

EL *IUS SECESSIONIS* EN LA CONFRONTACIÓN DERECHOS HUMANOS-DERECHOS FUNDAMENTALES. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS ÚLTIMAS PROPUESTAS DE LOS PARTIDOS NACIONALISTAS EN ESPAÑA

Javier RUIPÉREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La construcción del Estado constitucional liberal y la problemática de la eficacia de los derechos fundamentales*. III. *Los presupuestos políticos y jurídicos en la aparición del Estado constitucional democrático y el fin de la interpretación iusnaturalista de las tablas de derechos*.

I. INTRODUCCIÓN

Cualquier observador que haya atendido a la realidad política y constitucional española de la última década del siglo XX, habrá llegado a una conclusión inobjetable. El principio de las nacionalidades, o, si se prefiere, la ideología de la nación, que, habiendo prácticamente desaparecido del panorama político mundial tras la Segunda Guerra Mundial, ha conocido una más que evidente revitalización como consecuencia, de una u otra forma, de la *Perestroika*, ha prendido rápida y generalizadamente en la clase política española. Y es que, en efecto, lo que sucede es que, aunque poniéndose de manifiesto las grandes dificultades que plantea la concreción de lo que ha de entenderse por nación,¹ la idea básica y fundamental que anima aquél principio se ha convertido en uno de los puntos centrales de la discusión entre las distintas fuerzas políticas españolas. Su argumento central, que fue magníficamente expresado por Johann Caspar Bluntschli cuando escribía que: “Toda nación está llamada a ser

¹ En relación con esta problemática, *cfr.*, por todos, Margall, F. Pi i, *Las Nacionalidades* (1877), Madrid, 1986, Libros I, y III, pp. 9-103 y 189-327.

un Estado y autorizada para constituirlo. Lo mismo que la humanidad está repartida en una serie de naciones, así debe el mundo estar formado por otros tantos Estados. Cada nación es un Estado y cada Estado es un ser nacional”,² ha sido, y es, utilizado de manera indistinta, y en diferentes momentos, tanto por los llamados partidos nacionalistas, como por las organizaciones partidistas de ámbito estatal.

La anterior conclusión no es, en modo alguno, descabellada. Para otorgarle validez, basta con tomar en consideración los siguientes datos:

1) Aceptado que, desde el punto de vista del derecho público interno, el derecho de autodeterminación se corresponde con la teoría democrática del Poder Constituyente del pueblo, pocas dudas deberían existir en torno a que aquel derecho se ha ejercido de manera cumplida en el Estado español. En un proceso constituyente que se desarrolló combinando el modelo representativo que, teorizado por Sieyès —para quien el Parlamento, como representante de la nación soberana, se convierte en el soberano mismo; lo que acabaría impidiendo el correcto, ponderado y cabal entendimiento de la Constitución como Constitución—,³ se convirtió en la regla general en Europa,⁴ y la idea democrática de que corresponde al pueblo, y sólo a él, la decisión sobre los modos y las formas en que va a ser gobernado, que determinaría que:

² Bluntschli, J. C., *Allgemeine Staatsrecht*, Munich, 1852, citado por Pérez Serrano, N., “Cien años de derecho político” (1958), en *Escritos de derecho político*, Madrid, 1984, vol. II, pp. 882 y 883.

³ En relación con esto, *cf.*, por todos, Carré de Malberg, R., *La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la Loi dans la Constitution de 1875* (1931), París, *sine data* (pero 1984), pp. 110 y 111; *Teoría general del Estado*, México, 1948, pp. 1.196-1.201.

⁴ *Cf.*, a respecto y por todos, Zweig, E., *Die Lehre von Povoir Constituant. ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tubinga, 1909, p. 132; Arnould, G., *De la révision des Constitutions. Établissement et révision des Constitutions françaises. Systemes de révision des Constitutions étrangères*, París, 1895, p. 32. La explicación del por qué las teorías de Sieyès recibieron, y reciben, una general aceptación en Europa, nos la ofrece, de manera clara, Pedro De Vega cuando señala que esta circunstancia se debe a que “por una parte, con la apelación a la soberanía de la nación o del pueblo, se aseguraba la indiscutible prepotencia de las Asambleas, en las que, primero la burguesía, y después las oligarquías partidistas, asentaron su dominio; y por otra parte, con la invocación a los principios del régimen representativo, se excluía la intervención de los ciudadanos, permitiendo de este modo que burguesía y partidos quedaran convertidos en los únicos depositarios de la soberanía nacional (*La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1985, p. 34).

Precisamente, para evitar que este derecho irrenunciable del pueblo pudiera convertirse en una mera declaración nominal, y que el ejercicio efectivo de la soberanía y del Poder Constituyente recayera exclusivamente en las asambleas representativas o convenciones, se abrió paso, en los inicios del constitucionalismo moderno, la tesis rousseauiana de la necesidad de ratificar por el propio pueblo los textos constitucionales elaborados y discutidos por las asambleas, la voluntad del pueblo español, como ente político unitario, favorable a la Constitución resulta indiscutible.⁵

Los resultados de la aprobación del texto no pueden ser, en efecto, más expresivos. En sede parlamentaria, los resultados de la votación sobre el Proyecto de Constitución, celebrada el 31 de octubre de 1978, fueron de 325 votos afirmativos, frente a 6 negativos y 5 ausencias, en el Congreso de los Diputados, y 226 votos “sí”, frente a 5 “no”, 8 abstenciones y 9 ausencias en el Senado,⁶ La votación en el referéndum de 6 de diciembre de 1978⁷ resulta igualmente contundente en este sentido: con una participación del 67,1%, el voto afirmativo fue del 87,9 % de los votos válidos emitidos. Resultado positivo que también se lograría con el cómputo regionalizado de voto, incluso en aquellas nacionalidades y regiones que cuentan, entonces y hoy, con partidos nacionalistas fuertes. En efecto, debe tenerse en cuenta que, aunque a veces pretenda presentarse de otro modo, el Proyecto constitucional, que había recibido, por ejemplo, en Andalucía

⁵ Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., nota 4, p. 104.

⁶ Estos datos los tomo de Esteban, J. de, “El proceso constituyente español”, en Tezanos, R. Cotarelo *et al.* (eds.), *La transición democrática española*, Madrid, 1989, p. 294. En el Congreso votaron “no”, los diputados Silva Muñoz, Fernández de la Mora, Martínez Emperador, Mendizabal y Jarabo Payá, todos ellos de la entonces coalición de “Alianza Popular”, y Letamendía, de Euskadiko Ezkerra. Por su parte, las abstenciones correspondieron al PNV en bloque, Aizpún, de la UCD; Licinio de la Fuente, Ivaro Lapuerta y Piñeiro Ceballos, de AP; Heribert Barrera (ERC), integrado en el grupo de Minoría Catalana; Joaquín Arana y Morales Moya, del Grupo Mixto. Entre las ausencias, destacó la del diputado J. R. Lasuén, que había sido expulsado de la UCD. En el Senado, los votos contrarios al Proyecto de Constitución fueron los de Bajo Fando y Bandrés, de Grupo Vasco; Gamboa, Senador real; Carazo y Xirinacs, del Grupo Mixto; absteniéndose De Irujo, Monreal, Oregui, Uría (Senador real) y Zabala, del Grupo Vasco; Audet, del Grupo Mixto, así como los Senadores reales Díez-Alegría y Salas Larrazábal. Las ausencias fueron las de Rubial, Unzueta y Serrahina, por enfermedad; Fernández-Miranda, Felix Calvo Ortega, González, Ibarrondo, Julián Marías y Manuel Vidarte, que no justificaron su inasistencia.

⁷ Fuente: Junta Electoral Central, recogido por Maravall, J. M., y Santamaría, J., “Transición política y consolidación de la democracia en España”, Tezanos, J. F. *et al.* (eds.) *La transición democrática española*, cit., nota 6, p. 209.

el voto afirmativo del 91,9%, sería aprobado en Cataluña por el 90,5%, en Galicia por el 88,2% y, finalmente, en Euzkadi por el 69,1%. Es más, y como he indicado en algún otro lugar,⁸ muy bien podría afirmarse que el ejercicio del derecho de autodeterminación, entendida como ejercicio del Poder Constituyente, se ha verificado entre nosotros con un doble giro de tuerca: como pueblo federal, a través de la aprobación del texto constitucional; como pueblo de las colectividades-miembro, con la de su respectivo Estatuto de Autonomía.

Pese a la contundencia de los datos anteriores, los partidos nacionalistas de ámbito regional no dudan en afirmar que en el Estado español no se ha ejercido el derecho de autodeterminación. Y, desde esa perspectiva, en 1990, sin duda animados por lo que estaba sucediendo en la URSS con las Repúblicas Bálticas, las minorías mayoritarias de PNV y CiU consiguieron que los Parlamentos vasco y catalán aprobasen sendas proposiciones no de ley, en las que se ponía de manifiesto el que ambas formaciones no renunciaban al *ius secessionis* como una posibilidad para el futuro político de Euzkadi y Cataluña en el marco de una Europa unida en base a las naciones, y no de los actuales Estados.

2) El segundo momento realmente relevante en la escalada del principio de las nacionalidades en España, y en lo que se refiere tan sólo a los partidos de ámbito regional, se produce en 1995. Ha de recordarse, en este sentido, que la imposibilidad e incapacidad para llegar a acuerdos entre las tres grandes formaciones estatales, nos presentó, en la legislatura 1993-1996, a un PSOE que, habiendo perdido la mayoría absoluta, se ve obligado al pacto con los partidos nacionalistas catalanes y vascos. Situación ésta que, por no pocos teóricos y prácticos de la política, se pretendió mostrar como un evidente y magnífico acierto, toda vez que con ello no se lograba sino el integrar a PNV y CiU, que forman parte de la Constitución material⁹ española, en el Estado. En todo caso, lo que resulta indiscutible es que, en definitiva, dicho pacto forzó a los últimos gobiernos del señor González Márquez a transigir con no pocas demandas de sus socios.

⁸ Cfr., Ruipérez, J., *Constitución y autodeterminación*, Madrid, 1995, pp. 53-62.

⁹ Para la concepción de la Constitución material como conjunto de fuerzas políticas que actúan en el Estado, cfr., Mortati, C., *La Constitución en sentido material* (1940), Madrid, 2000.

Sea de ello lo que sea, lo que ahora nos interesa destacar es que la debilidad parlamentaria del PSOE y la consecuente elevación de los partidos nacionalistas a la condición de piezas clave para la gobernabilidad, llevó a los últimos a hacer manifiesta una reivindicación que, hasta entonces, no había pasado de ser una demanda formal y tibia. Los partidos nacionalistas ponían, de esta suerte, de manifiesto su verdadera finalidad. Al fin y a cabo, la esencia de la ideología de la nación no es otra que la de conseguir que lo que se entiende como una nación se convierta, o, al menos, pueda convertirse, en un Estado independiente. El momento elegido para dar este paso: 1995, no podía ser mejor. En efecto, no es, en modo alguno, casual que fuera precisamente en esa fecha, con un Partido Socialista en minoría, inmerso en un profundo proceso de crisis¹⁰ —la llamada necesidad de renovación del socialismo—, y fuertemente acosado por la oposición partidista y mediática, cuando, de manera, en todo caso, plenamente legítima en el plano ideológico, el reconocimiento constitucional de una de las significaciones que el derecho de autodeterminación tiene en el derecho público internacional (la de decidir libremente si un determinado pueblo se separa del Estado al que pertenece, o si prefiere continuar en él) pasase de ser un deseo *cuasi* utópico, a presentarse, en opinión de los partidos nacionalistas, como una exigencia inmediata e ineludible para alcanzar la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos del Estado español.

3) Las elecciones de marzo de 1996, pese a lo que pudiera suponerse, no vinieron a corregir la situación. Antes al contrario, la agravaron. De nuevo, la incapacidad de PP, PSOE e IU de alcanzar el consenso, siquiera sea como ese *disagreement on fundamentals* que, como muy bien indicó Friedrich,¹¹ define el sistema democrático, así como la gran debilidad del partido conservador, en cuanto que minoría mayoritaria encargada de formar gobierno, sitúan a los dos grandes partidos nacionalistas, en cuanto que absolutamente necesarios para la gobernabilidad, en una evi-

¹⁰ Para la comprensión de este fenómeno, resulta de gran interés la lectura del trabajo de Vega, P. de, “La crisis de los partidos socialistas” (1969), 1a. reimp., *Estudios político-constitucionales*, México, 1987, pp. 46-69.

¹¹ *Cfr.*, Friedrich, C. J., *La democracia como forma política y como forma de vida*, 2a. ed., Madrid, 1966, pp. 99 y 100; *El hombre y el gobierno. Una teoría empírica de la política*, Madrid, 1968, p. 264. En el mismo sentido, *cfr.*, también, Vega, P. de, “Para una teoría política de la oposición (1970)”, *Estudios político-constitucionales*, *cit.*, nota 10, pp. 21 y 22.

dente posición de superioridad respecto de su socio estatal. Posición de superioridad que no dudarán en utilizar para imponer a este último gran parte de sus reivindicaciones programáticas, ya se refieran a cuestiones ordinarias (cesión del 30% del IRPF, cesión de la competencia de ordenación de tráfico, etcétera), o a cuestiones fundamentales sobre la forma territorial del Estado.

La actuación del principio de las nacionalidades por parte de los partidos nacionalistas era, en este contexto, algo inevitable. Y su actuación supone un paso más en su empeño por constituirse como Estados independientes. En efecto, si en la legislatura 1993-1996 la reivindicación nacionalista se acababa en la introducción del derecho de secesión en el texto constitucional, ahora, en la de 1996-2000, recibe un nuevo contenido, al que, de una u otra forma, se adhiere Izquierda Unida. Con la excusa de la construcción de una Unión Europea de las Naciones, y no de los Estados, CiU, PNV y BNG se ponen de acuerdo para exigir el reconocimiento constitucional del *status* de ente soberano para Cataluña, Galicia y Euzkadi. Su pretensión la pretenden justificar, y avalar como plenamente coherente con la Constitución de 1978, en el proceso de integración europea. Así, dirán los partidos nacionalistas de ámbito regional que, en virtud de este último, lo que la realidad práctica supone es que, en el terreno de los hechos, la soberanía se encuentra hoy dividida entre tres instancias: El Estado, la Unión Europea y las comunidades autónomas. De lo que se trataría, entonces, es de reconocer en el plano jurídico y formal lo que es, siempre en su opinión, ya una realidad en plano político y material.

En esta etapa, el nacionalismo periférico contará con la muy importante, —aunque no por ello menos sorprendente—, colaboración de un viejo político conservador, orgulloso, por lo demás, de haber contribuido a configurar el régimen franquista como, según él, un auténtico Estado de derecho.¹² No vamos a entrar aquí en la cuestión de que, en realidad, lo que se pretendía presentar como un “Estado de derecho” no era más, y en lógica coherencia con la naturaleza dictatorial del régimen, que una nueva manifestación de lo que, en relación con la Italia fascista, Hermann Heller¹³ había caracterizado como un mero Estado jurídico,

12 Véase, Herrero de Miñón, M., *Memorias de estío*, Madrid, 1993, pp. 22 y 23.

13 Para la contraposición entre el Estado de derecho y el “Estado jurídico, regido por una vacía nomocracia”, resultan fundamentales los trabajos de Heller, H., ¿“Estado de derecho o dictadura”? (1929) y “Europa y el fascismo” (1929), recogidos ambos en

regido por una vacía nomocracia, en donde lo único importante eran las formas. Lo que sí resulta de interés es el indicar que, en efecto, el más conspicuo defensor del principio monárquico en la España contemporánea, Herrero de Miñón,¹⁴ sin importarle nada contradecir sus propias palabras en el seno de la constituyente, pondrá todo su ingenio al servicio de los partidos nacionalistas de ámbito regional.¹⁵ Su argumentación central, en este momento, no puede ser más clara: La Disposición Adicional 1a., en la que el constituyente hace un expreso reconocimiento a la tradición a través de la constitucionalización de los “derechos históricos”,¹⁶ permite una interpretación generosa de los artículos 1.2 y 2 de la Constitución, gracias a la cual puede entenderse como hipótesis constitucionalmente válida tanto el reconocimiento de sujeto soberano a Cataluña, Euzkadi y Galicia, como la posibilidad del ejercicio del derecho de autodeterminación, en su doble vertiente de secesión o expresión del deseo de permanecer en el Estado al que pertenece el territorio de que se trate.

No hace falta demasiada sagacidad para comprender la inconsistencia de una tal propuesta en el marco del Estado constitucional democrático y social, fundamentado en el principio democrático.¹⁷ En primer lugar,

el volumen *Escritos políticos*, Madrid, 1985, pp. 283-301 y 21-132, respectivamente. Los dos trabajos fueron redactados tras su estancia en la Italia fascista, y estudian el uso que la dictadura hace del formalismo jurídico y de su concepto formal de la vieja categoría del Estado de derecho. De esta suerte, a nadie puede extrañar que cuando formula su propuesta del Estado social, cifre como uno de sus principales objetivos la de la recuperación del contenido material del Estado de derecho, que había sido completamente abandonado gracias al método acrítico del positivismo formalista a ultranza, y que, a la postre, había permitido la degeneración del Estado de derecho en ese Estado jurídico, que tan bien servía a los intereses del dictador, fuese este cual fuese y, además, en cualquier momento y lugar.

