

XIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
TRAYECTORIA Y PORVENIR DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO
HOMENAJE A LA CONSTITUCIÓN DE QUERÉTARO EN SU CENTENARIO

MESA SIETE: GARANTÍAS Y EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

CONFERENCIA MAGISTRAL

*LA PROBLEMÁTICA DE LA EFICACIA JURÍDICA DE LOS DERECHOS
ATINENTES A LA DIGNIDAD HUMANA. ENTRE LA JURISDICCIÓN Y LA
VOLUNTAD CONSTITUCIONAL*

*(UN ESTUDIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL CON MOTIVO DE LAS PROPUESTAS DE
REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978)*

JAVIER RUIPÉREZ
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Coruña
España

I.- INTRODUCCIÓN

Hace ahora 20 años que, rememorando lo afirmado por José Ortega y Gasset en su célebre ensayo “*Esquemas de las crisis*”, el Maestro Pedro De Vega¹ advertía de que en una situación de grave crisis, lo mejor que podía suceder a esa sociedad es, justamente, el tomar conciencia de que se está atravesando esa situación de crisis. Principio éste que, ni que decir tiene, tiene una especial importancia en el proceloso mundo de la Política, el Estado y el Derecho –que es, por lo demás, el objeto central de la atención de todas y cada una de las distintas ramas que se integran en las Ciencias Constitucionales (H. Heller²), en cuanto que, y como ya, sagazmente, las calificó Jellinek³, rama medular de esas parcelas jurídicas que se definen por ser, al mismo tiempo, y por igual, Ciencias del Estado y Ciencias del Derecho del Estado–. Y ello, por la muy sencilla y simple razón de que es tan sólo desde esta toma de conciencia, desde donde se podrán empezar a plantearse las soluciones para poder hacer frente a esa situación de crisis.

No hace falta ser, según nuestra modesta opinión, en exceso sagaz y perspicaz para comprender que lo anterior, innecesario debiera ser aclararlo, afecta, y de un modo muy principal, a los prácticos de la política. La razón es fácilmente comprensible. Téngase en cuenta que un gobernante que, y mucho más en el contexto del constitucionalismo democrático y social, tiene como principal misión la de lograr elevar el nivel de vida de los ciudadanos, no podrá realizar correctamente su tarea si, en una situación de grave crisis política, económica y social, se limitan a practicar la “política del avestruz” y, escondiendo la cabeza bajo la tierra o, en su caso, mirando hacia otro lado, proceden a la negación de la crisis, cuando no, y como sucede muchas veces en la actualidad, y los ciudadanos somos testigos de excepción de lo mismo, se empeñan en mantener las mismas políticas que condujeron a la verificación real de esa situación de crisis. Ocurre, por el contrario, que cuando se toma conciencia de esa crisis, y se actúa en consecuencia, pueden los prácticos de la política tomar medidas correctoras de ese creciente, y harto peligroso, malestar que se genera en la ciudadanía del Cuerpo Político donde actúan.

Esto es, nadie puede ignorarlo, lo que ha sucedido con la crisis económica y financiera que estalló en 2007. De modo paradójico, nos encontramos con que el Presidente Obama, gobernante de uno de los pocos Estados que siguen estando jurídicamente configurados como un Estado Constitucional liberal, ha sido capaz de entender que porque esta situación de crisis se debía, y de modo fundamental, a la utilización de las recetas económicas, inspiradas, nadie lo ignora, en las formulaciones de la “Escuela de Chicago”, con Milton Friedman⁴ a la cabeza, era la de comenzar a

utilizar las propuestas realizadas por Keynes⁵ –y que han encontrado su continuidad en el ámbito teórico y práctico estadounidense en la obra de John Kenneth Galbraith⁶–, merced a las cuales, y ya desde el mismo momento en que, como consecuencia directa e inmediata de la actuación de las distintas fuerzas políticas que conformaron la mayoría parlamentaria en la Asamblea Constituyente, se aprobó la muy venerable Constitución alemana de 11 de agosto de 1919⁷ –con la que hizo su entrada en la Historia, por lo menos en el caso de Europa (antes se había hecho ya en la, no menos venerable, Constitución de Querétaro, cuyo centenario festejamos en este Congreso), esa nueva parcela de las Ciencias Constitucionales a las que Eucken⁸ denomina “Constitución económica”, y a la que, p. ej., Walter Straus⁹ identifica con el término de “Derecho Constitucional económico”, con la que, en último extremo, y como han aceptado no pocos, y muy ilustres, constitucionalistas¹⁰, se daba plena entidad y realidad a la, inequívocamente acertada y brillante, intuición helleriana de que “Tan inconcebible es una sociedad sin Estado, como sin economía”¹¹–, se establecieron en el más alto nivel normativo del Estado algunas medidas limitadoras o correctoras del capitalismo y que, en última instancia, se presentaban como requisitos ineludibles para la propia operatividad del Estado Constitucional democrático y social, en cuanto que, y no obstante las aceradas críticas que, desde los más diversos posicionamientos metodológicos y políticos, se han hecho a la forma política y jurídica “Estado Social de Derecho”,¹² más perfecto y acabado instrumento de liberación de los hombres (H. Heller¹³, P. De Vega¹⁴).

Bien distinta ha sido, a nadie puede ocultársele, la respuesta que a esta situación han dado, de manera generalizada, los gobernantes europeos. En efecto, frente a la valiente postura adoptada por Obama, los gobernantes europeos, condicionados por su, en muchas ocasiones inconsciente, aceptación plena de los planteamientos económicos del neoliberalismo tecnocrático –y que, a la postre, ha determinado que, como, entre otros muchos, ha puesto de relieve el Dr. Valadés¹⁵, la forma política y jurídica general “Estado Constitucional democrático y social” misma haya empezado a ser discutida, cuando no, y todavía es peor, presentada como el gran enemigo de la libertad de los individuos–, defenderán la rara especie de que la única manera posible de dar solución a la crisis económica y financiera actual, es la de seguir aplicando aquellas medidas económicas que provocaron esta crisis. Lo que, por lo demás, no tiene nada de particular, ni de extraño. Téngase en cuenta, a este respecto, que lo que, de verdad, sucede es que, en el marco geográfico de la actual Unión Europea, tanto las organizaciones políticas de derechas, como, y de manera en principio inconsciente, las de izquierdas¹⁶, han terminado por asumir, y de un modo muy particular después ese largo conflicto por el control del

petróleo, que se inicia con la “I Guerra del Golfo” y que culmina con la invasión de Irak en 2003¹⁷, plenamente el discurso del neoliberalismo tecnocrático, en virtud del cual, partiendo de la, tan escueta como contundente, proclama de Hayek¹⁸ de que el Estado es el mal –y que el filósofo y sociólogo francés Philippe Béneton¹⁹ había transformado en la de que para librarnos de todos los males y las miserias del presente es menester hacer desaparecer esa “plaga del bien” que es el *Sozialstaat*–, y olvidando que, como han puesto de manifiesto juristas tan relevantes como son, *verbi gratia*, Leibholz²⁰, Hesse²¹, De Vega²², Galgano²³, Raiser²⁴, Lavagna y Rescigno, el doble proceso de socialización del Estado y estatalización de la sociedad que trajo consigo la substitución del viejo Estado burgués de Derecho por el moderno Estado Constitucional democrático y social hacía ya imposible una tal comprensión, han optado, en cambio, por resucitar, siguiendo las orientaciones cultivadores de las Ciencias del Estado liberales, como Claude Lefort²⁵ o John Rawls²⁶, y marxistas o neomarxistas, como Justin Rosemberg²⁷, y con las que, como ningún profesional universitario de las Ciencias Jurídicas puede desconocer, termina también coincidiendo el criterio de Hans Nawiasky²⁸, la falaz dicotomía fisiocrática entre el “Estado-aparato” y la “sociedad civil”²⁹, identificada, siempre, y sin excepciones relevantes, con las fuerzas y poderes del mercado, esto es, con los titulares del poder económico.

Pero, y esto es lo verdaderamente importante, y lo que, en rigor, resulta trascendente, dando un paso más de lo que habían hecho en el siglo XIX, tanto los partidarios del liberalismo político, como los partidarios del liberalismo económico³⁰. Con lo que, ni que decir tiene, se dio también un paso más en cuanto a la realidad del viejo Estado burgués de Derecho como, en opinión de Franz Neumann³¹, sujeto político absolutamente inoperante en relación con los derechos y libertades de los ciudadanos, y generador de situaciones de auténticos cataclismos en el ámbito de lo económico y lo social. La razón es fácilmente comprensible.

Téngase en cuenta, a este respecto, –y haciendo total abstracción, por el momento, de que una tal idea responde tan sólo a la crítica ideológica y no a su propia realidad histórica, en la medida en que, como, en su escrito “Estado social y Estado de partidos. La problemática de la legitimidad”, ha escrito el Maestro De Vega, “Fue, no obstante, la propia realidad social y política del siglo XIX la que

se encargó de demostrar la falacia de esta formulación. El Estado liberal burgués, lejos de aparecer históricamente como una realidad inoperante y raquítica, se presentó como una fuerza poderosa y activa que hizo guerras, construido imperios y mostró una extraordinaria capacidad represora”–, que los liberales, haciendo suya esa visión hobbesiana del Estado³² que había propagado Benjamín Constant³³, habían concebido como la principal y fundamental misión del constitucionalismo la de determinar una serie de límites a la acción del Estado, hasta reducir la República a la condición de aquel, en la célebre expresión acuñada por Ferdinand Lassalle, simple vigilante nocturno cuya esencia se agotaba en la tarea de asegurar al burgués el pacífico ejercicio de sus derechos y privilegios económicos, y de una manera especialmente singular, y en cuanto que el núcleo esencial de la libertad burguesa, la libertad individual y la propiedad privada³⁴. No obstante esta reducción al máximo del Estado, es lo cierto, empero, que el mismo seguía existiendo, y concibiéndose como algo necesario, siquiera sea desde la idea defendida por Wilhem von Humboldt, conforme a la cual “el mantenimiento de la seguridad, tanto frente al enemigo exterior, como frente a las disensiones interiores, debe ser el fin del Estado y el objeto de su actividad”³⁵. Pues bien, esto último es también lo que hace desaparecer el neoliberalismo tecnocrático. En efecto, partiendo de la absurda idea de que, por un lado, cuando el ciudadano necesita un determinado servicio, le es indiferente que se lo preste un funcionario público o un trabajador del sector privado, y, por otro, que resulta mucho más económico, lo que los gobernantes neoliberales tecnócratas hacen es, mediante la figura de la privatización o externalización de servicios, hacer desaparecer el sector público, –al que, como denunció James O’Connor³⁶, el neoliberalismo tecnocrático, vinculado siempre a los intereses del gran capital, en modo alguno renuncia, sino que, contrariamente a lo que dicen defender, apela para lograr que muchos sectores económicos por ellos controlados se beneficien de subvenciones, transferencias y reducciones de impuestos–, en beneficio de la actuación de los poderes privados, en la significación que a este último término le da, por ejemplo, el Profesor Lombardi³⁷. Y todo ello, además, en nombre de la libertad individual. Ocultan, sin embargo, que, como, con igual acierto que contundencia, denunció Pedro De Vega³⁸, una tal práctica termina siendo, en cuanto que estos poderes privados son unos poderes ocultos y, en todo caso, irresponsables desde el punto de vista político y jurídico, mucho más lesiva para la libertad de los ciudadanos que lo que podría llegar a serlo, e incluso desde la apocalíptica visión mantenida por Ernst Forsthoff sobre el Estado social de Derecho, con la actuación de un Estado interventor, prestacional y redistribuidor de la riqueza.

El resultado de todo ello, estimamos, no puede ser más desolador, y, de cualquiera de las formas, no puede dejar de ser percibido por ningún estudioso de la problemática jurídica del Estado, la Política y el Derecho. Haciendo, en efecto, reales aquellos temores que, en defensa de su idea sobre la necesidad de que las fuerzas políticas de la izquierda, burguesa y obrera, se hicieran con el control del Estado³⁹, había expresado Lassalle, –de quien Heller pudo escribir que “fue quien, siguiendo el espíritu de Hegel, previno a la clase trabajadora contra la enemistad frente al Estado como institución, quien acuñó aquella idea liberal del Estado “vigilante”. [...]. Como hegeliano auténtico, [...], Lasalle proclama al Estado como “esa unidad de los individuos en una totalidad ética”, que tiene la tarea de “consumar *el desarrollo del género humano* hacia la libertad”⁴⁰–, en el sentido de que era muy poco

probable o imposible, y como consecuencia de lo que él llamaba la “férrea ley económica”⁴¹, o la ley de hierro del beneficio, que las fuerzas políticas conservadoras, que, de manera básica y fundamental, representan los intereses de las clases políticas económicamente más poderosas, realizasen una labor legislativa tendente a favorecer a los ciudadanos económicamente más menesterosos, a lo que hoy, y como testigos privilegiados, estamos asistiendo todos los hombres y mujeres, y por doquier, es al hecho pavoroso de que la legislación estatal, dictada por unos gobernantes que han aceptado substituir la lógica política democrática por la lógica económica de la ganancia y el beneficio que informa los planteamientos políticos del neoliberalismo tecnocrático, muy lejos de satisfacer aquella aspiración del pensamiento político democrático, y que, nadie debiera desconocerlo, ni obviarlo, había quedado ya perfectamente definida en la Atenas clásica por aquel Solón que, convencido de que las desigualdades económicas eran la principal causa de las revoluciones sociales (Aristóteles⁴²), defendería que la ley ha de tender a establecer una cierta igualdad entre los hombres, y que se convirtió, por influencia clara del pensamiento de Nicolás de Maquiavelo (P. De Vega⁴³), en una auténtica constante de la actuación, teórica o práctica, de los demócratas y progresistas⁴⁴, lo que hace es, justamente, lo contrario. Respondiendo, como decimos, a los intereses del gran capital transnacional, –recuérdese, a este respecto, que la revisión constitucional realizada en España en 2011 fue acordada por los dos partidos con mayor representación parlamentaria, PSOE y PP, por cuanto que la misma, y siempre según la opinión de estas organizaciones políticas partidistas, devenía ineludible para tranquilizar a los mercados, es decir, a los titulares del poder económico–, lo que hacen es agrandar las desigualdades económicas, y favorecer las posiciones de las clases económicamente más fuertes. Tanto es así que, según nuestro modesto parecer, en modo alguno resulta exagerada la afirmación realizada, en 2003, por Pedro De Vega en el sentido de que a lo que ha dado lugar el triunfo generalizado del neoliberalismo tecnocrático es a que “Peregrina la libertad en la Arcadia feliz de la sociedad, pronto se pudo constatar que, en los múltiples conflictos generados en su seno entre los intereses privados, el ejercicio del *vivere libero* se transformaba en el ejercicio del dominio de los intereses más poderosos sobre los más débiles. Lo que, en definitiva, representaba, como ya había señalado el humanismo renacentista, la más abyecta la forma de opresión y dominación, pues al convertirse unos hombres en meros instrumentos para que otros pudieran satisfacer sus ambiciones, no se hacía más que consagrar lo que Aristóteles consideraba la esencia misma de la esclavitud”.

La España de los primeros años de la presente centuria nos ofrece, como es fácilmente constatable para todo aquél que se preocupe por la realidad jurídica, política, social y económica de aquélla, un magnífico ejemplo de esto, y tanto sí quienes estaban en el poder eran los conservadores, o sí, por el contrario, se trataba de aquel Gobierno presidido por el Sr. Rodríguez Zapatero y en el que se mantenía como Ministro a quien se jactaba públicamente de que, en muy buena medida gracias a su influencia, en aquel momento el PSOE representaba mejor las esencias del neoliberalismo tecnocrático que lo que lo hacía el partido de la derecha. Bastará, en todo caso, para llegar a esta conclusión con tomar en consideración que apelando a la enfática y solemne proclama de que “la crisis la tenemos que pagar todos”, los trabajadores han visto como se les pedía que contuviesen sus demandas salariales, en el caso de los del sector privado, o que les fuera reducido su sueldo y las pagas extraordinarias, en el caso de los trabajadores del sector público, así como han experimentado una más que sobresaliente merma en las prestaciones sociales, o han sufrido una subida de los impuestos indirectos que les dificultan la adquisición de productos incluso básicos, al mismo tiempo que se adoptaban medidas tales como, por ejemplo, el establecimiento de un impuesto para compensar a las compañías eléctricas por las pérdidas experimentadas por éstas como consecuencia de la utilización, y generalización, de las energías alternativas (solar, eólica, etc.), la autorización a la banca, –a la que, por cierto, se le había inyectado una ingente cantidad de dinero público para sanear sus cuentas y hacer frente a las deudas que ésta había contraído con la gran banca alemana–, para subir un 25% las comisiones como mecanismo de compensación por la reducción de ingresos debida a la disminución de operaciones bancarias como consecuencia de esa crisis económica que la propia banca había generado, o,

finalmente, y por no extendernos demasiado, la adopción de una legislación fiscal y tributaria que, alejándose completamente de lo dispuesto en el artículo 31.1 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978 (“Todos contribuirán a sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”), hace que paguen más los ciudadanos con un nivel bajo de renta que los poseedores de grandes fortunas. A este mismo principio responde también el hecho de que, descartando completamente la posibilidad, y que había sido puesta en marcha en el marco de la Francia revolucionaria bajo la influencia de los demócratas radicales Robespierre y Saint-Just –y que, por cierto, había sido una de las causas principales para que ambos fueran condenados por la actuación conjunta de los thermidorianos, centristas y conservadores–, del establecimiento de precios máximos en cuanto que se estima altamente atentatoria a la libertad de mercado y a la libre competencia, se fijan, empero, precios mínimos de un producto básico, como es, por ejemplo, la leche, para garantizar a los titulares de los medios de producción una ganancia mínima, aunque sea a costa de vaciar completamente de contenido el concepto de la procura existencial, en cuanto que contenido nuclear, medular y basilar de la misma forma política y jurídica Estado Constitucional democrático y social. Lo que, como ha de ser para todos inconcuso, no podría ser más extraño a la finalidad última que el pensamiento político democrático asignaba a la, por utilizar la terminología rousseauiana, República, el Estado democrático o, si se prefiere, el Estado bien constituido, y que fue perfectamente condensado, en 1755, por el genial “Ciudadano de Ginebra”, para quien “No basta con tener ciudadanos y protegerlos; es preciso además cuidar de su subsistencia. Satisfacer las necesidades públicas es una consecuencia evidente de la voluntad general y el tercer deber esencial del gobierno. Éste deber no consiste, [...], en llenar los graneros de los particulares y en dispensarles de trabajar, sino en mantener la abundancia su alcance de tal modo que para adquirirla, el trabajo sea siempre necesario y jamás inútil”⁴⁵.

