pp. 712 y 713.

²⁵⁴ Diría el abate Sieyès a este respecto que “En efecto, una idea fundamental fue establecida en 1788: la división del Poder Constituyente y los poderes constituidos. Descubrimiento, debido a los franceses, que contará entre los hitos que hacen avanzar a las ciencias”. Así las cosas, y en tanto en cuanto que 1788 fue el año en que redactó su *¿Qué es el Estado llano?*, no puede haber duda alguna sobre el hecho de que, en rigor, lo que Sieyès está haciendo no es más que atribuirse el honor de ser él, y no otro, quien había elaborado la noción del *Pouvoir Constituant*. Véase Sieyès, E.-J., “Opinión de Sieyès sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución. Pronunciado en la Convención del 2 de Thermidor del año III de la República”, *Escritos y discursos de la Revolución*, Madrid, 1990, p. 262.

que, en realidad, Sieyès “lo que hizo fue confundirlo todo, embrollarlo todo y, a la postre, perderlo todo”.²⁵⁵ Nos referimos, claro está, a la singular paradoja que se deriva de las notas que se predicaban del Constituyente y de sus relaciones con la libertad civil. Téngase en cuenta, en este sentido, que los revolucionarios liberal-burgueses franceses, con el abate Sieyès²⁵⁶ a la cabeza, caracterizaron al *pouvoir constituant* como un poder soberano, absoluto e ilimitado en el contenido, material y formal, de su voluntad, que, por ello mismo, lo puede todo y que no se encuentra sometido a la observancia de un derecho anterior a él, el cual, por lo demás, queda idealmente derogado por la mera irrupción de aquél en la escena política. Ocurre, no obstante, que la preocupación de los liberales por encontrar mecanismos de defensa de la libertad de los individuos frente al poder político condujo a esos mismos revolucionarios a condenar, en la práctica, al Constituyente a actuar en los márgenes establecidos en el que John Wise denominó “momento de la libertad”.

Ahora bien, si los primeros revolucionarios liberal-burgueses habían limitado el contenido material de la voluntad del legislador constituyente a lo determinado, con carácter previo, en las declaraciones de derechos, es lo cierto, sin embargo, que, en Europa, la libertad civil no perdía, por ello, su naturaleza de realidad ajena al Estado. En esto, y no en su rápida incorporación al texto del código jurídico-político fundamental,²⁵⁷ descansará realmente la gran divergencia entre las tradiciones constitucionales estadounidense y europea respecto de la libertad civil, divergencia que con gran brillantez puso de manifiesto Edouard La-

²⁵⁵ Laboulaye, E., “Du pouvoir constituant” (1871), *Questions constitutionnelles*, París, 1872, p. 381.

²⁵⁶ Sieyès, E.-J., “Proemio a la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” (1789), *Escritos y discursos de la Revolución*, cit., p. 100.

²⁵⁷ Para la tesis contraria a la aquí mantenida, *cfr.*, por todos, Cruz Villalón, P., “La formación y evolución de los derechos fundamentales”, *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1999, pp. 23-53, especialmente pp. 36 y ss.

boulaye²⁵⁸ cuando señaló que mientras que en Estados Unidos las normas declarativas de derechos fundamentales gozaban de una plena y auténtica fuerza normativa, que a la postre se traduciría en que los ciudadanos podían oponerlos directamente al poder público y, en todo caso, podían alegarlos ante los tribunales, esto no sucedía en la Europa liberal. Y es que, en efecto, la concepción liberal del mundo —tributaria de las tesis fisiocráticas de la separación radical, total y definitiva del Estado-aparato y la sociedad civil— conforme a la cual era necesario proceder al reconocimiento de una esfera de libertad individual absoluta en la que el Estado no podía, ni debía, entrar, determinó la imposibilidad de que en el viejo continente los derechos fundamentales se incorporaran e integraran en la voluntad del Poder Constituyente. Lo que, como a nadie puede ocultársele, no podría dejar de generar consecuencias jurídicas.

De nada servirían, en tales circunstancias, las enfáticas declaraciones de, por ejemplo, un Esmein,²⁵⁹ un Jellinek²⁶⁰ o un Carré de Malberg,²⁶¹ en el sentido de que los derechos fundamentales, en cuanto que patrimonio definitivamente adquirido, estarían vigentes en el Estado, incluso cuando, como sucedió con la Constitución francesa de 1875, el legislador constituyente hubiera renunciado a proclamarlos. La realidad era bien distinta a lo que tales asertos suponen. En efecto, lo que de verdad sucedía es que, al no incorporarse el momento de la libertad al momento del pacto social y, en consecuencia, no formar parte de la voluntad del *pouvoir constituant*, las normas declarativas de derechos —ya estuviesen consignadas en documentos escritos, formales y solemnes independientes, ya formaran parte del texto de la propia Constitu-

²⁵⁸ Laboulaye, E., *Estudios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, Sevilla, 1869, t. 2, p. 201.

²⁵⁹ Esmein, A., Nézard, H., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8a. ed., París, 1927, pp. 599 y ss.

²⁶⁰ Jellinek, G., *Reforma y mutación de la Constitución* (1906), Madrid, 1991, pp. 9 y 10.

²⁶¹ Carré de Malberg, R., *Teoría general...*, cit., pp. 1243-1246.

ción— se vieron condenadas, de manera irremediable, a disolverse en el campo de la retórica y de las buenas intenciones.

Que ello fuese así, se explica por cuanto que al no estar respaldadas por la voluntad del Constituyente, que, en cuanto que titular de la soberanía impone, como había sentado ya el reverendo Wise²⁶² y, entre otros, recuerda Heller,²⁶³ su voluntad a todos, los preceptos que reconocían la libertad civil carecían, a lo largo de toda la vida del Estado constitucional liberal, de una auténtica fuerza normativa. Es menester recordar, a este respecto, que la característica principal del constitucionalismo liberal —y que, como denunció en su día Smend,²⁶⁴ algunos (singularmente aquellos que seguían manteniendo planteamientos metodológicos y similares contenidos dogmáticos a los que había utilizado la Escuela Alemana de Derecho Público,²⁶⁵ v. gr., Preuss, Anschütz, Thomas), desde la más patente y escandalosa incompreensión de lo que realmente significaba la entrada en escena del constitucionalismo democrático y social, trataron de extender a los primeros años de vigencia de la Constitución de Weimar—²⁶⁶ fue la de que, en él, a las normas constitucionales que reconocían y declaraban derechos se les atribuía la naturaleza de meros preceptos programáticos que, en consecuencia, carecerían de una auténtica fuerza normativa. Para que aquéllos resultaran jurídicamente vinculantes y obligatorios, era menester que, además de haber sido reconocidos constitucionalmente, tales derechos fundamentales hubieran

²⁶² Wise, J., *A vindication...*, cit., p. 33.

²⁶³ Heller, H., *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional* (1927), 2a. ed., México, 1995, p. 168.