¹⁴ Véase Herrero de Miñón, M., *El principio monárquico: un estudio sobre la soberanía del rey en las leyes fundamentales*, Madrid, 1972.

¹⁵ Véase Herrero de Miñón, M. *Derechos históricos y Constitución*, Madrid, 1988.

¹⁶ Sobre el significado de la Disposición Adicional 1a. de la Constitución Española, *cfr.*, por todos, Fernández, T. R., *Los derechos históricos de los territorios forales. Bases constitucionales y estatutarias de la administración foral vasca*, Madrid, 1985.

¹⁷ *Cfr.*, Ruipérez, J., “Una cuestión actual en la discusión política española: La Constitución española y las propuestas nacionalistas, o de los límites de la mutación y la reforma constitucional como instrumento para el cambio político”, *Civitas Europa. Revista Jurídica sobre la Evolución de la Nación y del Estado en Europa*, núm. 2, 1999, pp. 133-155.

porque, como, con total acierto y absoluta y meridiana claridad, advirtió Carl Friedrich,¹⁸ en el Estado federal, o, si se prefiere, Estado políticamente descentralizado, como manifestación estructural concreta del Estado constitucional, no hay, ni puede haber en condiciones de normalidad, más soberano que el Poder Constituyente que elabora, discute, aprueba y sanciona la Constitución federal. Evidente resulta, desde esta óptica, que la organización política central y las organizaciones políticas regionales no pueden ser concebidas más que como poderes constituidos, que tienen, sí, derechos de autonomía, pero nunca de soberanía. En segundo término, no puede olvidarse que si los derechos históricos, que, por definición, deberían entenderse derogados por la aparición del nuevo Poder constituyente del pueblo español, continúan estando vigentes es única y exclusivamente porque la Constitución los admite. Lo que, traducido en otros términos, no significa sino que, con independencia de si realmente existieron o, por el contrario, son simplemente un mito, y de la naturaleza que quiera otorgárseles, esos derechos históricos, que el constituyente español de 1977-1978 reconoce y garantiza, no podrán nunca ser alegados para destruir al propio soberano que los admite como parte integrante del ordenamiento jurídico por él creado.¹⁹ Evidente resulta, desde esta doble consideración, que pretender introducir, —ya sea mediante la interpretación, ya a través de la modificación formal—, en el texto vigente la consideración de ente soberano para alguno de los centros autónomos de decisión política, democrática y legítima, o el reconocimiento del derecho de secesión, que había sido expresamente rechazado por el constituyente, nos sitúa no ante unos simples supuestos de mutación o reforma

¹⁸ Cfr., Friedrich, C. J., *Tendances du fédéralisme en théorie et en practice*, Bruselas, 1971, pp. 27 y ss.; *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, Madrid, 1975, vol. I, p. 390. La misma idea de que la soberanía sólo puede residir en el Poder Constituyente, el cual desaparece de la escena política una vez que la Constitución ha sido establecida, lo que permite hablar de ausencia de soberano en condiciones de normalidad, y referido al Estado constitucional en general, la defiende Friedrich, C. J., *La democracia...*, cit., pp. 33 y 34; *El hombre...*, cit., p. 372; *Gobierno constitucional...*, cit., vol. I, p. 60. En desarrollo de esta idea, Rui Pérez, J., “Principio democrático y federalismo. El Poder Constituyente como único soberano posible en el Estado políticamente descentralizado”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 3, 1999, pp. 517-557.

¹⁹ En un sentido similar al aquí expresado, cfr., Corcuera Atienza, J., “La constitucionalización de los derechos históricos. Fueros y autonomía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 1984, pp. 9-38, en especial p. 38.

constitucional que, como operaciones constitucionales que son, han de realizarse siempre dentro de la Constitución y limitadas por ella, y, en consecuencia, no pueden ir frontalmente contra esta última (Hesse, De Vega), sino ante el repudiable, y harto peligroso para el mantenimiento del Estado constitucional, fenómeno del falseamiento y el fraude constitucional.²⁰

Sin duda ante la evidencia de lo anterior, se ha dado un paso más en el intento de justificar, desde el principio de las nacionalidades, las pretensiones del nacionalismo regional. En concreto, la última cobertura teórica que se ofrece a los partidos nacionalistas es la de que, en realidad, da igual que el derecho de autodeterminación, que tan sólo puede referirse al *ius secessionis*,²¹ no esté recogido de manera literal en la Constitución, o que, incluso, el mismo fuera rechazado, —de forma expresa y directa, al no admitir la enmienda de Euzkadiko Ezkerra, y de modo

²⁰ Sobre ambas figuras, *cfr.*, Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, *cit.*, nota 4, pp. 291 y ss.

²¹ En relación con esta afirmación, me permito remitirme, por comodidad, a Ruipérez, J., *Constitución y autodeterminación*, *cit.*, nota 8, pp. 47-76. En todo caso, debe tenerse en cuenta que si, como ya hemos indicado, en su significación de derecho público interno, el derecho de autodeterminación equivale a la teoría democrática el Poder Constituyente del pueblo, y, en definitiva, ha conocido un sobrado ejercicio entre nosotros, este derecho tiene otros significados para el derecho público internacional, alguno de los cuales debe entenderse ya satisfecho en España. En este sentido, debe recordarse que en el derecho público internacional, el derecho de autodeterminación se traduce en cuatro posibilidades: 1) la libre asociación de un Estado independiente; 2) la integración de un Estado, o un territorio, a otro Estado independiente; 3) la decisión de un pueblo de un determinado territorio de permanecer en el Estado al que pertenecía, y 4) la independencia o secesión. Descartada la primera manifestación en tanto en cuanto que se refiere a antiguas situaciones coloniales a las que en ningún caso puede equipararse la situación de Cataluña, Euzkadi y Galicia, nos encontramos con la que la segunda hipótesis, la integración, ya se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento constitucional respecto de Gibraltar, a la que se le abren dos posibilidades: o bien constituirse en una comunidad autónoma al amparo del artículo 144.b) Constitución Española, o bien integrarse, *ex Disp. Ad. 1a.* del Est. andaluz, en el territorio de la comunidad autónoma andaluza (véase Ruipérez, J., *Formación y determinación de las comunidades autónomas en el ordenamiento constitucional español*, 2a. ed., Madrid, 1996, pp. 184-188). Por su parte, podría también considerarse reconocido y satisfecho el contenido del tercer significado, en el entendimiento que cuando en la consulta refrendataria los pueblos catalán, gallego y vasco aprobaron mayoritariamente el texto constitucional de 1978, lo que estaban expresando era su intención de permanecer como partes integrantes del pueblo español globalmente considerado. Sólo faltaría, entonces, el reconocimiento constitucional del derecho de secesión como posibilidad teórica y que, en todo caso, tornaría en legítimo su eventual ejercicio.

indirecto, como se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 1.2, 2, 8 y 145.1—, por el constituyente, ya que, por un lado, al tratarse de un derecho humano y, por otro, al imponer la propia Constitución, en su artículo 10.2, que los derechos fundamentales han de interpretarse “de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, lo que sucede es que su ejercicio será siempre posible en el marco del texto constitucional español.²²

Es a esta última propuesta a la que vamos a dedicar nuestra atención en estas páginas. No se trata aquí, y me interesa dejarlo claro frente a aquellos que, desde la schmittiana dicotomía “amigo-enemigo”, mezclan posicionamientos puramente político-partidistas con el razonamiento científico, de enjuiciar intenciones, ni la legitimidad de sus propuestas. Al fin y al cabo, la propia lógica del sistema democrático, en el que toda minoría tiene el derecho, indiscutido e indiscutible, de aspirar a convertirse en la nueva mayoría y, como tal, imponer su programa, otorga a los partidos nacionalistas de ámbito regional toda la legitimidad ideológica posible para formular sus propuestas. Por cierto, la misma que ha de reconocerse a quienes, también desde el principio de las nacionalidades, pero interpretando que la nación es España y no sus componentes territoriales, se oponen, también en el plano ideológico, a las pretensiones del nacionalismo regionalista. Legitimidad ideológica, en todo caso, que cubre incluso el deseo de derogar el pacto social sobre el que se edificó el actual Estado español. Cualquier demócrata habrá de convenir en esto. Fue, en efecto, el propio Rousseau quien, al advertir sobre la naturaleza siempre temporal de la voluntad de soberano,²³ les brindó cobertura teórica suficiente, y al mismo tiempo les estableció los límites, para sus propuestas, cuando escribió que “va contra la naturaleza del cuerpo político darse leyes que luego no pueda revocar, pero no va contra

²² Véase, Rodríguez-Zapata Pérez, J., “Sobre el derecho de autodeterminación y su compatibilidad con la Constitución”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 3, 1999, pp. 103-124.

²³ Decía, a este respecto, el genial “ciudadano de Ginebra” que: “Le souverain peut bien dire: Je veux actuellement ce que veut un tel homme ou du moins ce qu’il dit vouloir; mais il ne peut pas dire: Ce que cet homme voudra demain, je le voudrai encore; puisqu’il est absurde que la volonté se donne chaînes pour l’avenir, et puisqu’il ne dépend d’aucune volonté de consentir à rien de contraire au bien de l’être qui veut”. Véase, Rousseau, J. J., *Du Contrat Social ou Principes de Droit Politique* (1762), París, 1966, Libro II, cap. I, pp. 63 y 64.

la naturaleza ni contra la razón que no pueda revocarlas más que con la solemnidad puesta en práctica al establecerla”.²⁴

Aunque, como no puede ser de otra forma, este trabajo no puede escapar a ciertos condicionamientos ideológicos, y falaz sería el pretenderlo,²⁵ lo que vamos a tratar es, del modo más objetivo posible, deter-

24 Rousseau, J. J., “Consideraciones sobre el gobierno de Polonia y su proyecto de reforma” (1775), *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, Madrid, 1988, cap. IX, p. 104.

25 En relación con esto, resulta de especial interés el consultar el trabajo de Vega, P. de, “Ciencia política e ideología” (1970), *Estudios político constitucionales*, cit., pp. 142-159, donde se pone de manifiesto que porque “lo que ocurre es que la descripción positivista de la realidad acaba no adaptándose a ella. Y es entonces cuando la misma realidad se vuelve contra el positivismo” (p. 155), la absoluta neutralidad ideológica, a la que apelarón tanto los sociólogos desde Comte, como politólogos como Bluntschli, Zacariae, von Holtzendorff, Michels, Pareto o Mosca (en relación a este último, *cfr.*, Vega, P. de, “Gaetano Mosca y el problema de la responsabilidad social del intelectual” (1971), *Estudios político constitucionales*, cit., pp. 70-99), como también los autores del positivismo jurídico, resulta totalmente imposible de mantener en el ámbito de las investigaciones sociales, en las que, inevitablemente, se incluyen las de derecho constitucional como ciencia social-normativa que es. Y ello por varias razones: 1) Porque la mera decisión de primar un tema sobre otro y, entonces, convertirlo en objeto de atención de la propia investigación, implica ya un cierto posicionamiento ideológico ante la realidad que se pretende estudiar. De Vega lo pone claramente de manifiesto cuando señalaba que: “Puesto que la propia mecánica del comportamiento teórico requiere, en todo caso, partir de determinados puntos de vista y seleccionar aquellos aspectos de la realidad que parecen más relevantes, es evidente que a la base del mismo existe siempre una decisión metafísica y esencialmente valorativa por la cual se hacen prevalecer, entre los múltiples matices que la realidad ofrece, unos sobre otros” (Vega, P. de, “Ciencia política...”, cit., p. 143). 2) Ocurre, en segundo lugar, que tampoco el método de estudio resulta ajeno al posicionamiento ideológico del científico. Recuérdese, a este respecto, la opinión de A. Baldassarre “Constitución y teoría de los valores”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 32, 1994, pp. 18 y 19 sobre las implicaciones políticas e ideológicas que tenía la opción de la Escuela Alemana de Derecho Público, y principalmente por parte de Laband, de apelar al método *iusprivatista* para la construcción dogmática del derecho constitucional. 3) Sucede, por último, que también los resultados a los que se llega en la investigación de que se trate, estarán, de manera inevitable, condicionados por la posición ideológica que mantenga el autor de la investigación. Así, por ejemplo, no podrá ser igual la valoración que hagan de la propiedad privada y su función social un profesor que se mueva en el ámbito del pensamiento democrático-socialista, y otro que se mueva en el del liberalismo clásico. Así las cosas, se podrá decir, como hacía Triepel, H., *Derecho público y política* (1927), Madrid, 1974, p. 41-42 y ss.), que la función del profesor de derecho constitucional es la de analizar los fenómenos políticos con criterios jurídico-públicos y, en definitiva, justificar sus afirmaciones no desde la mera convicción ideológica, sino desde esos criterios. Pero lo que nunca podrá hacerse es negar la influencia que la ideología tiene sobre los resultados de la investigación. Desde esta perspectiva, nos encontraríamos con que, frente a la hipocresía de, por ejem-

minar si la última propuesta del nacionalismo periférico resulta compatible con la estructura interna de un Estado constitucional ya operante. Y para ello, nada mejor, a nuestro juicio, que el situar la cuestión en el ámbito de la Teoría del Estado, actuando, además, desde una ideología del constitucionalismo empeñada, no en la defensa numantina de la literalidad de un determinado texto constitucional, que es lo propio de la “ideología de Constitución”, sino en el intento de hacer realmente efectivos los principios y valores que condujeron a la aparición del constitucionalismo moderno.

II. LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL LIBERAL Y LA PROBLEMÁTICA DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Con la claridad y brillantez que le son características, el maestro De Vega²⁶ ha puesto, recientemente, de manifiesto que en el proceso de formación histórica de la ideología del constitucionalismo tuvo una importancia decisiva la teoría contractualista. Y es que, en efecto, las tesis contractua-

plo, un H. Kelsen reprochando a Carl Schmitt su construcción teórica sobre la defensa de la Constitución, en tanto en cuanto que la conversión del jefe del Estado en el *Hüter der Verfassung* se mostraba tributaria de lo que “se trataba —¿quién podría hoy dudarlo?— sólo de una ideología demasiado evidente, una de tantas ideologías, cuyo sistema configuró la así llamada doctrina constitucional, mediante la cual y a través de la cual esta interpretación de la Constitución buscaba ocultar su intención fundamental: compensar la pérdida de poder que el jefe del Estado había experimentado en el tránsito de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional” *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), Madrid, 1995, pp. 5 y 6), cuando en realidad su propia construcción sólo resulta posible desde la ideología democrática y en el marco del sistema democrático, resulta, entonces, digna de todo elogio la postura de, por ejemplo, mi muy admirado Friedrich cuando no tiene ningún reparo en afirmar su falta de neutralidad ideológica a la hora de abordar sus investigaciones, de suerte tal que, reconociéndose abiertamente demócrata, declarará que: “La clara profesión de las normas fundamentales para nosotros mismos nos parece ser una condición previa para un trabajo científico en el terreno político. Soy plenamente consciente de que el hecho de mi convicción personal teñirá necesariamente tanto mi actitud como el análisis que intento exponer. Esto no excluye, sin embargo, que nos esforcemos por lograr un enfoque objetivo y también, especialmente, por reconocer aquellas partes negativas que puedan ser observadas en un determinado fenómeno político, como, por ejemplo, la democracia” (*La democracia...*, cit., nota 11, p. 16).

²⁶ Cfr., Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998, pp. 24-27 y ss.

listas o pactistas, que habían sido concebidas en el medievo tardío como una doctrina políticamente neutral, y que habían comenzado a mostrar sus colosales potencialidades ideológicas al ser desarrolladas por los monarcómanos protestantes, se convertirían, a partir de Althusius²⁷ —con su concepción de que, al establecer el pacto social al modo y manera en que hoy se adoptaría la Constitución (Friedrich, Fiovaranti), lo que el pueblo hace es crear la sociedad civil, o el Estado—,²⁸ en el sustrato ideológico sobre el que se asienta el moderno Estado constitucional con las formulaciones de los Grocio, Spinoza, Puffendorf, Locke, Kant y, de manera básica, en la medida en que no sacrifican el propio pacto social al respeto a la libertad individual,²⁹ las de Hobbes, en su célebre *Leviathan*,³⁰ y de Jean-Jacques Rousseau, en su *Del Contrato Social*. Que ello sea así, no ha de resultar difícil de comprender. Lo que sucede es que, aunque con muy distintos matices y consecuencias, todas las construcciones contractualistas coincidirán en la idea de que al ser el Estado el fruto de un contrato, el pacto social, el Estado es una obra humana.

Culminaba, de esta suerte, un largo proceso de desacralización de la vida pública y del Estado. Proceso de desacralización que arranca de trabajos como, por ejemplo, el *Defensor Pacis* (1324) de Marsilio de Padua,³¹ y encuentra en Maquiavelo³² un hito nada despreciable, y que conduciría a la aparición y consolidación de “la creencia de que, al ser el Estado una obra humana, es al pueblo a quien corresponde el establecimiento de sus modos de y formas de organización”.³³

Esta concepción del Estado y de la política comenzaría a adquirir una verdadera dimensión práctica a partir de 1620 con la firma del *Mayflower*

²⁷ Althusius, J., *La política metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos* (1603), Madrid, 1990.