Como ha de ser para todos evidente, y siquiera sea por razones de espacio, no es éste el momento oportuno para detenernos a enjuiciar si todo lo anterior, y en la medida en que todo ello viene determinado para lograr la satisfacción de los intereses del gran capital transnacional, y de una manera muy particular los de la gran banca alemana, no ha hecho más que dar la razón a aquel gran constitucionalista conservador que fue Richard Schmidt cuando, en 1922, advertía del peligro que existía cuando frente al poder económico transnacional el poder público estatal carece de instrumentos necesarios para limitar jurídicamente también al poder privado, o, en su caso, renuncia a utilizar aquellos que en su interior habían sido consagrados por el Legislador Constituyente. A esto es, en efecto, a lo que este insigne jurista, injustamente condenado al olvido como consecuencia de la publicación de la monumental *Allgemeine Staatslehre* del insigne Maestro de Heidelberg⁴⁶, y al que le corresponde el gran mérito, tal y como, en 1926, reconoció Heller, de haber comprendido que el constitucionalista tan sólo podrá alcanzar una ponderada y cabal comprensión del Derecho Constitucional vigente en el Estado tomando en consideración todos aquellos saberes que le son proporcionados por el resto de las ramas de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado⁴⁷, cuando afirmó que “El poder partidista más activo, con mucho, y el que significa inmediatamente la mayor amenaza para la situación actual de Europa, es naturalmente, el gran capital internacional. [...]. En tanto no le hagan frente los poderes estatales, lleva a cabo, en obsequio a su propia omnipotencia, una acción devastadora de valores, y en verdad el daño del *propio* país [y, añadiríamos nosotros respecto de la situación actual, de esto empiezan a ser conscientes los ciudadanos alemanes, quienes no pueden dejar de constatar cómo las políticas de austeridad impuestas por el capital financiero alemán al resto de los Estados comunitarios, que se les “vende” como algo absolutamente necesario para evitar la quiebra económica de la propia Alemania, termina siendo, y de forma inevitable, altamente lesiva para sus propios intereses económicos en la medida en que priva a los ciudadanos de estos otros Estados de la posibilidad real de adquirir los productos alemanes] tanto como pueda serlo –no hay ninguna diferencia esencial– en daño de los países extraños”⁴⁸. Aunque, sin

embargo, no podríamos dejar de decir que, justamente porque las medidas políticas y jurídicas adoptadas por los prácticos de la política lo son para satisfacer los intereses de los titulares del poder económico, pocas dudas pueden existir sobre el hecho de que, como consecuencia de la aceptación generalizada, y muchas veces inconsciente, de los presupuestos medulares del pensamiento neoliberal tecnocrático en lo que, en rigor, se ha traducido no es, y ni mucho menos, en la materialización principio contenido en la célebre “*La fábula de las abejas o los vicios privados hace la prosperidad pública*” de Bernard de Mandeville⁴⁹, en un auténtico beneficio para la mayoría de los ciudadanos, que supuestamente verían elevado su nivel de vida y el grado de libertad como consecuencia de la eliminación real del Estado, sino, por el contrario, en el hecho, tan pavoroso como inexorable y fatal, de que han adquirido auténtica entidad y realidad aquellas palabras de denuncia formuladas, en 1928, por Hermann Heller en relación con las consecuencias, jurídicas y políticas, que tendría el que a los titulares del capital no se le opusiera la actuación de un poder político soberano, o de que existiendo éste, el mismo, y como sucede en la actualidad, se plegase a los dictados del poder económico. Nos estamos refiriendo, de una manera muy concreta, a su aserto de que “La superioridad económica y de civilización pone en las manos de los imperantes instrumentos bastantes para trastocar, mediante el influjo directo o indirecto ejercido sobre la opinión pública, en su auténtico opuesto la democracia política. Sirviéndose de la dominación financiera sobre los partidos, prensa, cinematógrafo y literatura, a través de la dominación social sobre la escuela y Universidad, no precisa descender al cohecho para lograr un sutil ascendiente sobre los aparatos burocráticos y electorales, de tal suerte que preservándose en lo tocante al contenido las formas democráticas, se instaure una dictadura. Tal Dictadura resulta tanto más peligrosa cuanto que es anónima e irresponsable. En la medida en que guarda la forma de representación, y falsea su contenido, hace de la democracia política una ficción”⁵⁰.

Y si esto es así respecto de los prácticos de la política, es, como decíamos, también menester, e incluso imprescindible, que los estudiosos del Derecho, la Política y el Estado cobren conciencia de que la sociedad en la que actúan está atravesando por esa situación de grave crisis jurídica, política, económica y social. Tanto más cuanto que, como debiera ser bien conocido por todos los profesionales universitarios de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado, la tarea principal del constitucionalista no se agota, y ni mucho menos, en el intento de explicar y hacer entendible cualquier problema constitucional desde una comprensión global del sistema constitucional en su conjunto (H. Heller, K. Hesse⁵¹). Junto a ésta, sin duda importante y trascendente labor, el profesional de la Teoría del Derecho Constitucional, como, en general, cualquier profesional universitario de las Ciencias Jurídicas, ha de cumplir, como ya indicó, en 1906, de Georg Jellinek⁵² –y con un criterio que sería posteriormente asumido por juristas tan relevantes como son, por ejemplo una y entre otros muchos, Heller, De Vega⁵³ y Rubio Llorente⁵⁴–, la fundamental misión de contribuir, por emplear la expresión del Maestro de Heidelberg, “a la mejora de la situación jurídica reinante”. Lo que significa que lo que le cumple hacer al constitucionalista es tratar de colaborar con sus estudios académicos, que, de cualquiera de las maneras, siempre han de ser críticos (J. G. Fichte⁵⁵, H. Heller, P. De Vega⁵⁶), aunque, naturalmente, manteniéndose, –y si no se quiere caer en el grave error en que incurrió Carl Schmitt y que, a la postre, fue lo que determinó el que sus escritos no pudieran ser tenidos en realidad como una auténtica Teoría de la Constitución⁵⁷ que única y exclusivamente puede tener por objeto el

tratar de hacer reales y efectivas las ideas de “Democracia”, “Libertad” e “Igualdad” (P. De Vega⁵⁸)–, siempre en el ámbito de la crítica inmanente (H. Heller, P. De Vega⁵⁹), que es la propia del científico, a la labor de corregir los posibles errores técnicos que puedan existir en la normativa jurídica, pero también tratar de intervenir en la evolución de la normativa constitucional, y la finalidad de favorecer, como corresponde a quienes actúan desde la ideología del constitucionalismo y no desde la ideología de la Constitución, el feliz desarrollo, profundización y consolidación del Estado Constitucional mismo en el marco de esa Comunidad Política donde desarrolla sus investigaciones.

II.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Por fortuna, podemos decir hoy, y sin que ello suponga una exageración, que algo hemos avanzado en el sentido antes aludido. Obligados, en efecto, por la propia realidad jurídica, política, social y económica, los prácticos de la política y los estudiosos de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado no hemos podido dejar de constatar alguna de las consecuencias que se derivan de esa apuntada situación de grave crisis por la que, sin excepción relevante alguna, estamos atravesando todos los Estados que en el mundo son. Nos estamos refiriendo, innecesario debiera ser aclararlo, a que unos y otros no hemos podido dejar de percibir que, desde luego en materia de derechos y libertades de los ciudadanos, lejos de existir la siempre, –y en tanto en cuanto que esto, como advirtieron, por ejemplo, Heller⁶⁰, Smend⁶¹, Schindler⁶², Leibholz⁶³, Haug⁶⁴, von Bäumlin⁶⁵, Krüger, Müller⁶⁶, Fix-Zamudio⁶⁷ y De Vega, termina constituyendo la verdadera garantía de la existencia misma de los Códigos Constitucionales–, deseable situación de “realidad constitucional” –entendida, naturalmente, no en el sentido que a este término le otorgaba Karl Loewenstein⁶⁸, que, en rigor, y como agudamente ha indicado Stern⁶⁹, “más bien obscurece que clarifica problema” (K. Stern), sino, por el contrario, y siguiendo la explicación realizada, partiendo de los esquemas conceptuales de Heller y Smend de manera fundamental, por Hesse⁷⁰–, lo que está sucediendo es que por doquier se está verificando patológico, y, por lo demás, difícilmente cuestionable, fenómeno de la “realidad inconstitucional”, entendida como la discordancia e inadecuación entre la realidad jurídico-normativa y la realidad política, social y económica que aquélla pretende regular y conducir.

Y es que, como a nadie puede ocultársele, lo que la crisis económica que estalló en 2007 ha puesto de manifiesto es la precaria situación en la que, como consecuencia directa e inmediata de su

obligada conversión en aquellos “ciudadanos del mundo” de los que hablaba, y de manera entusiasta, Fourget de Mombron, se encuentran los hombres y mujeres que integran los diversos Cuerpos Políticos estatales y, justamente, en su condición de naturales de los mismos, en relación con el pacífico disfrute de lo que, como no debiera ignorar ningún profesional de las Ciencias Jurídicas, el reverendo John Wise⁷¹, –a quien, por lo demás, se le debe la primera y, acaso, más brillante teorización de la mecánica del proceso constituyente (Ch. Borgeaud⁷², P. De Vega), y que, como llegó a reconocer, incluso, y en sus estudios sobre la *Reine Rechtslehre*, el Kelsen⁷³ adscrito al más radical de los normativismos logicistas, constituye un requisito indispensable para que, en rigor, pueda hablarse de la existencia de una auténtica Constitución–, denominó “libertad civil”, es decir, los derechos y libertades que corresponden a los hombres y mujeres por su condición de ser miembros de una determinada Comunidad Política (lo que los juristas europeos identificamos con el rótulo de “derechos fundamentales”, mientras que los americanos emplean el término “derechos naturales”), contraponiéndola a la “libertad natural”, es decir, el conjunto de derechos y libertades del que disfrutaban los individuos por el mero hecho de ser hombres. Fenómeno éste al que, de cualquiera de las maneras, no ha sido en modo alguno ajeno el proceso de mundialización o globalización⁷⁴.

No es éste, obviamente, y siquiera sea por razones de espacio, el momento oportuno para extendernos en una exposición exhaustiva y pormenorizada sobre el fenómeno de la mundialización o globalización. Lo que, en realidad nos interesa, a los efectos de este escrito, y para tratar de justificar la afirmación anterior, es que este deterioro en cuanto a la eficacia de los preceptos constitucionales declarativos de derechos y libertades, así como en relación al pleno disfrute de los mismos por parte de los ciudadanos, lo mismo da que el proceso de mundialización se conduzca desde la bienintencionada finalidad de dar cumplimiento a las especulaciones de aquel Kelsen que, entendiendo, como habían hecho también otros grandes e ilustres juristas en el período entreguerras, que el mayor obstáculo para la paz lo constituía la titularidad de la soberanía por parte de los Estados (M. de la Cueva⁷⁵), afirmaba, donosamente, y recibiendo las mayores censuras por parte de Boris Mirkin-Guetzévitch⁷⁶ –para quien, de modo acertado, las colectividades regidas por el Derecho Internacional Público serían tan sólo democráticas cuando sus integrantes se presentasen como auténticos, e indiscutibles, Estados Constitucionales democráticos–, en todos sus escritos que, en su condición de brillantísimo tratadista de las Ciencias del Derecho del Estado, dedicó, como también lo hicieron otros muchos profesionales de la Teoría del Estado y de la Constitución⁷⁷, a lo que Immanuel Kant⁷⁸ llamó “*Staatenrecht*” (Derecho de los Estados)⁷⁹, que toda asociación humana regida por las normas del Derecho Internacional Público tenía asegurado el configurarse como una Comunidad Política justa y democrática, o si, por el contrario, y como se hace en la mayoría de los casos, la construcción de la “aldea global” se pretende hacer desde la aceptación incondicionada de los presupuestos del neoliberalismo tecnocrático globalizador. Que ello sea así, no ha de ser, según nuestra modesta opinión, muy difícil de entender. En el fondo, lo que sucede es que tanto unos como otros obvian el hecho de que, como, con meridiana claridad, absoluto rigor y una inusitada brillantez expositiva, denunció, en 1998, el Maestro Pedro De Vega, “Lo que significa que en nuestra obligada conversión en ciudadanos del mundo a la que, por necesidad, mandato y exigencia del mercado nos vemos

sometidos, sólo puede producirse a costa de la renuncia cada vez más pavorosa de nuestra condición de ciudadanos en la órbita política del Estado, dentro de la cual el hombre es, ante todo, portador de unos derechos [...] que en todo momento puede hacer valer frente al poder. Difuminada la ciudadanía en una organización planetaria, difícilmente podrá nadie alegar derechos y esgrimir libertades [...], ante unos poderes que sigilosamente ocultan su presencia”.

Lo de menos, obviamente, sería detenernos aquí a indicar que es, justamente, esta circunstancia la que explica, y justifica, el que Heller –sin disputa posible alguna, uno de los más brillantes, lúcidos, capaces y, desde luego el más coherente de todos ellos, constitucionalistas del período entre guerras–, y con la misma intensidad con la que habían reaccionado los Diderot, D’Holbach, Jaucourt, Voltaire y, sobre todo, y de un modo muy particular, Jean-Jacques Rousseau⁸⁰ –que, en sus comentarios a las especulaciones sobre la paz perpetua realizados por el abate Saint-Pierre, había considerado la hipótesis de la celebración de un contrato social a nivel planetario más que una idea a desear era una idea a temer y abandonar– para oponerse a la idea de aquel Estado Mundial que tan caro resultaba Christian Wolf, Mercier de la Rivière y Dupont de Nemours, se mostrase, en su espléndido estudio sobre “*La soberanía*”, tan contrario a la configuración de Europa como uno de esos “Estados Continentales” que venían propugnando, por ejemplo, René Johannet⁸¹ y Drieu La Rochelle⁸² en el período entreguerras, y cuya necesidad sería, de algún modo, defendida también posteriormente por Pérez Serrano⁸³ entre los constitucionalistas españoles. Aunque, de cualquiera de las maneras, no podríamos dejar de consignar aquí que la oposición helleriana a la hipótesis de que los viejos Estados nacionales europeos dieran paso a la creación de una única Comunidad Política estatal, no era, y, aunque muchas veces se ignora, a la contingencia de la verificación de una tal alternativa. Lo que, debiera quedar claro con sólo tomar en consideración que, ya en 1927, el genial constitucionalista socialdemócrata alemán hablaba de la posible puesta en marcha de un Estado Federal europeo soberano. De la misma manera que tampoco podríamos dejar de consignar aquí que esta radical oposición al Estado europeo no se debía, y ni mucho menos, al hecho de que, como muchas veces se afirma, Heller fuera un decidido partidario del nacionalismo romántico, irracional, espiritual, mítico, místico y etnicista, al que, por lo demás, tanto había combatido y desde su posición como ciudadano socialdemócrata y como académico. Lejos de ser cierto esto, e incluso aunque haya de admitirse que Heller sí participaba de aquel nacionalismo romántico, pero todavía racional y vinculado a las ideas liberal-democráticas y socialistas, del primer Fichte (H. Heller), lo que nadie debiera olvidar es el que su enemiga a esta alternativa se debía al modo y las formas en que los prácticos de la política y no pocos científicos del Derecho querían utilizar para la creación de ese Estado europeo único. Y es que, en último extremo, lo que sucede es que el fundamento de su crítica a una tal alternativa se encuentra en el hecho de que Heller compartía la, por lo demás absolutamente correcta, idea de Hegel, conforme a la cual “un Pueblo, al que le resulta ya indiferente que su Estado exista como tal, dejará pronto de ser también un Pueblo”⁸⁴.