²⁶⁴ Smend, R., “Constitución y derecho constitucional” (1928), Madrid, 1985, pp. 228 y 229.

²⁶⁵ Cfr., a este respecto, y por todos, Vega, P. de, “El tránsito...”, cit., p. 78.

²⁶⁶ Sobre esta problemática, me remito a Ruipérez, J., “La Constitución y su estudio. Un episodio en la forja del derecho constitucional europeo: método jurídico y régimen político en la llamada teoría constitucional de Weimar”, de próxima publicación, en concreto al epígrafe 4.A) (“Los intentos democráticos del positivismo jurídico y su fracaso, o de los ingenieros constitucionales como colaboradores involuntarios de los totalitarismos”).

sido desarrollados por normas de derecho ordinario, o, si se prefiere, de derecho técnico especial.

Lo de menos es detenernos aquí a denunciar, con Smend,²⁶⁷ la absoluta incongruencia que se deriva de una tal comprensión, incongruencia que, en última instancia, se concretaría en que los derechos fundamentales, que, como contenido esencial, basilar y medular del concepto mismo de Constitución, sólo pueden formar parte del derecho constitucional, quedaban, de este modo, configurados como materias del derecho técnico ordinario, y, de manera básica, del derecho administrativo y, sobre todo, del derecho civil.²⁶⁸

Lo que realmente nos interesa es poner de manifiesto las consecuencias políticas y jurídicas que se derivan de esta comprensión de la libertad civil. Y éstas, en nuestra opinión, no pueden ser, en verdad, más manifiestas y, al mismo tiempo, perniciosas, para la ponderada construcción de un sistema de libertad total. Téngase en cuenta, en este sentido, que al admitirse que, por decirlo con Herbert Krüger, “los derechos solamente valían en el ámbito de la ley”,²⁶⁹ lo que, en rigor, se estaba haciendo era, pura y simplemente, afirmar que el carácter jurídico obligatorio y vinculante de la libertad civil no dependía de ella misma, sino de la ley ordinaria, como acto normativo emanado por los poderes constituidos y, en todo caso, respaldada por el poder soberano del Estado, que desarrolla los distintos derechos.

Ni qué decir tiene que lo anterior conduce a uno de los mayores absurdos, cuando no al más patente esperpento, del constitucionalismo liberal. Disparate que, de cualquier modo, constituyó uno de los factores determinantes de crisis del Estado constitu-

²⁶⁷ Smend, R., “Constitución...”, *cit.*, p. 229.

²⁶⁸ Sobre este particular, *cf.*, por todos, Hesse, K., *Derecho constitucional...*, *cit.*, pp. 37, 38 y 39; Vega, P. de, “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 6 (1994), p. 43.

²⁶⁹ Krüger, H., *Grundgesetz und Kartellgesetzbund*, Bonn, 1950, p. 12.

cional liberal y su sustitución por el Estado constitucional democrático y social.

El régimen jurídico de los derechos fundamentales de la Europa liberal generaba, en efecto, una situación de paradójicos contrastes y, en todo caso, de muy difícil solución. Es menester recordar, en este sentido, que, partiendo de las concepciones mantenidas por el liberalismo, procedieron los primeros revolucionarios liberal-burgueses al reconocimiento de los derechos fundamentales como el primer mecanismo, que sería posteriormente complementado por la división de poderes,²⁷⁰ para defender y garantizar la libertad individual de los ciudadanos frente al Estado, y, de una manera más concreta, frente a la actuación de los poderes constituidos. Ocurre, no obstante, que, al afirmarse en el Estado constitucional liberal que el carácter jurídico obligatorio y vinculante de la libertad civil descansaba en la ley ordinaria que la desarrollaba, lo que sucedía era que la existencia real de la libertad individual quedaba, a la postre, en manos del poder político, que era, justamente, frente a quien se alzaban las declaraciones de derechos para defender a los ciudadanos. Lo que, traducido en otros términos, significa que la libertad civil acababa, o, al menos, podía acabar, siendo una mera ficción en manos de los gobernantes. En modo alguno resulta, entonces, exagerada la consideración de mi dilecto maestro, de que “las libertades burguesas no se realizaban y perecían, víctimas de su propia incompetencia”.²⁷¹

Con la sustitución, iniciada con los acontecimientos políticos que tienen lugar con el fin de la I Gran Guerra, y que se consolida, de manera definitiva, después de 1945, del Estado constitucional liberal por el Estado constitucional democrático y social, cambiaría sustancialmente el régimen jurídico de la libertad civil. Lo hace, de un modo indiscutible, de una forma radical.

²⁷⁰ Sobre el carácter complementario de la declaración de derechos y la división de poderes, *cf.*, por todos, Heller, H., *Teoría del Estado*, México, 1983, p. 292.

²⁷¹ Vega, P. de, “La crisis de los derechos...”, *cit.*, p. 125.

Aunque, como hemos visto, no sin alguna dificultad, práctica y teórica, en sus albores, se abrió paso en el constitucionalismo democrático y social la consideración de que los preceptos constitucionales declarativos de derechos, por sí mismos, y sin necesidad de su desarrollo por la legislación ordinaria, son normas jurídicas obligatorias y vinculantes. Carácter éste que, rompiendo inequívocamente con la situación jurídico-política anterior, se predica de manera especial respecto de los poderes públicos. Téngase en cuenta, en este sentido, que, como nos dice, por ejemplo, el profesor Schneider, se establece ahora una especial sujeción de los poderes constituidos a los derechos fundamentales, de suerte tal que “el legislador no puede aprobar ninguna ley, el poder ejecutivo no puede decretar ningún acto administrativo y la jurisdicción no puede fallar ninguna sentencia que sean incompatibles con las garantías de los derechos fundamentales”.²⁷²

No se precisa, según nuestro modesto entender, realizar un gran esfuerzo intelectual, ni, tampoco, ser excesivamente perspicaz para comprender qué es lo que en realidad subyace en este nuevo régimen jurídico de la libertad civil. Y ello no es más que, en el Estado constitucional democrático y social, las normas que proclaman y reconocen derechos fundamentales forman realmente parte de la Constitución, y, en consecuencia, gozan de la misma naturaleza que el resto de sus preceptos. La libertad civil adquiere, de este modo, ese carácter de *lex superior* que define a los textos constitucionales, y que supone que éstos, incluidas las normas sobre derechos fundamentales, se sitúan por encima de la dicotomía gobernantes-gobernados, obligando a ambos por igual, aunque no de la misma manera.