²⁸ Cfr., Gierke, O. von, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturaliche*, Turín, 1974, p. 22; Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional...”, *cit.*, nota 26, p. 25.

²⁹ Cfr., Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional...”, *cit.*, nota 26, p. 25-27 y 38-39.

³⁰ Hobbes, Th., “Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil (1651)”, *Del ciudadano y Leviatán*, Madrid, 1987.

³¹ Padua, Marsilio de, *El defensor de la paz* (1324), Madrid, 1989.

³² Maquiavelo, N. de, *El príncipe* (1513), Madrid, 1988.

³³ Vega, P. de, “Constitución y democracia”, *La Constitución española de 1978 y el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Oñati, 1983, p. 67.

Compact por los “Padres Peregrinos”.³⁴ En él, y bajo la innegable influencia del puritanismo calvinista,³⁵ se procedería a la conversión del pacto de gracia puritano en un auténtico pacto político. Su modo de razonar, que es el que da origen a los diversos *covenants* y que se encontrará presente en todos los documentos que la doctrina no duda en calificar como los precedentes de las Constituciones modernas, podríamos, siguiendo a De Vega,³⁶ concretarlo en la siguiente proposición: al entender que el Estado es una obra humana y que, en consecuencia, es a los hombres a quienes corresponde decidir su organización, se abriría paso la idea de que de igual modo que los hombres eran libres para fijar las reglas de culto de su respectiva comunidad religiosa, eran también libres para organizar la comunidad política.

Si se admite lo anterior, no habrá dificultad alguna para aceptar que, de una u otra forma, todo proceso constituyente puede ser explicado de conformidad con los esquemas trazados, en 1717, por el reverendo John Wise en su *Vindication for the Government of the New England Churches*.³⁷ Así sucedió, de manera más que evidente, en el marco de los actuales Estados Unidos de América, donde, sin que pueda considerarse como el fruto de la mera casualidad, el trabajo del “más conspicuo mentor de la revolución”, como le calificó acertadamente Adams, había co-

³⁴ Sobre el *Mayflower Compact*, así como sobre su influencia posterior, véase Morison, S. E., “El pacto del *Mayflower*”, en Boortsin, D. (comp.) y otros, *Compendio histórico de los Estados Unidos. Un recorrido por sus documentos fundamentales*, México, 1997, pp. 15-19. No obstante lo afirmado en el texto, debemos dejar constancia de que no ha faltado quien afirme que la irrupción del sistema democrático en el Continente americano se produjo con anterioridad al viaje del *Mayflower*. Más concretamente, se afirmará que esto se verificó un año antes, y en el marco de la colonia de Virginia. véase, en tal sentido, Morison, S. E. Commager H. S. y Leuchtenburg, W. E.. *Breve historia de los Estados Unidos*, México, 1993, 3a. ed., 2a. reimp., pp. 34-39.

³⁵ Cfr., Borgeaud, Ch., *Établissement et revision des Constitutions en Amérique et en Europe*, París, 1893, cap. II: “Premières Constitutions de la démocratie américaine au XVII^e Siècle”, pp. 1-18, especialmente pp. 12 y 13, que ha de ponerse en relación con lo que dice sobre la conversión del pacto de gracia puritano en auténtico pacto político en pp. 8-10.

³⁶ Cfr., Vega, P. de, “Supuestos políticos y criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: algunas peculiaridades del ordenamiento español”, *Revista de Política Comparada*, núm.10 y 11, 1984, p. 397.

³⁷ Wise, J., *A Vindication for the Government of the New England Churches. A Drawn from Antiquity; the Light of Nature; Holy Scripture; its Noble Nature; and from the Dignity divien Providence has put upon it*, Boston, 1717.

nocido en 1772 dos reimpresiones.³⁸ La influencia del reverendo de Ipswich es clara, patente y manifiesta en lo que hace a las antiguas colonias/nacientes Estados. Al fin y al cabo, no deja de ser cierto que, en buena medida como consecuencia de su origen como Repúblicas que habían roto todo vínculo, jurídico y político, con la corona británica, fue, justamente, en el ámbito de los futuros Estados-miembros, y no en el de la Federación estadounidense, donde, como, entre otros, han indicado Borgeaud, Bryce y Boutmy,³⁹ se formuló, y se llevó a la práctica, la más correcta expresión de la soberanía del pueblo. Las ideas de Wise son también, aunque de una forma más difusa, las que condujeron el proceso constituyente federal.

Y si esto es así en América, lo mismo sucedió en el viejo continente. En efecto, ha sido Egon Zweig⁴⁰ quien, entre otros, ha puesto de manifiesto que los procesos constituyentes franceses de 1789-1791 y 1792-1793, estuvieron muy influidos en su desarrollo por el pensamiento contractualista. Por otra parte, las intervenciones que, en ambas Asambleas Constituyentes, tuvieron, por ejemplo, Desmeunier, Valdruche, Romme e Isnard⁴¹ dan buena prueba de la operatividad de la construcción del reverendo de Ipswich en la Francia revolucionaria.

No importa aquí entrar a precisar que el ejercicio del *Pouvoir Constituant* se desarrolló de distinta manera en Estados Unidos y en Francia, dando lugar a la distinción propuesta por Julius Hatschek⁴² entre la teoría

³⁸ Cfr., Borgeaud, Ch., *Établissement...*, cit., pp. 17 y 18 y ss., y 29.

³⁹ Cfr., Borgeaud, Ch., *Établissement...*, cit., p. 198; Bryce, J., *El gobierno de los estados en la República norteamericana*, Madrid, sine data, por ejemplo, 24 y 32-33; E. Boutmy, *Études de Droit Constitutionnel. France-Angleterre-États-Unis*, París, 1885, pp. 192 y ss. y 198. En el mismo sentido, cfr., también, Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., p. 30. Sobre la incontrovertida, total y absoluta afirmación del principio democrático en el momento postcolonial, cfr., Thayer, J. B., "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, vol. VIII, núm. 3, 1893, p. 131; Rudolf W. M. y Rudolf, J. L., "The Limits of Judicial Review in Constitutional Adjudication", *Nebraska Law Review*, vol. 63, 1984, p. 87.

⁴⁰ Cfr., Zweig, E., *Die Lehre...*, cit., p. 343.

⁴¹ Las mismas pueden verse en Carré de Malberg, R., *Teoría general...*, cit., p. 1.164.

⁴² Cfr., Hatschek, J., *Allgemeines Staatsrecht auf rechtvergleichender Grundlage*, Leipzig, 1909, t. II, pp. 26 y ss.; *Deutsches und preussisches Staatsrecht*, Berlín, 1922, t. I, pp. 21 y ss. Recogen también esta distinción Pérez Serrano, N., "El Poder Constituyente" (1947), *Escritos de derecho político*, cit., vol. I, pp. 264-266; Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., nota 4, pp. 29-34.

pacífica del Poder Constituyente, que sería la actuada en América, y la teoría revolucionaria del mismo, que es la que surgió con Revolución francesa y que, en la medida en que daba plena satisfacción, primero, a las oligarquías burguesas y, posteriormente, a las cúpulas dirigentes de los partidos políticos, se generalizó en el viejo continente. Tampoco resulta, y a los efectos que ahora nos ocupan, de una especial trascendencia el indicar que mientras que en el continente americano el ejercicio del Poder Constituyente se fundamentó sobre el principio de que la soberanía no puede delegarse,⁴³ la Francia revolucionaria introduciría el principio opuesto: la soberanía puede delegarse en los representantes en el Parlamento del pueblo o la nación.

Lo que, a los efectos que aquí y ahora nos interesan, sí resulta trascendente es que los procesos revolucionarios liberal-burgueses americano y francés de finales del siglo XVIII, que fueron los que dieron origen al Estado constitucional como Estado burgués de derecho, partieron de la misma concepción teórica. En efecto, en uno y otro lado del Atlántico surgió la idea de que el proceso constituyente debía articularse en tres etapas. De esta suerte, y siguiendo la tesis de Wise, se distinguirían el momento de la libertad, el del pacto social y el acto constitucional. Momentos éstos que aparecerán como hechos claramente diferenciados pero, a la vez, sucesivos y concatenados. Su secuencia lógica sería puesta de relieve, en la sesión de la constituyente francesa de 10 de mayo de 1793, por Isnard, al afirmar de manera contundente que:

Debe reconocerse en primer lugar... cuáles son los derechos naturales de todos y proclamarlos... Para seguir el orden natural de la organización social hay que proceder, antes de toda ley constitucional, a la redacción de un pacto social. Este acto debe ser intermedio entre la declaración de derechos, que le sirve de base, y la Constitución, a la que sirve de barrera y regulador. Si el pacto social difiere de una simple declaración de derechos, difiere más aún de un acto constitucional. Hacer un pacto social es redactar el instrumento por el que ciertas personas consienten formar una asociación con tales o cuales condiciones previas. Hacer una Constitución, por el contrario, es únicamente determinar la forma de gobierno... En un caso se crea la sociedad, en el otro se organiza.⁴⁴

⁴³ Cfr., Borgeaud, Ch., *Établissement...*, cit., p. 166; Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., nota 4, pp. 31 y 32.

⁴⁴ Isnard, *Archives Parlementaires*, vol. LXIV, p 417, citado por Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional:...” , cit., p. 28.

No hace falta demasiada sagacidad para comprender que, de esta ordenación del proceso constituyente, se deriva uno de los mayores absurdos y más escandalosas contradicciones que había presentado el Estado constitucional liberal en la vieja Europa,⁴⁵ a las que ni siquiera escaparía el propio Sieyès, y que, en definitiva, justificarían a Laboulaye cuando sentenciaba que el abate revolucionario “lo que hizo fue confundirlo todo, embrollarlo todo y, a la postre, perderlo todo”.⁴⁶ Nos referimos, claro está, a la singular paradoja que se derivaba de la secuencia lógica con la que los revolucionarios liberal-burgueses ordenaban el proceso constituyente. Y es que, al entender que los derechos fundamentales sirven de base a la conclusión de un pacto social que, a su vez, actúa de barrera y regulador del acto constitucional, lo que sucede no es si no que habiendo definido al *Pouvoir Constituant* como un poder soberano, absoluto e ilimitado en el contenido de su voluntad, en la práctica, y como consecuencia de la búsqueda de mecanismos de defensa de la libertad, los liberales condenaban, sin embargo, al legislador que elabora, discute y aprueba la Constitución a verse constreñido por los márgenes trazados en las declaraciones de derechos. Así se entendió en la propia práctica revolucionaria. Desmeunier lo pondría claramente de manifiesto cuando, pese a la denuncia realizada por Maximilien de Robespierre al hilo de la discusión del celeberrimo artículo 16 de la Declaración de Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1789,⁴⁷ no duda en afirmar, en el seno de la constituyente de 1791, que “es necesario redactar previamente una Declaración de derechos, que precederá a la Constitución francesa, es decir, una declaración de principios aplicables a todas las formas de gobierno”, pues “la declaración contendrá los verdaderos principios del hombre y el ciudadano. Los artículos de la Constitución sólo serán las consecuencias naturales de ella”.⁴⁸

⁴⁵ Cfr., Vega, P. de, “En torno al concepto político de Constitución”, García Herrera, M. A. (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, 1997, pp. 712 y 713; “Mundialización y derecho constitucional:...” , *cit.*, pp. 40-43.

⁴⁶ Laboulaye, E., “Du Pouvoir Constituant” (1871), *Questions constitutionnelles*, París, 1872, p. 381.

⁴⁷ Cfr., Duguit, L., *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789* (1893), Madrid, 1996, p. 23.

⁴⁸ Desmeunier, *Archives parlementaires*, vol. VIII, p. 334, citado por Carré de Malberg, R., *Teoría general...*, *cit.*, p. 1.164.

Aunque, sin duda, lo más lógico sería explicar el proceso constituyente liberal de acuerdo con la secuencia planteada por, por ejemplo, Wise e Isnard, no vamos a hacerlo así. Dado que el objeto principal de nuestra atención es la cuestión de si el derecho de secesión es, como derecho humano, ejercitable en el marco de un Estado constitucional que no lo ha reconocido como derecho fundamental, estimo más adecuado dejar el tratamiento del “momento de la libertad” para el final.

Así las cosas, nos encontramos con que, de acuerdo con John Wise, en todo proceso constituyente ha de verificarse el momento del “pacto social”. La finalidad de esta etapa es, justamente, la de proceder a la creación de la comunidad política. Lo que se hará mediante el acuerdo, o pacto político, de los diversos individuos que van a integrarla. Dos son, fundamentalmente, las observaciones que de manera inmediata han de realizarse para alcanzar una ponderada y cabal comprensión del pacto o contrato social.

En primer lugar, es menester aclarar que, frente a la crítica generalizada en el positivismo y que, acaso, encuentre su máxima expresión en la rotunda afirmación de Jellinek⁴⁹ de que ningún Estado puede nacer de un contrato, ni siquiera el Estado federal, el pacto social no es, ni mucho menos, un contrato real de los que operan en el tráfico jurídico ordinario, reconducible, por tanto, a la teoría general de contratación civil. Antes al contrario, ocurre que, como con meridiana claridad señaló Borgeaud,⁵⁰ el pacto social ha de ser entendido como una hipótesis de derecho puro, destinada a explicar la situación recíproca de los individuos, ciudadanos de un Estado libre. El propio Rousseau había puesto ya de manifiesto este carácter hipotético del pacto social, cuando escribió que las “cláusulas de este contrato están tan determinadas por la naturaleza del acto que la menor modificación las convertiría en vanas y de efecto nulo; de suerte tal que, aunque seguramente no han sido nunca enunciadas de modo formal, son en todas partes las mismas, y en cualquier lado se encuentran tácitamente admitidas y reconocidas”.⁵¹

Debe, en segundo término, dejarse absolutamente claro que la celebración del pacto social no es algo privativo de aquellos supuestos en los que, como sucedió en Norteamérica, se trata de fundar o crear el

49 Cfr., Jellinek, G., *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, 1981, p. 585.

50 Cfr., Borgeaud, Ch., *Établissement...*, cit., p. 25.

51 Rousseau, J. J., *Du Contrat Social...*, cit., libro I, cap. VI, p. 51.

propio Estado, sino que puede también tener lugar en el marco de Estados ya creados. De manera absolutamente necesaria, el pacto social habrá de tener lugar cuando se verifiquen situaciones revolucionarias, violentas o no violentas. En la primera coyuntura, el supuesto de las antiguas colonias o, incluso, el de la Federación estadounidense, el pacto social tiene, sí, la dimensión de acto fundacional del propio Estado. En la segunda, por su parte, éste tendrá si no un carácter fundacional, sí al menos refundacional.⁵² El pacto social se traduce, ahora, en la ratificación del deseo de los ciudadanos de mantenerse unidos en la misma comunidad política, bien que articulada en base a otros principios y valores a los que, como pueblo soberano, va a darse expresión normativa en el nuevo Código Jurídico-Político Fundamental, rompiendo con la situación jurídica anterior. Esto fue lo que sucedió, por ejemplo y como nos dice Arnault,⁵³ en Francia en 1789-1791, momento de la ruptura total con el Antiguo Régimen, y 1792-1793, renunciando a la solución del Texto de 1791 para aprobar otro, y es, también, lo que, en la historia constitucional española, sucedió en 1812, 1869, 1873 y 1931.

El resultado del pacto social es, en definitiva, el nacimiento de un Estado, o un gobierno civil. Estado que será concebido por Wise como: “A Compound Moral Person, whose Will (...) is the Will of all; to the end it may Use, and Apply the strength and riches of Private Persons towards maintaining the Common Peace, Security, and Wellbeing”.⁵⁴

La forma en que se desarrollará este segundo momento del proceso constituyente, es descrita por el “más conspicuo mentor de la revolución” en los siguientes términos:

Permitidnos concebir en nuestra mente una multitud de hombres, todos ellos naturalmente libres e iguales, emprendiendo de manera voluntaria la formación de una nueva comunidad política *Commonwealth* entre ellos mismos. Siendo ahora tal su condición, para convertirse ellos mismos en un cuerpo político, deben necesitar entrar en diferentes *Covenants* (pactos). ...1. Cada hombre de forma intercambiable debe comprometerse firmando el *covenant* a formar parte de una sociedad duradera, en la que serán capaces de decidir las medidas para su seguridad, por un voto público.⁵⁵

52 Cfr., Vanossi, J. A. R., *Teoría constitucional*, Buenos Aires, 1975, pp. 136 y 137.

53 Cfr., Arnault, G., *De la révision des Constitutions...*, cit., pp. 25-53-56 y ss.

54 Wise, J., *A Vindication...*, cit., nota 37, p. 45.

55 *Ibidem*, pp. 44 y 45.

La ruptura con la concepción sacral del Estado y, con ello, de la política se hace, de esta suerte, manifiesto. Al fin y al cabo, el punto de partida del reverendo de Ipswich se concretaba en la siguiente observación:

Consideraré (escribe John Wise) al hombre en su estado natural, como un sujeto nacido-libre bajo el reino de los cielos, y que no debe más tributo a nadie más que a Dios. Es cierto que el gobierno civil en general, es el muy admirable resultado de la providencia, y un incomparable beneficio para la humanidad, sin embargo debe ser comprendido como el efecto de los libres pactos humanos y no como una institución divina; es producto de la razón del hombre, de la combinación humana y racional, y no de ninguna orden directa de la sabiduría infinita, en cualquier ley positiva donde se redacte éste o aquél esquema de gobierno civil.⁵⁶

Pensamiento éste que, como nos indican, por ejemplo, un Böckenförde o un De Vega,⁵⁷ se convertirá en uno de los rasgos más significativos del moderno Estado constitucional y que, a la postre, le diferenciará de otras manifestaciones históricas del Estado.