Pocas dudas pueden existir sobre la circunstancia de que, en un contexto donde el abandono de la lógica política democrática en favor de la lógica económica del beneficio y de la ganancia ha determinado la substitución del protagonismo en la vida social del Estado en favor del mercado, son todos los derechos y libertades de los ciudadanos los que han visto mermada su eficacia. Del mismo modo que, estimamos, debiera constituir una evidencia para todos el que esta circunstancia se ha hecho especialmente cierta en relación con esos derechos que, reconocidos definitivamente en la normativa constitucional como consecuencia de ese paulatino e imparable proceso de ampliación de la libertad civil⁸⁵, remiten a aquel concepto de “dignidad humana”, el cual, de todos los estudiosos de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado debiera ser, necesaria e imperiosamente, bien

conocido, encontró en Thomas Moro⁸⁶ uno de los primeros, sino el primero, y, desde luego, de los más brillantes expositores, y que, en todo caso, la misma, como afirmó, por ejemplo Julius Hatschek⁸⁷, se traduce en la *conditio sine quae non* para la existencia misma de la Democracia Constitucional. Lo que, en último extremo, se explica por el singular régimen que tienen para su garantía jurídica⁸⁸. Peculiar régimen jurídico de garantía éste que, a la postre, se deriva de las transformaciones que en el régimen constitucional, y en esta materia, se generaron como consecuencia de la sustitución del viejo Estado Constitucional liberal por el moderno Estado Constitucional democrático y social, las cuales se hicieron especialmente patentes, en relación al significado de los propios derechos fundamentales. Téngase en cuenta, a este respecto, y aunque ello suponga adelantar conceptos, que mientras que, y por decirlo con Friedrich, lo característico del constitucionalismo liberal de los siglos XVIII y XIX, –por lo menos en aquellos documentos de gobierno que realmente respondían a lo que, en toda su obra escrita y no escrita, el Maestro Pedro De Vega denomina la idea liberal-burguesa de Constitución en cuanto que concepto moderno, técnico y actual de los Código Jurídico-Político Fundamentales, que es al que, de manera prácticamente unánime, los cultivadores de la Teoría del Derecho Constitucional reconocían una validez universal (v. gr., Th. Maunz⁸⁹, Ch. Starck⁹⁰, E. Stein⁹¹, H.-P. Schneider⁹², G. Zagrebelsky⁹³, C. Ollero⁹⁴, R. Morodo⁹⁵, F. Rubio Llorente⁹⁶, J. L. Cascajo Castro⁹⁷) y al que hasta hace bien poco se le reconocía, asimismo, una vigencia plena (H.- P. Schneider⁹⁸, P. De Vega⁹⁹, P. Lucas Verdú¹⁰⁰); la cual ha comenzado a ser discutida por cuanto que, como nadie ignora, los modernos gobernantes neoliberales tecnócratas, haciendo suyos los planteamientos de Bell¹⁰¹, y al igual que hicieron los grandes autócratas de la pasada centuria (y que, de todos es, sin duda, bien conocido, dio lugar a que Loewenstein¹⁰² se refiriese a la existencia de lo que él llama “Constituciones semánticas”), no dudan en presentar su actuación como la correspondiente a un gobernante democrático que actúa siguiendo los mandatos de un Código Jurídico-Político Fundamental, obviando el hecho de que, en realidad, ese

documento de gobierno al que ellos apelan nada tiene que ver con una verdadera Constitución en su concepto moderno, técnico y actual¹⁰³; lo que resulta posible por cuanto que, como, con una más que sobresaliente sagacidad, denunció Pedro De Vega (para quien yo, a modo del sabio fichtiano¹⁰⁴, y sin tomar en consideración su modestia rousseauniana¹⁰⁵, reivindicó todos los honores, y, asimismo, atribuyo, desoyendo voluntariamente el consejo que, en 1926, ofrecía Heinrich Triepel¹⁰⁶ a los jóvenes Profesores universitarios, cuantos posibles méritos puedan existir en este estudio, tributario de sus magistrales enseñanzas), lo que sucede es que “Con inteligencia y astucia los ideólogos de la mundialización no se presentan como adversarios dispuestos a entrar en competencia con el sistema de valores y principios que históricamente definieron la realidad constitucional, sino que, a la inversa, al proclamar el “fin de las ideologías” (Bell) y con él “el fin de la historia” (Fukuyama), lo que pretenden es dar por buena y conservar como eterna una realidad constitucional del propio proceso de mundialización está aparatosamente aniquilando. El mantenimiento y la defensa de esa realidad fingida [, y de la Constitución como fetiche mágico-mítico,] será lo que, a la postre, permita ocultar el sistema de poderes efectivos que, actuando en el mercado mundial, se están transformando a pasos agigantados en la auténtica Constitución material de todos los Estados”–, se preocuparon por establecer, sancionar y garantizar la libertad del individuo –y más concretamente la del burgués– respecto del 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 sin opresiones, en la vida política”¹⁰⁷. Junto a este cambio, debemos dejar constancia, en segundo término, de otro cambio básico y esencial en el entendimiento de la libertad civil. Cambio éste que, en última instancia, se traduce en que esta libertad civil no se concreta, ahora, y como sí ocurría en el marco del viejo Estado Constitucional liberal, en la abstención del Estado, sino, por el contrario, en un derecho de prestación (K. Hesse¹⁰⁸). Esto es, para el pleno desenvolvimiento de su libertad, el ciudadano tiene derecho a que los poderes públicos desarrollen una determinada actividad, tendente a hacer efectiva la libertad e igualdad material de los individuos y grupos en que se integra. Lo que, como señala, entre otros, Gomes Canotilho¹⁰⁹, implicará que, en la mayoría de los casos, al reconocimiento constitucional de uno de esos derechos corresponde, necesaria e ineludiblemente, el establecimiento de un deber por parte del Estado de creación de los presupuestos objetivos indispensables para el ejercicio efectivo de estos derechos.

Para todos ha de ser evidente, e indiscutible, el que esta falta de eficacia de los derechos atinentes a la dignidad humana se hace especialmente patentes en relación con aquéllos que, como se hace en la actual Constitución española, aparecen consagrados con el rótulo de “principios rectores de la política social y económica” (Cap. III, Tít. I de la CE 1978). Y ello, por la muy simple y sencilla razón de que, dada la escasa densidad normativa de los preceptos constitucionales que reconocen tales derechos, así como el hecho de que no exista, ni pueda existir, –por lo menos, desde las premisas predemocráticas con las que el Legislador Constituyente español de 1977-1978 procedió a regular el amparo (P. De Vega¹¹⁰), y que terminan por hacer de aquél un instituto de muy escasa utilidad en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, en el que, como, entre otros muchos, ha indicado el Prof. Schneider¹¹¹, y como veremos posteriormente con mayor profundidad, el sector

público acaban configurándose como el gran garante de los derechos y libertades de los ciudadanos¹¹²–, ningún recurso jurisdiccional que permita a los ciudadanos exigir a los gobernantes la satisfacción de ese derecho, se ha instalado firmemente en el imaginario colectivo la idea, frente a la cual me he pronunciado ya en otro lugar¹¹³, de que los preceptos constitucionales que reconocen estos derechos atinentes a la dignidad humana son tan sólo unas meras normas programáticas, cuya efectividad, por lo demás, queda al albur de que los poderes públicos, libre y voluntariamente, decidan acometer ese deber que les corresponde para, en última instancia, crear los presupuestos objetivos indispensables para el ejercicio efectivo de estos derechos.

Pero importa advertir, y de manera inmediata, que lo mismo sucede con aquellos otros derechos atinentes a la dignidad humana que, como sucede en el Derecho Constitucional español, se encuentran consagrados como auténticos derechos constitucionales, y que, por ello mismo, gozan ya de una mayor protección jurídica. Piénsese, a este respecto, que el disfrute de estos derechos atinentes a la dignidad humana considerados como derechos constitucionales se ve garantizado, y desde la articulación de lo que, con Cappelletti¹¹⁴, cuya terminología, por lo demás, fue utilizada en los constitucionalistas españoles por José Luis Cascajo¹¹⁵, podemos denominar “jurisdicción constitucional de la libertad”, por la posibilidad de que sus titulares puedan interponer ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo frente a la violación de su derecho por causas derivadas de la actuación de los poderes públicos (art. 53.2 CE 1978)¹¹⁶.

El derecho al trabajo, constitucionalizado como un derecho fundamental en el artículo 35.1 del vigente Código Constitucional español, a cuyo tenor “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”, nos ofrece un magnífico ejemplo al respecto. Basta, en este sentido, con tomar en consideración que, según nos dicen las estadísticas elaboradas por los organismos internacionales que se ocupan de la vida económica, el 80% de los contratos de trabajo que hoy se firman en España, se hacen con un salario menor al fijado como salario mínimo interprofesional. Cosa ésta que sucede por cuanto que el Estado en retirada, y cuyos gobernantes, que, como decíamos anteriormente, han terminado por aceptar, con mayor o menor entusiasmo, y de manera consciente o inconsciente, los contenidos nucleares del pensamiento neoliberal tecnocrático globalizador, renuncian, en nombre de la libertad –en rigor, el nombre de la libertad económica, que, como a nadie puede ocultársele, corresponde sólo a unos cuantos–, y aún a costa del bienestar de la totalidad de los ciudadanos, renuncia a poner en marcha todos aquellos colosales instrumentos que le proporciona la propia configuración de España como un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.º. 1 CE 1978) para evitar estas situaciones, permite que la inmensa mayoría, por no decir la totalidad, de estos contratos se realicen no como contratos laborales, y, en consecuencia, sometidos a las normas jurídicas imperativas contenidas en el Estatuto de los Trabajadores, sino, por el contrario, bajo la figura del “contrato de obra”, cuya regulación se incardina en el marco del Derecho Civil.

No hace falta, creemos, ser en exceso sagaz y perspicaz, para darse cuenta de que, con el triunfo de la lógica del neoliberalismo tecnocrático globalizador, lo que ha sucedido es que, de algún modo, se ha resucitado la vieja comprensión jurídica de la realidad estatal y social. En efecto, de un modo no muy diferente a lo que sucedía en el marco del viejo Estado Constitucional liberal, en el que, como nos enseñó, por ejemplo, Franz Wieacker¹¹⁷, y, por lo demás, yo aprendí de mi muy querido y

admirado Maestro¹¹⁸, se entendía, y tal y como se desprende ya de la exposición realizada por Portalis¹¹⁹ en la justificación parlamentaria del proyecto del Código Civil napoleónico, y, por lo demás, recuerda Arnau¹²⁰, la Constitución, en cuanto que estatuto jurídico fundamental del “Estado-aparato”, y el Código Civil, en cuanto que estatuto jurídico fundamental de la “sociedad civil” al que, por esta misma causa, le competía el llevar a cabo la regulación de las relaciones entre los individuos particulares, se encontraban, de una u otra manera, equiparados, se vuelve a fiar hoy, como se había hecho en el Estado burgués de Derecho, y que, por lo demás, había sido contundente y certeramente criticado por Rudolf Smend, la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, y pese a constituir éstos uno de los contenidos centrales y medulares del concepto mismo de Constitución, a la regulación que sobre ellos se realizase en el ámbito del Derecho Técnico Ordinario, en este caso del Código Civil. Y se hace, a pesar de las graves consecuencias, que por dramáticas que sean no querríamos dejar de mencionar, que una tal medida comporta. Piénsese, a este respecto, que en lo que, en definitiva, se traduce el permitir que los contratos de trabajo se realicen bajo la figura del contrato de obra, es en que el derecho al trabajo, y muy a pesar de las implicaciones públicas que éste tiene, pase a estar regido por el sacrosanto principio de la autonomía de la voluntad tan característico del Derecho Privado. Y para nadie, y mucho menos si se trata de profesionales universitarios de las Ciencias Jurídicas, en cualquiera de sus parcelas, puede ser un misterio que esto termina convirtiéndose en un arma que, favoreciendo indiscutiblemente a la parte económicamente más fuerte de la relación contractual, perjudica, y muy gravemente, a las clases sociales económicamente más menesterosas. Lo que, como es, sin duda, bien conocido por todos los que se dedican al estudio del Derecho, se explica por cuanto que, pese a todas esas grandes proclamas que se hacen en su favor desde posiciones políticas y jurídicas conservadoras, el principio de la autonomía de la voluntad tan sólo, y como, con pleno acierto, llamaron la atención Pugliatti¹²¹ y Ferri¹²², puede desplegar sus efectos, presuntamente benéficos, cuando el mismo actúa en el marco de una relación contractual establecida entre sujetos con idéntica posición, y poder. Circunstancia ésta que, innecesario es aclararlo, no concurre en el supuesto de las relaciones entre el titular de los medios de producción y el trabajador en cuanto que individuo aislado.

Descubrir las causas por las que, en el marco de un mundo globalizado, hemos llegado a esta situación, se presenta, en nuestra opinión, como una tarea relativamente fácil para todos aquéllos que se dedican al estudio científico del Derecho, la Política y el Estado. Para todos debiera ser, en efecto, meridiano que esto se debe al hecho de que, en un contexto donde los derechos y libertades de los individuos terminan convirtiéndose, por la propia lógica del neoliberalismo tecnocrático globalizador, en pura mercadería, los ciudadanos ven mermada la efectividad de su libertad civil como consecuencia, directa, inmediata e insalvable, de la falta de virtualidad real tanto de las ideas como del principio democrático en un escenario jurídico, político, social y económico en donde, como explicaba el Maestro Pedro De Vega, se “genera la paradójica situación de que, en un mundo donde se ensanchan y universalizan los espacios económicos y sociales de los hombres en proporciones desmesuradas, al mismo tiempo, y con igual desmesura, se reducen o aniquilan escandalosamente los espacios políticos”. Lo que, ni que decir tiene, trae como resultado el que, frente al más importante corolario del dogma político de la soberanía popular, y que no es otro que el de que porque el Pueblo, en su condición de irrefutable, irrefutable e incontrovertido titular del ejercicio de la soberanía, y actuando como *Pouvoir Constituant*, es quien, en definitiva, aprueba el Código Jurídico-Político Fundamental, lo que en modo alguno resulta posible es que, una vez que éste ha sido aprobado y ha entrado en vigor, el Pueblo, como aquel sujeto político único al que se refería, por ejemplo, Johannes Althusius¹²³, y con cuya creación, a través de la firma del contrato social, se da origen al nacimiento del propio Estado

(O. von Gierke¹²⁴, C. J. Friedrich¹²⁵, P. De Vega), quede marginado del proceso político democrático, en la actualidad, y tanto en el plano estatal como en el plano supra estatal, los ciudadanos se encuentran hoy cada día más alejados del proceso de toma de decisiones políticas fundamentales. Hecho éste que, para nadie puede ser un misterio, los gestores neoliberales tecnócratas tratan de justificar apelando a aquella tesis defendida por Daniel Bell, conforme a la cual el Estado ha de estar organizado según la propia lógica del mundo empresarial, de suerte tal que, al igual que en este último, los que han de decidir no son los ciudadanos individualmente considerados, sino, por el contrario, tan sólo los técnicos.

El proceso de redacción, elaboración, discusión y aprobación por parte de la llamada “Convención Giscard”, –cuyos integrantes, nadie puede desconocerlo, ni habían sido elegidos por los ciudadanos de los distintos Cuerpos Políticos estatales confederados en la Unión Europea, y, ni mucho menos, podría entenderse que, siguiendo la lógica del ejercicio de la función constituyente en el marco de la democracia representativa, los mismos habían recibido del Cuerpo Electoral, o, mejor dicho, de los diversos Cuerpos Electorales estatales, aquel poder especial, extraordinario y específico al que se refería Emmanuel-Joseph Sieyès¹²⁶, y que era, como advirtió Carré de Malberg¹²⁷, lo que realmente habilitaba y legitimaba a los miembros de las Asambleas Constituyentes para proceder a elaborar, discutir y aprobar el nuevo documento de gobierno–, nos ofrece un magnífico ejemplo sobre este particular. Recuérdese que preguntados los miembros de esta “Convención Giscard” sobre si era posible aprobar una auténtica Constitución para la Unión Europea, sin participación alguna del, inexistente todavía, pretendido Pueblo europeo, la respuesta de todos ellos fue idéntica. Todos ellos, en efecto, e incluso aquéllos que profesaban las ideologías progresistas, justificaron una tal manera de actuar apelando al concepto formal y neutro de Constitución, y, por ello mismo, muy poco útil para la ponderada y cabal comprensión del Estado Constitucional (P. De Vega), contenido en el celeberrimo artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre del Ciudadano de 1787. Desde una tal perspectiva, dos fueron, de manera fundamental, los argumentos que se emplearon para revestir esta justificación de excluir a los ciudadanos de los estados europeos. En primer lugar, afirmarán que es perfectamente posible que se apruebe una Constitución sin que su autor sea el Poder Constituyente del Pueblo, siempre y cuando, y como pretendía hacer la Convención Giscard, se establezca en el documento de gobierno la tabla de derechos y la separación de poderes. Al fin y al cabo, y como no tuvieron ningún reparo en afirmar tan insignes “técnicos”, esto es lo que, desde el momento mismo de la Revolución francesa, define a las Constituciones. En segundo término, y en la más clara aplicación de los esquemas del neoliberalismo tecnocrático, indicarán que, no sólo es que sea viable la aprobación de un Código Constitucional sin la participación del Pueblo soberano, sino que, en tanto en cuanto que se trata de una tarea muy compleja y marcadamente técnica, no resulta conveniente consultar a unos ciudadanos que realmente no entienden el problema y que, en consecuencia, sólo podrán ponerse nerviosos.

De cualquiera de las maneras, lo que nos interesa, aquí y ahora, es tan sólo poner de manifiesto que ante unas tales prácticas, a nadie puede extrañar el que haya surgido en el imaginario colectivo la duda de si, en esta pretendida Arcadia que es el mundo globalizado, y como corolario ineludible del hecho de que todas las relaciones sociales terminan estando sometidas a la implacable ley del mercado, desde donde, y como ya había quedado puesto de manifiesto a raíz de las actuaciones proletarias de 1830 y 1840, lo que sucede, y por decirlo en palabras del Doctor De Vega, es que la “la imagen de la sociedad como un todo homogéneo donde existen intereses comunes, se sustituye por una versión hobbesiana de confrontación y lucha de intereses irreconciliables”, no han terminado por adquirir realidad, entidad y plena validez a las construcciones de los Wolff, Grocio¹²⁸ y Pufendorf¹²⁹, y que

conducían a una concepción autoritaria de la doctrina del contrato social. Nos estamos refiriendo, lógicamente, a la tesis de éstos conforme a la cual, y en base, de una u otra suerte, al principio de la autonomía de la voluntad privada, habría de reputarse perfectamente lícito y legítimo el contrato privado a través del cual un hombre consentía convertirse en esclavo de otro hombre. De la misma manera que es también inevitable el que no falte quien pueda pensar que esto último se produce como consecuencia de la actuación de unos gobernantes imbuidos de la filosofía neoliberal tecnocrática, y que, como ya ha quedado dicho en este escrito, emanan unas normas jurídicas que no sólo favorecen mucho más la satisfacción de los intereses de los titulares del poder económico que los de la generalidad de la ciudadanía, sino que, y de manera más que lamentable, parecen condenar a todo aquél que establece una relación contractual con los primeros a convertirse, tanto él como su descendencia –y esto es particularmente cierto en el supuesto de los contratos celebrados para poder acceder al uso, ya sea en propiedad, ya en alquiler, de una vivienda–, en meros esclavos de los bancos, titulares de los medios de producción o, finalmente, de los bienes inmuebles destinados a la vivienda.