Si, en el plano jurídico-formal, los efectos generados por la sustitución de la “libertad civil” liberal por la “libertad civil” de-

²⁷² Schneider, H.-P., “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático”, *Democracia y Constitución*, Madrid, 1991, p. 133; véase también, pp. 133-135. *Cfr.*, asimismo, y sobre esta problemática, Schneider, H.-P., “Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales”, *Democracia y Constitución*, *cit.*, pp. 79-84.

mocrática son claros, lo que, acaso, no resulte tan evidente son las causas que, en el terreno de lo jurídico, lo político y lo social práctico, determinaron esta transformación, que son, por lo demás, lo que a nosotros realmente interesa en este trabajo. Éstas no se pondrán de manifiesto, desde luego, si como aquel célebre jurista persa que, en 1981, tan popular hizo entre nosotros Pedro Cruz,²⁷³ pretendemos abordar esta cuestión desde la mera lectura de la Constitución vigente y de las sentencias, o, en su caso, determinados *fundamentos jurídicos* de ellas, emanadas por nuestro Tribunal Constitucional. Y es que nos encontramos ante un problema que, a nuestro juicio, viene a dar plena validez, y total sentido, a las observaciones de, por ejemplo, un Richard Schmidt²⁷⁴ sobre el estudio del derecho constitucional. Para éste, ocurre que, si de verdad se quiere alcanzar una ponderada y cabal comprensión de la situación jurídica del presente y, al mismo tiempo, tratar de averiguar cuál es su posible evolución —que es, como advirtió Heller,²⁷⁵ el verdadero objeto de la teoría del Estado y del derecho constitucional— el constitucionalista queda obligado no sólo al estudio de los datos jurídicos de aquélla, sino también, y con la misma intensidad, a tomar en consideración todos los datos meta y extrajurídicos que condujeron a la misma.

Debemos, en este sentido, advertir inmediatamente, que la nueva consideración de los derechos fundamentales no es, ni mucho menos, el resultado de una genial construcción especulativa de los juristas. Ni siquiera lo es de los autores integrantes del positivismo jurídico. A éstos, nadie lo discute, les corresponde el gran mérito de haber acometido la labor de tratar de prestar cobertura teórica y sistemática a la nueva situación. Lo que no es poco. Pero, en definitiva, sólo es esto. El cambio en el régimen jurídico

²⁷³ Cruz Villalón, P., “La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. monográfico 4, 1981, pp. 53-63.

²⁷⁴ Schmidt, r., *Allgemeine Staatslehre*, Leipzig, 1901, vol. I, p. 6.

²⁷⁵ Heller, H., *Teoría...*, *cit.*, p. 68.

de la libertad civil fue, por el contrario, algo que vino impuesto por la propia realidad. De una manera más concreta, aquél se debió a las profundas transformaciones políticas que se verificaron en Europa a partir de 1918.

La definitiva conquista del sufragio universal, que había sido uno de los elementos centrales del pensamiento político progresista y que, en todo caso, se había erigido en el principal problema de la democracia decimonónica,²⁷⁶ determinó que se verificara un sustancial cambio en la Constitución en sentido material de los diferentes Estados del viejo continente. En efecto, la situación política del siglo XIX, definida por la hegemonía de los partidos conservadores y liberales, daba paso a la presencia, incluso mayoritaria, de las fuerzas del democratismo y del socialismo. Con ello, se produciría la definitiva expulsión del principio monárquico de la escena política europea, y, como había sucedido en Estados Unidos desde el primer momento, la aceptación incondicionada del principio democrático como único criterio legitimador, fundamentador y vertebrador del Estado.

Lo anterior, como no podría ser de otro modo, generaría ciertas consecuencias en el orden constitucional, consecuencias cuya importancia y trascendencia son más que sobresalientes. De cualquier forma, se venía a corregir la gran falla que, en relación con la libertad civil, presentaba el Estado constitucional liberal.

Desde una perspectiva general, el profesor De Vega ha realizado una doble observación fundamental que, por ello mismo, y por compartirla plenamente, no podemos dejar de consignar. Señala, a este respecto, el maestro, que

La indiscutibilidad ideológica de los principios y el acuerdo en los presupuestos políticos en los que descansa la idea de Constitución, es lo que ha permitido al constitucionalismo surgido a

²⁷⁶ Cfr., a este respecto, y por todos, Vega, P. de, “La función legitimadora del Parlamento”, en Pau Valls, F. (ed.) y otros, *Parlamento y opinión pública*, Madrid, 1995, p. 238.

partir de la Segunda Guerra Mundial, ponderar debidamente su dimensión jurídica y su proyección normativa.²⁷⁷

Circunstancia ésta que, de manera absolutamente inevitable y necesaria, se proyectaría también sobre la problemática de la libertad civil. En este sentido, nos encontramos con que, como escribe el propio Pedro de Vega, el

reconocimiento del principio democrático lo que introduce e impone es, precisamente, la lógica contraria [a la del Estado liberal]. Los derechos empiezan a valer en la medida en que la Constitución —que es una norma jurídica— los reconoce, al tiempo que establece un doble principio de jerarquía y especialidad para su realización efectiva.²⁷⁸

Lo de menos es detenerse aquí a señalar las consecuencias que se derivan de lo anterior para el tratamiento, teórico y práctico, de la libertad civil. Aunque, de todos modos, no está de más indicar que, al perder los derechos fundamentales ese carácter de a priori histórico y conceptual de la propia Constitución con el que aparecían revestidos en el Estado liberal, lo que sucede es que los derechos fundamentales, que tienen valor tan sólo cuando un derecho superior permite su existencia, dejan de poder ser considerados como valores absolutos, al tiempo que resulta ya imposible proceder al tratamiento unitario y en bloque de los mismos.²⁷⁹

Lo que, de verdad, nos interesa es poner de manifiesto las causas que determinaron esa transformación. Y, en este sentido, lo

²⁷⁷ Vega, P. de, “Prólogo” a Cabo de la Vega, A. de (ed.), *Constitución española de 27 de diciembre de 1978*, Madrid, 1996, pp. XX y XXI.

²⁷⁸ Vega, P. de, “En torno al concepto...”, *cit.*, p. 717.

²⁷⁹ *Cfr.*, a este respecto, y por todos, Vega, P. de, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, *Constitución, Estado de las autonomías y justicia constitucional (libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo)*, Valencia, 1995, p. 804. *Cfr.*, también, y en el mismo sentido, Schneider, H.-P., “Democracia y Constitución. Orígenes de la Ley Fundamental de Bonn”, *Democracia y Constitución, cit.*, p. 21.

que realmente ha de retenerse es que si todo esto fue posible, lo es, en última instancia, por cuanto que la aparición del constitucionalismo democrático implica una nada despreciable mutación en los esquemas ideológicos desde los que se articula, en concreto, la propia comunidad política. En efecto, con la puesta en marcha del Estado constitucional democrático y social, el concepto rousseauniano del contrato social, y de la libertad de los ciudadanos como contenido implícito del mismo, cobra auténtica entidad y realidad histórica.