Importa señalar que si, como acabamos de ver, la conclusión del pacto social crea la comunidad política, ésta no es, sin embargo, su única virtualidad. Tanto o más importante que aquélla es la de que con su celebración, en tanto en cuanto se produce con ello un cambio en el principio de legitimidad,⁵⁸ se está procediendo a identificar al titular de la soberanía en el marco del Estado constitucional naciente. La razón es fácilmente comprensible. Debe tomarse en consideración que cuando los distintos individuos, a través de su adhesión al pacto social, consienten en formar una asociación, es decir, en crear una única comunidad política —el Estado— como unidad organizada de decisión y acción política,⁵⁹ lo que, en realidad, hacen es culminar ese proceso, magníficamente descrito por Althusius en su *Política*, por el cual cada uno de los ciudadanos, que son los verdaderos titulares de la soberanía, cede su ejercicio a una nueva

⁵⁶ *Ibidem*, p. 33.

⁵⁷ Cfr., Böckenförde, E. W., “La democracia como principio constitucional”, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, 2000, pp. 48-49 y 51; Vega, P. de, “Constitución y democracia”, *cit.*, p. 67.

⁵⁸ Cfr., Ferrero, G., *El poder. Los genios invisibles de la ciudad*, Madrid, 1991, p. 30.

⁵⁹ Cfr., Heller, H., *Teoría del Estado*, México, 9a. reimp., 1983, pp. 246-265.

entidad superior a cada uno de ellos, y a la vez, y esto es lo importante, englobadora de todos ellos. Así, los individuos se integrarían en la familia, las distintas familias en el municipio, éstos en las provincias y, finalmente, las provincias se unirían para formar el Estado. Aparece, de esta suerte, el concepto de pueblo como entidad política unitaria superior en la que, al modo descrito por Rousseau,⁶⁰ cada uno de los ciudadanos, y cada uno de los grupos en los que éste se asocia, se integra perdiendo, entonces, su individualidad.

El pueblo, o la nación, queda, de esta forma, afirmado como el único sujeto titular de la soberanía en el Estado. Es, en este contexto, donde, con independencia de que se trate de una idea americana, como sostenía Lafayette, o de, como quería hacer ver Sieyès, un producto del genio francés, surgirá, y, además, en toda su grandeza e intensidad, el concepto del Poder Constituyente. En una primera aproximación, éste vendría definido por tener una naturaleza de *res facti, non iuris*. Esto es, nos encontramos ante un poder político existencial y fáctico, que brota espontáneamente de la propia comunidad que decide darse la Constitución, cuya actuación no puede quedar constreñida por los estrechos límites de un derecho que encuentra en él su fuente última, ni, mucho menos, por un ordenamiento jurídico anterior a su propio nacimiento. Aunque, como es lógico, la aparición de un nuevo Pouvoir Constituant no supone, ni puede suponer, la derogación total e inmediata de todas las normas jurídicas anteriores al nuevo texto constitucional, sino sólo de aquellas que se oponen materialmente al mismo,⁶¹ es lo cierto, empero, que su mera irrupción en la escena política implica la creación de un orden jurídico y político totalmente nuevo, del que él, el Poder Constituyente, no sólo es la fuente, sino también su punto de referencia inexcusable.

Lo anterior, según nuestro modesto entender, pone de manifiesto la nota esencial del pacto social, y que, en todo caso, constituye el fundamento último del buen funcionamiento del Estado constitucional. Nota que se refiere a la importancia y transcendencia que la voluntad del constituyente, como poder soberano, absoluto e ilimitado, juega no sólo a la hora de establecer el régimen, sino también para su desarrollo y consolidación. Me refiero, obvio debiera resultar, a la circunstancia de

⁶⁰ Cfr., Rousseau, J. J., *Du Contrat Social...*, cit., libro I, cap. VI, p. 51 y 52.

⁶¹ Cfr., Zagrebelsky, G., *Il sistema costituzionale delle fonti del Diritto*, Turín, 1984, p. 5.

que el pueblo, como Poder Constituyente, puede, porque es el soberano, imponer su voluntad a todos y cada uno de los ciudadanos individualmente considerados⁶² y, en definitiva, aprobar, establecer y sancionar la Constitución. Wyse lo expresó de una manera tajante e irrefutable:

Un voto o decreto [la Constitución] debe inmediatamente establecer una particular forma de gobierno sobre ellos [los asociados]. Y si han convenido en el primer *Compact* una cláusula expresa de que se estará en todo lo concerniente a la forma de gobierno a la decisión resultante del primer voto: Todos ellos están obligados por la mayoría a aceptar la forma particular así establecida, aun cuando su propia opinión privada, les incline hacia algún otro modelo.⁶³

Creada la comunidad, y habiendo surgido el soberano, dará comienzo la tercera y última etapa del proceso constituyente: el momento constitucional. Su cometido es evidente. Una vez que se ha reconocido la existencia de esa esfera de libertad individual, la preocupación de los revolucionarios liberal-burgueses se centrará en lograr que aquélla sea eficaz. Para ello, se procederá, con la aprobación del texto constitucional, a la organización política del Estado sobre la base de la división de poderes. El pensamiento de Locke y, de manera fundamental, el de Montesquieu hace, de esta suerte, su entrada en el ámbito normativo fundamental. De lo que se trata, en definitiva, es de asegurar al ciudadano el disfrute del mayor grado posible de libertad mediante el establecimiento de un sistema en el que “el poder frene al poder”,⁶⁴ en cuyo seno “los tres poderes permanecerán así en reposo o inacción, pero, como por el movimiento necesario de las cosas, están obligados a moverse, se verán forzados a hacerlo de común acuerdo”.⁶⁵

En tales circunstancias, se comprenderá, sin dificultad alguna, el que los conceptos de constitucionalismo moderno y liberalismo hayan sido presentados como términos equivalentes. La Constitución, entonces, se concibe, ante todo y sobre todo, como un gran sistema de garantía de

⁶² Cfr., Heller, H., *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, 2a. ed., México, 1995, pp. 166-168.

⁶³ Wise, J., *A Vindication...*, cit., p. 45.

⁶⁴ Montesquieu, *Del espíritu de las Leyes* (1748), Madrid, 1985, libro XI, cap. IV, p. 106.

⁶⁵ *Ibidem*, cap. VI, p. 113.

la libertad individual frente al poder político.⁶⁶ Sistema de garantía que, por exigencia del racionalismo jurídico, ha de plasmarse, necesariamente, en un documento escrito, formal y solemne,⁶⁷ establecido y sancionado por la autoridad superior competente:⁶⁸ el Poder Constituyente, que recogiendo los supuestos basilares del pensamiento político liberal explicitados en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, pretende, de manera consciente,⁶⁹ establecer, de una vez y para siempre, una ordenación racional de la totalidad de la vida política del Estado.

Conocidos, aunque sea de manera sintética, los momentos del pacto social y el constitucional, pasamos al estudio del momento de la libertad. Para Wise,⁷⁰ la esencia de esta etapa es clara. De lo que se trata es, tan sólo, de determinar la “libertad civil” que va a corresponder a los ciudadanos de la nueva comunidad política. “Libertad civil” que, para nuestro autor, no es otra cosa que aquella parte de la libertad natural que permanece en poder de los individuos una vez que éstos han abandonado el estado de naturaleza para entrar en la sociedad civil. La materialización de esa libertad civil se concretará, de acuerdo con el reverendo Wise, en un mínimo que, en todo caso, ha de corresponderse con la “libertad de los hombres ingleses”. Sienta, de esta suerte, Wise las bases para la posterior distinción entre los derechos humanos, la “libertad natural”,

⁶⁶ Cfr., Borgeaud, Ch., *Établissement...*, cit., pp. 48 y 53-54; Heller, H., *Teoría...*, cit., pp. 292 y 293; Vega, P. de, “Constitución y democracia”, cit., pp. 68 y 69; “Supuestos políticos...”, cit., pp. 400 y 401.

⁶⁷ Cfr., Borgeaud, Ch. *Établissement...*, cit., pp. 3 y ss., y 44 y ss.; Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1979, 2a. ed., p. 159; Esmein, A., y Nézard, H., *Éléments de Droit Constitutionnel français et comparé*, 8a. ed., París, 1928, pp. 603 y 604; García-Pelayo, M., “Constitución y derecho constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos)”, *Revista de Estudios Políticos*, núms. 37 y 38, 1948, pp. 63 y 64; Hesse, K., “Concepto y cualidad de la Constitución”, *Escritos de derecho constitucional (Selección)*, Madrid, 1983, p. 22.

⁶⁸ Cfr., Bryce, J. *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, 1988, pp. 9 y ss. y 88 y ss.; Schmitt, C. *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, pp. 38, 39 y 94; Pérez Serrano, N., “El Poder Constituyente”, cit., p. 262; Biscaretti di Ruffia, P., *Derecho constitucional*, Madrid, 1965, pp. 149 y 150.

⁶⁹ Cfr., Schmitt, C., *Teoría...*, cit., p. 46; Smend, R., *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, 1985, p. 133; Stern, K., *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, 1987, p. 194.

⁷⁰ Cfr., Wise, J., *A Vindication...*, cit., nota 37, pp. 30 y ss.

y los derechos fundamentales, la “libertad civil”, que gravitará inevitablemente sobre la problemática de los derechos fundamentales desde que, con la aprobación, el 12 de junio de 1776, del *Bill of Rights* de Virginia, comenzó su propia historia.⁷¹

La propuesta de Wise fue rápida y ampliamente aceptada en la práctica, convirtiéndose, de uno u otro modo, en uno de los elementos indispensables para la existencia misma del Estado constitucional. Han sido, entre otros, Battaglia, Loewenstein, Pérez Serrano y De Vega⁷² quienes han puesto de manifiesto que la primera tarea que abordaron los revolucionarios liberal-burgueses de las antiguas colonias británicas en América,⁷³ como posteriormente, y siguiendo su modelo, harían también los franceses,⁷⁴ fue, en efecto, la de proceder al reconocimiento de la existencia de una esfera de libertad individual absoluta, que se concretaba en el plano normativo en las declaraciones de derechos fundamentales. Sólo en un momento posterior, y como mecanismo de garantía de aquéllos, es cuando se procede a la aprobación de la Constitución, es decir,

⁷¹ Sobre el inicio de la Historia de los derechos fundamentales, *cfr.*, Jellinek, G., *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milán, 1912, p. 105; *Teoría general...*, *cit.*, nota 49, p. 391.

⁷² *Cfr.*, Battaglia, F., “Declaraciones de derechos”, *Estudios de teoría del Estado*, Madrid, 1966, pp. 184-188; Loewenstein, K., *Teoría...*, *cit.*, p. 192 en relación con lo dicho en p. 189; Pérez Serrano, N., *Tratado de derecho político*, Madrid, 1976, p. 462; Vega, P. de, “Constitución y democracia”, *cit.*, nota 33, p. 69; “Supuestos políticos...”, *cit.*, nota 36, p. 401.

⁷³ No sucede, sin embargo, lo mismo en cuanto a la Constitución federal. En efecto, en el marco federal, y a diferencia de lo que sucedió en el ámbito regional, el orden fue el inverso: primero se aprobó la Constitución, y posteriormente, mediante la técnica de la reforma, se incorporó al texto la declaración de derechos. Circunstancia ésta que, acaso, pueda ser explicada apelando a la idea de La Pergola (*Residui “contrattualistici” e struttura federale nell’ordinamento degli Stati Uniti*, Milán, 1969) del “residuo contractualístico”. Esto es, la causa de que no se recogiera en el texto federal de 1787 la declaración de derechos, no sería otra que la de que tampoco se hizo en los artículos de la Confederación, entonces porque, al no tener como destinatarios directos a los individuos, sino a los estados, tal tarea quedaba encomendada a las Constituciones particulares de los miembros, y este mismo razonamiento es el que actúa en la Convención, dando por buena las distintas declaraciones de los textos regionales. En relación con esta interpretación, *cfr.*, Roura Gómez, S. A., *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española. Rigidez y control de constitucionalidad en el constitucionalismo histórico español*, Madrid, 1998, pp. 35 y 36.

⁷⁴ *Cfr.*, Jellinek, G., *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1903), México, 2000, pp. 88-92.

a la organización política de la comunidad sobre la base de la división de poderes. El pensamiento de Wise se encontrará, en todo caso, muy presente en la primera declaración de derechos que conoce la historia. De manera prácticamente literal fue recogido en el *Bill of Rights* de Virginia, en donde, estableciendo lo que habría de constituir el núcleo fundamental de la libertad burguesa,⁷⁵ se proclamó que “I. Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que, una vez constituidos en sociedad, no puede privarse o desposeerse por ningún pacto; a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad”.

La filosofía que animó a los revolucionarios liberal-burgueses en su actuación, fue, a uno y otro lado del Atlántico, la misma. Y esta no es otra que la que se deriva del pensamiento político liberal. Debemos recordar, a este respecto, que la concepción liberal del mundo, basada en la falacia fisiocrática de que Estado-aparato y sociedad civil eran dos realidades absoluta y radicalmente diferenciadas, que animó la forja del primer constitucionalismo entendía que el punto de partida para la creación de la comunidad política era el del reconocimiento de la existencia de una esfera de libertad individual absoluta en la que el poder político, o, si se prefiere, el Estado, no podía, ni debía, entrar, salvo para asegurar a los burgueses el pleno disfrute de sus derechos.⁷⁶ Tal era, en efecto, la función que tenían las declaraciones de derechos. En ellas, se procedía al reconocimiento de los derechos desde una perspectiva que, como nadie cuestiona, estaba fuertemente influida por el pensamiento *iusnaturalista*.⁷⁷ Esto es, frente a lo que sucedía en el absolutismo, donde el privilegio, recogido en las que a veces se denominan “Constituciones estamentales”,⁷⁸ era una concesión graciosa del monarca a las clases política,

⁷⁵ Sobre el contenido y significado de la libertad burguesa, *cfr.*, Hesse, K. *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, 1995, pp. 33-45; Rescigno, G. U., *Corso de Diritto Pubblico*, 2a. ed., 6a. reimpr., Bolonia, 1989, pp 216 y ss.

⁷⁶ Sobre esta última proposición, desde donde se extrae la consecuencia de que la tarea de la Constitución liberal, más que de establecer los medios por los que el Estado ha de actuar, era la de fijar y determinar los límites de su acción, *cfr.*, Humboldt, W. von, *Los límites a la acción del Estado* (1792), Madrid, 1988, principalmente p. 51.

⁷⁷ *Cfr.*, Carré de Malberg, R., *Teoría general...*, *cit.*, nota 3, p. 1.167.

⁷⁸ Sobre las mismas, *cfr.*, García-Pelayo, M., “La Constitución estamental” (1949), *Escritos políticos y sociales*, Madrid, 1989, pp. 103-117.

social y económicamente más poderosas, ahora, por el contrario, —y como había afirmado Paine—,⁷⁹ se parte de la idea de que el hombre, por el mero hecho de serlo, es titular de una serie de derechos preexistentes al propio Estado.⁸⁰

Así las cosas, nos encontramos con que el reconocimiento de la existencia de una esfera de libertad individual, que se presume absoluta y en la que el Estado no podía, ni debía, intervenir si no es para asegurar al burgués el pleno disfrute de sus derechos, se erige en un elemento básico para la forja del moderno Estado constitucional. Ahora bien, si esto es así, no es menos cierto, y esto es lo que nos importa destacar aquí, que, para el nacimiento de esta última forma política, no bastaba con el reconocimiento de esa, por decirlo en palabras de Wise, “libertad natural”. Por el contrario, lo que sucede es que, porque se trata de asegurar la libertad del individuo, no como hombre, sino como miembro de un determinado Estado, de lo que se tratará es de concretar la “libertad civil” que como ciudadano le corresponde. Dicho de otro modo, para que la libertad fuera realmente efectiva en el Estado, era necesario que aquélla se transformase en derechos fundamentales. Lo que se haría mediante la identificación de esa parte de la libertad natural que el individuo iba a conservar después de creada la comunidad política, y, además, que fuesen proclamados en un documento escrito, formal y solemne. Nacen, de esta suerte, las declaraciones de derechos.

Si esto es así a uno y otro lado del Atlántico, debemos consignar, de manera inmediata, que es en relación a la eficacia de los derechos fundamentales y su posible ejercicio por parte de los ciudadanos, donde comienzan ya a manifestarse las grandes diferencias entre la tradición jurídico-constitucional estadounidense y la tradición jurídico-constitucional europea. Edouard Laboulaye se refirió, de forma clara, a esta divergencia. Señala, a este respecto, este último autor que mientras que en los Estados Unidos de América, las normas declarativas de derechos

⁷⁹ Cfr., Paine, Th., “Disertación sobre los primeros principios del gobierno” (1795), *El sentido común y otros escritos*, Madrid, 1990, p. 89; En un sentido similar al expresado por Paine, cfr., también, Salas y Cortés, R., *Lecciones de derecho público constitucional* (1821), Madrid, 1982, pp. 39 y 40; López, J. Ma., *Curso político-constitucional. Lecciones explicadas en la cátedra de política constitucional de la sociedad de instrucción pública de Madrid, desde el 29 de noviembre de 1940 en adelante*, Madrid, 1987, pp. 12, 13 y 15.