Poco esfuerzo ha de hacerse, según nuestro modesto parecer, para llegar a comprender que esto no podría ser más contrario al pensamiento político democrático. Recuérdese, a este respecto, que fue ya Rousseau¹³⁰, el indiscutido e indiscutible padre de la democracia moderna, el que, con igual contundencia que acierto, puso de manifiesto que si ya es discutible la validez de un contrato por el que un hombre, individualmente considerado, se despoje de su libertad a favor de otro y, en definitiva, aceptase convertirse en esclavo, -lo que, en todo caso, y para el pensador ginebrino, no sería nunca válido si en aquel contrato no se incluyera una cláusula de revocación-, lo que, desde luego, y como tampoco lo sería respecto de la Comunidad Política, no resultaría admisible es la hipótesis de un contrato por el que un individuo obligue a él mismo y a su descendencia a ser esclavo de otro individuo y la suya. Y ningún constitucionalista, por lo menos si éste es consciente de su verdadera misión social, puede desconocer que, a través de la influencia que el genial “Ciudadano de Ginebra” ejerció tanto en el democratismo, como en el democratismo radical y el socialismo democrático, esta tesis rousseauiana terminó convirtiéndose en uno de los elementos definitorios propios y más relevantes del Estado Constitucional democrático y social en cuanto que aquel *Sozialstaat* que, dijese lo que, rememorando, aunque obviando al mismo tiempo la verdadera esencia de ésta, y que había sido magníficamente expuesta, en 1926, por Heller, las especulaciones realizadas por von Stein¹³¹ sobre la posibilidad de poner en marcha la “monarquía social”, dijese Forsthoff –para quien, bajo una más que sobresaliente influencia de las tesis defendidas por su Maestro: Carl Schmitt, la figura del “Estado social” no era tan sólo una mera fórmula de propaganda política, puesta en marcha, ya en los tiempos de la República de Weimar, por las fuerzas del democratismo, democratismo radical y socialismo democrático, que, como tal, se presenta como algo carente de toda significación jurídica– y Abendroth –quien afirmaría que “Era ciertamente justo y necesario que el Estado otorgará protección aquellos grupos de población que cayeron en la miseria y no podía salir de ella por sí mismos. El Estado es Estado social en el sentido de intervenir en la vida económica con pequeñas correcciones para evitar su destrucción pero que esto no es algo nuevo, sino que existía desde el Mensaje Imperial de 1881 en la Alemania Guillermina”¹³²–, había encontrado su primer y, sin disputa posible alguna, más brillante teorizador en aquel Heller que, en 1929, había escrito su célebre trabajo “*Rechtsstaat oder Diktatur?*”.

Sea de ello lo que sea, en lo que nos interesa insistir es en la idea de que esta precariedad que estamos denunciando en relación con el disfrute de los derechos atinentes a la dignidad humana, y lo mismo si aquéllos están constitucionalizados como auténticos derechos fundamentales, como si lo están como meros principios rectores de la vida económica y social, se debe a la actual crisis de las ideas y del principio democrático derivadas del fenómeno de la mundialización o globalización. Conclusión ésta sobre la que no debiera haber grandes dificultades para que todos podamos compartirla.

Bastará, a este respecto, y en primer lugar, con tomar conciencia de lo errónea que resultaba la afirmación, políticamente interesada, –recuérdese que en el momento en el que pronunciaba esta indiscutiblemente célebre, y, asimismo, muy clara y brillante en sus formas (tanto que bien pudo escribir, en 2003, sobre ella el Maestro De Vega que “Testimonio inicial de la confrontación y del

enfrentamiento entre democracia y libertad, [...], en la que contraponiendo las ideas de democracia (como manifestación de la libertad de los antiguos) y liberalismo (como paradigma de la libertad de los modernos), quedaba formulada en el orden teórico con rotunda claridad la escisión sobre la que giraría luego la polémica histórica entre liberalismo y democracia que llega a nuestros días”), conferencia el antiguo Consejero de Estado de Napoleón, y al que en 1815 éste había encargado la redacción del Acta Constitucional, ejemplo paradigmático de los instrumentos de gobierno característicos de lo que en Francia se dio en llamar la *Restauración*, que se conocieron con el nombre de “Cartas Constitucionales” o “*Chartes Octroyées*”, estaba compitiendo por un escaño parlamentario por el distrito de La Sarthe—, afirmación, que repite lo ya defendido por él en su conocido escrito de 1815¹³³, realizada por Benjamín Constant¹³⁴ en su “*De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*”, en el sentido de que el pensamiento político democrático desconocía la noción de “derechos fundamentales y libertades públicas”. Nadie puede negar, por lo menos si actúa de una manera cabal, ponderada y objetiva, que este aserto ha ejercido una grandísima influencia en la elaboración de las distintas ciencias del espíritu. Lo hizo, en efecto, en las construcciones de filósofos y politólogos como, por ejemplo, Russell¹³⁵ y Talmon¹³⁶, de estudiosos de la Historia del pensamiento político y constitucional, como Sabine¹³⁷, así como el algunos muy ilustres tratadistas de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado, como fue el caso, por ejemplo, de Georg Jellinek. Recuérdese que éste, y en su, por lo demás imprescindible (P. De Vega), estudio, de 1895, sobre “*Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*”¹³⁸, —cuya publicación, de nadie debiera ser desconocido, dio lugar a una tan brillante como virulenta polémica¹³⁹ mantenida entre el constitucionalista francés Boutmy¹⁴⁰ y el insigne Maestro de Heidelberg¹⁴¹—, no tuvo duda alguna en afirmar que el pensamiento y la obra de Jean-Jacques Rousseau no tuvo ningún predicamento ni entre los revolucionarios liberal-burgueses estadounidenses, ni entre los franceses a la hora de elaborar sus distintas Declaraciones de Derechos. Ocurre, sin embargo, que, por muy extendida que este la aceptación de una tal tesis, la misma no podría estar más alejada de la realidad histórica. Y es que, de un modo bien diverso a lo aseverado por el muy renombrado práctico y teórico de la política liberal conservador francés, lo que sucede es que es, precisamente, en el ámbito de la teoría y la práctica del pensamiento político democrático donde, y de manera definitiva, se encuentra la propia noción de la libertad civil. De un modo mucho más concreto, fue al jacobinismo radical burgués revolucionario de izquierda, que profesaba, bajo una más que sobresaliente influencia del “Ciudadano de Ginebra”¹⁴², la ideología del democratismo radical, quien, al verse obligado a justificar la idea de la nación-Estado, el que comprendió, y con meridiana claridad, la perentoria necesidad de proceder a la redacción de lo que luego sería la Declaración de los Derechos del Hombre del Ciudadano de 26 de agosto de 1789. Mi muy querido y admirado Maestro realizó una observación fundamental sobre este particular, que, por compartirla plenamente, no querría yo, ni, por lo demás, tampoco podría hacerlo, dejar de recordar en este momento. Así, escribió Pedro De Vega que “El obligado reconocimiento por parte del nacionalismo jacobino de los particularismos que la realidad impone, condujo a la conclusión de algo

que ya estaba muy claro en Rousseau. Para Rousseau las costumbres y las tradiciones debían ser reincorporadas al esquema racionalista de tal modo que se convirtieran en el método más adecuado para dar plena eficacia, [...], a la voluntad general. Surgió de esta forma, [...], un nacionalismo unido a la realización concreta de la democracia y los derechos del hombre”¹⁴³.

Pero no es sólo esto. Junto a lo anterior, que siempre puede ser considerado como una consideración que, aunque innegablemente relevante, se corresponde a aquellas parcelas de las Ciencias Constitucionales de carácter no normativo, existe otra razón, cuyo contenido jurídico-normativo resulta, en nuestra opinión, difícilmente cuestionable, por no decir definitivamente irrefutable. Nos estamos refiriendo, innecesario debiera ser aclararlo, a lo que sobre la problemática de la eficacia jurídica de los derechos y libertades de los hombres y mujeres nos enseña la Historia del Constitucionalismo, entendiendo por ésta, y de acuerdo con lo señalado por De Vega en su escrito sobre “La Democracia como proceso”, la Historia de las transformaciones que se han llevado a cabo para hacer reales y efectivas las en cada momento histórico las ideas de “Libertad”, “Democracia” e “Igualdad” –que es, de cualquiera de las maneras, a las que, por encima de cualquier razonamiento estrictamente técnico-jurídico, ha de responder una Teoría del Derecho Constitucional que realmente lo sea–, y, en definitiva, hacer de los hombres auténticos ciudadanos libres. Pues bien, de todos los profesionales de las Ciencias Jurídicas debiera ser bien conocido que lo que la Historia del Constitucionalismo nos enseña es que, en realidad, la eficacia jurídica de los derechos y libertades de los individuos, así como la garantía jurídica del pacífico disfrute de aquéllos por éstos, que ha sido, de manera indisputable, el constante contenido medular, central y basilar de las corrientes de pensamiento político que dieron lugar a lo que, al menos desde Constant, identificamos bajo el rótulo de “liberalismo político”, tan sólo ha cobrado auténtica entidad y realidad cuando la Comunidad Política se ha organizado de conformidad a los presupuestos centrales del pensamiento político democrático. De una manera más concreta, cuando la organización de, por utilizar la terminología rousseauiana, la República o el Estado bien constituido se abordaba tomando como criterio inspirador, vertebrador, fundamentador y articulador la lógica que se derivaba de las construcciones del iusnaturalismo democrático, formuladas, todas ellas, con la fundamentación que les brindaba la doctrina de la *concessio imperii* formulada en el medioevo por los Cino, Cristóforo Parco y Zarabella¹⁴⁴. La razón es fácilmente comprensible. Lo que sucede es que articulado y organizado el Estado desde esta teoría de la *concessio imperii*, y no desde la lógica que se derivaba de la doctrina de la *traslatio imperii* debida a los Accursio, Baldo, Bártolo de Sassoferrato y Angelo Aretino –que fue, de todos es, sin duda, bien conocido la que sirvió de base a Hobbes¹⁴⁵ para proceder a la teorización de la monarquía absoluta como el ideal del buen gobierno (E. Tierno Galván¹⁴⁶), y cuyos planteamientos, que le eran bien conocidos¹⁴⁷, serían de los que se serviría Carl Schmitt para justificar, en el contexto de la República democrática de Weimar, y con una apariencia formalmente democrática, el ejercicio de una dictadura soberana por parte del Jefe del Estado¹⁴⁸–, la única conclusión a la que, desde el más elemental razonamiento jurídico y político, puede llegarse es la de que todos los que actúan en el marco de ese determinado Cuerpo Político, y ya sean gobernantes, ya gobernados, pueden tan sólo desarrollar una actividad política jurídicamente limitada, y que, por ello mismo, todos ellos, –aunque de un modo muy singular, y como ya sentase el gran Rousseau, y fue admitido por el Tribunal Constitucional español¹⁴⁹, dando, de esta suerte, cumplimiento estricto a la que, de modo inconcuso, se presenta como la gran conquista del constitucionalismo moderno, los que en cada momento histórico ocupan los poderes constituidos del Estado–, se encuentran obligados, y como se desprende de la propia formulación del

iusnaturalismo contractualista (J. Wise, H. Heller, P. De Vega), a cumplir todos y cada uno de los preceptos constitucionales, y, en consecuencia, a facilitar el disfrute de estas libertades y derechos a todos los demás integrantes de la Comunidad Política.

De cualquiera de las maneras, lo que nos interesa señalar es que podemos hoy felicitarnos por cuanto que, como decíamos al comienzo de este apartado, obligados por esta realidad jurídica, política, social y económica que hemos descrito, una buena parte de la clase política y de la clase académica han comenzado a cobrar conciencia de que estamos atravesando una muy grave situación de crisis. Así lo demuestra, en todo caso, el hecho de que, y por referirme tan sólo a España, aunque creo, y de forma sincera y honrada, que lo mismo está sucediendo por todas partes, los sectores más conscientes de la clase política y de la clase académica, uniéndose a quienes mantenían este criterio desde siempre, y por principio, –como es el caso, por ejemplo, de Alfonso Guerra González–, han comenzado a plantear la necesidad de llevar a cabo una reforma constitucional que tenga por finalidad el proceder a constitucionalizar como “fundamentales” todos los derechos atinentes a la dignidad humana, y para lograr, con ello, dotar de una auténtica fuerza jurídica obligatoria y vinculante a los preceptos constitucionales que los reconocen.

Lo anterior, en nuestra opinión, no debiera sorprender a nadie. Y ello, justamente, por cuanto que, como hemos dicho, se trata de los sectores más conscientes de quienes se dedican o bien a la política práctica, o bien al estudio científico del Estado, la Política y el Derecho –que es, por lo demás, y aunque se admitan las tesis de Affolter¹⁵⁰ del Estado como ficción, o bien la doctrina iniciada por el propio Jellinek¹⁵¹, y que, no obstante recibir la, tan contundente como acertada, crítica de von Gierke¹⁵², había encontrado su aceptación por parte de los Haenel, Rehm, Meyer y Anschütz, y de uno u otro modo de Triepel y Kelsen [al que, siguiendo la senda marcada por los von Gerber¹⁵³ y Laband (que fueron los causantes de que, p. ej., Philip Zorn pudiese afirmar, de forma contundente y, además, no sin cierta razón, que “de una Ciencia del Derecho del Estado alemana apenas si se podía hablar”¹⁵⁴) se le debe, constituyendo además el contenido basilar de toda su Teoría del Estado, la idea de que el Estado en no es, ni mucho menos, y bajo ningún concepto, una realidad social¹⁵⁵], del Estado como abstracción, constituye el objeto principal de atención para todos los que se dedican a cultivar las ciencias del Estado y las Ciencias del Derecho del Estado–. Y es que, en definitiva, lo que sucede es que es, justamente, porque se trata de los sectores más conscientes de la clase política, los mismos, que de usual tendrán el ámbito de la lectura, comprenderán la conveniencia de una tal reforma desde la consideración de lo que la falta de satisfacción de las expectativas de una mejor vida había deparado en el período entreguerras. Y, desde esta perspectiva, se preguntarán si con todos esos recortes sociales que imponen, en beneficio del capital, las políticas de austeridad para la construcción de la “aldea global” o, como mínimo, Unión Europea, no se estará repitiendo, pero ampliándolo, lo mismo que había sucedido en aquel período histórico, en el que, nadie puede negarlo, las dificultades que encontraron las fuerzas políticas del socialismo democrático y del democratismo radical para llevar a cabo todas las previsiones para la elevación del nivel de vida de los ciudadanos alemanes determinaron que, como ha puesto de relieve, por ejemplo, Mannheim¹⁵⁶, muchos de ellos, viéndose frustrados en sus expectativas y, al mismo tiempo, sin saber identificar claramente al causante de su frustración, se volvieran en contra del nuevo Estado Constitucional democrático y social, adhiriéndose, en consecuencia, a los movimientos antisistema, y de una manera muy singular al nacional-socialismo, en cuanto que los más organizados de estos movimientos. Al mismo tiempo, y porque así lo impone la propia realidad, no han tenido más remedio que concluir que efectivamente es así. El crecimiento desmesurado que hoy están conociendo

por todos y cada uno de los Estados de la actual Unión de Estados de Derecho Internacional europea las formaciones antisistema, y, como había sucedido también en el período entreguerras, de un modo muy particular los partidarios del neo totalitarismo fascista, no les permitiría llegar a otra conclusión.

Pero no sólo esto, sino que también, y asimismo por esa condición de ser los más conscientes, defenderán la reforma constitucional al recordar que fueron ya, y por recordar tan sólo algunos ejemplos de los que ya hemos dejado constancia en este estudio, Solón y Aristóteles quienes, en el marco de la Atenas clásica, pusieron de relieve que la existencia de grandes desigualdades económicas en la sociedad es la causa principal de las revoluciones. Y ninguna duda puede existir de que también, y en la medida en que no proceden a la reducción de toda la rica problemática del Estado Constitucional a 140 caracteres, también que fue una constante del pensamiento progresista, de una manera fundamental del socialismo democrático y del democratismo radical, pero no sólo de ellos, la idea de que habría de procederse a verificar la revolución política para, de este modo, evitar los horrores de la revolución social.

Es, lógicamente, y como a ningún estudioso de las Ciencias Constitucionales puede ocultársele, desde la óptica anterior desde donde cobra auténtico sentido y significado el plantearse la problemática de la eficacia jurídica de los derechos atinentes a la dignidad humana, así como el interrogarse sobre si la solución a la misma nos sitúa ante el problema, – indefectiblemente inserto tanto en el Derecho Constitucional Procesal como en el Derecho Procesal Constitucional, otorgando a ambos términos el sentido que le dan tanto el Maestro Fix-Zamudio¹⁵⁷, como mi muy estimado colega peruano Domingo García Belaunde¹⁵⁸– lograr articular algún recurso procesal que permita reaccionar jurisdiccionalmente a los ciudadanos frente a la conculcación de estos derechos, o si, por el contrario, el verdadero problema es el de conseguir que en esa determinada Comunidad Política exista una verdadera, y por utilizar la terminología acuñada por la dogmática del Estado alemana, “*Willem sur Verfassung*”, en virtud de la cual tanto los integrantes del sector privado como los del sector público cobren conciencia de su obligación de establecer las condiciones objetivas para el pleno disfrute de estos derechos. Y éste es, de cualquiera de las maneras, el sentido que vamos a dar a nuestro escrito. Para ello, y para tratar de lograr dar una mayor coherencia a nuestro discurso, nos proponemos desarrollar nuestro estudio, centrándonos, además, en el actual Derecho Constitucional español, atendiendo a las siguientes cuestiones:

1. ^a) Nos interrogaremos, en primer lugar, sobre el que la incógnita de para qué se quiere proceder a la constitucionalización de los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales. Cuestión ésta que, de nuevo adelantando conceptos, se responderá fácilmente, con sólo tomar en consideración que lo que en el fondo subyace en esta problemática es la idea kelseniana de que los derechos solamente son eficaces cuando sus titulares disponen de un recurso jurisdiccional que les permita reaccionar frente a la conculcación de los mismos por parte del poder.