La libertad civil, en tales circunstancias, deja de ser algo anterior, superior y, desde luego, ajeno al Estado, como, según los parámetros propios del liberalismo y su aceptación de las tesis fisiocráticas, había sido entendida en la Europa de finales de los siglos XVIII, XIX y primeros años del XX. Los derechos fundamentales, en el marco del Estado constitucional democrático y social, se presentan, por el contrario, como una realidad coextensa al propio cuerpo político. Esto es, aparecen, como, por utilizar la terminología de John Wise, concreciones de la libertad natural (derechos humanos) del hombre en la comunidad política, con motivo del pacto social que da origen al Estado, y que, en la medida en que forman parte de la voluntad del Constituyente, se incorporan al texto de la Constitución, no como la “parte dogmática”, sino, por el contrario, y por decirlo con Jiménez de Asúa,²⁸⁰ la “parte sustantiva” de la misma. La libertad civil se convierte, de esta suerte, en derecho positivo, cuya fuerza jurídica obligatoria y vinculante se debe, de modo inconcuso, a que las normas que la declaran se encuentran respaldadas por un poder soberano, absoluto e ilimitado, cuya voluntad se impone a todos.

Fue, justamente, la aceptación, tácita y, seguramente, inconsciente, de las tesis de Rousseau, y no las concepciones lógico-

²⁸⁰ Jiménez de Asúa, L., “Discurso” de presentación del Proyecto Constitucional a la Cortes Constituyentes de 1931, en Sevilla Andrés, D. (ed.), *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Madrid, 1969, t. II, pp. 205-209; *Proceso histórico de la Constitución de la República española*, Madrid, 1932, pp. 46-48 y 65.

matemáticas y geométricas del derecho,²⁸¹ la circunstancia que determinó el que la libertad civil pudiera desplegar toda su eficacia jurídica. Es, en todo caso, la concepción rousseauiana de los derechos fundamentales como derecho positivo que, por formar parte de la voluntad del soberano, se impone a todos, la que sirvió de fundamento último para que, respondiendo a la atinada observación de Hans Kelsen²⁸² de que de nada sirve atribuir al ciudadano la titularidad de derechos si junto a ella no se articula un sistema que le permita reaccionar jurisdiccionalmente en caso de que le sean vulnerados, se procediera en el Estado constitucional democrático y social a levantar un, bien podemos calificarlo así, “descomunal” entramado de garantías, como son, por ejemplo, el recurso de amparo mexicano, el recurso de amparo de garantías individuales de la Segunda República española, la *Verfassungsbeschwerde* (recurso de queja constitucional) alemana, o, por no extendernos, el recurso de amparo recogido en los artículos 53.2 y 161.1.b) de la Constitución de 1978. Instrumentos todos éstos cuya finalidad última no es más que la de hacer real y efectiva la libertad de los ciudadanos y de los grupos en que éstos se integran.

Importa señalar, de manera inmediata, que todas estas garantías se han establecido frente al poder político del Estado, lo que, a nuestro juicio, no puede sino considerarse en extremo paradójico. De cualquier modo, ello ha contribuido, en manera decisiva, a que, como ha denunciado De Vega,²⁸³ el aparatoso y descomunal desarrollo constitucional de instituciones de defensa de la libertad termine siendo, en la mayoría de los supuestos, e incluso en el ámbito de las democracias más consolidadas, un gótico y complicado monumento al servicio de la retórica, la inanidad o de la incompetencia.

²⁸¹ Sobre esta concepción del derecho, *cfr.*, por todos, Cohen, H., *Ethik des reinen Willens*, Berlín, 1921, p. 67; Kelsen, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rectssaze*, Viena, 1911, p. 93.

²⁸² Kelsen, H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 5a. ed., Milán, 1978, pp. 280-290.

²⁸³ Vega, P. de, “La eficacia...”, *cit.*, p. 801.

Afirmación esta última que, entendemos, no resulta difícil de comprender y compartir. Sobre todo, si se toma en consideración que tales instrumentos se han ideado cuando, en virtud del triunfo del principio democrático, el Estado ha dejado de ser aquel temible *Leviathan* imaginado por Constant, para convertirse, como señala, por ejemplo, Schneider,²⁸⁴ en el gran garante de la libertad de los ciudadanos. Con ello, se pone de manifiesto que tiene toda la razón el maestro De Vega cuando señala que

Se construye de esta forma la regulación del amparo, y... de todo el sistema de garantías, sobre las premisas ideológicas pre-democráticas y decididamente individualistas del constitucionalismo liberal clásico, en el que la dialéctica libertad-autoridad se circunscribe al área de la tensión individuo-autoridades públicas, o, más concretamente, al momento patológico de la violación por éstas de la esfera de libertad reconocida al ciudadano... Desde esos planteamientos, los derechos fundamentales se conciben como derechos de defensa (*Abwehrrechte*), cuyo respeto es exigible únicamente al Estado, porque se considera que es el Estado el que sólo puede conculcarlos.²⁸⁵

Los distintos constituyentes europeos demostraron, de esta suerte, que actuaban con una miopía digna de mejor causa. Y es que éstos no tomaron en consideración que, en el marco del Estado social, la mayoría de los supuestos de violaciones de derechos no procede del Estado. Por el contrario, éstas provienen de lo que el profesor Lombardi²⁸⁶ ha denominado, con toda razón, “poderes privados”. Tratando de solucionar esta lamentable carencia, surgió ya en los tiempos de la República de Weimar —que confirma, una vez más, su condición de ser la etapa más fecunda y lúcida de la discusión doctrinal del constitucionalismo

²⁸⁴ Cfr., en este sentido, Schneider, H.-P., “Democracia y Constitución...”, *cit.*, pp. 21 y 22.

²⁸⁵ Vega, P. de, “Dificultades y problemas...”, *cit.*, p. 42.

²⁸⁶ Lombardi, G., *Potere privato e diritti fondamentali*, Turín, 1970, pp. 90 y ss.

moderno,²⁸⁷ en la que, en todo caso, aparecieron todos aquellos fundamentales conceptos constitucionales, y se formularon dogmáticamente, de modo definitivo, todos los grandes institutos a los que, queramos o no, hemos de volver para la elaboración de los estudios constitucionales del presente—²⁸⁸ la idea de que, porque los derechos fundamentales pueden ser lesionados también por sujetos privados que, rompiendo las reglas del principio de la autonomía de la voluntad actúan en situación de imperio respecto de los particulares individualmente considerados, debería corresponder al ordenamiento jurídico establecer la defensa de la libertad civil no sólo frente a los actos del poder político, sino también frente a los actos lesivos de los particulares.²⁸⁹

Se sentaban, de esta suerte, las bases para la puesta en marcha de ese instituto de creación académica y jurisprudencial que poco a poco va abriéndose paso en el derecho constitucional europeo. Nos referimos, claro está, a la *Drittwirkung der Grundrechte*. Su finalidad, en la que no resulta difícil encontrar el poso del pensamiento del “Ciudadano de Ginebra”, no puede ser más evidente. De lo que se trata es que los derechos de los ciudadanos, que, por ser parte de la voluntad del Poder Constituyente soberano gozan de una auténtica fuerza jurídica obligatoria y vinculante, han de ser respetados no sólo por los poderes públicos, sino también por los poderes privados.