⁸⁰ Cfr., Jellinek, G., *Sistema...*, cit., nota 71, p. 1.

fundamentales gozaban de una plena y auténtica fuerza normativa, de suerte tal que los ciudadanos podrían inmediatamente oponerlos frente al poder político, y, en todo caso, alegarlos ante los tribunales de justicia, en Europa, por el contrario, la “Constitución declaraba que la libertad individual será respetada, que nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales y que los acusados serán juzgados por el jurado. Tiene lugar un motín, o una asonada y se hará una ley para enviar á (*sic*) los ciudadanos ante los consejos de guerra. Apelarán á (*sic*) los tribunales mostrándoles la constitución, y estos (*sic*) responderán que no conocen mas (*sic*) que la ley”.⁸¹

Acaso no resulte ocioso el detenernos a considerar el por qué de tal divergencia. Y, en este sentido, hemos de señalar que lo anterior no se deriva del mero hecho de que en el derecho americano, y todavía en el ámbito de las antiguas colonias/nacientes estados, las declaraciones de derechos se incorporaron muy pronto al mismo documento escrito, formal y solemne que la propia Constitución, y que fuera otra cosa lo que sucedió en la vieja Europa.⁸² Al fin y al cabo, también en el constitucionalismo liberal europeo se procedió, en un tiempo más o menos breve, a la incorporación de la tabla de derechos en el propio texto constitucional. Según nuestro modesto entender, la explicación de la distinta eficacia que tuvieron las normas declarativas de derechos debe encontrarse en el muy diferente modo de entender la virtualidad del Poder Constituyente y su obra, la Constitución, en una y otra tradición jurídico-constitucional.

Es menester recordar, a este respecto, que todo el sistema constitucional estadounidense descansa en la decidida e incontrovertible afirmación, y confirmación del principio democrático. Circunstancia ésta que, a la postre, determina el que la Constitución gozase, desde el primer momento, y como atestigua la clásica afirmación de Hamilton de que:

La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar

⁸¹ Laboulaye, E., *Estudios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, Sevilla, 1869, t. 2, p. 201.

⁸² Sobre esto, *cfr.*, 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.

su significado, así como el de cualquier otra ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios de una auténtica fuerza normativa, y que sus mandatos fueran concebidos como normas de carácter obligatorio y directamente vinculantes tanto para los gobernados como para los gobernanantes.⁸³

En definitiva, lo que sucede no es sino que, al entender el texto constitucional como obra del soberano, el Código Jurídico-Político Fundamental acaba erigiéndose en la norma jurídica fundamental del Estado. Y esto es, precisamente, lo que no sucederá en Europa. El hecho de que en ésta la forja histórica del Estado constitucional hubiera de producirse desde la confrontación principio democrático-principio monárquico, determinó que la Constitución no pudiera ser entendida realmente como tal y, a la postre, no pudiera desplegar los efectos que le son propios. Se generaba, de esta suerte, una situación ciertamente dramática y de paradójicos contrastes. El doctor De Vega ha realizado una muy importante y sagaz observación a este respecto: nadie puede negar que los textos constitucionales de finales del siglo XVIII, los del XIX y primeros años del XX europeo se caracterizaron, en efecto, por su falta de eficacia jurídica, pero es menester indicar que:

...esa escandalosa carencia no se produjo porque las Constituciones no fueran leyes (que por supuesto lo eran) sino porque no se configuraron ni se entendieron propiamente como Constituciones. ...Y lo que, en un ejercicio de sorprendente prestidigitación, el constitucionalismo del siglo XIX pretendió efectuar, fue la conversión de la Constitución, que a nivel jurídico sólo puede ser entendida como *Lex Superior*, en una ley ordinaria, otorgándole, no obstante, a nivel político, un valor simbólico de norma fundamental. Con lo cual, ni jurídicamente las Constituciones sirvieron como leyes, ni políticamente cumplieron las funciones simbólicas que se les quiso atribuir.⁸⁴

⁸³ Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J., *El Federalista*, México, 3a. reimp., 1982, núm. LXXVIII, p. 332.

⁸⁴ Vega, P. de, "Prólogo" a A. de Cabo de la Vega (ed.), *Constitución española de 27 de diciembre de 1978*, Madrid, 1996, pp. XIV-XV.

Nada de particular tiene, en este contexto, que la eficacia de los derechos fundamentales se encontrase muy mermada en el constitucionalismo europeo del siglo XIX y primeros años del XX. La falta de entendimiento de la Constitución como verdadera Constitución, o, si se prefiere, su relegación, al menos de hecho, a la condición de mera norma jurídica ordinaria, determinarían que, en la Europa de aquella época, no bastará con la identificación y proclamación de la “libertad civil” en un documento escrito, formal y solemne, ya se tratase de la Constitución, ya de otro distinto, para que los derechos fundamentales gozasen de una verdadera eficacia. Por el contrario, la posibilidad de ejercer los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos pasaba, de manera inexorable, por el que el legislador ordinario procediese a su desarrollo legislativo.⁸⁵ Se comprende, entonces, el que, en tanto en cuanto que lo que el ciudadano podía oponer a los poderes públicos no era la norma constitucional declarativa de derechos, sino la ley ordinaria que la desarrollaba, Herbert Krüger pudiera afirmar que lo característico del constitucionalismo liberal era el que “los derechos solamente valían en el ámbito de la ley”.⁸⁶

Fácil resulta el concluir, a la luz de lo anterior, que nos encontramos ante uno de los mayores absurdos, cuanto no ante un auténtico esperpento, del Estado constitucional liberal. Y es que, en efecto, el régimen jurídico de la libertad civil generaba una situación de paradójicos contrastes, y de muy difícil solución. Piénsese, en este sentido, que, de una parte, el reconocimiento de los derechos fundamentales tenía, desde la óptica liberal del primer constitucionalismo, la finalidad de garantizar la libertad de los individuos frente al poder del Estado, y más concretamente frente a los poderes constituidos. De otra parte, ocurre que el Estado constitucional liberal consideraba que los preceptos que reconocían derechos y libertades tenían un mero carácter declarativo y programático, cuyo verdadero valor normativo y vinculante descansaba no en el propio texto constitucional, sino en la ley ordinaria que los desarrollaba. En tales circunstancias, lo que sucedía no es si no que la existencia real de una esfera de libertad individual quedaba, a la postre, en manos

⁸⁵ Cfr., Schneider, H. P., “Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales”, *Democracia y Constitución*, Madrid, 1991, p. 79.

⁸⁶ Krüger, H., *Grundgesetz und Kartellgesetzbund*, Bonn, 1950, p. 12.

del poder político, que era, precisamente, frente a quien se alzaban las declaraciones de derechos para defender a los ciudadanos.

La escandalosa falta de fuerza vinculante de las normas fundamentales declarativas de derechos acabaría, finalmente, convirtiéndose en uno de los principales factores del fracaso histórico del Estado liberal. Ha de tenerse en cuenta, a este respecto, que la libertad burguesa, ampliamente declarada por los constituyentes, acaba siendo, o al menos éste podía ser su destino, una mera ficción en manos de los gobernantes. Y ello como consecuencia de que, al carecer de fuerza normativa directa y de mecanismos jurisdiccionales de garantía, lo que sucedió es que, como escribe Pedro De Vega, “las libertades burguesas no se realizaban y parecían, víctimas de su propia incompetencia”.⁸⁷

Fácil resulta, a la luz de lo hasta aquí expuesto, deducir la inviabilidad de la propuesta nacionalista ya en el marco del Estado constitucional liberal. Conclusión a la que se llegará sin necesidad de acudir al concepto de la “Constitución histórica española”, —lo que, por lo demás, no dejaría de ser una auténtica contradicción, ya que poco, o, mejor dicho, nada, tiene que ver esta última con aquél—, o de apelar a la tradición nacional mágico-mítica española.⁸⁸ Antes al contrario, ocurre que la misma es el único corolario posible al que, desde la más elemental lógica jurídica y política, cabe llegar cuando se opera con el concepto moderno, técnico y actual de Constitución,⁸⁹ que no es otro que el liberal-burgués

⁸⁷ Vega, P. de, “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social”, Corcuera Atienza, J., *et al.* (dirs.), *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, 1988, p. 125.

⁸⁸ En relación con la tradición nacional de carácter mágico-mítica, en general y en particular de la española, *cfr.*, Tierno Galván, E., *Tradición y modernismo*, Madrid, 1962, pp. 19-23.

⁸⁹ Debemos, en este sentido, a De Vega la acertada observación de que en su sentido estricto y técnico la Constitución se identifica con su concepción liberal-burguesa. Esto es, en un sentido moderno, técnico y actual, dirá el maestro, sólo cabe hablar de Constitución para referirse a aquellos documentos de gobierno que surgen a raíz de un momento histórico determinado: las grandes revoluciones liberal-burguesas americana y francesa de finales del s. XVIII, y que tienen un concreto substrato teórico común: la confrontación de los supuestos ideológicos del pensamiento político liberal —representados, fundamentalmente, por la obra de Montesquieu— y los presupuestos del pensamiento político democrático —encarnados en Rousseau—. Siendo así, lo que sucede es que si, desde un punto de vista amplio, bien puede decirse con, por ejemplo, Jellinek G. (*Teoría general...*, *cit.*, p. 381) o un Heller, H. (*Teoría...*, *cit.*, p. 289) que todo Estado o, mejor aún, toda colectividad humana políticamente organizada, si no quiere caer en la anarquía, ha de contar con una Constitución, es lo cierto que en su significación

que, nacido con los grandes procesos revolucionarios-liberal burgueses americano y francés de finales del siglo XVIII, conserva, pese a todo, una vigencia universal. En efecto, sólo desde la más absoluta incompreensión de lo qué es, y de lo que significa, el constitucionalismo liberal, puede defenderse la posibilidad de oponer, y, en consecuencia, pretender ejercerlo, a un Estado constitucional ya operante el *ius secessionis*,

estricta y técnica sólo podrán considerarse como verdaderas Constituciones aquéllos Textos que, procediendo a la previa organización de los poderes de la colectividad y a la determinación de los modos en que éstos han de decidir, se encuentren definidos e inspirados por los principios democrático (la Teoría democrática del Poder Constituyente), liberal [defensa de la libertad individual a través de los institutos, ciertamente inseparables (*cfr.*, Heller, H., *Teoría...*, *cit.*, p. 292), de las declaraciones de derechos y la separación de poderes] y de supremacía constitucional (sujeción de gobernantes y gobernados a la Constitución, y concordancia del derecho ordinario con ella). Nos encontramos, en definitiva, con el concepto liberal-burgués de Constitución, conforme al cual ésta se presenta como un documento escrito, formal y solemne, establecido y sancionado por el *Pouvoir Constituant* que, recogiendo los supuestos basilares del pensamiento liberal explicitados en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, pretende establecer, de una vez y para siempre, una ordenación racional de la vida política del Estado. *Cfr.*, Vega, P. de, “Constitución y democracia”, *cit.*, pp. 66-73; “Supuestos políticos...”, *cit.*, pp. 396-409; *La reforma constitucional...*, *cit.*, pp. 15-24; “En torno al concepto...”, *cit.*, pp. 704 y ss. Interesa advertir que este concepto liberal-burgués de Constitución sigue gozando de una absoluta y universal vigencia. Y es que, como muy bien ha escrito De Vega, “las ideas de libertad y democracia, siguen presentes en el espíritu humano y aunque las Constituciones hayan dado pruebas bastantes de su impotencia, continúan, no obstante, representando la única vía razonable a través de la cual esas ideas pueden realizarse en la historia. Así se explica que se sigan redactando Constituciones y que, a pesar de los pesares, la Constitución no haya desaparecido definitivamente. De lo que se trataría entonces, no es de negar los supuestos en que reposa todo el constitucionalismo, sino de procurar que esos supuestos no queden convertidos en letra muerta de la ley” [“Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7 (1979), p. 108], lo que, como a nadie puede ocultársele, adquiere una especial transcendencia en un mundo sometido a lo que se ha dado en llamar la globalización o mundialización (*cfr.*, Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional...”, *cit.*, pp. 13-56). En un sentido similar, *cfr.*, también, Schneider, H. P., “La Constitución. Función y estructura”, *Democracia y Constitución*, *cit.*, pp. 35-52, especialmente pp. 39 y 35-36. Para la comprensión general de la idea de crisis y vigencia de la Constitución, resulta de gran interés P. Lucas Verdú, “¿Crisis del concepto de Constitución? La Constitución española entre la norma y la realidad”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 75, 1998, pp. 367-392. Para un breve desarrollo de la idea de que, transformándose en la materialización concreta de sus contenidos, el concepto liberal-burgués de Constitución conserva una plena vigencia, me permito, por comodidad, remitirme a Ruipérez, J., *La “Constitución europea” y la teoría del Poder Constituyente. Algunas reflexiones críticas desde el derecho político*, Madrid, 2000, pp. 84-88.

que puede, sí, formar parte de la libertad natural de los hombres (los derechos humanos), cuando éste tan sólo reconoce la libertad civil y, además, únicamente les otorga eficacia cuando los derechos fundamentales han sido desarrollados por el legislador ordinario.

Si, como decimos, la pretensión nacionalista de considerar la secesión, en cuanto que derecho humano, como un derecho perfectamente ejercitable, a pesar de haber sido expresamente rechazado por el constituyente español de 1978, no encuentra ya acomodo desde los esquemas lógicos y teóricos del Estado constitucional liberal, debemos advertir, de manera inmediata, que el devenir histórico ha jugado muy en contra de aquella pretensión. La aparición del moderno Estado constitucional democrático y social hace, como trataremos de demostrar, absoluta, radical y definitivamente inviable una tal pretensión.

III. LOS PRESUPUESTOS POLÍTICOS Y JURÍDICOS EN LA APARICIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO Y EL FIN DE LA INTERPRETACIÓN IUSNATURALISTA DE LAS TABLAS DE DERECHOS

Es, sin duda, una afirmación unánime en la doctrina la de que con el tránsito del viejo Estado liberal al moderno Estado constitucional democrático y social, que considera al poder público como el gran garante de la libertad, no sólo de los burgueses como el primero, sino de todos los ciudadanos y los grupos en que éstos se integran, habría de producirse una profunda transformación en lo que concierne a los derechos fundamentales.⁹⁰ Variación que va a manifestarse tanto desde un plano cuantitativo, como desde una óptica cualitativa.

Por lo que se refiere al aspecto cuantitativo, es menester indicar que el nuevo entendimiento de la Constitución como instrumento fundamental de garantía de la libertad de todos los ciudadanos, y la aparición del Estado intervencionista cuya pretensión es la de convertirse en un Estado benefactor de las clases económica y socialmente más necesitadas, habrá

⁹⁰ Cfr., Battaglia, F., “Los derechos fundamentales del hombre, del ciudadano y del trabajador: esencia, evolución, perspectivas futuras”, *Estudios de teoría del Estado*, cit., pp. 157-174, especialmente pp. 164 y ss.; Pérez Serrano, N., “La evolución de las Declaraciones de Derechos (1950)”, *Escritos de derecho político*, cit., vol. I, pp. 452-530, especialmente pp. 466 y ss.

de traducirse, de manera inevitable, en un aumento de los derechos reconocidos constitucionalmente. De esta suerte, nos encontramos con que, como, entre otros, recuerda De Vega,⁹¹ será a partir de las Constituciones mexicana de Querétaro (1917) y alemana de Weimar (1919), cuando, al lado de los típicos derechos liberales y democráticos, se proceda a constitucionalizar los llamados “derechos sociales”, cuya evolución e incremento no ha cesado todavía en nuestros días.⁹² La finalidad de esta nueva categoría de derechos no puede ser más clara: De lo que se trata, en definitiva, es de garantizar al ciudadano unas condiciones mínimas para poder desarrollar su existencia de una manera plena.

De manera paralela al reconocimiento de los derechos sociales, los derechos fundamentales van a conocer una doble transformación, esta vez de carácter cualitativo. En este sentido, nos encontramos, en primer lugar, con que aquéllos dejan de ser comprendidos como derechos de abstención por parte del Estado, para convertirse en derechos de participación. Para decirlo con Carl Friedrich, lo que sucede es que mientras que los exatos constitucionales de los siglos XVIII y XIX se preocupaban por establecer, sancionar y garantizar la libertad del individuo —y más concretamente la del burgués— respecto de Estado, es decir, la independencia de su personalidad, el constitucionalismo democrático y social va a atender a una “esfera de libertad que implica la participación *con* la comunidad, que se expresa en las verdaderas libertades del ciudadano, es decir, aquellas libertades necesarias para poder participar, libremente y sin opresiones, en la vida política”.⁹³

Junto a este cambio, debemos dejar constancia de que se va a operar, en segundo lugar, otra mutación básica en el entendimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas. En efecto, la transformación del Estado liberal abstencionista en el Estado social interventor supuso una nada desdeñable muda en la manera en que la esfera de libertad individual se entendía garantizada, que, a la postre, se traduciría en que frente a la concepción de la libertad como un derecho de abstención por parte del Estado, ahora va a entenderse como un derecho de prestación.