2. ^a) Estudiaremos, en segundo término, cuáles son las dificultades con las que pueden encontrarse los prácticos de la política, que son, en definitiva, quienes realmente están legitimados para la creación de la realidad jurídica y política que al estudioso de la Teoría del Derecho Constitucional le cumple explicar, a la hora de satisfacer esta demanda. Lo que, como a nadie puede ocultársele, nos conducirá obligadamente a reflexionar sobre el Título X del vigente instrumento de gobierno español.

3. ^a) Por último, nos plantearemos el cómo pueden solventarse todas estas dificultades a las que estamos aludiendo. Esto es, lo que va a preocuparnos en este último apartado es el cómo lograr que los preceptos constitucionales declarativos de derechos sociales gocen de una auténtica fuerza normativa obligatoria y vinculante directa, sin necesidad de que los mismos sean desarrollados por el legislador ordinario.

III.- ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL SENTIDO QUE TIENE LA DEFENSA DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978 PARA PROCEDER A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS ATINENTES A LA DIGNIDAD HUMANA COMO AUTÉNTICOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Conocidos los motivos, que, como ha de ser para todos obvio, tienen una naturaleza mucho más política que de carácter pura y estrictamente técnico-jurídico, que determinan la reivindicación de la puesta en marcha del *amending process*, aparece, inevitablemente, ante nosotros el problema de tratar de averiguar cuál es la finalidad que los promotores de esta propuesta pretenden alcanzar con la constitucionalización como “fundamentales” de todos los derechos sociales que habían sido ya reconocidos por el Legislador Constituyente de 1977-1978. Y la respuesta a este interrogante no puede ser, en verdad, más clara. En efecto, fácil es deducir que lo que, con carácter general, se persigue con este proyecto de reforma es lograr que los preceptos constitucionales declarativos de estos derechos que afectan a la dignidad de la persona gocen de una verdadera fuerza jurídica obligatoria y vinculante y puedan hacerse realmente eficaces.

Ahora bien, si esto es así, ninguna dificultad ha de existir para comprender que la respuesta anterior se muestra como claramente insuficiente para ponernos en condiciones de alcanzar una ponderada y cabal comprensión de esa realidad constitucional sobre la que, en cuanto que profesionales de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado hemos sido invitados a reflexionar. Y es que, lo que sucede es que la correcta comprensión de esta problemática requiere el abordar con carácter previo un interrogante anterior.

Nos estamos refiriendo, de una manera muy específica, a la cuestión de si, en rigor, todos estos derechos atinentes a la dignidad humana, y que se concretan en todas aquellas libertades que aparecen englobadas con el rótulo de “derechos sociales”, forman parte de lo que, como sabemos, el reverendo calvinista John Wise había identificado como la “libertad civil”. No es menester dedicar mucho tiempo a explicar y justificar nuestro anterior aserto. Para todos ha de ser meridiano que, con la propuesta anterior, lo que en realidad estamos haciendo no es más que sumarnos a la siempre correcta y atinada opinión de Pedro De Vega. Esto es, lo que hacemos es tan sólo a aceptar que la correcta y adecuada comprensión de cualquier problema constitucional, y ninguna duda puede existir sobre el que la constitucionalización de los derechos sociales como fundamentales plantea un evidente problema constitucional, sólo puede obtenerse a través de un estudio que, tomando en consideración, y como no podría ser de otra manera, a aquellas fundamentales categorías de “espacio” y “tiempo” que, dijese lo que dijese a este respecto Kelsen¹⁵⁹, fueron recuperadas para las investigaciones en el campo del Derecho Constitucional en la Europa del período entreguerras por aquellos Heller y Smend de cuyas construcciones, por lo demás, y aunque hoy existe un desmedido interés por negarlo entre los universitarios españoles, se derivan las más valiosas y útiles Teoría del Estado y de la Constitución del presente, atienda, y con carácter ineludible, a los procesos de conceptualización y fundamentación no sólo de la institución que ocupa su atención, sino del Estado Constitucional mismo.

Y si esto es así con carácter general, en el problema que ahora nos ocupa resulta absolutamente imprescindible. En efecto, es necesario atender al proceso de conceptualización y fundamentación de la libertad civil como consecuencia de la confusión introducida sobre este particular por Constant, en su harto célebre, y ya citada, conferencia del Ateneo Real de París de 1819. No es éste, y siquiera sea por razones de espacio, el momento oportuno para detenernos a tratar de averiguar si esta confusión se debió tan sólo a que Constant fue incapaz de comprender que el pensamiento del iusnaturalismo contractualista en modo alguno era unívoco, sino que, al contrario, el mismo conocía grandes discrepancias entre sus mantenedores, de suerte tal que, como escribió el Maestro Pedro De Vega, “Nada tienen que ver, ciertamente, las conclusiones autoritarias que se derivan del contenido del pacto, tal y como lo formulan un Hobbes, un Spinoza o un Pufendorf, con las deducibles del democratismo radical implícito en el *Contrato Social* de Rousseau, o con las derivadas de la lógica liberal que un Locke o un Kant imprimen a su discurso”, o si, por el contrario, se trataba de una táctica de la práctica política, que es donde, en rigor, y como enseña Heller, adquiere todo su sentido y significado la contraposición entre las ideologías liberal, demócrata, demócrata radical y socialista democrática, que tienen la misma fundamentación filosófica, de la que esperaba obtener los máximos beneficios posibles en la contienda electoral en la que en aquel momento se veía inmerso.

Lo que, de verdad, nos interesa en este momento es tan sólo poner de manifiesto que lo que Constant hizo fue, pura y simplemente, negar la indisputable importancia y trascendencia que tuvieron las construcciones del iusnaturalismo contractualista en el proceso histórico que determinó la aparición del “Estado Constitucional” —que son, por lo demás, y no obstante la gran enemiga demostrada hacia ellas por todos los antidemócratas y antiliberales que en el mundo han sido (y cuya práctica determinó

que, de una manera indiscutiblemente correcta y acertada, el “Viejo Profesor”¹⁶⁰ pudiese afirmar que, más que una lucha contra los prácticos de la política adscritos a las ideologías democráticas y progresistas, lo que aquéllos hicieron fue llevar a cabo una lucha contra la ideología del nacionalismo pactista), y son, desde donde puede tan sólo, y como, con total acierto, expuso ya Rudolf Smend, fundamentarse, y asimismo entenderse y explicarse adecuadamente esta forma jurídica, y en cualquiera de sus manifestaciones estructurales históricas—. Categórica importancia y trascendencia que fue, como en él era habitual de un modo tan brillante como riguroso desde el punto de vista científico, puesta de relieve por De Vega cuando, en 1988, por ejemplo, escribió que “Lo decisivo es que el tránsito de la *socialitas natural* a la sociedad civil se produce por un acto particular, a cuyo través cada uno de los individuos renuncia a su libertad y autonomía originaria, en aras de la creación de una seguridad y libertad colectivas, con la aparición, a través del contrato, de la *societas civilis sive política*”¹⁶¹.

E importa advertir, y de modo inmediato, que fue, justamente, desde el esquema intelectual que se derivaba de este iusnaturalismo contractualista democrático desde donde el reverendo Wise procedió, como ya hemos señalado, a la teorización de la mecánica del proceso constituyente, que, tampoco debiera ser ignorado por ningún jurista, tanta influencia tuvo en la verificación de aquel proceso constituyente de Virginia, en el que, como consecuencia de la aprobación, bajo una más que sobresaliente influencia de los planteamientos desarrollados en Inglaterra por Blackstone¹⁶² y Locke¹⁶³, del “*Bill of Rights*” de 12 de junio de 1776, se dio origen, como señaló ya, en 1892, Georg Jellinek y, por lo demás, está admitido de manera prácticamente unánime por la doctrina constitucionalista y, en general, por todos los que se dedican a las Ciencias del Estado y las Ciencias del Derecho del Estado (F. Battaglia, K. Loewenstein, N. Pérez Serrano, P. De Vega¹⁶⁴), a la Historia de los derechos fundamentales —y que es lo que, a la postre, determina que pueda afirmarse, y sin que ello constituya una exageración, que los términos de “constitucionalismo” y “liberalismo” son, de una u otra suerte, coincidentes (Ch. Borgeaud, H. Heller, P. De Vega, etc.)—. Mecánica del proceso constituyente que Wise había concretado en la verificación del momento de la libertad, momento del pacto social y el momento constitucional. Fases todas estas que el propio Wise había concebido como hechos claramente diferenciados, pero a la vez, sucesivos y concatenados. La explicación de esta proposición se hace, en todo caso, meridiana a la luz de lo dicho, en la sesión de la Constituyente francesa de 10 de mayo de 1793, por Isnard, quien afirmó, de manera solemne y 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”¹⁶⁵.

Como ha de ser para todos, y sin duda lo será para todos aquellos profesionales universitarios de las Ciencias Constitucionales que sean conscientes de su propia misión social, lo que verdaderamente nos interesa es que al establecer, a la hora de teorizar lo que él llamaba el “momento de la libertad”, la distinción entre la “libertad natural”, es decir, la que corresponde a los hombres y mujeres por el mero hecho de ser tales hombres y mujeres, y la “libertad civil”, esto es, aquella parte de la anterior que va a permanecer en poder de los hombres y mujeres una vez que, merced a la celebración del pacto social, ha sido creado, de manera libre y consciente y voluntaria (H. Heller¹⁶⁶, H.

Kelsen¹⁶⁷, P. De Vega, J. R. A. Vanossi¹⁶⁸), aquel Estado del que van a ser ciudadanos, y que son los únicos que éstos pueden oponer al poder político, estableció el reverendo de Nueva Inglaterra, y resulta conveniente, oportuno y pertinente recordarlo, siquiera sea para que los juristas no acaben ignorándolo (P. De Vega¹⁶⁹), una distinción fundamental en cuanto a los derechos de los hombres, y que es sobre la que sigue gravitando toda la problemática de los derechos y libertades de éstos, sobre todo en relación con el disfrute de aquellos en el marco de la Comunidad Política., Nos estamos refiriendo, recordémoslo, a la contraposición entre lo que son los, por utilizar tan sólo la terminología jurídica europea, “derechos humanos”, que, indefectiblemente, han de ser iguales en todos los ámbitos geográficos del Mundo, y los “derechos fundamentales”, cuyo propio concepto, como ya ha quedado señalado, los vincula a los conceptos de Estado y de ciudadanía, y que, por ello mismo, puede variar, y grandemente, de unos Cuerpos Políticos a otros¹⁷⁰.

Fácil debiera resultar para todos los estudiosos de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado, aunque igualmente debiera serlo para todos los profesionales universitarios de las Ciencias Jurídicas, deducir que, planteada así la cuestión de los derechos y libertades individuales en el marco de los distintos Estados soberanos, el problema principal que se plantea es el de determinar hasta dónde pueden los hombres, a la hora de crear el Cuerpo Político, renunciar a contenidos de su libertad natural. Dicho de otro modo, a lo que se debe tratar de ofrecer una respuesta adecuada, es al interrogante de si a la hora de fundar, o, en su caso, refundar la Comunidad Política, los hombres y mujeres no sólo han de estar dispuestos a ceder, y como garantía de la efectividad de la parte que va a seguir en su poder (J. G. Fichte¹⁷¹), una parte de su libertad natural para, con esa renuncia a lo que Kant¹⁷² llamaba su “brutal libertad” natural, alcanzar una convivencia pacífica entre ellos, asegurándoles a todos el disfrute de lo que hoy llamaríamos sus derechos fundamentales, o si, por el contrario, es menester que estén dispuestos a sacrificar toda esa libertad natural que como hombres y mujeres les corresponde, en favor de ese Cuerpo Político. Problemática ésta a la que, como nadie debiera ignorar, trataron de dar respuesta todos los grandes autores del iusnaturalismo contractualista. E importa advertir, de manera inmediata, que la gran mayoría de ellos afirmaron, – con la única excepción relevante de Hobbes, quien actuando, como ya ha quedado señalado, desde la lógica de la doctrina de la *traslatio imperii*, procedió a sacrificar, y como mecanismo indispensable para que los hombres gozasen de la paz y la seguridad, la libertad al contrato social, lo que se explica, y, de alguna manera, se justifica, por cuanto que, como ha hecho ver el Maestro Pedro De Vega, “en Hobbes no existía propiamente una doctrina del contrato social, sino una doctrina del contrato político, en la medida en que con el contrato se pasaba directamente del *status naturae* a la *societas politica*”–, que los hombres que iban a constituir, a través del contrato social, el Cuerpo Político, no podían renunciar a toda su libertad natural. Antes al contrario, tan sólo podrían renunciar a una parte de la misma.

Nada de extraño tiene, en un tal contexto teórico, conceptual e ideológico, que surgiese la idea de que no todos los contenidos de la libertad natural son iguales. De esta suerte, nos encontramos con que fue una idea muy generalizada entre los pensadores políticos y jurídicos adscritos al iusnaturalismo contractualista la de que, si bien hay una serie de derechos integrados en esta libertad natural que son perfectamente renunciables, y a los que los hombres deben estar dispuestos a renunciar para facilitar la creación del Estado, es lo cierto que ha de entenderse que dentro de la categoría general de la “libertad natural”, o, si se prefiere, de la de los que los juristas europeos llamamos “derechos humanos”, un núcleo ileso de derechos, el cual no podría ser anulado en ningún caso. No podrían ser abolidos ni siquiera con la firma de aquel contrato social con el que se da origen al nacimiento del propio Estado.

Para ningún estudioso de la Política, el Estado y el Derecho debiera ser un misterio que fue, de un modo muy concreto y particular, el empeño por dar expresión racional a esta última tesis la que, en definitiva, condujo a Christian Wolf, Samuel Pufendorf y Christian Thomasius¹⁷³ a poner en circulación los conceptos de “*iura connata*” (derechos innatos), y los “*iura acquistata*” (derechos adquiridos). Y si, en cuanto que elementos no esenciales para la existencia de los hombres como humanos, estos *iura acquistata* podían quedar a la libre voluntad de los hombres, quienes, libremente, podrían renunciar a ellos tanto a la hora de fundar, o refundar, la Comunidad Política, como decidir su ampliación o reducción a lo largo de la vida ordinaria de ésta, los *iura connata*, por el contrario, y en tanto en cuanto que éstos si son consustanciales a la existencia misma de los hombres, habrían de ser siempre respetados y reconocidos.

Del mismo modo que tampoco debiera ser desconocido por ningún profesional de las Ciencias Jurídicas, incluso aunque su atención no se centre en las Ciencias del Estado y las Ciencias del Derecho del Estado, que fue esta distinción entre los *iura connata* y los *iura acquistata* la que, a la postre, sirvió de base y fundamento para aquella otra que fue formulada, en 1793, por aquel gran filósofo y gran jurista alemán que fue Fichte, entre los derechos alienables y los derechos inalienables. Contraposición ésta a la que se atuvo Fichte tanto en aquellas etapas de su vida en las que, por la más que sobresaliente influencia que en él ejercieron el pensamiento de Kant y de Rousseau, se presentaba como un pensador adscrito a las corrientes democráticas del liberalismo político, el democratismo y el democratismo radical, como en aquella otra etapa en la que sus concepciones evolucionan y que le llevaron a convertirse, de acuerdo con lo afirmado, por ejemplo, por Heller, en el primer socialista científico alemán.

Traer a colación la construcción de Fichte, que, no está de más advertirlo, se había mostrado mucho más radical que el liberal Kant en la búsqueda de mecanismos tendentes a garantizar a los hombres el disfrute de una libertad absoluta, no debiera ser interpretado como un mero capricho, o como una muestra más de sectarismo. Antes al contrario, esto tiene un pleno sentido científico. Y es que, en efecto, lo que, bajo ningún concepto, puede olvidarse es que, como señala, por ejemplo, Antonio Baldassarre¹⁷⁴, aquellas construcciones teóricas tuvieron una muy substancial, categórica y decisiva importancia en el proceso de aparición histórica y de conceptualización de la figura de los la doctrina constitucionalista italiana denomina “derechos inviolables”, a los que, por lo demás, y por referirnos única y exclusivamente a la doctrina italiana, no ha faltado quien, como Galeotti¹⁷⁵ o, de alguna manera, Lombardi¹⁷⁶, entienda que todas estas normas constitucionales de reconocimiento de los Wolf, Pufendorf y Thomasius denominaron “derechos innatos”, y Fichte “derechos inalienables”, son contenidos inexcusables de todo Código Jurídico-Político Fundamental. Y no sólo esto, sino que, además, y no obstante el hecho de ser concebidos como unas libertades no sólo anteriores, sino de una u otra suerte ajenas a la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant* en su actuación para determinar aquellos derechos y libertades de los que los hombres son titulares por su condición de ser ciudadanos de un determinado Estado, se les atribuye, y tanto entre los autores clásicos (v. gr., G. Arnould¹⁷⁷, G. Jellinek, A. Esmein-H Nézard¹⁷⁸, R. Carré de Malberg, H. Haug, F. Fleiner-Z. Giacometti¹⁷⁹, P. De Vega, etc.), como entre los actuales¹⁸⁰, la naturaleza de ser unos contenidos constitucionales que quedan al margen del poder de decisión incluso del poder de revisión constitucional, sino también la de, y constituyendo un inequívoco, indiscutido e indiscutible supuesto de lo que Jorge Vanossi

denomina “límites estructurales”, quedar, de una u otra forma, también al margen de la capacidad de decisión del propio Poder Constituyente.

De cualquiera de las maneras, importa señalar que toda esta construcción filosófica y jurídica relativa a los derechos atinentes a la dignidad humana en cuanto que derechos inviolables, y que, como hemos dicho, se basaba en la idea de que existían una serie de contenidos de la libertad natural a la que los hombres no podrían renunciar nunca, y ni siquiera como consecuencia de la celebración del contrato social por el que nació el Estado, no fue, y ni mucho menos, una mera especulación teórica destinada a disolverse en el ámbito de la retórica y de las buenas intenciones. Antes al contrario, es menester dejar constancia de que la misma tuvo una gran repercusión en el momento mismo en el que hacía su entrada en la historia el moderno constitucionalismo, y ello como consecuencia de que unas tales teorías gozaron de una amplísima aceptación entre los primeros revolucionarios liberal-burgueses estadounidenses y franceses. Los cuales, por lo demás, no tuvieron grandes problemas, y ni grandes inconvenientes, para tratar de plasmar toda esta concepción en el mundo jurídico.