La libertad civil, en tales circunstancias, adquiere, cuando menos en el plano teórico e ideal, su plena efectividad jurídica. Ahora bien, importa señalar que si esto es así, ello se debe a que en el marco del Estado constitucional democrático y social, la li-

²⁸⁷ Cfr., en este sentido, y por todos, Vega, P. de, “El tránsito...”, *cit.*, p. 77; Lucas Verdú, P., *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar: La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, 1987.

²⁸⁸ En este mismo sentido, aunque referido de modo concreto al estudio de la Unión Europea como realidad política nueva, *cfr.*, por todos, Starck, Ch., “La teoría general del Estado en los tiempos de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, núm. 64 (2005), pp. 27-48.

²⁸⁹ Cfr., a este respecto y por todos, Vega, P. de, “La eficacia...”, *cit.* p. 806.

bertad y la democracia han vuelto a conciliarse, dando así lugar al establecimiento de un auténtico sistema de libertad total.

Para terminar, nos resta advertir que todo este esquema es el que en la actualidad está siendo escandalosamente aniquilado en el marco del proceso de globalización neoliberal tecnocrático.²⁹⁰ Lo que, de manera básica, y por lo que aquí interesa, se explica por cuanto que el empeño por constituir una “aldea global” corre en paralelo, no sólo con el abandono de las ideas políticas democráticas, sino también, y con la misma intensidad, con el que podemos denominar “proceso de internacionalización de los derechos fundamentales”, proceso éste que, a la postre, no se traduce, como cabía esperar de aquel “el hombre, ciudadano de Mundo” acuñado por Fougeret de Mombron y convertido hoy en el lema de la globalización, en la desaparición de la distinción —la única que, como señaló Schmitt,²⁹¹ resulta admisible en democracia— entre ciudadano y no ciudadano, que, sin embargo, y poniendo de relieve la hipocresía de los gobernantes más comprometidos con la mundialización, se mantiene. Por el contrario, de lo que se trata es de hacer prevalecer, siempre y en todo momento, las normas internacionales sobre derechos fundamentales sobre el derecho interno, incluida la propia Constitución.

En España, como nadie puede ignorar, tenemos muy buenos ejemplos de ello. Por poner tan sólo dos ejemplos, vamos a referirnos brevemente a los que surgen en el marco del proceso de descentralización política del Estado. Recuérdese, a este respecto, y en primer lugar, la tesis del nacionalismo vasco de que, habida cuenta lo establecido en los artículos 10.2, 95.1 y 96.1 de la Constitución, los respectivos artículos 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de

²⁹⁰ Cfr., a este respecto, y por comodidad, Ruipérez, J., *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado constitucional democrático y social*, México, 2005, pp. 166-203, especialmente, pp. 174 y ss.

²⁹¹ Schmitt, C., *Teoría...*, cit., pp. 224 y 225.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados por Naciones Unidas en diciembre de 1966, y que fueron válidamente ratificados por España el 13 de abril de 1977, se encuentran hoy vigentes no sólo en aquello que no contradice al actual texto constitucional, que es, por lo demás, lo que se deriva del propio principio de supremacía constitucional, sino también en lo que sí lo contradice.²⁹² De ahí, deduce el nacionalismo vasco, y con él el resto de los partidos nacionalistas de ámbito regional, la posibilidad del ejercicio inmediato del *ius secessionis*, incluso manteniéndose en vigor el código fundamental de 1978.

Hemos de referirnos, en el mismo orden de ideas, y en segundo término, al proceso generalizado de reformas estatutarias iniciado en 2004. En él, bien conocido es, se ha procedido no a la mera modificación formal de los estatutos de autonomía ya existentes, sino a la aprobación de unos nuevos. Nuevos textos estatutarios que introducen en su articulado unas declaraciones de derechos que, como, por ejemplo, indica Raúl Canosa,²⁹³ toman de referencia no el título I de nuestra Constitución, sino la Carta Europea de Derechos Fundamentales, del 7 de diciembre de 2000.

Lo de menos es entrar, aquí, en la discusión sobre si tal solución es constitucionalmente correcta, o si, en tanto en cuanto son formalmente leyes orgánicas, los estatutos están incapacitados para proclamar nuevos derechos. Tampoco resulta de una especial relevancia, para lo que ahora interesa, el indicar que, hasta la definitiva aprobación del llamado tratado constitucional, al que se incorpora, tal Carta es, por decisión de sus autores, una mera

²⁹² *Cfr.*, a este respecto, además del ya citado “El *ius secessionis*...”, Ruipérez, J., “Sobre el derecho de autodeterminación”, *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, *cit.*, pp. 295-398, especialmente pp. 305-321; “Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales”, en Roura, S. y Tajadura J. (dirs.) y otros, *La reforma constitucional. La organización territorial del Estado, La Unión Europea y la igualdad de género*, Madrid, 2005, pp. 90-121.

²⁹³ Canosa, R., “La declaración de derechos en los nuevos estatutos de autonomía”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20 (2007).

declaración internacional carente de la fuerza jurídica normativa que corresponde a los tratados internacionales.

Lo que nos interesa es, tan sólo, determinar el significado político profundo que tiene esta operación de reforma estatutaria, operación cuyas consecuencias, en todo caso, revisten una importancia y trascendencia difícilmente cuestionables. Téngase en cuenta que, al introducir en los estatutos una declaración privativa de derechos basada en la Carta Europea, lo que los distintos estatuyentes regionales hacen es poner de manifiesto su intención de llevar a cabo, a través de la más que discutible técnica de la interpretación de la Constitución vía legislativa,²⁹⁴ una transformación en la forma territorial del Estado que, de cualquier forma, y como ya señaló Hsü Dau-Lin,²⁹⁵ resulta imposible de admitir como una mutación válida del ordenamiento constitucional. Desde luego, lo anterior resulta claro si, olvidándonos de la

²⁹⁴ Sobre la posibilidad de que se genere una incongruencia entre la realidad normativa constitucional y la realidad social como consecuencia de la aprobación de una ley, y sobre la cuestión de su admisibilidad, el profesor De Vega ha realizado una observación fundamental, y de una especial utilidad para el problema que ahora nos ocupa, a la que, lógicamente, nos sumamos. En este sentido, escribe el maestro que “Repugna y es contraria a la estructura y a los esquemas racionalizados del Estado constitucional, la creación de mutaciones a través de actos normativos. Cualquier ley que modifique el contenido de la Constitución, sin seguir el procedimiento establecido para la reforma, se puede calificar, sin paliativos, como inconstitucional. Lo que implica una limitación importante del propio concepto de mutación. Las que Hsü Dau-Lin llamaba mutaciones en abierta contradicción con la Constitución, no deberían ser entendidas como tales, sino como simples violaciones del ordenamiento fundamental. De esta forma, las únicas mutaciones admisibles, con una procedencia en actos normativos, serían: bien las derivadas, negativamente, de la ausencia de desarrollo legislativo de ciertos preceptos, que imposibilitarían el ejercicio de determinados derechos y competencias constitucionales, bien las que, sin vulnerar abiertamente el contenido de la Constitución, podrían conducir a una modificación efectiva de la realidad constitucional por la vía interpretativa”. Véase Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., p. 194; véase también pp. 190-195.