91 Cfr., Vega, P. de, “La crisis...”, *cit.*, p. 124.

92 Cfr., Cascajo Castro, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988, p. 25.

93 Friedrich, C. J., *La democracia...*, *cit.*, p. 15.

En este sentido, importa indicar que, a raíz de la aprobación de la Constitución alemana de 1919, y mucho más con los textos nacidos tras la Segunda Guerra Mundial, la libertad no se concreta en la abstención del Estado, sino, por el contrario, en un derecho de prestación.⁹⁴ Es decir, para el pleno desenvolvimiento de su libertad, el ciudadano tiene derecho a que los poderes públicos desarrollen una determinada actividad, tendente a, como dice nuestro artículo 9.2, hacer efectiva la libertad e igualdad material de los individuos y grupos en que se integra. Para lograr esta finalidad se procede, como ya se ha indicado, a la constitucionalización de los derechos sociales. Circunstancia ésta que, como señala, entre otros, Gomes Canotilho,⁹⁵ implicará que, en la mayoría de los casos, al reconocimiento constitucional de uno de estos derechos corresponde, necesariamente, el establecimiento de un deber por parte del Estado de creación de los presupuestos objetivos indispensables para el ejercicio efectivo de estos derechos.

Ahora bien, ocurre que, siendo muy importantes las transformaciones anteriores, no son, sin embargo, las únicas que afectan a los derechos fundamentales. Junto a ellas, va a verificarse aún una más que reviste mucha más transcendencia, y que, en todo caso, tiene una mayor transcendencia para el tema que aquí nos ocupa. Nos referimos, claro está, a la nueva significación jurídica que se otorga a las declaraciones de derechos. Esto es, frente a la situación propia del Estado constitucional liberal, donde, como hemos visto, las tablas de derechos tenían un inequívoco carácter *iusnaturalista* y donde, en consecuencia, lo que resultaba obligatorio no eran los preceptos que los declaraban, sino las leyes ordinarias que los desarrollaban, lo característico del constitucionalismo democrático y social va a ser el que nacerá, con él, la nueva consideración de las normas constitucionales declarativas de derechos como auténticas fuentes del derecho, por sí mismas, y sin necesidad de su desarrollo por la legislación ordinaria, así como el carácter vinculante que se atribuye a las mismas respecto de los poderes públicos, de suerte tal que, como, por ejemplo, señala Schneider, se establece una especial sujeción de estos últimos a los derechos fundamentales que se traduce en una eficacia vinculante en el sentido de que “el legislador no puede

⁹⁴ Cfr., Hesse, K., “Significado de los derechos fundamentales”, Benda, E. *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, 1996, pp. 94 y 95 y ss.

⁹⁵ Cfr., Gomes Canotilho, J. J., *Direito Constitucional*, Coimbra, 1989, 4a. ed., 3a. reimpr., pp. 451 y ss.

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”.⁹⁶

Para lograr una pondera y cabal comprensión de lo que esta última transformación significa, resulta, a nuestro juicio, conveniente situar la cuestión de la eficacia jurídica de las normas declarativas de derechos en el contexto histórico que determinó el nacimiento del Estado constitucional democrático. A ello vamos a dedicar las páginas siguientes.

En este sentido, debemos comenzar señalando que, acaso, la principal causa del nacimiento del Estado Constitucional democrático se encuentre en la incapacidad de los europeos de finales del siglo XVIII, el XIX y primeros años del XX para poner en marcha, y consolidar, el constitucionalismo moderno. Y es que, en efecto, nos encontramos con que siendo idéntico el esquema general conforme al cual el Estado constitucional había nacido en Norteamérica y en Europa, no fueron, empero, iguales las consecuencias que se derivaron en uno y otro lugar. Se produciría, por el contrario, una muy profunda divergencia entre la tradición jurídico-constitucional americana y la tradición jurídico-constitucional europea.

Debe tomarse en consideración que la puesta en marcha, realización y culminación de la fórmula de Wise, se hizo en Estados Unidos, tanto en el nivel regional como en el federal, desde la aceptación plena, y sin reservas de ningún tipo, del principio democrático. Ocurre además que, como consecuencia de su propio origen como repúblicas que habían roto toda relación jurídica y política con la corona británica, la teoría democrática del poder constituyente del pueblo no encontraría obstáculo alguno para su implantación y desarrollo. Resultado de todo ello fue, en definitiva, un fenómeno que, aunque no siempre bien entendido en sus causas últimas, ha causado gran admiración entre los juristas europeos, y de manera particular a los españoles.⁹⁷ Desde el primer momento, las

⁹⁶ Schneider, H. P., “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *Democracia y Constitución, cit.*, pp. 133; Véase también, sobre esta problemática, *loc. ult. cit.*, pp. 133-136 y “Aplicación directa...”, *cit.*, pp. 79-84.

⁹⁷ Véase García de Enterría, E., “La Constitución como norma jurídica”, en Predieri A. et al. (dirs.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, 2a. ed., Madrid, 1981, pp. 97-158; Otto, I. de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, pp. 13 y 14; Pérez Royo, J., *Curso de derecho constitucional*, 3a. ed., Madrid, 1996, p. 154.

Constituciones de los distintos estados y, de manera más evidente, el texto federal de 1787 fueron comprendidos como obra del pueblo soberano y, en consecuencia, como las leyes supremas en el Estado. Entraba, de esta suerte, en escena el principio de supremacía constitucional, conforme al cual los ciudadanos y quienes en cada momento ocupasen el poder político estaban obligados a la observación y cumplimiento de lo ordenado por el *Pouvoir Constituant*.

No sucedió lo mismo en el viejo continente. Ciertamente es que los principios sobre los que había de asentarse la nueva forma política, así como el modo en que el proceso constituyente se conduciría, fueron los mismos en la Francia revolucionaria que los que habían operado en la revolución liberal-burguesa americana. Ahora bien, debemos a Bastid⁹⁸ la acertada observación de que sería una absoluta ingenuidad, cuando no una auténtica falsificación de la historia y de la realidad, el pretender que todos aquellos principios que inspiran y conforman el constitucionalismo moderno, y que fueron formalmente afirmados en Francia en el momento revolucionario, gozaron de una rápida y general aceptación en Europa. La verdad es, por el contrario, que los mismos encontraron grandes dificultades para su materialización práctica, únicamente superadas en el siglo XX.

Que ello fuera así, se explica, en buena medida, por no decir que de forma exclusiva, por las muy distintas circunstancias políticas en las que la revolución liberal-burguesa se desarrolló a uno y otro lado del Atlántico. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la existencia de monarquías, y, consecuentemente, la de unos reyes que se resistían a abandonar su *status* de monarcas absolutos, determinó que la forja del Estado constitucional hubiera de realizarse en Europa sobre la confrontación entre el principio democrático y el principio monárquico.

Las consecuencias que se derivarían de lo anterior, se nos antojan diáfanas. Frente a la clara, rotunda y definitiva afirmación de la soberanía del pueblo que se hizo en el nuevo continente, la Europa de finales del siglo XVIII, el XIX y primeras décadas del XX vivirá una realidad bien distinta.

Debemos dejar constancia de que lo que, en realidad, conoció la vida política europea será la negación práctica de la teoría democrática del Poder Constituyente. Así sucedió ya, y pese a que ello pudiera parecer

98 Cfr., Bastid, P., *L'idée de Constitution*, París, 1985, p. 15.

contradictorio, en el periodo revolucionario. Dejando al margen la cuestión de la euforia que la aprobación de la Constitución generó,⁹⁹ lo ca-

⁹⁹ Fue ya C. Schmitt quien introdujo ya la idea de la euforia constitucional en el momento revolucionario al estudiar la necesidad de articular mecanismos de defensa del orden constitucional; más concretamente, aquella idea aparece cuando, refiriéndose a la *Glorious Revolution* inglesa, del siglo XVII, y a la Francia revolucionaria, señala que la “demanda de un protector, de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución” (*La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, Madrid, 1983, p. 27). Circunstancia ésta que, en último extremo, explicaría el porqué durante gran parte del siglo XIX no se hizo preciso el procurar la defensa de la Constitución, como, por el contrario, sí había sucedido en la etapa inmediatamente seguida a la de la Revolución. *Cfr.*, Vega, P. de, “Jurisdicción constitucional...”, *cit.*, p. 102; “Prólogo” al C. Schmitt, *La defensa...*, *cit.*, pp. 16-17. La idea no resulta difícil de comprender. Aprobadas las primeras Constituciones, sus autores, convencidos como estaban de que, al actuar en nombre de la razón, habían encontrado la solución definitiva a cuantos problemas pudiera plantear, en aquel momento y en el futuro, el gobierno del Estado, olvidaron establecer mecanismos de protección de su *magna opera*, salvo el que se derivaría del principio de rigidez. Ahora bien, pasado el momento de la euforia que despertaba el haber aprobado el texto constitucional, comenzarían a manifestarse las contradicciones que un tal intento planteaba en el contexto europeo, y que, básicamente, se concretaban, como ya se ha dicho, en la existencia de unos monarcas que se resistían a abandonar su posición de rey absoluto. De esta suerte, nos encontramos con que, en cuanto que afirmaban la soberanía del pueblo o de la nación, las primeras Constituciones europeas entraban en clara y frontal oposición con los intereses del monarca. Lo que determinó que aquellos textos fueran objeto de ataques que tenían, irremediadamente, su origen en el rey y sus aliados, los aristócratas. Así sucedió en Francia; pero no sólo allí; lo acaecido en España con la Constitución de 1812, es buena prueba de ello (*cfr.*, Roura Gómez, S. A., *La defensa...*, *cit.*, pp. 142-168). Llegada esta situación es cuando, justamente, surge la necesidad de procurar la protección del orden constitucional liberal-burgués. Y fue Robespierre quien, con esa brillantez, frialdad y acierto que le valieron las acusaciones de ser “un despota, un tirano de la opinión” y de “reinar a través de la palabra”, lo puso claramente de manifiesto al señalar que: “En medio de las tormentas promovidas por las innumerables facciones a quienes se concedieron medios y tiempo suficientes para fortificarse; en medio de las divisiones intestinas pérfidamente combinadas con la guerra exterior, fomentadas por la intriga y la corrupción, favorecidas por la ignorancia, por el egoísmo y por la ingenuidad, es preciso que los buenos ciudadanos tengan un punto de apoyo y una señal de aislamiento. Ese punto y esa señal no pueden ser otros que la defensa de la Constitución” (Robespierre, M. de, *Textes choisis, sine data*, t. I, p. 159, citado por Vega, P. de, “Jurisdicción constitucional...”, *cit.*, pp. 99 y 100). Defensa de la Constitución que, en tanto en cuanto que los ataques que recibía eran de carácter político-existencial, vestiría, también, formas políticas y totales, como eran, por ejemplo, la publicación del periódico “*Le défenseur de la Constitution*”, con el que se pretendía poner en práctica la doctrina jacobina del “Pueblo en armas”, la creación del *Sénat Conservateur* en la Constitución francesa del año VIII (1799), o, en nuestra literatura político-constitucional, la propuesta de un Salas y Cortés R., (*Lecciones...*, *cit.*, pp. 119-125) sobre el poder conservador.

racterístico de esta fase es el que, al convertir al Parlamento, como representante del soberano, en el soberano mismo y, además, en todo momento, el principio democrático aparecerá, merced a la construcción de Sieyès que, tempranamente asumida por el resto de los revolucionarios franceses, se convertiría en el paradigma europeo, defectuosamente afirmado y, en consecuencia, con una escasa eficacia.

La negación del principio democrático, como elemento central y basilar de todo el edificio constitucional liberal-burgués, se llevará a cabo de una manera radical, total y absoluta en la etapa histórica que se abre con la que en Francia se dió en llamar la “Restauración”. En efecto, frente a la soberanía del pueblo (1793) o de la nación (1791), tajantemente afirmada en la etapa revolucionaria, lo que va a defenderse ahora es la vuelta del principio monárquico en toda su plenitud. Guizot lo puso de manifiesto con toda rotundidad: cuando el Senado francés elabora su proyecto de Constitución para la restauración, éste “no hizo más que evocar el principio despótico en lugar del principio revolucionario, y suscitar como rival al derecho absoluto del pueblo el derecho absoluto de Rey”.¹⁰⁰ Los documentos de gobierno se convierten, en estas circunstancias, en meras *Constitutions* o *Chartes octroyées*, cuya principal característica es la de que su aprobación se debe, única y exclusivamente, a la graciosa voluntad del monarca. Ni qué decir tiene que la apelación a la doctrina democrática del *Pouvoir Constituant* carece totalmente de sentido, toda vez que el rey aparece, de esta suerte, configurado como un ente previo y superior a la Constitución, a través de la cual se crean todos los demás órganos del Estado, que se presentan como meros poderes constituidos sometidos, además, al capricho del monarca.

Finalmente, es menester recordar que tampoco el liberalismo doctrinario, como ideología imperante en el siglo XIX europeo, vino a dar una respuesta satisfactoria al principio democrático con su célebre teoría de la soberanía compartida, gracias a la cual el rey junto con los representantes de las oligarquías burguesas en el Parlamento se convertían en los únicos depositarios de la soberanía en el Estado.¹⁰¹ Las conse-

¹⁰⁰ Guizot, F. P. G., *Memoires*, París, 1859, vol. I, p. 33, citado por L. Díez del Corral, *El liberalismo doctrinario*, 4a. ed., Madrid, 1984, p. 65.

¹⁰¹ Para una breve, pero no por ello más clara y acertada, crítica de la definición política de un tal Poder Constituyente, *cfr.*, Vega, P. de, “Supuestos políticos...”, *cit.*, pp. 398 y ss.

cuencias que esta concepción tuvo para la difícil implantación de la forma política Estado constitucional en Europa son evidentes. La principal significación de aquella ideología fue el que, lejos de venir a consolidar la teoría democrática del Poder Constituyente, lo que afirmaciones como la de que la soberanía pertenece al monarca y a la nación, o la todavía más radical de Thiers y Guizot de que “No existe, ...un Poder Constituyente, sólo existen los poderes constituidos del Estado”,¹⁰² esconden no es sino la fórmula más simple y expeditiva para la destrucción de la misma noción del Poder Constituyente. El rey, pese a lo que parece dar a entender la teoría de la soberanía compartida, se convierte, de hecho, en el único titular de la soberanía. Circunstancia ésta que se hace todavía más patente si se toma en consideración que para resolver el conflicto de intereses entre el rey-aristocracia, por un lado, y burguesía, por otro, al que se refiere von Stein,¹⁰³ y apelando, de uno u otro modo, a la doctrina del *pouvoir neutre, intermédiaire et régulateur* teorizada por Benjamin Constant,¹⁰⁴ el doctrinarismo liberal no dudó en hacer real el que, como de manera rotunda sentenciaría Otto Mayer, “El protector supremo de la Constitución es el Rey”.¹⁰⁵

Así las cosas, a nadie debiera extrañar que las consecuencias jurídicas que la aprobación de la Constitución tuvo en el sistema como el americano, que descansa en la decidida e incontrovertible afirmación, y confirmación, del principio democrático, de suerte tal que, al entender el Código Jurídico-Político Fundamental como obra del soberano, acaba convirtiendo al texto constitucional en la norma jurídica suprema en el Estado, no pudieran ser las mismas en el viejo continente. Se habla, sí, de que lo que caracterizó el primer constitucionalismo europeo fue la falta de eficacia jurídica de sus textos. Pero pocas veces se pone el acento en cuáles fueron realmente las causas que provocaron aquella drámatica situación. Causas que, en definitiva, cabe identificar con la ausencia de una clara vigencia del principio democrático.

Habrà de esperarse, entonces, al fin de la Primera Guerra Mundial para que el Estado constitucional comience verdaderamente a adquirir

102 Citado por Vega, P. de, “En torno al concepto...”, *cit.*, p. 706.

103 *Cfr.*, Stein, L. von, *Movimientos sociales y monarquía*, Madrid, 1981, pp. 191-379.

104 *Cfr.*, Constant, B., “Principios de política”, *Escritos políticos*, Madrid, 1989, pp. 20-35.

105 Mayer, O., *Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen*, Turbinga, 1909, p. 214.

auténtica entidad y realidad histórica en la vieja Europa. Y lo hará por cuanto que, como consecuencia de un substancial cambio en las fuerzas políticas, la confrontación entre el principio monárquico y el principio democrático, que había presidido la vida política europea desde la Revolución francesa hasta 1919, va a conocer, a partir de esa fecha y en la construcción del constitucionalismo democrático y social, una solución muy distinta a la que había operado a lo largo del siglo XIX. En efecto, ocurre que, frente a la afirmación, expresa o camuflada, del principio monárquico y, con ello, el falseamiento de todos los presupuestos basilares del constitucionalismo moderno, el ascenso al poder de las fuerzas democráticas y progresistas determinó que lo que ahora se afirme sea el principio democrático. Lo que se hará, además, de una manera clara, decidida y sin ambages de ningún tipo.