Circunstancia esta última que, y seguramente no resulta ocioso el recordarlo y el ponerlo de manifiesto, se produce incluso con anterioridad al momento, —que, innecesario debiera ser aclararlo, comienza con la aprobación de las Constituciones mexicana de 1917 y alemana de 1919, e importa recordar que, como señala Pedro De Vega¹⁸¹, fue en la rica, lúcida y fecunda atmósfera intelectual de la Constituyente de Weimar donde, no obstante el no haber sido definitivamente sancionada en el Código Constitucional, comenzó a abrirse paso, y fundamentándose en los debates de la Constituyente, y de una manera muy particular en las argumentaciones dadas al respecto, y en su condición de políticos prácticos, por los Preuss (que defendería la comprensión de la declaración de derechos fundamentales como un programa de acción común inmediata, cuyas disposiciones habrían de contar con una eficacia jurídica inmediata), Thoma (que sentaría el principio de que cuando media una disposición en materia de derechos fundamentales deberá presumirse que se está en presencia de un derecho directamente aplicable), etc., la idea de que, porque los derechos fundamentales pueden ser violados tanto por los poderes públicos, como por los poderes privados, se hacía necesario el poner en marcha lo que, con posterioridad, la doctrina germánica denominó la “*Drittwirkung der Grundrechte*”, y que, de modo incontrovertido, alcanzará su máxima expresión, así como su auténtica entidad y realidad, por lo menos en lo que hace a la Europa continental, en los ordenamientos constitucionales aprobados con posterioridad a 1945—, en el que, como consecuencia de haber comprendido definitivamente que las garantías de las libertades individuales tan sólo resultan eficaces desde el punto de vista jurídico cuando la organización de la comunidad política se articula desde las concepciones democráticas, comenzó a predicarse de los preceptos constitucionales declarativos de derechos la naturaleza de ser unas auténticas normas jurídicas obligatorias y vinculantes, y no sólo para el poder público, sino también para todos aquellos sujetos que siendo formalmente entes de Derecho Privado se relacionan con el resto de los individuos desde una situación de superioridad e imperio. En efecto, la influencia del pensamiento del iusnaturalismo contractualista se ha dejado notar desde el momento mismo en el que hizo su entrada en la Historia el concepto de “derechos fundamentales” en cuanto que institución jurídica positiva. Lo que, entendemos, resulta fácilmente constatable para cualquier jurista. Basta, en este sentido, con proceder a la lectura del documento escrito formal y solemne con el que, como está generalmente aceptado, comienza la Historia de los derechos fundamentales. Así, nos encontramos, con que en el *Bill of Rights* de Virginia, se afirmara de manera expresa que “Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y poseen ciertos derechos innatos de los cuales, en el acto de constituirse en sociedad, no pueden por contrato privarse a sí mismos ni la propia prosperidad; y tales derechos son el correlato de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer en propiedad, y la búsqueda y la consecución de la felicidad y de la seguridad”. Texto éste que, tampoco debiera ser necesario indicarlo, pasará, prácticamente de manera literal, a las grandes Declaraciones de Derechos de la Francia revolucionaria.

De cualquiera de las maneras, lo que, conocido ya el proceso de fundamentación y conceptualización que conduce a la introducción en el mundo del Derecho las nociones de “derechos innatos” y “derechos adquiridos” o, y si se prefiere utilizar la terminología fichtiana, de “derechos alienables” y “derechos inalienables”, nos interesa señalar ahora es que el gran problema que surge en relación con la eficacia jurídica de estos derechos inviolables es doble. Por un lado, a lo que ha de encontrarse una respuesta jurídicamente adecuada es la de cuál es la verdadera y efectiva eficacia jurídica real de estos derechos inviolables. Lo que, indefectible y constrictivamente, nos conducirá a

plantearnos la cuestión de si los preceptos constitucionales que declaran estos derechos inviolables, y que afectan a la dignidad humana, pueden ser entendidos, o no, como auténticas normas jurídicas obligatorias y vinculantes tanto para los titulares del poder político ordinario, como para el resto de los ciudadanos, o si, por el contrario, nos encontramos ante meras normas programáticas cuyo destino final es el de estar condenadas a disolverse en el ámbito de la retórica y de las buenas intenciones. Por otra parte, y como a nadie puede ocultársele, aparece la inexorable necesidad de identificar, y lo más claramente que sea dado hacer, cuáles son en realidad estos derechos inviolables.

Por lo que se refiere a este segundo problema, hemos de comenzar indicando que nos encontramos, seguramente, ante una de las materias donde con mayor evidencia se verifica ese incesante proceso de ampliación de los derechos al que, por lo demás, unánimemente se refiere la doctrina constitucionalista. Piénsese, a este respecto, que fue muy común entre los clásicos el concretar el ámbito de los derechos atinentes a la dignidad humana desde la identificación de esta última única y exclusivamente con la libertad de pensamiento. Cabe, en este sentido, el referirnos, una vez más, a las especulaciones realizadas, todavía desde la perspectiva de su posicionamiento político y filosófico a caballo entre el democratismo radical rousseauiano y el liberalismo político kantiano, sobre este particular, y en defensa de su muy admirado Immanuel Kant, que había sido represaliado por exponer unas ideas contrarias al gobernante de turno, por Fichte en su ya citado trabajo de 1793. Y es menester hacer alguna consideración sobre el mismo.

Es verdad, y nadie puede discutirlo, que el gran filósofo y jurista de Rammenau procede a la plena y exclusiva identificación de la dignidad humana con la libertad de pensamiento. Ahora bien, si esto es así, es lo cierto, sin embargo, que le correspondió a Fichte el gran mérito de haber comprendido que la reivindicación de la libertad de pensamiento, y, en consecuencia, la demanda de la efectividad jurídica de este derecho frente al poder político, no podía quedarse tan sólo en la mera defensa y garantía del derecho de los hombres a pensar sobre cualquier asunto, incluso aunque sus pensamientos fuesen contrarios a los intereses, siempre coyunturales y puntuales, de quienes en cada momento histórico ocupasen el poder político y jurídico dentro del Estado. Y ello, por la muy sencilla y simple razón de que fue bien consciente el de Rammenau del hecho de que una tal facultad nunca, y en ningún caso, podría ser suprimida por el gobernante, ni siquiera por el gobernante autócrata. Circunstancia esta que, por lo demás, encontraba también su materialización en el ámbito de esa rama del Derecho Público no integrada entre los contenidos del *Staatsrecht*, que es el Derecho Penal, donde, como nadie ignora, opera en este ámbito la máxima de que “el pensamiento no delinque”. En tales circunstancias, y como decíamos, tuvo el gran acierto Fichte de comprender que cuando se conceptúa la libertad de pensamiento como uno de esos derechos inviolables de los hombres que, por esa misma condición, ha de ser siempre respetada por el titular del poder político, y mucho más en el supuesto de que el gobernante lo sea de un Estado democrático, en donde, por definición, toda su actuación política ha de estar jurídicamente limitada, lo que realmente ha de garantizarse y protegerse no es esa mera capacidad de pensar en privado de la que gozan los ciudadanos, sino la materialización real de esa libertad de pensamiento a través de otros derechos a los que, indefectiblemente, y como atinentes también a la propia dignidad humana, habría que incluir entre los derechos inviolables. Se refería, obviamente, Fichte, y con un criterio que no sólo no debiera ser olvidado tanto por los prácticos de la política, como por los profesionales universitarios de las Ciencias Jurídicas en cualquiera de sus ramas, sino al que, por lo menos en lo que hace a la, de modo más que lamentable, cada vez más autoritaria España, es preciso volver, a la concreción que esta libertad de pensamiento de los hombres, —y que, de una u otra suerte, aparecería ya consagrada como un auténtico derecho fundamental en los distintos Códigos Constitucionales, y cuya protección jurídica y política es, de cualquiera de las maneras, lo que pretendió articular el Legislador Constituyente español en el artículo 16, puesto, naturalmente, en relación con lo establecido en los dos primeros párrafos del artículo 53—, conoce a través de la libertad de expresión, la libertad de creación literaria, artística científica y técnica, la libertad de cátedra y la de “comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. Y es que, lo que sucede es que en el ámbito de la realidad política y jurídica, que no en el de las grandes y retóricas declaraciones jurídico-formales, es tan sólo a través del libre ejercicio de estos segundos derechos y libertades, como puede, en rigor, entenderse que la libertad de pensamiento goza de una auténtica entidad y realidad. Y, siendo así, de lo que se trataría sería de articular mecanismos jurídicos adecuados para garantizar a los ciudadanos el libre y pacífico ejercicio de esta nota basilar para su propia calificación como auténticos hombres.

Del mismo modo, consideramos que, por las circunstancias antes expuestas, resulta oportuno, y altamente pertinente, poner de relieve aquí que las antes aludidas afirmaciones de Fichte, y tanto en su contenido formal como en su contenido material, ejercieron una más que sobresaliente influencia en

las construcciones de los más importantes tratadistas de la que puede ser identificada como la Teoría del Estado y de la Constitución de Weimar. Nos estamos refiriendo, de una forma muy particular, Heller, Smend y a Kelsen.

Por lo que hace al primero de ellos, nadie puede desconocer que Heller incidirá especialmente en la perentoria necesidad de garantizar este derecho inviolable. Cosa que, como es lógico, hará, de una manera muy brillante, desde su particular método de estudio de las Ciencias Constitucionales, el cual, de todos debiera ser bien conocido, le llevaba a redactar todos sus trabajos en un diálogo permanente no sólo con el resto de los estudiosos del Estado, la Política y el Derecho, sino también, y con igual importancia, con la propia realidad jurídica y política del Estado. Método este que, como no podría ser de otra manera, le llevará a reivindicar la efectividad de este derecho ante su continua violación por parte de los regímenes autoritarios y autocráticos, los cuales, empero, si reconocerían la libertad de pensamiento, y consecuentemente, todas sus materializaciones reales, desde un punto de vista jurídico-formal. Así, nos encontramos con que ya en 1926, el genial constitucionalista y politólogo socialdemócrata alemán procedió a la reivindicación de la libertad de pensamiento, entendida en su dimensión de libertad científica y libertad de hacer públicas las conclusiones a las que el jurista teórico pudiera haber llegado en el curso de sus investigaciones, desde la denuncia de la continua violación que aquélla era objeto por parte de los gobernantes de la monarquía constitucional alemana. Y, en todo caso, lo volvería hacer, en su magnífico escrito de denuncia de la realidad jurídica y política de la Italia de Mussolini: “Europa y el fascismo”, dando cuenta de cómo el totalitarismo fascista había comenzado un proceso de eliminación total del derecho a la libertad de expresión, y de manera fundamental en el ámbito de la Universidad. Proceso éste que, innecesario es aclararlo, alcanzaría su máxima expresión en el otro gran régimen del totalitarismo fascista y que afectaba también a Alemania. Nos estamos refiriendo, lógicamente, a la decisión del Gobierno nacional-socialista alemán de atribuir a Reinanhard Höhn¹⁸² –cuyo programa, como puso de relieve Pedro De Vega, sobre la nueva *Staatslehre* y el nuevo *Staatsrecht* sería escandalosa inicialmente seguido por los Binder, Jerusalem¹⁸³, Krüger¹⁸⁴, Tatarin-Tamheyden¹⁸⁵, etc.–, la facultad de decidir, junto a los otros constitucionalistas oficiales del régimen: Huber¹⁸⁶, Köllreuter¹⁸⁷, Rosenberg¹⁸⁸, Vögelin, Walz, no sólo cuál era el contenido de las investigaciones propias de las ciencias constitucionales, sino la de determinar quien hacía o no una auténtica Teoría del Derecho Constitucional, y que, en última instancia, le permitía el convertir en enemigos políticos, en el sentido que a esta expresión le atribuía Carl Schmitt¹⁸⁹, a los discrepantes académicos, del mismo modo que podía convertir en enemigos académicos a los discrepantes políticos. Represión ésta que Heller, por haber fallecido, en Madrid, el 5 de noviembre de 1933, sólo sufrió parcialmente¹⁹⁰.

Por su parte, el autor de la célebre “*Verfassung und Verfassungsrecht*” se sumaría, también, y como seguramente no podría ser de otra manera, a la reivindicación de la defensa de la libertad de pensamiento. Lo hizo, en efecto, en el marco de sus especulaciones sobre la “*Integrationslehre*”, y, de cualquiera de los modos, concretando aquella libertad de pensamiento reivindicada por el filósofo y jurista de Rammenau en su más evidente manifestación material: la libertad de manifestar libremente

lo que se ha pensado. Así, nos encontramos con que para Smend¹⁹¹ la libertad de expresión constituye un contenido nodular de la Democracia Constitucional, en el sentido de que su consagración en el más alto nivel normativo del Estado, y fundamentalmente su posible ejercicio vienen a poner a prueba la propia capacidad de integración social y política que encierra el Texto Constitucional de que se trate.

Por último, es menester indicar, y además es altamente interesante el hacerlo, que esta misma tesis fichtiana con la que, como acabamos de ver, actuaban Heller y Smend, sería también recogida por el más brillante, lúcido, capaz y, con toda probabilidad, más inteligente de todos los constitucionalistas adscritos al método del positivismo jurídico formalista a ultranza. Y es necesario indicar, asimismo, que la tesis del de Rammenau es recogida por Kelsen desde un doble orden de consideraciones. En primer lugar, el austriaco considerara, como lo había hecho ya Fichte, fundamental para la existencia del régimen democrático la efectividad real de la libertad de pensamiento a la hora de proceder a la conversión de las distintas ideas políticas en normas jurídicas de obligado cumplimiento. Desde esta perspectiva, Kelsen¹⁹² concretará el contenido de la libertad de pensamiento en la libertad de discusión de las distintas organizaciones político partidistas en el marco del proceso normativo desarrollado en el seno del parlamento, desde la idea, básica por lo demás, de que está libre discusión entre los distintos partidos políticos acaba concretándose en la legitimidad que otorga a las normas del Derecho Positivo el que las mismas sean el fruto del juego de la relación dialéctica entre las mayorías las minorías parlamentarias. Y si esto era así en los años 1920-1921, nos encontramos, en segundo término, con que en 1933, y viéndose de nuevo amenazado por las prácticas de unos gobernantes partidarios del totalitarismo nacional-socialista, —el cual, por lo demás, se había servido muy gustosamente de todo aquel arsenal técnico que, aunque tratando de hacer imposible el ascenso de los totalitarismos y, además, poniendo todo su ingenio al servicio de la defensa de la Democracia Constitucional (A. La Pergola¹⁹³, A. Baldassarre¹⁹⁴, P. De Vega), le había proporcionado toda su obra del normativismo logicista a ultranza, lo que, en último extremo, le permitió afirmar a Neumann¹⁹⁵ que, debido a la aparente neutralidad e indiferentismo ideológico que presidía la redacción de todas sus especulaciones sobre la *Reine Rechtslehre*, así como su, también más aparente que real, tolerancia respecto de la actuación política de los gobernantes siempre y cuando éstos respetasen escrupulosamente las formas jurídicas, los escritos del insigne constitucionalista positivista vienes resultaron no sólo decisivos para que pudiera justificarse la implantación de los totalitarismos fascistas en el primer tercio de la pasada centuria, sino también, y con una mayor importancia, para facilitar su consolidación y desarrollo—, respecto de los Profesores universitarios, y principalmente los que profesaban una ideología democrático y progresista —recuérdese, este respecto, que en 1930 Kelsen se vio, de una u otra forma, obligado a abandonar su Austria natal, gobernaba ya por las fuerzas políticas autocráticas y que, finalmente, acabarían incorporando la República democrática austríaca, que a nivel jurídico-formal se concretaba en la Constitución de 1 de octubre de 1920, en cuya redacción tanto tuvo que ver el indiscutido líder espiritual del llamado “Grupo de Viena”, para instalarse en la República de Weimar y, en ésta, ejercer libremente su libertad de cátedra—, así como teniendo en cuenta lo que había sucedido, y que el genial constitucionalista socialdemócrata había denunciado de manera categórica como uno de aquellos supuestos en los que los totalitarismos fascistas del período entre guerras se habían servido, y gustosamente, de las viejas concepciones que sobre esta materia habían operado en el marco del Imperio guillermino y que habían encontrado en los autores de la vieja Escuela Alemana de Derecho Público sus justificadores en el plano jurídico y formal, Hans Kelsen, en su escrito sobre “Forma de Estado y visión del mundo”, se preocupó en concretar ese carácter de libertad inalienable, y por lo tanto al margen de la capacidad de decisión, y por supuesto de represión, de las autoridades políticas y académicas, en relación con el libre ejercicio de esa “libertad de ciencia” que, al igual que sucedía con el genial constitucionalista socialdemócrata, le era tan cara, para reivindicar que en el marco de la vida de un auténtico Estado Constitucional, y como rasgo inherente al mismo, lo característico y lo propio

es el que nadie puede ni atribuirse la facultad de decidir qué es lo que debe y puede investigarse, ni tampoco la de determinar el cómo ha de llevarse a cabo esa investigación y a quien se puede o no se puede citar en la misma; y ello, aunque las conclusiones a las que se pueda llegar en ese estudio resulten contrarias a los intereses, siempre puntuales y coyunturales, de quien, en el momento que sea, ocupen el poder político ordinario en el Estado.

No es menester, según nuestra modesta opinión, dedicar mucho tiempo a justificar el que los temores expresados, de la manera que hemos visto, por Heller, Smend y Kelsen en modo alguno resultaban injustificados. Todos los que nos dedicamos al estudio de la Teoría del Derecho Constitucional estaremos, sin duda alguna, de acuerdo en esto, que, por lo demás, resulta fácilmente comprensible. Bastará, en este sentido, con tomar en consideración que, frente a lo que había sido la práctica democrática de la República durante los años de vigencia real de la Constitución de 1919, y que queda fehacientemente demostrada con la amplísima libertad de la que gozó, por ejemplo, Schmitt para preparar el definitivo triunfo del nacional-socialismo, la negativa del ultraconservador y monárquico Heinrich Triepel a aceptar un puesto político en la dictadura hitleriana determinó el que éste hubiese de jubilarse para, en último extremo, evitar que le fuera aplicada la Ley para la Reconstrucción del Funcionariado, de 7 de abril de 1933, aunque para ello los gobernantes totalitarios hubieran de apelar al hecho de que algunos familiares de su mujer estaban emparentados con judíos o que alguno de sus más brillantes discípulos, entre ellos Leibholz, fueran de esta etnia.