²⁹⁵ Dau-Lin, H., *Mutación de la Constitución* (1932), Oñati, 1998, pp. 177-179.

inicial comprensión de este fenómeno por parte de los Laband,²⁹⁶ Jellinek,²⁹⁷ etcétera, actuamos con el concepto técnico de *Verfassungswandlung*, que es el que se generaliza después en el constitucionalismo surgido tras la Segunda Guerra Mundial. Desde éste, porque la mutación es comprendida como una facultad constitucional en manos de los poderes constituidos, y que se ejerce dentro de la propia Constitución, evidente resulta que, como, entre otros, ha puesto de manifiesto Hesse,²⁹⁸ su posibilidad se encuentra limitada por el propio código jurídico-político fundamental, en el sentido de que lo que nunca, y bajo ningún concepto, podría hacerse es ir abiertamente en contra del texto de la Constitución que se interpreta.

Lo anterior no es, en modo alguno, difícil de comprender. Es menester tomar en consideración que, con una tal solución, lo que se pretende es que los corolarios derivados de las relaciones jurídicas de supra y subordinación propias del Estado políticamente descentralizado²⁹⁹ y que en lo que respecta a los derechos fundamentales se traduce en que, como escribió Mouskheli,

la Constitución federal obliga de igual manera a que las Constituciones particulares admitan la igualdad de los derechos... de los ciudadanos federales en todos los Estados particulares... En casi la totalidad de los casos [la Constitución federal] enumera los derechos individuales de los ciudadanos, cuyo respeto se impone a los Estados-miembros.³⁰⁰

²⁹⁶ Laband, P., *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Dresde, 1895; “Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. I, pp. 1 y ss.

²⁹⁷ Jellinek, G., *Reforma...*, *cit.*, *passim*.

²⁹⁸ Hesse, K., *Escritos de derecho constitucional (selección)*, *cit.*, pp. 21 y ss., 23 y ss., y 30 (“Concepto...”); 51 y 52 (“La interpretación constitucional”), y 111 y 112 (“Límites de la mutación constitucional”).

²⁹⁹ A este respecto, y por comodidad, *cfr.* Ruipérez, J., *La Constitución del Estado de las autonomías. Teoría constitucional y práctica política en el federalising process español*, Madrid, 2003, pp. 210 y ss.

³⁰⁰ Mouskheli, M., *Teoría jurídica del Estado federal*, Madrid, 1931, pp. 168 y 169.

Se apliquen en relación con la Unión Europea, que es tan sólo una confederación de Estados en su forma moderna (La Pèrgola).³⁰¹ Por el contrario, en el interior del Estado de las autonomías, que es un auténtico Estado constitucional único, las relaciones organización política central-comunidades autónomas pasarían a articularse según los esquemas del confederantismo, desde donde, al no haberse verificado el momento del pacto social y, en consecuencia, no ser una única comunidad política, sí resulta admisible que la libertad civil difiera de unas colectividades particulares a otras.

Sea de ello lo que sea, importa señalar que esta tendencia a hacer primar el derecho internacional sobre el derecho interno no plantearía excesivos problemas si el proceso de globalización que la determina estuviera conducido por los criterios del monismo jurídico moderado de los, entre otros, Verdross,³⁰² Kunz³⁰³ o Mouskheli. Bien conocido es que, partiendo de la más que discutible equiparación de la soberanía con el principio de la *Kompetenz-Kompetenz*,³⁰⁴ estos autores entendieron que en el mundo actual la soberanía únicamente puede corresponder a la comunidad internacional. Solventaban, de esta suerte, el problema de que, como, con acierto pleno y meridiana claridad ha observado Heller,³⁰⁵ el derecho no es más que un conjunto de reglas que se

³⁰¹ La Pèrgola, A., *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994, pp. 124-138, 151-180 y 181-190. *Cfr.*, también, Ruipérez, J., “Algunas cuestiones sobre el momento estatal de la integración europea. La Unión Europea como forma moderna de Confederación (Una primera aproximación)”, en García Herrera, M. A. (dir.) y otros, *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, cit., pp. 619-645; La “Constitución europea” y la teoría del poder constituyente. *Algunas reflexiones críticas desde el derecho político*, Madrid, 2000, pp. 27-49.

³⁰² Verdross, A., *Die Verfassung des Völkerrechtsgemeinschaft*, Viena, 1926; “Le fondement de droit international”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de Le Haye*, 1927, t. I, pp. 269 y ss.; *Völkerrecht*, Viena, 1964, 5a. ed.

³⁰³ Kunz, J. L., *Die Staatenverbindungen*, Stuttgart, 1929.

³⁰⁴ En este sentido, *cfr.* Schmitt, C., *Teoría...*, cit., p. 367.

³⁰⁵ Heller, H., *La soberanía...*, cit., pp. 127 y ss., particularmente pp. 141 y 142.

imponen en tanto que existe un poder soberano, que les otorga esa validez y les confiere su carácter obligatorio.

Ahora bien, debemos advertir, de manera inmediata e ineludible, que si el proceso de internacionalización de la libertad civil de acuerdo con los esquemas del monismo jurídico moderado no plantea excesivos problemas, ello se debe, justamente, a que, en virtud de su propio razonamiento, las normas internacionales declarativas de derechos pierden su carácter internacional. Y es que, en efecto, ocurre que la única manera posible de concebir a la comunidad internacional como titular de la soberanía es la de afirmar que el proceso altusiano de creación del cuerpo político ha conocido un paso más: la celebración de un pacto social entre los diversos Estados hasta entonces soberanos e independientes. Con ello, innecesario debiera ser advertirlo, la comunidad internacional se transformaría en un único Estado, como “unidad organizada de decisión y acción política”,³⁰⁶ a escala planetaria.

El resultado de todo ello no puede ser más evidente. Las normas jurídicas emanadas de la comunidad internacional/nuevo Estado mundial, no pueden ser ya consideradas como integrantes de un derecho internacional que, por su propia esencia, y al menos desde Grocio,³⁰⁷ requiere la concurrencia de dos o más Estados soberanos e independientes. De esta suerte, nos encontramos con que, como muy bien comprendió, y denunció, Heller, la conversión de la comunidad internacional en una “unidad decisoria

³⁰⁶ Sobre esta caracterización de la forma política Estado, *cf.* Heller, H., *Teoría...*, *cit.*, pp. 246-265.