Se abría, así, un proceso que se inicia con el fin de la Primera Guerra Mundial, y que, habida cuenta los quebrantos que produjo el ascenso del fascismo en el período entreguerras, habrá de culminar con el fin de la Segunda Guerra Mundial. Proceso que, sin disputa, encontrará su rasgo más significativo en el hecho de que, por fin, en Europa va a producirse la plena, total y absoluta aceptación ideológica los principios y presupuestos sobre los que se edifica el moderno Estado constitucional. De esta suerte, el constitucionalismo democrático y social venía a corregir la gran falla que presentaba el Estado liberal. Me refiero, claro está, a que los textos constitucionales pasan a ser comprendidos como auténticas Constituciones, y, como tales, comenzarán a surtir todos sus efectos, incluido el de su singular fuerza normativa. Nos sumamos, así, a la tesis del maestro De Vega, para quien: “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 partir de la Segunda Guerra Mundial, ponderar debidamente su dimensión jurídica y su proyección normativa”.¹⁰⁶ La tradición constitucional europea queda, en tales circunstancias, equiparada de manera definitiva a la tradición estadounidense.

A esta transformación no fue, en modo alguno, ajena la forja dogmática de la idea de la Constitución como norma jurídica, que encontrará su máxima expresión en la obra de Hans Kelsen y sus discípulos. Afir-

¹⁰⁶ Vega, P. de, “Prólogo” a A. de Cabo de la Vega (ed.), *Constitución española de 27 de diciembre de 1978*, cit., pp. XX-XXI.

mación ésta en la que, tratando de dar el mayor grado de claridad posible a mi discurso, estimo conveniente detenernos.

Nadie puede negar que para el reconocimiento del valor jurídico de la Constitución fueron decisivas las aportaciones teóricas del positivismo jurídico, y de manera fundamental las de la Escuela Alemana de Derecho Público de los von Gerber,¹⁰⁷ Laband¹⁰⁸ y Jellinek. De igual modo que nadie discute el que corresponde a esta Escuela el gran mérito de haber iniciado el tratamiento científico del derecho público europeo.¹⁰⁹ En efecto, fueron ellos quienes, actuando inicialmente con la metodología propia del derecho privado,¹¹⁰ llevaron a cabo la construcción de un gran sistema doctrinal que, al elevar el dogma de la personalidad jurídica del Estado a la condición de pieza medular y nuclear del mismo,¹¹¹ sirvió para fundamentar jurídicamente el obrar del Estado, a la par que logró dotar al

¹⁰⁷ Gerber, C. F. von, *Diritto Pubblico*, Milán, 1981.

¹⁰⁸ Laband, P., *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, París, 1900 (t. I), 1901, (t. II), 1902 (t. III), 1903 (ts. IV y V) y 1904 (t. VI).

¹⁰⁹ *Cfr.*, en este sentido, Ríos, F. de los, "Prólogo" al G. Jellinek, *Teoría general del Estado*, *cit.*, p. VIII.

¹¹⁰ Sobre este extremo, *cf.* Hesse, K., *Derecho constitucional...*, *cit.*, pp. 40 y ss. Señala Hesse que uno de los rasgos más distintivos de las primeras formulaciones dogmáticas del derecho público, y del derecho constitucional en concreto, fue, precisamente, el de su falta de autonomía científica respecto del Derecho Privado; falta de autonomía científica que sería reprochada de manera fundamental desde la doctrina iusprivatista; véase Hesse, K., *loc. ult. cit.*, pp. 43 y 44, donde se hace eco de la crítica recensión de Otto von Gierke a la obra de Laband. Por otra parte, interesa destacar que la adopción de la metodología iusprivatista por parte de la Escuela Alemana de Derecho Público, excluyendo aquí al grupo de Viena, no resultaba políticamente neutra, sino, muy al contrario, interesada para fortalecer la *potestas* del *Kaiser*. En este sentido, debemos a A. Baldassarre la acertada observación de que "Conviene dejar muy claro que el recurso al derecho privado en Laband resultaba estrictamente funcional respecto de la institución de una teoría formalista que a su vez y en la particular formulación por él defendida, constituía el mejor soporte teórico de una concepción autoritaria del Estado y del derecho público. ...El formalismo resultaba funcional para el mantenimiento y reforzamiento de esta asimetría de posiciones, y para demostrarlo baste recordar como ejemplo que la indiferencia de valores y de contenidos llevó a un Laband, absolutamente coherente con sus propios postulados, a negar la posibilidad de existencia de derechos de libertad frente al Estado, porque en su concepción, el único espacio libre que en pura lógica quedaba al alcance de los ciudadanos era esa libertad natural que surgía allí donde el Estado no extendía su propio poder y su propia relación de dominio" ("Constitución...", *cit.*, pp. 18 y 19).

¹¹¹ *Cfr.*, Battaglia, F., "El dogma de la personalidad jurídica el Estado", *Estudios de Teoría del Estado*, *cit.*, p. 73; Véase también, del mismo autor, "Observaciones sobre la 'realidad' del Estado", y "Realidad y personalidad del Estado", recogidos ambos en el mismo volumen, pp. 39-69 y 153-155.

derecho público de una seguridad y firmeza similares a las que, desde Roma, sirvieron de apoyatura al derecho privado.

No es menos cierto que no será, sin embargo, hasta la aparición de la obra de Kelsen cuando la afirmación del valor jurídico de los textos constitucionales encuentre su verdadero sentido y magnitud. Lo que, en todo caso, no puede ser considerado como casual.

Es menester indicar que si, en cuanto que decidido partidario del formalismo jurídico, Kelsen, por su método de trabajo y, para su desgracia, el uso que de él hicieron las dictaduras,¹¹² pudo ser definido por un Hermann Heller como “el consecuente ejecutor testamentario”¹¹³ de Laband, es lo cierto que entre los autores de la Escuela Alemana de Derecho Público y él van a existir ciertas diferencias harto significativas en cuanto al punto de partida de sus respectivas construcciones y en cuanto al posicionamiento ideológico. No debe olvidarse que, como ha señalado De Vega, junto al Kelsen formalista de la *Teoría pura del derecho*,¹¹⁴ la *Teoría general del Estado*¹¹⁵ o la *Teoría general del derecho y del Estado*,¹¹⁶ que es al que, con justicia, criticaba Heller, existe el Hans Kelsen demócrata de, por ejemplo, *Esencia y valor de la democracia*,¹¹⁷ que, a la postre, resulta mucho más útil para la ponderada y cabal comprensión del moderno Estado constitucional. Entre otras cosas, porque:

...a pesar de la asepsia valorativa, proclamada tan solemnemente por Kelsen, la superación que su obra implicaba de los postulados del viejo positivismo, no dejó por fortuna de tener importantes y significativas consecuencias políticas. Sus embates a la personalidad jurídica del Estado, consciente o inconscientemente, sirvieron para desmontar los mitos de un Estado de derecho ... que bajo la socorrida fórmula de conferir la soberanía al Estado como persona jurídica, había permitido ocultar la más absoluta negación del principio democrático, fundamento y base de toda la construcción del Estado constitucional.¹¹⁸

112 Cfr., Heller, H., “Europa...”, *cit.*, por ejemplo, pp. 30 y 31.

113 Heller, H., *La soberanía...*, *cit.*, pp. 90, y 149 y ss.

114 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, 9a. ed., Buenos Aires, 1970.

115 Kelsen, H., *Teoría General del Estado*, 15a. ed, México, 1979.

116 Kelsen, H., *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, 5a. ed., 2a. reimp., Milán, 1978.

117 Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, 2a. ed., Barcelona, 1977.

118 Vega, P. de, “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 1, 1998, pp. 73 y 74.

Ha de recordarse que, con independencia de que, como denunció Heller,¹¹⁹ su formalismo les condujo al absurdo de edificar una Teoría del Estado sin Estado y una Teoría de la Constitución sin Constitución, von Gerber, Laband y Jellinek construyeron su doctrina del Estado y la Constitución desde del principio monárquico, de suerte tal que no resulta exagerado afirmar que aquéllos se convirtieron en los grandes teóricos del poder, y que su finalidad era, pura y simplemente, la de asegurar el poder del monarca. Todo lo contrario sucede con Kelsen. En efecto, el creador del grupo de Viena actuará desde el principio democrático y, además, pondrá todo su ingenio al servicio de la defensa de la *Weltanschauung* democrática, que entiende claramente en peligro como consecuencia del auge que en los 1920-1930 están conociendo los fascismos. Es, justamente, por ello por lo que Kelsen puede ser considerado, en tanto que jurista positivista, como el gran teórico de régimen democrático.¹²⁰

Obvio resulta, en tales circunstancias, que las consecuencias a las que han de llegar unos autores y otro habrían de resultar muy distintas. De nada servirá el que, por ejemplo, Georg Jellinek afirmase que las “Constituciones contienen preceptos jurídicos”,¹²¹ o que se trata de unas normas jurídicas singulares en cuanto que “leyes constitucionales suelen rodearse de garantías específicas para asegurar su inquebrantabilidad. ...Solamente donde se dan semejantes garantías puede hablarse, propiamente de leyes constitucionales en sentido jurídico. Cuando faltan tales garantías esas leyes no se distinguen en nada, según el derecho constitucional, de las otras”,¹²² o, finalmente, el que de estas garantías se deriva una cierta superioridad de la Constitución, en el sentido de que:

Por encima del legislador [ordinario] se eleva aún el poder superior de las leyes fundamentales, que son los pilares firmes en que se basa toda la estructura del Estado. Estas leyes fundamentales, inconvencionales, difíciles de cambiar, deben dirigir la vida del Estado merced a su poder irresistible. No pueden alterarse por los poderes establecidos, sólo pueden modificarse según sus

¹¹⁹ Cfr., Heller, H., *Teoría...*, cit., pp. 68 y 69; véase también, pp. 42 y 43.

¹²⁰ Cfr., Baldassarre, A., “Constitución...”, cit., pp. 23 y 24; véase en general, pp. 22-25 y 27 y ss.; La Pergola, A., “Premessa” al Kelsen, H., *La giustizia costituzionale*, Milán, 1981, p. X; Vega, P. de, “Supuestos políticos...”, cit., p. 396.

¹²¹ Jellinek, G., *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, 1991, p. 4.

¹²² *Ibidem*, p. 15. Cfr., Jellinek, G., *Teoría general...*, cit., pp. 401 y ss., en particular p. 403.

propias normas que son difícilmente actuables, y ello por cuanto que al afirmar el principio monárquico toda la lógica del derecho constitucional se ve, de una u otra suerte, negada por la Escuela Alemana de Derecho Público.¹²³

En particular, la verdadera consideración de la Constitución como ley superior y suprema que, como tal, se impone a todos los operadores jurídicos y políticos del Estado. Y ello porque el monarca, como verdadero soberano, se sitúa por encima de la propia Constitución. Con lo que, de manera inevitable, su fuerza normativa queda limitada a la mera organización de los poderes del Estado. Así las cosas, no habría de resultar exagerado afirmar que lo que en realidad hicieron los autores de la Escuela Alemana de Derecho Público fue, de algún modo, poner en práctica una nueva versión de lo que, en relación con el medievo, McIlwain¹²⁴ había denominado el “enigma Bracton”.

Todo lo contrario sucede con la construcción teórica de Kelsen. En efecto, la aceptación del principio democrático le llevará a considerar, dejando ahora al margen sus disquisiciones sobre la *Grundnorm*, que la fuerza normativa de la Constitución depende de su condición de ser la obra de un Poder Constituyente que, realizada su labor desaparece de la escena política en condiciones de normalidad. Es, en todo caso, desde este entendimiento desde donde únicamente cobra sentido su afirmación de que en el Estado constitucional la única soberanía posible es la de la Constitución y el derecho.¹²⁵ Naturalmente, en la medida en que la Constitución es entendida como ley suprema es por lo que, en definitiva, Kelsen le puede conferir una plena efectividad jurídica y, en consecuencia, teorizar la justicia constitucional, concebida, al menos originariamente, como un mecanismo al servicio de la defensa de la democracia.

Todos estos cambios, sin duda substanciales y trascendentales, traen causa del triunfo definitivo del principio democrático. Es, justamente, merced a este triunfo como la Constitución pasa a ser entendida como la expresión de la voluntad del *Pouvoir Constituant* y, como tal, se configura, gracias a la distinción entre Poder Constituyente y poderes cons-

¹²³ *Ibidem*, p. 5.

¹²⁴ *Cfr.*, McIlwain, Ch. H., *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, 1991, pp. 91-116, especialmente pp. 99 y ss.

¹²⁵ *Cfr.*, Kelsen, H., *Teoría general...*, *cit.*, pp. 141 y ss.

titudos que introduce el principio de rigidez convenientemente asegurado por el control de constitucionalidad, como la ley suprema en el Estado.

Ahora bien, debemos advertir de manera inmediata que no fue tan sólo éste el cambio que va a conocer Europa con el surgimiento del constitucionalismo democrático y social. Es menester dejar constancia de que el triunfo del principio democrático va a generar unas nada despreciables variaciones en el modo en que va a surgir el Estado constitucional mismo. En efecto, van a ser distintas las formas concretas en que el proceso constituyente va a desarrollarse desde el fin de la Primera Guerra Mundial y, todavía de manera más evidente, tras la Segunda. Como, con total acierto, ha escrito el profesor De Vega, lo que ocurre es que “Cuando el principio democrático se admite sin ningún tipo de salvedades, y cuando se está dispuesto, además, a operar con él hasta sus últimas consecuencias, la mecánica del proceso constitucional, tal y como se planteó en el Estado liberal burgués ... ya no podrá ser la misma. Cambia el orden de los acontecimientos, pero cambia también, y sobre todo, el contenido y el alcance de cada uno de los supuestos de ese proceso”.¹²⁶

En el marco del constitucionalismo democrático y social, el proceso constituyente no sigue el iter procesal marcado por Wise de momento de la libertad, momento del pacto social y momento constitucional. Por el contrario, aquél arranca del pacto social por el que nace el nuevo Poder Constituyente soberano, continúa con el proceso de elaboración, discusión y aprobación del texto constitucional, en el que quedan incluidos, como, por decirlo en palabras de Jiménez de Asúa,¹²⁷ la parte sustantiva de la Constitución, los derechos fundamentales.

Se soslayaba, de esta suerte, aquel gran absurdo, y escandalosa contradicción, que se producía en el Estado liberal de, por un lado, definir al Constituyente como un poder absoluto, soberano e ilimitado en el contenido de su voluntad, y, por otro, condenarle a actuar en los estrechos márgenes que le imponían las declaraciones de derechos. Frente a esto, lo característico del constitucionalismo democrático y social va a ser el que las declaraciones de derechos pierden esa fuerte carga *iusnatura-*

¹²⁶ Vega, P. de, “En torno al concepto...”, *cit.*, p. 715.

¹²⁷ *Cfr.*, Jiménez de Asúa, L., “Discurso” de presentación del Proyecto constitucional a las 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.

lista que tenían en el Estado liberal, y que, en última instancia, las convertía en ese límite a la actuación del Constituyente. Ahora, las normas declarativas de derechos se convierten en derecho positivo, cuya fuerza normativa se encuentra justamente, y esto es lo que reviste importancia y resulta trascendente, en que el *Pouvoir Constituant* los ha reconocido como tales derechos fundamentales. De Vega lo ha puesto de manifiesto al indicar que 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”.¹²⁸

Dos son los corolarios que se derivan de todo lo anterior, a los que, en todo caso, no puedo dejar de referirme:

1) El primero de ellos, se refiere a la fuerza normativa de las normas declarativas de derechos. Como ya hemos indicado, lo propio del Estado constitucional democrático es que, en él, los derechos fundamentales, por sí mismos, de un carácter obligatorio y vinculante, del que carecían en el pasado. Lo que, traducido en otros términos, significa que el individuo, —aisladamente o integrado en grupos—, podrá ejercitar libremente, y desde el primer momento, todos aquellos derechos de los que, en su condición de ciudadano de un Estado concreto y determinado, le ha declarado titular la voluntad del *Pouvoir Constituant*. Así mismo, ocurre que, de modo muy distinto a lo que acaecía en el viejo Estado constitucional liberal, el titular de los derechos fundamentales verá, ahora, plenamente satisfecha su libertad civil, toda vez que, junto con la mera declaración de ésta, se van a consagrar una serie de garantías tendentes a hacerla realmente efectiva,¹²⁹ de suerte tal que podrá, sin necesidad de esperar a su desarrollo por la legislación ordinaria, siempre alegarlos ante los tribunales, al menos contra el poder político.¹³⁰

¹²⁸ Vega, P. de, “En torno al concepto...”, *cit.*, p. 717.

¹²⁹ Sobre este particular, *cfr.*, Kelsen, H., *Teoria Generale...*, *cit.*, pp. 280-290.