Lo que sea, lo que de verdad nos interesa, e importa, en este trabajo, es señalar que si, como acabamos de ver, la libertad de pensamiento, y todas las posibilidades en la que esta se manifiesta y materializa, continuó ocupando un papel central en la determinación de cuáles son los derechos que afectan, de modo directo e inmediato, a la dignidad humana en el marco del Estado Constitucional democrático y social, es lo cierto que el contenido de tales derechos iba a experimentar un sobresaliente aumento. Fue, como nos dicen, por ejemplo, y entre otros, Mortati¹⁹⁶, Baldassarre¹⁹⁷ y De Vega, en los procesos constituyentes con los que se inauguró esta última forma política y jurídica donde la interpretación clásica de la dignidad humana, y de los modos en que ésta debía ser jurídicamente protegida frente a la actuación política del gobernante iba a comenzar a mudar. En efecto, fue en el marco de la Constituyente mexicana de Querétaro, en 1917, y en la alemana de Weimar, de 1919, donde comenzó, de una manera que bien podemos calificar de definitiva, a abrirse paso la idea de que esa dignidad humana de la que, como hemos dicho, hablaba ya Thomas Moro no se agotaba, y ni mucho menos, en la libertad de pensamiento, sino que la misma abarcaba, y afectaba, a otras muchas cuestiones. Fue así como comenzaron a introducirse en los distintos Textos Constitucionales las referencias a problemas tales como la salud, la educación, el trabajo digno, y el concepto de vivienda digna y adecuada. Inclusión ésta que tenía por finalidad básica y fundamental la de que al constitucionalizar los derechos atinentes a la dignidad humana como, por utilizar la expresión de Hesse, “derechos fundamentales sociales”, se deriva, como, entre otros muchos constitucionalistas, ha señalado Peter Badura¹⁹⁸, una responsabilidad social general de su materialización en el marco de un Estado Constitucional democrático social.

Y lo hace, como ha de ser inconcuso para todos, transformando radicalmente el régimen jurídico que tales materias habían tenido en el marco del Estado Constitucional liberal. Téngase en cuenta que frente a la concepción propia del viejo Estado burgués de Derecho, donde la prestación de estos servicios quedaba confiada al sector privado, y en no pocas ocasiones el que la mayoría de los ciudadanos del Estado, –naturalmente, los económicamente más necesitados, pero no sólo ellos–, pudiesen disfrutar de unos tales derechos dependía de la buena voluntad de las clases económicamente más poderosas en el ejercicio de la beneficencia, ahora, en el Estado Constitucional democrático y social, concebidos ya aquéllos como auténticos derechos atinentes a la dignidad humana que, en todo caso, integran el contenido básico y esencial de aquello que, de forma despectiva, Ernst Forsthoff había bautizado con el nombre de “procura existencial”, y cuya satisfacción puede tan sólo corresponder al Estado en cuanto que, como ya habían visto Rousseau y Fichte, instrumento de liberación de los hombres. Y ocurre, además, que este ha de prestar estos derechos sociales, no para

asegurar la mera subsistencia de sus ciudadanos, sino con la finalidad de conseguir elevar el nivel de vida de todos los ciudadanos, y principalmente el de los económicamente más necesitados.

Lo anterior, estimamos, a ningún profesional de las Ciencias Constitucionales puede extrañarle. Al fin y al cabo, para todos los constitucionalistas debiera constituir una auténtica evidencia el que el moderno Estado Constitucional democrático y social, cuyo concepto, por lo demás, enlazaba con la vieja idea decimonónica, que ya había sido fuertemente criticada por Marx y Engels, de establecer un “libre Estado popular”, y que, de cualquiera de las maneras, había sido atacado, y desde lo que Heller calificaba de “marxismo liberal-anarquizante de corte soreliano”, por Lenin¹⁹⁹, es el resultado de la actuación de una izquierda democrática (de una manera muy fundamental, integrada por el democratismo, el democratismo radical y el socialismo democrático) a la que, como indicó el Maestro Pedro De Vega, le corresponde el gran mérito de, oponiéndose por igual a las simplificaciones abusivas y distorsionantes del marxismo liberal-anarquizante de corte soreliano, y que, tal vez, encontró en el socialista Max Adler²⁰⁰ uno de sus más insignes representantes, como a las concepciones del inicial pensamiento político liberal y conservador, haber sabido rescatar ese papel y esa significación originaria²⁰¹ del Estado, –que hubo de ser incluso reconocida por el propio Friedrich Engels–, como auténtico instrumento de liberación de los hombres. De esta suerte, nada de extraño tiene que, recogiendo la concepción del democratismo y del democratismo radical sobre la República –que, como nadie puede ignorar, estaba construido sobre las especulaciones teóricas de Jean-Jacques Rousseau–, como la de los socialistas Lassalle, Bernstein²⁰², Bauer²⁰³, Kautsky²⁰⁴, Cunow²⁰⁵, Marck y Renner²⁰⁶, procediera a configurar al Estado social y democrático de Derecho como un Estado social soberano interventor, entendido como un Estado fuerte y libre (Renner), que debe participar en la vida económica como el gran planificador (Fichte), para, así, lograr una mayor eficacia, al mismo tiempo que se obtengan los públicos beneficios de aquella actividad (Bernstein), y que debe convertirse, en último término, en el Estado empresario prestador de servicios (Cunow), cuya principal misión era la de conseguir elevar el nivel de vida de todos sus ciudadanos, principalmente, y como no podría ser de otra manera, el de aquéllos que se encontraban más necesitados, y que, de cualquiera de las maneras, se correspondía con la mayor parte de los ciudadanos.

Lo de menos, y en cierto modo por cuanto que se trata de una evidencia, sería detenernos, aquí y ahora, a señalar que la prestación de todos estos servicios que integran la procura existencial, y que, como decíamos, van incrementándose y concretándose de modo paralelo al propio desarrollo económico, social y tecnológico de la sociedad –debemos, a este respecto, a Konrad Hesse la acertada observación de que en la actualidad le corresponde al Estado el garantizar el disfrute de una serie de materias que no habían sido ni siquiera imaginadas por los Constituyentes del primer tercio de la pasada centuria, y que hoy resultan indispensables para la vida satisfactoria de la población; siendo así que junto a todos esos contenidos que hemos identificado antes (salud, educación, trabajo digno, vivienda), y a los que habría que añadir, como con concreción de aquéllos, la garantía de las comunicaciones y el transporte, hoy se incorporarían al concepto de derechos atinentes a la dignidad humana, como derechos sociales, cuestiones tales como el disfrute de la luz, el agua corriente o incluso, y como están defendiendo algunos de los partidos políticos que hoy actúan en España, el derecho a disponer del acceso a Internet–, lejos de ser, como había afirmado Forsthoff, un instrumento ideado por las fuerzas políticas progresistas para, al eliminar el libre juego del principio de la

autonomía de la voluntad, someter a su arbitrio a los ciudadanos, y que, como es de todos, sin duda bien conocido, le llevó a la afirmación de que el constitucionalismo democrático y social, y mucho más cuando éste ya se configura definitivamente como un Estado social y democrático de Derecho, ponía en marcha una nueva manifestación de la forma política y jurídica “Estado” que, a la postre, resultaba mucho más autoritario de lo que, según su opinión, había llegado a ser el Estado hitleriano, tiene, empero, la gran virtualidad de convertir verdaderamente al Estado bien constituido en el gran garante de la libertad real de los individuos. Lo que, en definitiva, logra justamente por cuanto que al limitar el libre juego del principio de la autonomía de la voluntad en aquellas relaciones jurídicas donde, en contra de lo que pudiera suponerse desde el punto de vista puramente jurídico-formal, las partes no se encuentran en una situación de auténtica igualdad, e incluso excluir del ámbito de vigencia de este principio en no pocas materias imprescindibles para el propio desarrollo de la vida de los ciudadanos, es cuando, y en contra de lo afirmado en 1819 por Constant, se asegura y garantiza que el ciudadano va a ser absolutamente libre en sus relaciones privadas desde la plena, radical, absoluta y definitiva afirmación de la libertad de éstos en el terreno de lo público. Lo que nos interesa es dejar constancia de que este cambio en la concepción de lo atinente a la dignidad humana fue, justamente, lo que determinó que todos los contenidos que afectaban a ésta comenzasen a ser constitucionalizados como derechos sociales, es decir, como derechos de *status*, cuya satisfacción se convierte, en realidad, no en un auténtico obstáculo para la efectividad de los viejos derechos liberales, sino, muy al contrario, en su auténtica garantía.

Y, en un tal contexto, fácil debiera ser para todos los profesionales de las Ciencias Jurídicas comprender que con el reconocimiento constitucional de la existencia de esos derechos atinentes a la dignidad humana, es decir, de los derechos sociales, así como la proclamación de que es al sector público al que le corresponde establecer las condiciones para que los mismos puedan ser disfrutados por los ciudadanos, surgió el problema de cuál es la eficacia jurídica de la libertad civil. Problemática ésta que, nadie puede, ni debiera ignorarlo, había constituido, como yo aprendí desde el primer momento de mi muy querido y admirado Maestro, un objeto de atención prioritario y constante para el pensamiento político democrático, y desde el origen mismo de la Humanidad.

No voy, como es lógico, y por razones de espacio, a detenerme a realizar ante ustedes una exposición exhaustiva y pormenorizada de cuáles fueron las distintas soluciones jurídicas y políticas que a lo largo de la Historia se fueron ideando, desde el punto de vista teórico, para tratar de hacer reales y efectivas las viejas ideas de “Democracia”, “Libertad” e “Igualdad”, y que debieron haber culminado con la aparición histórica del Estado Constitucional en cuanto que régimen de libertad total. No obstante, lo que no podría, ni, por otra parte querría, dejar de hacer es consignar el hecho, por lo demás incontrovertible, de que, si como acabamos de ver, la problemática sobre el cómo podría hacerse real y efectiva la libertad de los individuos debiera haber quedado definitivamente resuelta con la entrada en escena de los esquemas jurídicos y políticos propios del constitucionalismo, es lo cierto, empero, que nos encontramos ante una cuestión todavía pendiente de resolución.

No la encontré, en efecto, en el viejo Estado Constitucional liberal. Por lo menos, y constituyendo una de las más patentes y manifiestas divergencias entre la tradición constitucional de los Estados Unidos de América y la tradición jurídica y política europea, que, refiriéndose de manera expresa a la eficacia jurídica de las normas constitucionales declarativas de derechos, había sido brillantemente expuesta por el constitucionalista francés Laboulaye²⁰⁷, en lo que se refiere al Viejo Continente. Circunstancia ésta que no ha de ser, según nuestro modesto parecer, muy difícil de entender, comprender y compartir. Lo que, en el fondo, sucedió es que frente al entendimiento que operó en Estados Unidos de que los derechos fundamentales y libertades públicas formaban parte de la voluntad soberana del Pueblo, expresada normativamente en el texto de la Constitución, y que, por esta misma causa, los preceptos declarativos de derechos se presentaban como auténticas normas jurídicas obligatorias y vinculantes, fue muy otro el entendimiento que operó en Europa. En efecto, lo que caracterizó, en esta materia, el constitucionalismo liberal europeo fue el que en el operó lo que, como ya hemos señalado, Carré de Malberg llamó la concepción iusnaturalista de los derechos fundamentales. Ésta, como es, sin duda, de todos los constitucionalistas bien conocido, se concretaba en que los derechos fundamentales eran entendidos como algo anterior, externo y ajeno al propio Estado, y cuya eficacia jurídica terminaba dependiendo de que los mismos fuesen desarrollados por la legislación ordinaria de ese determinado Cuerpo Político.

Innecesario debiera ser aclarar que se generaba, de esta suerte, el que fue, de modo indiscutible e inapelable, el gran fallo del Estado burgués de Derecho europeo y en su condición de garante de la libertad de los individuos. Fallo éste que, en última instancia, se deriva de las propias contradicciones lógicas que se derivaban de los esquemas jurídicos y políticos sobre los que éste había sido erigido. Y pocas dudas pueden existir, en nuestra modesta opinión, de que todas estas contradicciones se derivaban tanto de la propia teorización realizada, y desde la absoluta aceptación de los esquemas mentales que habían sido trazados, en 1717, por John Wise, por Sieyès sobre la mecánica del proceso constituyente, como de la concepción que los liberales mantuvieron sobre la propia libertad civil como, repitémoslo, algo anterior, externo y ajeno al propio Estado. Y es que, resultado de estas concepciones es el que si bien se afirmaba, de manera prácticamente unánime, y tanto por los prácticos de la política como por los estudiosos de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado —cabe recordar, a este respecto, la tesis defendida por, p. ej., juristas tan relevantes como lo son Georg Jellinek, Adhémar Esmein o Raymond Carré de Malberg sobre la problemática suscitada por la ausencia de la tabla de derechos en la Constitución francesa de 1875, y la pretensión de vigencia tácita, en la misma, de la Declaración de Derechos de Hombre y el Ciudadano de 1789—, que las declaraciones de derechos, contenidas en esos documentos escritos formales y solemnes nacidos de los grandes procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII, condicionaban la voluntad del *Pouvoir Constituant* mismo a la hora de proceder a la organización del propio Cuerpo Político, sucedía, en cambio, y como yo aprendí, y desde el primer momento, de las enseñanzas del Doctor De Vega, que, al no incorporarse el momento de la libertad al momento del pacto social y, en consecuencia, no formar parte de la voluntad del *Pouvoir Constituant*, las normas declarativas de derechos se vieron condenadas, de manera tan fatal como irremediable, a disolverse en el campo de la retórica y de las buenas intenciones. Tanto más cuanto que el desarrollo a través de la legislación ordinaria de esos derechos fundamentales reconocidos dependía de la actuación de una burguesía conservadora que, como sabemos, controlaba efectivamente, y como consecuencia de la vigencia del derecho de sufragio restringido, todos los resortes del poder en el Estado y que, además, y como tuvieron el acierto de comprender los sectores más conscientes del socialismo democrático (F. Lassalle), y los del democratismo y del democratismo radical, se mostraba muy reacia a aprobar leyes que pudieran favorecer a la mayoría del cuerpo social, con la consiguiente pérdida de beneficios y privilegios para ellos mismos.

Lo anterior, que, en todo caso, no hacía sino venir a negar la propia esencia del Estado Constitucional en cuanto que régimen de libertad total, no ha de ser muy difícil de entender, comprender y compartir. Bastará, en este sentido, con tomar en consideración que a lo que conducía esta comprensión, por seguir utilizando aquí la terminología de Carré de Malberg, iusnaturalista de los derechos fundamentales era, pura y simplemente, a una situación jurídica en donde la eficacia de los preceptos declarativos de la libertad civil, y lo mismo da que los mismos estuviesen integrados en el propio texto de la Constitución, como el que formalmente la declaración de derechos estuviese en un documento escrito, formal y solemne separado de aquélla, terminaba dependiendo no, y ni mucho menos, del hecho de que tales derechos y libertades hubiesen sido reconocidas a los ciudadanos, sino, por el contrario, de la actuación de quienes ocupaban las situaciones de poder en el marco de esa determinada Comunidad Política. Y ello, por la muy sencilla y simple razón de que lo característico del constitucionalismo liberal europeo fue el que, como escribió, por ejemplo, Herbert Krüger, “los derechos únicamente valían en el marco de las leyes”²⁰⁸.

Y de todos los estudiosos de la Política, el Estado y el Derecho debiera ser bien conocido que esta situación en la que la libertad civil acababa, o, al menos, podía acabar, siendo una mera ficción en manos de los gobernantes, se eliminó, por lo menos en vía de principio, con la sustitución del viejo Estado Constitucional liberal por el moderno Estado Constitucional democrático y social. De igual manera que, creemos, todos ellos han de ser bien conscientes de que este efecto, con el que de una suerte u otra va a producirse la equiparación entre la tradición constitucional estadounidense y la tradición jurídico unión política europea, se produce como consecuencia de haberse comprendido también en el Viejo Continente que la libertad de los ciudadanos tan sólo puede adquirir auténtica entidad, realidad y eficacia cuando el Estado se organiza tomando las ideas y el principio democrático como criterio inspirador, vertebrador, fundamentador y articulador. Debemos, en este sentido, a Pedro De Vega una observación fundamental al respecto. En este sentido, señala el Maestro que la sustitución del viejo Estado Constitucional liberal por el nuevo Estado Constitucional democrático y

social vino determinada, en muy buena medida, como consecuencia de que en la Europa de finales de la primera posguerra mundial se aceptaba por fin, y sin ambages de ningún tipo, la lógica derivada de las ideas y del principio democrático. Y es menester tomar en consideración que, como, en las observaciones aludidas, expone el Maestro Pedro De Vega, lo que sucede es que de la aceptación, ahora incondicionada, del dogma político de la soberanía popular, habrían de derivarse, inevitablemente, no pocas consecuencias en cuanto a su configuración. Para empezar, nos encontramos con que el abandono de las ideas y del principio monárquico en favor de las ideas y del principio democrático generaron una, por lo demás, nada despreciable alteración, y no obstante seguir en el marco de la teorización realizada por John Wise, por lo menos en cuanto a los conceptos se refiere, de la propia mecánica del proceso constituyente. En efecto, a nadie puede ocultársele, o por lo menos, a nadie debiera ocultársele que desde la verificación de la revolución alemana de los primeros años de la pasada centuria, se produjo en Europa un cambio, y substancial, en el orden en el que aquellas etapas o fases descritas por el reverendo de Nueva Inglaterra habrían de realizarse. Siendo así, lo que sucede es que con la entrada en escena del constitucionalismo democrático y social se entenderá, y en muy buena medida por cuanto que en este momento histórico, y con carácter general, en Europa ya no se trataba de proceder a la creación de un Estado, sino, por el contrario, a la refundación del mismo, que todo proceso constituyente que realmente lo sea debía arrancar no del “momento de la libertad”, sino del “momento del pacto social”, al que seguiría el momento constituyente en el que, inexorable e indefectiblemente, quedaría integrado el contenido material del momento de la libertad.