³⁰⁷ Recuérdese, en ese sentido, que procedió Hugo Grocio a la distinción del ordenamiento jurídico interno (derecho civil) del interestatal (derecho internacional o derecho de gentes) indicando que “Pero como las leyes de todo Estado buscan su propia utilidad, así entre Estados, entre todos o entre al mayoría de ellos, pudieron surgir ciertas leyes por consentimiento. Y es claro que no han surgido éstas para buscar la utilidad de ciertos grupos particulares, sino para la de aquella gran universidad. Y éste es el Derecho que llamaremos de gentes”. Véase Grocio, H., “Del derecho de la guerra y de la paz”, *cit.*, “Prolegómenos a los tres libros del derecho de la guerra y de la paz”, § 17, p. VII, y libro I, cap. I, § XIV, pp. 11 y ss.

planetaria, universal y efectiva, transformaría al derecho internacional en derecho estatal”,³⁰⁸ es decir, en auténtico derecho constitucional.

El problema se plantea por cuanto que no son los esquemas del monismo jurídico moderado, y su, tan consecuente e inevitable como poco deseada, conversión de las normas internacionales sobre derechos fundamentales en normas de derecho constitucional, el que está conduciendo el proceso de globalización. Como nadie puede ignorar, a los esfuerzos por construir una “aldea global” conforme a la lógica económica e instrumental, y, en todo caso, desde la antidemocrática concepción de Daniel Bell³⁰⁹ de que la comunidad política ha de organizarse conforme a los esquemas de la técnica empresarial, no le interesan, ni le pueden interesar, tales planteamientos. Por el contrario, a los partidarios de la mundialización les convendrá mucho más la concepción kelseniana del monismo jurídico radical.

De todos es, sin duda, bien conocido que el más insigne de los miembros del “Grupo de Viena” abordó la problemática de las relaciones derecho internacional-derecho constitucional desde dos tesis fundamentales. La primera de ellas es la de que la soberanía, como concepto polémico que es, no existe y, por ello mismo, ha de ser radicalmente eliminada del ámbito de lo jurídico.³¹⁰ La segunda, que se deriva directamente de la anterior, es la de que la supremacía del derecho internacional sobre el derecho constitucional se explica, no porque aquél sea obra directa de un poder soberano, sino por su carácter de necesaria *Grundnorm* del derecho interno de cada uno de los Estados.³¹¹

Es menester señalar que, a nuestro juicio, la construcción de Kelsen es lógicamente tan correcta, como políticamente perni-

³⁰⁸ Heller, H., *La soberanía...*, cit., p. 225.

³⁰⁹ Bell, D., *El fin de las ideologías* (1960), Madrid, 1964, pp. 25 y 26, por ejemplo.

³¹⁰ Cfr., a este respecto, Kelsen, H., *Das problem der Souveränität und die Theorie des Volkerrecht. Beitrag zu einer Rechtslehre*, Tubinga, 1920, p. 320.

³¹¹ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, 9a. ed., Buenos Aires, 1970, pp. 143 y ss., y 154 y 155.

ciosa para la ponderada articulación de un sistema de “libertad total”, y jurídicamente destructiva para la eficacia de los derechos fundamentales. Consideración ésta que, por lo demás, resulta diáfana cuando las tesis del ilustre jurista vienés se llevan a sus últimas consecuencias en su posible aplicación al proceso de globalización.

Téngase en cuenta, a este respecto, y en primer lugar, que, al negar la soberanía y, al mismo tiempo, afirmar la superioridad del derecho internacional sobre todo el derecho interno, a lo que, en realidad, conduce el monismo jurídico radical es a que las Constituciones estatales ya no puedan ser entendidas como aquella *Lex Superior* que, como tal, se impone por igual a gobernantes y gobernados, y respecto de la cual todas las demás normas jurídicas, cualquiera que sea su forma y su origen, se encuentran subordinadas y han de ceder, en caso de conflicto, ante ella.³¹² Esto es, los textos constitucionales, como ya había ocurrido en la Europa de finales de los siglos XVIII, el XIX y primeros años del XX, se ven incapacitados para ser entendidos, y para poder operar como auténticas Constituciones.³¹³ Se comprende, de esta suerte, y sin ninguna dificultad, el porqué Hermann Heller pudo acusar al Kelsen formalista de ser “el consecuente ejecutor testamentario”³¹⁴ de Laband, y de que, al haber conducido *ad absurdum* de modo definitivo el positivismo lógico-jurídico,³¹⁵ procedió a la elaboración de una teoría del Estado, sin Estado, y de una teoría del derecho constitucional, sin Constitución.³¹⁶

De cualquier modo, lo que nos interesa es destacar que todo lo anterior habría, de manera inevitable y fatal, de afectar a la

³¹² En este sentido, y aunque referido en especial a la integración europea, *cfr.*, por todos, Tajadura Tejada, J., “¿El ocaso de Westfalia? Reflexiones en torno a la crisis del constitucionalismo en el contexto de la globalización”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 123 (2004), pp. 341-344.

³¹³ *Cfr.*, en este sentido, y por todos, Vega, P. de, “Prólogo”, *cit.*, pp. XX y XXI.

³¹⁴ Heller, H., *La soberanía...*, *cit.*, p. 90; véase también, pp. 149 y ss.

³¹⁵ Heller, H., “La crisis...”, *cit.*, p. 52.

³¹⁶ Heller, H., *Teoría...*, *cit.*, pp. 68 y ss.

problemática de la libertad civil y su eficacia. Los derechos fundamentales, que sólo existen en la medida en que el Poder Constituyente soberano los reconoce, y que únicamente pueden ser eficaces cuando responden a la ponderada conciliación de la libertad y la democracia, quedan, en el orden jurídico-político interno, relegados a la condición de normas retóricas y programáticas, carentes de toda fuerza jurídica obligatoria y vinculante. La eficacia de la libertad civil queda, de esta suerte, confiada a la normativa internacional. El derecho internacional se configura, desde el monismo jurídico radical, como el gran garante —en rigor, el único— de la libertad de los individuos.

Ahora bien, no puede ignorarse que se trata de un derecho internacional que, al no poder presentarse como el fruto de la voluntad de un pueblo soberano mundial, que, por lo demás, no existe, nunca podrá ocupar la posición que tenían las Constituciones estatales, y, en consecuencia, carecerá de esa naturaleza de derecho fundamental que le permita conducir adecuadamente la vida política y jurídica de la hipotética aldea global. Por otra parte, ocurre que, en tanto en cuanto el monismo jurídico radical priva al derecho internacional de su fundamento último: la soberanía de los Estados que lo crean,³¹⁷ aquél se verá incapacitado para regular, y obligar, tanto las relaciones entre gobernantes y gobernados como, y esto es lo importante, las de los distintos individuos entre sí, y con los poderes privados nacionales y transnacionales. Al fin y al cabo, no le falta razón a Albert Zorn cuando señala que “Jurídicamente el Derecho Internacional sólo es Derecho en tanto en cuanto es Derecho estatal”.³¹⁸

El panorama que, en tales circunstancias, se abre ante nosotros, no puede ser, en verdad, más desalentador. De cualquier modo, éste no puede ser, al mismo tiempo, más paradójico.³¹⁹ Téngase en cuenta, a este respecto, que, inmersos en el gigantesco e incon-

³¹⁷ Cfr., a este respecto, y por todos, Heller, H., *La soberanía...*, cit., p. 239.