¹³⁰ Para comprender la diferencia en torno a la eficacia real de los derechos fundamentales en el Estado liberal y en el Estado social, *cfr.*, Bachof, O., *Jueces y Constitución*, Madrid, 1985, pp. 39-42; Cappelletti, M., *La giurisdizione costituzionale delle Libertà*, Milán, 1955; Cascajo Castro, J. L., “La jurisdicción constitucional de la Libertad”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 199, 1975, pp. 149 y ss. Hesse, K., *Derecho constitucional...*, *cit.*, pp. 49-51; “Significado...”, *cit.*, pp. 85-86 y 94 y ss.; Krüger, H.,

Ahora bien, lo que aquí interesa poner de manifiesto es que esa fuerza normativa, obligatoria y vinculante de las normas declarativas de derechos fundamentales, únicamente puede explicarse como una de las con-

Grundgesetz..., cit., p. 12; Schneider, H. P., “Aplicación directa...”, cit., pp. 79-84; “Democracia y Constitución. Orígenes de la ley fundamental”, *Democracia y Constitución*, cit., p. 16; “Peculiaridades y función...”, cit., pp. 16, 123-124 y 133-136 respectivamente. No podemos dejar de consignar que, pese a lo anterior, tampoco el Estado social ha resuelto definitivamente la problemática de la protección (y, por lo tanto, de su eficacia) de los derechos fundamentales. La dificultad proviene de la existencia de los que, con toda justicia, Lombardi, Giorgio (*cf.*, por ejemplo, “Potere privato e potere negativo”, *Autonomia de diritto de resistenza*, Sassari, 1967; *Potere privato e diritti fondamentali*, Turín, 1970; pp. 90 y ss.; “Poder privado, media y derechos individuales”, en Asensi Sabater J. (coord.) *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, Valencia, 1997, pp. 403-408) ha denominado “poderes privados”. Se trata de sujetos que, siendo formalmente entes jurídico-privados, no actúan en sus relaciones con los ciudadanos en condiciones de igualdad, que es, como es conocido, lo característico del derecho privado basado en el dogma de la autonomía de la voluntad, sino en situación de imperio, que era tradicionalmente lo propio de la administración, y que, en todo caso, su actuación adquiere una cada vez mayor trascendencia en el ámbito de lo público (piénsese, por ejemplo, en el supuesto de los sindicatos y asociaciones empresariales, quienes pueden formalizar acuerdos, los convenios colectivos, a los que el constituyente reconoce fuerza de ley). Es en este contexto donde las deficiencias garantistas del Estado social alcanzan su máxima expresión. Ciertamente, nadie puede dudar, que los textos del constitucionalismo democrático y social han levantado un, bien podemos calificarlo así, “descomunal” entramado de garantías, normativas y jurisdiccionales, para hacer real la libertad del individuo y de los grupos en los que aquél se integra. La Constitución, de esta suerte, podría parecer definitivamente consolidada en esa posición que se le había atribuido desde el principio liberal de ser, ante todo y sobre todo, un gran sistema de garantía de la libertad. Ocurre, no obstante, y aquí radica el problema, que todas esas garantías constitucionales se establecen frente al Estado como si éste continuara siendo, como habían entendido los liberales desde la falacia fisiocrática de la separación entre Estado y sociedad, el gran enemigo del ciudadano, frente al cual debía ser protegido, cuando, en realidad, hoy el Estado se presenta como el verdadero garante de la libertad. Tratando de solventar estas carencias, algunos autores han hablado de la necesidad de poner en marcha la *Drittwirkung der Grundrechte*, conforme a la cual las normas constitucionales declarativas de derechos gozarán de una auténtica eficacia jurídica no sólo frente al Estado, sino también, y esto es lo importante, en relación con los poderes privados. Sobre esta última problemática, *cf.*, Vega, P. de, “La crisis...”, cit., pp. 130-135; “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), pp. 46-56; “En torno al problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en la obra colectiva *Estudios de derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Madrid, 1997, pp. 333-345. Gomes Canotilho, J. J., *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, 1982, pp. 359 y ss.; *Direito...*, cit., pp. 467-472.

secuencias necesarias del definitivo triunfo del principio democrático en Europa. Esto es, si los derechos fundamentales resultan, hoy, obligatorios, no es porque se trate de un elemento de derecho natural, previo al propio Estado y que, en última instancia, condicionan la propia organización de la comunidad política, sino por cuanto que los mismos adquieren, en el marco del Estado constitucional democrático, la condición de derecho positivo, y, además, en tanto en cuanto que se incorporan a la propia Constitución, como ley suprema del Estado. Es, en definitiva, la voluntad del Constituyente estatal lo que confiere a los derechos fundamentales su actual obligatoriedad.

2) Debe, en segundo término, advertirse que, de uno u otro modo, la, por utilizar la expresión de Wise, “libertad civil” resulta, en su relación con el poder político, más restringida en el constitucionalismo democrático y social que lo se derivaba de la concepción de la misma en el Estado constitucional liberal. La razón es fácilmente comprensible. Al concebir, como hacía el reverendo de Ipswich, la libertad civil como aquella parte de la libertad natural que van a conservar los individuos después de su entrada en la comunidad, los derechos fundamentales aparecían como algo potencialmente ilimitado que, en cuanto que previos al Estado, quedaban al margen del propio Estado, aunque, como ya hemos visto, condicionando la organización de éste. Todo lo contrario sucede en el Estado constitucional democrático. Al partir el proceso constituyente del momento del pacto social, por el que se crea la comunidad, y merced al cual aparece un legislador constituyente que, como poder revolucionario, no puede encontrar ningún límite en su actuación, lo que sucede es que el Poder Constituyente adquiere realmente la condición de poder absoluto, soberano e ilimitado en el contenido de su voluntad. De esta suerte, el Constituyente será totalmente libre, no sólo a la hora de organizar los poderes del Estado, sino también, y esto es lo importante, en cuanto a la determinación de cuál es la cuota de libertad de la que van a gozar los ciudadanos de su Estado. Y es que, en efecto, el proceso de positivización, o, si se prefiere, de constitucionalización, de los derechos fundamentales en lo que acaba traducéndose es en que sólo valen como tales aquellos derechos que el Constituyente reconoce como tales.

Es, en todo caso, desde esta perspectiva desde donde debe analizarse la cuestión de si el ejercicio del derecho de secesión es, o no, compatible con la vigente Constitución española. Y la respuesta a este interrogante

ha de ser, a mi juicio, y desde la lógica interna del constitucionalismo democrático y social, necesariamente negativa. Veamos el por qué.

Ante todo, debemos comenzar por aclarar algunos hechos del proceso constituyente español de 1977-1978, que, lamentablemente, —y en lo que parece un ejercicio de la dialéctica schmittiana de “amigo-enemigo”—, algunos de los valedores teóricos del nacionalismo regionalista olvidan, o prefieren no recordarlos, o, incluso, atribuyen a obsesiones propias del intérprete que contradice sus pretensiones. Hechos históricos, ahí están las Actas de las Cortes redactoras de la Constitución, que nos dicen cual fue la actitud del último Constituyente español respecto del derecho de autodeterminación entendido como posibilidad de secesión.

Nadie puede cabalmente negar que nada impedía al Constituyente español que, como se había hecho, por ejemplo, en la URSS desde 1936 o en la extinta República de Yugoslavia, procediera a la constitucionalización del derecho de secesión. Bien entendido que, en contra de lo que sostuvieron algunos parlamentarios, el hacerlo no hubiera significado la conversión, necesaria e inevitable, del Estado español en un Estado federal, del mismo modo que tampoco se traduciría en su automática disolución en el modelo confederal.¹³¹ De haberlo hecho, lo que sucedería es que, siempre y cuando se respetasen los requisitos impuestos al efecto, su hipotético ejercicio sería, sí, una alternativa que, de manera individual, nos podría gustar o no, pero que, en todo caso, resultaría no sólo constitucionalmente posible, sino también plenamente legítima.¹³²

Ocurre, no obstante, que la realidad es muy otra. En efecto, lo primero que debe recordarse cuando se aborda la problemática del *ius secessionis*, es que los representantes de Euzkadiko Ezkerra en el Congreso y en el Senado constituyentes, los señores Letamendía y Bandrés, presentaron sendas enmiendas en favor de su reconocimiento constitucional. Enmiendas que fueron tajantemente rechazadas por ambas Cámaras. Lo anterior

¹³¹ Sobre la posibilidad de constitucionalización del *ius secessionis*, véase, Kelsen, H., *Teoría general...*, cit., pp. 295 y 296, donde rompe la tesis tradicional en la doctrina según la cual el reconocimiento y posibilidad del ejercicio del derecho de secesión es uno de los elementos fundamentales para la distinción entre la Confederación de Estados, donde aquél es consustancial, y el Estado federal. Sobre esto último, me remito, por comodidad, al cap. 3 (“Federalismo y autodeterminación”) de mi ya citada *Constitución y autodeterminación*, pp. 77-96.

¹³² Sobre este particular, *cfr.*, La Pergola, A., “La Confederación”, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994, pp. 139 y 140.

nos dice, creo que de manera incontrovertida e incontrovertible, que no era la voluntad del Constituyente español, que como soberano impone su voluntad a la de los miembros del Estado individualmente considerados, el admitir el derecho de secesión y que, en consecuencia, y como en el seno de la Constituyente había puesto de manifiesto quien hoy juega a ser el *Laband* de los partidos nacionalistas de ámbito regional, su ejercicio no podría ser considerado nunca como una posibilidad legal y legítima.

Si la mera circunstancia de haber rechazado las enmiendas de Euzkadiko Ezkerra, pone bien al descubierto la intención del constituyente de no admitir el derecho de secesión, no puede olvidarse que existieron otras actitudes que, en cuanto que lo excluyen de la fórmula política del vigente texto, vinieron a cerrar la posibilidad de que el mismo fuera reconocido en el futuro mediante la utilización del procedimiento de reforma, ni siquiera el superagravado regulado en el artículo 168.

Que era la intención del constituyente español de 1977-1978 el excluir el derecho de secesión de la fórmula política de la Constitución, es algo que, según mi modesto entender —que, en todo caso, está edificado al margen de toda tradición nacional mágico-mítica, ya sea del Estado español, ya de alguna de sus partes integrantes, y de obsesiones particulares, sino desde la mera constatación de lo que se dijo en los debates constituyentes—, resulta difícilmente cuestionable.¹³³ Basta, en este sentido, con tomar en consideración el mero tenor literal del artículo 2o., el cual debe ponerse en relación con el artículo 1o., 2o. y el 8o. A estos preceptos, podría muy bien añadirse el artículo 145.1, según el cual “En ningún caso se admitirá la Federación de comunidades autónomas”. Nos encontramos ante un precepto que, por cierto, suscitó un especial rechazo por parte de las fuerzas nacionalistas presentes en la Constituyente, y del que, como es, por lo demás obvio, erróneamente, se pretendió hacer depender la naturaleza federal o no federal del Estado de las autonomías.¹³⁴ Es cierto que, desde una perspectiva general, la finalidad originaria de

¹³³ Cfr., Ruipérez, J., *Constitución y autodeterminación*, cit., pp. 127 y ss.

¹³⁴ Véase en este sentido, las intervenciones parlamentarias de F. Letamendía Belzunce, M. Vizcaya Retana y J. Pujol Soley en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 88 (14 de junio de 1978), p. 3.260, y núm. 113 (19 de julio de 1978), pp. 4.395 y 4.396, 4.397-4.400 y 4.404; así como la del Senador R. Audet Puncernau, en el *Diario de Sesiones del Senado*, núm. (12 de septiembre de 1978), pp. 2.556 y 2.557.

este tipo de prohibición es tan sólo, y como señaló Trujillo,¹³⁵ la de preservar el difícil equilibrio en que se basa el Estado políticamente descentralizado. Y es esta virtualidad la que, con independencia de que en la discusión parlamentaria estuviera, o no, presente el llamado “problema catalán”,¹³⁶ la que condujo primariamente a nuestros dos últimos constituyentes a adoptar una solución generalizada en el derecho constitucional comparado: de lo que se trata, en definitiva, es de evitar la formación de entes político-territoriales de una gran extensión geográfica, y de un enorme poder, que pudieran hacer peligrar, incluso, el propio poder del Estado.¹³⁷ Ahora bien, no debe olvidarse que, como advierte Antonio La Pergola,¹³⁸ en no pocos casos la constitucionalización de la prohibición de establecer federaciones entre las colectividades federadas se ha convertido en un instrumento en manos de los diversos constituyentes para, de manera indirecta, aunque no por ello menos eficaz, soslayar la hipótesis de la secesión.

En tales circunstancias, una primera conclusión se nos hace evidente y meridiana. El derecho de los habitantes de un determinado territorio a segregarse del Estado al que pertenecen, ya sea para crear ellos solos nuevo Estado soberano, ya sea para unirse a otros territorios y agruparse en un único Estado, no tiene, en el derecho constitucional español, la consideración de derecho fundamental directa e inmediatamente ejercitable. Y ello, por la sencillísima razón de que el Constituyente no lo ha reconocido como tal.

Así las cosas, lo que debemos preguntarnos es si, pese a no ser un derecho fundamental, la secesión es, en cuanto que derecho humano, ejercitable en el Estado español. A mi juicio, la respuesta a este interrogante ha de ser, de nuevo, negativa. Desde que Wise estableciera la distinción entre la “libertad natural”, los derechos humanos, y la “li-

¹³⁵ *Cfr.*, Trujillo, G., “Comentario al Título VIII. De la Organización Territorial del Estado”, *Constitución española. Edición comentada*, Madrid, 1979, p. 294; “Federalismo y regionalismo en la Constitución española de 1978: el Estado ‘federo-regional’”, en Trujillo, G. (coord.), *Federalismo y regionalismo*, Madrid, 1979, p. 39.

¹³⁶ En relación con esto, *cfr.*, Royo Villanova, A., *La Constitución española de 9 de diciembre de 1931*, Valladolid, 1934, pp. 59 y 60; García Álvarez, M., “La voluntad regional como origen de la autonomía política en la II República”, *Sistema*, núm. 14, 1976, p. 86.

¹³⁷ *Cfr.*, Pérez Serrano, N., *La Constitución española (9 de diciembre de 1931)*, Madrid, 1932, p. 95.

¹³⁸ *Cfr.*, La Pergola, A., “La Confederación, *cit.*”, nota 132, p. 121.

bertad civil”, los derechos fundamentales, es algo que no admite discusión el que tan sólo los últimos, es decir, los que ha reconocido el propio Estado, pueden ser opuestos al poder político en el marco de una comunidad política establecida. Siendo así, evidente resulta que, en la medida en que el constituyente de 1977-1978 rechazó, tanto de forma expresa y directa como indirecta, el *ius secessionis*, ninguna de las colectividades humanas que integran el pueblo español tiene, al menos mientras la actual Constitución siga estando vigente, el derecho fundamental a segregarse del Estado español.

Esta tajante conclusión es negada por los partidos nacionalistas, y sus mentores teóricos. Para ello, lo que éstos hacen es apelar al artículo 10.2 del texto constitucional. Establece esta norma que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España”. Lo que, en último término, es entendido por el entorno de los partidos nacionalistas como un mecanismo establecido por el propio legislador que elaboró, discutió, aprobó y sancionó la Constitución para, al ampliar la esfera de la libertad civil de manera indefinida, otorgar fuerza normativa, obligatoria y vinculante a todos los derechos humanos, incluido el derecho de secesión. Interpretación ésta que, dicho sea con todos los respetos, no nos parece correcta. Dos son, fundamentalmente, las razones que nos conducen a esta posición.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el artículo 10.2 no convierte, ni pretende hacerlo, a cualquiera de los derechos humanos imaginables en auténticos derechos fundamentales, cuyas normas declarativas, en cuanto que forman parte de la Constitución, gozan de un innegable carácter obligatorio y vinculante para gobernantes y gobernados. Por el contrario, y como muy bien ha señalado Raúl Canosa, lo que se hace es única y exclusivamente convertir a los textos internacionales sobre derechos en “los elementos interpretativos más importantes, en cuanto que coadyuvan en primerísimo plano a la resolución de los problemas hermenéuticos planteados a causa de dudas sobre la aplicación de las libertades y derechos *reconocidos* por la vigente Constitución”.¹³⁹

¹³⁹ Canosa Usera, R., *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, 1988, p. 193, la cursiva es mía.

Es, justamente, esta segunda consideración la que nos conduce a la segunda razón por la que la propuesta nacionalista nos parece claramente incompatible con el Código Constitucional español de 1978. No se trata ahora de recordar aquí que la facultad de interpretar la Constitución, y, con ello, la de provocar una mutación, es siempre, y en la medida en que se trata de una facultad constitucional que se desarrolla dentro de un determinado Texto, una facultad limitada por la misma Constitución que se está interpretando.¹⁴⁰ Lo que sucede es que lo que los partidos nacionalistas parecen olvidar es que para poder interpretar una norma declarativa de derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España, lo primero que hace falta es que tal norma exista. Y esto es lo que no sucede en el actual ordenamiento constitucional español respecto del derecho de secesión.

Así las cosas, y con esto ya termino, la solución al problema del posible reconocimiento constitucional del *ius secessionis*, y su posible ejercicio en el Estado español, es muy clara. Como vengo manteniendo desde 1995, lo que sucede es que la única manera de que esto fuera posible sería la de replantear el pacto social sobre el que se fundamenta el vigente Código Jurídico-Político español, dando lugar, entonces, a una nueva Constitución o, en su caso, a múltiples Constituciones de otros tantos Estados independientes y soberanos. En esta hipótesis, nada habría de que decir toda vez que sería el soberano, y no unos poderes constituidos sometidos a una Constitución concreta, el que actuaría.

¹⁴⁰ Cfr., Hesse, K., *Escritos de derecho constitucional (Selección)*, cit., pp. 21 y ss., 23 y ss., y 30 (“Concepto...”), 51-52 (“La interpretación constitucional”), y 111-112 (“Límites de la mutación constitucional”); Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., p. 93.