³¹⁸ Zorn, A., *Grundzüge des Völkerrechts*, 2a. ed., Leipzig, 1903, p. 7.

³¹⁹ Sobre este particular, cfr. Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional:...”, cit., pp. 35 y 52.

trolable proceso de globalización económica del neoliberalismo tecnocrático, nos vemos hoy todos —prácticos y teóricos del Estado, el derecho y la política— embarcados en la tarea de forjar una teoría de la Constitución y un derecho constitucional entendidos como derecho universal de la libertad.

Ocurre, no obstante, que tal labor se aborda, en muchos casos, desde el, consciente o inconsciente, olvido de lo que el derecho constitucional realmente significa. Así sucede, desde luego, cuando se opera no con la “ideología del constitucionalismo”, cuya finalidad es la de hacer efectivas las ideas, principios y valores que determinaron la aparición histórica del constitucionalismo moderno, sino con la “ideología de la Constitución”, empeñada en la defensa de un determinado código fundamental elevado a la condición de fetiche mágico-mítico.³²⁰ Nos referimos, obvio es, al dato de que el derecho constitucional es el derecho de la democracia y de la libertad, el cual, por encima de cualquier criterio jurídico, responde a la lógica de aquellas ideas. Resulta, de esta suerte, meridiano que únicamente puede alcanzarse una ponderada y cabal comprensión del derecho actual cuando se conoce tanto el significado real de la libertad y la democracia, como los esfuerzos que se han realizado por conciliarlas en el mundo clásico, el medieval, el moderno y en el contemporáneo. Conocimiento que se hace tanto más preciso y necesario cuanto que, en el plano jurídico-político práctico, todas estas construcciones se erigieron en el fundamento teórico e ideológico de la forja de todos aquellos principios y valores que determinaron en surgimiento del constitucionalismo moderno, como sistema de “libertad total”. Del mismo modo, y desde una perspectiva dogmática, porque todas esas reflexiones históricas ponen de manifiesto que la libertad de los individuos sólo es eficaz y real cuando las ideas de democracia y libertad se concilian, conjugan y armonizan adecuadamente en el marco de la comunidad política.

³²⁰ *Ibidem*, pp. 31-36.

El resultado de esta lamentable paradoja se nos antoja meridiano. Al concebir el derecho constitucional como el derecho universal de la libertad, y, al mismo tiempo, pretender construirlo al margen, o, incluso, en contra, de la democracia, lo que sucede es que el hombre, como ciudadano del mundo, va a encontrarse en la más absoluta de las indefensiones y, en consecuencia, será menos libre. La apocalíptica sentencia de Keller: “el último triunfo de la libertad resultará estéril, no parirá hijos”,³²¹ adquiere, de esta suerte, auténtica realidad y entidad.

En tales circunstancias, a nadie puede extrañar que, rebelán dome contra esa modorra y ese conformismo (Tierno Galván³²² que, en todo caso, alcanza, como advirtió Mannheim),³²³ sus más altas cuotas de dramatismo en la sociedad neoliberal, me sume³²⁴ a la opinión de Pedro de Vega —para quien yo, a modo del sabio fichtiano³²⁵ y sin tomar en consideración su modestia rousseau niana,³²⁶ reivindico todos los honores y, en todo caso, atribuyo cuantos posibles méritos puedan existir en este escrito— sobre la imperiosa necesidad de recuperar hoy, y cuando menos metodológicamente, a Jean-Jacques Rousseau.³²⁷ Tanto más cuanto que, como he tratado de poner de manifiesto en estas páginas, fueron los esquemas conceptuales del “Ciudadano de Ginebra” los que, al ser aceptados en el Estado constitucional democrático y social, sirvieron para poner en marcha la libertad total y, en consecuencia, hacer del individuo, como ciudadano, un verdadero hombre libre.

La vuelta a Rousseau significa, en primer lugar, el recuperar para el derecho constitucional los conceptos de democracia, de

³²¹ La cita del poeta suizo la tomo de García, E., *El Estado constitucional ante su momento maquiavélico*, Madrid, 2000, p. 94.

³²² Cfr., a este respecto, Tierno Galván, E., “«El contrato social»...”, *cit.*, p. 129.

³²³ Mannheim, K., *Man and Society in an Age of Reconstruction*, Londres, 1940, pp. 53-67.

³²⁴ Ruipérez, J., *El constitucionalismo democrático...*, *cit.*, pp. 205-227.

³²⁵ Fichte, J. G., “Reivindicación...”, *cit.*, pp. 45 y 46.

³²⁶ Rousseau, J.-J., “Sobre las ciencias...”, *cit.*, pp. 30 y 31.

³²⁷ Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional:...”, *cit.*, p. 54.

Poder Constituyente y de soberanía. Esto es, frente a aquellas tesis que consideran que el *pouvoir constituant* no es más que un mito o, en su caso, una sola y simple coartada ideológica para quienes pretenden justificar el concepto material y decisionista de Constitución, por un lado, o que la soberanía no existe ni puede existir, por otro, entender, con Heller, que “no es, en absoluto, una mera ficción, sino una realidad política cuya importancia sólo se comprende cuando se concibe a la soberanía del pueblo... como un principio polémico de la división política del poder opuesto al principio de la soberanía del dominador”.³²⁸

Pero, en segundo término, volver al filósofo ginebrino significa, también, comprender la necesidad de recuperar el concepto político del Estado, necesidad ésta que se hace particularmente patente y manifiesta si se advierte, como hace el maestro De Vega, que

Incapaz el Estado [neoliberal] de proceder a la organización jurídica de los Derechos Fundamentales..., e imposibilitada la sociedad para resolver la contradicción que se genera en su seno... resulta perfectamente comprensible que en *El tiempo de los derechos...* sea cuando los derechos afronten más dificultades para encontrar un lugar en el espacio donde se desarrolla la vida de los hombres. Quizá ese lugar sólo se halle apelando nuevamente al Estado, del que ni la Teoría Constitucional ni la Teoría de los Derechos Fundamentales pueden nunca olvidarse.³²⁹

Al fin y al cabo, es tan sólo en el marco político del Estado democrático donde el hombre, como ciudadano, se presenta como portador de unos derechos que en todo momento puede hacer valer tanto frente al poder político como frente a los poderes privados.

³²⁸ Heller, H., *Teoría...*, cit., p. 266.

³²⁹ Vega, P. de, “La eficacia...”, cit., pp. 818 y 819.