Y no se requiere ser en exceso sagaz y perspicaz para comprender que, inevitablemente, todo lo anterior habría de tener una muy clara repercusión respecto de la eficacia jurídica de los derechos y libertades de los individuos. Frente a la, ya conocida, idea del constitucionalismo liberal, en virtud de la cual la eficacia jurídica de los derechos reconocidos a los individuos dependía, única y exclusivamente, de que los preceptos constitucionales que los reconocían y proclamaban fuesen efectivamente desarrollados por el legislador ordinario, en el marco del moderno Estado Constitucional democrático y social se va a afirmar el principio contrario. Esto es, que el carácter jurídicamente obligatorio y vinculante de los preceptos constitucionales declarativos de derechos y libertades se desprende de que los mismos, y al igual que sucede con el resto del articulado del Código Constitucional, son la expresión normativa de la voluntad del Poder Constituyente originario, el cual, y en tanto en cuanto que es el único depositario legítimo del ejercicio de la soberanía, impone su voluntad a todos, y con independencia de si se trata de poderes públicos o de poderes privados. Lo que, traducido en otros términos, significa que, finalmente, los derechos valen en la medida en que forman parte del Código Jurídico-Político Fundamental. De donde, ni que decir tiene, se deriva una especial vinculación, que fue ya proclamada por el Legislador Constituyente alemán de 1919, para los poderes constituidos, en el sentido de que como escribe, por ejemplo, Hans-Peter Schneider, el legislador no puede aprobar ninguna ley, el poder ejecutivo no puede decretar ningún acto administrativo y la jurisdicción no puede fallar ninguna sentencia que sean incompatibles con las garantías de los derechos fundamentales²⁰⁹. Pero, al mismo tiempo, se deriva de la propia lógica interna del Estado Constitucional democrático y social, y si bien sea a nivel teórico, que también los poderes privados deben respetar, y cumplir, los mandatos de los preceptos constitucionales declarativos de derechos y libertades.

Ahora bien, si esto es así, y efectivamente lo es, debemos advertir, y de forma inmediata, que es lo cierto que la eliminación de aquel gran absurdo que caracterizaba al Estado burgués de Derecho, se presentaba como algo real en el ámbito de lo lógico, aunque no, y por lo menos en un primer momento, en el ámbito de la realidad efectiva y real. Y es que, como a nadie puede ocultársele, fueron no pocos los problemas que se presentaron en la práctica de la dinámica jurídica y política de la Europa de la primera mitad del siglo XX para que la fuerza jurídica obligatoria y vinculante de los preceptos declarativos de derechos gozase de una auténtica, e indiscutida, realidad. Lo que, ni que decir tiene, se hará especialmente cierto en relación con los derechos sociales, en cuanto que, por afectar de un modo directo e inmediato a la dignidad de la persona, contenidos substanciales de esos derechos inviolables de los que, como ya hemos señalado, habla la doctrina constitucionalista italiana. Veámoslo, aunque de manera sucinta, con algún detalle.

Nadie puede ignorar, o, al menos, ningún profesional universitario de las Ciencias Jurídicas debiera desconocerlo, que la lógica inherente a los presupuestos medulares sobre los que se edificaba el moderno Estado Constitucional democrático y social se encontró presente, y muy presente, en los

debates de las distintas Constituyentes europeas que actuaron después del fin de la Primera Guerra Mundial. La de Weimar no fue, ni mucho menos, sino más bien lo contrario, una excepción a esta regla. Lo que, en el fondo, a nadie debiera extrañar. Al fin y al cabo, seguramente no podría ser de otra manera tomando en consideración que en la misma tenían una amplísima mayoría las fuerzas del democratismo, del democratismo radical y del socialismo democrático, las cuales hacían suyo aquel principio, enunciado ya por el reverendo John Wise en 1717, y que, de cualquiera de las maneras, había sido reivindicado, frente a la renuncia que sobre este particular venía demandando el más radical de los positivismo jurídicos formalistas (H. Preuss²¹⁰, H. Krabbe, H. Kelsen), por el más lúcido, capaz y brillante de todos los autores adscritos al antiformalismo democrático en el período entreguerras: Hermann Heller, conforme al cual la voluntad del titular de la soberanía en el Estado se impone a todos, incluso a aquéllos que discrepen de la misma. Siendo así, nos encontramos con que en el proceso de elaboración, discusión y aprobación de la Constitución alemana de 1919 se afirmó por los miembros de la Constituyente que las normas constitucionales declarativas de derechos deberían gozar, al igual que el resto de las normas contenidas en el Código Constitucional, de una fuerza jurídica obligatoria y vinculante directa. Ahí están, por ejemplo, las intervenciones que, en cuanto que prácticos de la política, realizaron en dicho proceso constituyente por, y por poner tan sólo algún ejemplo, Hugo Preuss y Richard Thoma²¹¹. El primero de ellos, que tuvo un papel central en el proceso de redacción de este documento de gobierno, y al que, siendo el profesional universitario de las Ciencias Jurídicas más izquierdista de cuantos formaron parte de la Asamblea Constituyente alemana de 1919, se le reconocía como uno de los más influyentes tratadistas de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado, defendería, en su condición de demócrata radical, la comprensión de la declaración de derechos fundamentales como un programa de acción común inmediata, cuyas disposiciones habrían de contar con una eficacia jurídica inmediata. Por su parte, Thoma, también en su condición de práctico de la política, sentaría el principio de que cuando media una disposición en materia de derechos fundamentales deberá presumirse que se está en presencia de un derecho directamente aplicable, y ello aunque el derecho reconocido constitucionalmente no haya sido desarrollado por el legislador ordinario.

Ocurre, no obstante, que, a pesar de tan tajantes y solemnes declaraciones hechas en sede parlamentaria, la dinámica política y jurídica real discurrió por otros derroteros. Circunstancia ésta que, en muy buena medida se debió al modo en que, otorgando auténtica entidad y realidad a la denuncia realizada por Triepel sobre las grandísimas contradicciones en que solían incurrir el más radical de los positivismo jurídicos formalistas como consecuencia de su afirmación de las dos verdades, los juristas actuaron dogmáticamente en relación con el problema de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales. Y es que, y de modo que no puede considerarse más que paradójico, nos encontramos con que, como sagazmente, y en su escrito “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional” –del que nos reconocemos públicamente tributarios–, ha señalado De Vega, fueron no pocos los tratadistas de las Ciencias del Derecho del Estado adscritos al método del positivismo jurídico formalista puro que, pese a no ignorar, al menos en su condición de prácticos de la política, las implicaciones que se derivaban de la aceptación incondicionada del principio democrático como criterio inspirador, vertebrador, articulador y fundamentador de la nueva manifestación estructural de la forma jurídica y política “Estado Constitucional”, se empeñaron en seguir explicando la problemática de los derechos fundamentales desde parecidos planteamientos metodológicos y similares contenidos dogmáticos a los que utilizó la doctrina clásica del *Staatsrecht*, sus conclusiones no podían diferir en mucho de las consecuencias que se derivaban del Derecho Constitucional elaborado por la Escuela Alemana de Derecho Público. Ahí están como prueba, y de manera irrefutable, los escritos académicos realizados bajo la vigencia de la Constitución de Weimar por Preuss²¹², Anschütz²¹³ y Thoma²¹⁴. Escritos todos ellos que, como nadie

debiera desconocer, dieron lugar a que Smend denunciase que, a pesar de la significación que tenía el hecho de que se había verificado la revolución de 1918-1919 con la que se producía la ruptura total con los esquemas jurídicos y políticos que habían operado en el Imperio guillermino, y de un modo muy particular en lo que se refiere a la problemática de la libertad civil, en donde, como advierte, por ejemplo, Heller el Constituyente weimariano había tomado conciencia de que el “núcleo de las ideas liberales ha implantado, [...], un gran número de instituciones político-jurídicas y sociales, que sin duda alguna están tan arraigadas en el complejo de nuestra cultura, que sólo con ella podrán desaparecer. Aún una comunidad socialista habrá de edificarse sobre esas bases, y reconocer los Derechos humanos del individuo. La Constitución de Weimar ha apreciado la gran importancia actual de los Derechos fundamentales”, parecía que los derechos fundamentales, reducidos en su proclamación constitucional a unas meras normas programáticas, seguían siendo en cuanto a su eficacia real parte del Derecho Técnico Ordinario.

Se producía, de esta suerte, una situación de paradójicos contrastes, y que va a influir, de manera inevitable, en el juicio valorativo que suele hacerse sobre la muy venerable Constitución alemana de 11 de agosto de 1919. En efecto, ha de tomarse en consideración que, por un lado, va a afirmarse, y de modo generalizado, por los constitucionalistas, y desde los más variados posicionamientos políticos y metodológicos, que constituyó, sin duda, el gran acierto del Legislador Constituyente alemán de 1919 el haber comprendido, como se había hecho ya también en la Asamblea Constituyente de Querétaro, que los derechos atinentes a la dignidad humana, reconocidos como “derechos inviolables” y convertidos ya en derechos sociales, se presentaban, inexcusable, forzosa e ineluctablemente, como unos auténticos derechos de *status*, y que, por ello mismo, se convertían en el elemento central no sólo para la justificación de los viejos derechos y libertades liberales, sino también como el requisito imprescindible para la propia satisfacción y disfrute de estos últimos. Asimismo, se valorará muy positivamente, y desde la ineludible aplicación de las fundamentales categorías de “espacio” y “tiempo”, el que, superada la primera propuesta de Hugo Preuss, quien, –y sin que ello pueda resultar extraño, sobre todo si se toma en consideración que, aunque muchas veces se ignora, y de una manera muy particular en la España de 1978 en los primeros años de la presente centuria, fue este, ciertamente, ilustre y meritorio texto el que, precisamente por su espíritu centralizador, sirvió, como, entre otros, ha puesto de relieve el Prof. Sigmann²¹⁵, de inspiración a la izquierda democrática, burguesa y obrera, en su actuación por lo menos hasta la destrucción del federalismo alemán por parte de Hitler–, tomando en consideración lo que se había hecho en aquella célebre “*Franckfurter Reichsverfassung*” o “*Paulskirche*” de 1849, y que jamás, y en lo que sí Justus Westerkamp²¹⁶ pudo calificar como uno de los más lamentables, deplorables, execrables y bochornosos episodios de la Historia alemana, Philip Zorn, por su parte, llegó a definirlo como la “acción más remarcable del rey [de Prusia]”²¹⁷ y, desde luego, la más conforme a sus propios intereses de mantener los esquemas jurídicos y políticos del absolutismo, en la medida en que, con ello, venía hacer imposible que la idea de soberanía del Pueblo gozase de una auténtica y verdadera eficacia en Alemania, por lo menos hasta la verificación de la Revolución de 1918 (H. Heller), llegó a entrar en vigor por la decisión unilateral de Federico Guillermo IV de Prusia, erigido ya la condición de Emperador de Alemania²¹⁸, se mostró partidario de no incluir en el Código Constitucional federal una declaración de derechos –lo que, como nadie puede ocultársele, y mucho menos a los profesionales universitarios de las Ciencias Constitucionales, significaba, de una u otra suerte, aceptar, para el supuesto de un auténtico *Bundesstaat*, en materia de derechos y libertades la solución adecuada para las Uniones de Estados de Derecho Internacional, en las cuales, por ser uniones de Estados soberanos, y no de ciudadanos, la problemática de la determinación del contenido de la libertad civil se presenta como una materia que inexcusablemente habían de abordar los Legisladores Constituyentes de cada uno de los Estados confederados, pero no del autor/autores del documento de gobierno confederal, y ello por la muy simple y sencilla razón de que la Confederación de Estados no constituye una Comunidad Política

única (L. Le Fur²¹⁹); lo que no deja de resultar sorprendente, sobre todo si se toma en consideración que Preuss, en su condición de ciudadano, que no en el de el egregio tratadista de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado, era militante del Deutsche Demokratische Partei, y que, en cuanto que demócrata radical rousseauiano que era, se mostraba partidario de organizar la naciente República de Weimar como una auténtica República jacobina—, el *Pouvoir Constituant* revolucionario alemán se mostrase bien generoso en el reconocimiento de estos derechos atinentes a la dignidad humana.

Ahora bien, si esto es así, no es menos cierto que está firmemente asentada en el imaginario colectivo de los constitucionalistas la idea de que el Legislador Constituyente alemán de 1919 no fue, empero, consecuente con su decisión anteriormente citada. En efecto, nadie puede desconocer que se ha repetido hasta la saciedad, y por muy distinguidos cultivadores de la Teoría del Derecho Constitucional, entre los que, a título de mero ejemplo, podemos traer a colación a Bachof²²⁰, Hesse, Schneider, Lombardi²²¹, Cascajo y Cruz Villalón²²², que si fue, indiscutiblemente, un gran mérito de los revolucionarios alemanes de 1918-1919 el haber procedido a un muy amplio reconocimiento de los derechos de los ciudadanos, y tanto en lo que hace a los clásicos derechos de libertad y políticos, como a los nuevos derechos inviolables o, si se prefiere, derechos sociales, constituyó, empero, uno de los mayores defectos del Código Jurídico-Político Fundamental alemán de 1919, el tratamiento que se hizo de los derechos fundamentales. De una manera más concreta, lo que se criticará es el que el Constituyente de Weimar, de un modo muy diferente a lo que había hecho el Constituyente mexicano de 1917²²³, había renunciado al establecimiento de lo que, utilizando la terminología de Cappelletti, podemos denominar, como estamos haciendo en este escrito, la “*La giurisdizione costituzionale delle libertà*”, articulada, básicamente, a través del control de constitucionalidad de las leyes y de institutos como el del juicio de amparo mexicano, la *Verfassungsbeschwerde* o el recurso de amparo español, y que hubiera contribuido, y grandemente, al dotar de auténtica eficacia y aplicabilidad a todos los derechos y libertades reconocidos en el Texto Constitucional²²⁴. Renuncia ésta que, en definitiva, se traducía en que el régimen jurídico de todos los derechos y libertades terminase siendo el mismo que el que éstos habían tenido en el marco del viejo Estado burgués de Derecho.

No es menester, según nuestro modesto parecer, realizar un gran esfuerzo intelectual para comprender que para la formulación de un tan negativo juicio sobre el régimen de Weimar, jugó un papel muy importante aquel, ya aludido, empeño de los, con toda probabilidad, más notables de los constitucionalistas adscritos al positivismo jurídico formalista, los Preuss, Anschütz y Thoma, y cuyo criterio, por lo demás, y como nos dice Forsthoff²²⁵—de ordinario, y en su empeño por tratar de ofrecer una explicación racional, y en términos jurídico-públicos, a aquel “Estado Total del Führer” que había sido teorizado por su muy ilustre Maestro: Carl Schmitt (P. De Vega), radical y tajantemente crítico con la Constitución alemana de 1919²²⁶—, tan sólo fue enérgicamente discutido por Smend y Schmitt, a quienes habría que añadir también, y como hizo ver, en 1994, Pedro de Vega, a Heller, en negar desde el punto de vista académico lo que, sin embargo, afirmaban como prácticos de la política. Nos estamos refiriendo, ni que decir tiene, a su decisión de tratar en el ámbito teórico la problemática de los derechos fundamentales obviando las consecuencias que para éstos tenía el hecho de que, justamente con el documento de gobierno que ellos estaban contribuyendo a aprobar, se hubiese producido en Europa la aceptación incondicionada, y sin ambages de ningún tipo, de las ideas y el principio

democrático como criterio inspirador, fundamentador, vertebrador y articulador del Cuerpo Político y que, como ya hemos señalado, de la mano de Schneider y De Vega, imponía la lógica contraria a la del Estado Constitucional liberal. Lógica ésta que, a la postre, y no importa repetirnos, se concretaba en el doble principio de que, por una parte, porque es la Constitución, en cuanto que norma jurídica que se deriva, de manera directa e inmediata, de la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant*, quien los reconoce, todos los derechos y libertades reconocidos por el Legislador Constituyente originario, así como por el poder de revisión constitucional²²⁷, han de ser obligatoriamente respetados tanto por el poder político, como por el poder privado. Y, por otra, resulta también consustancial a la definitiva aceptación y reconocimiento del principio democrático el que es el propio Código Constitucional el que establece el principio, —que sería, de algún modo, negado por Richard Thoma²²⁸ atendiendo a la reserva de ley para el desarrollo de los derechos y libertades de los ciudadanos—, de jerarquía, especialidad y graduación de los derechos para lograr su realización efectiva.

Del mismo modo, ocurre que para todos ha de ser evidente que, no obstante la importancia objetiva que tiene la anterior circunstancia, para la formulación de este juicio negativo sobre la problemática de los derechos fundamentales en el marco de la República de Weimar, jugó un papel mucho más importante, trascendente y decisivo la consideración, por lo demás, ciertamente correcta, de Hans Kelsen en torno a la eficacia real de los preceptos constitucionales declarativos de derechos. Nos estamos refiriendo, para nadie puede ser un misterio, a su, tan tajante como acertada, afirmación de que, en realidad, de nada sirve atribuir al ciudadano la titularidad de derechos si, junto a este reconocimiento constitucional, no se articula un sistema que le permita reaccionar jurisdiccionalmente en caso de que le sean vulnerados. Y, de cualquiera de las maneras, no hace falta extenderse demasiado para tratar de demostrar que el, con toda probabilidad, más brillante y capaz de todos los constitucionalistas adscritos al positivismo jurídico formalista a ultranza, era consciente de que esto fue, como nosotros hemos destacado ya de la mano de Edouard Laboulaye, lo que sucedió, y desde el primer momento, en el Derecho Constitucional estadounidense, y que, en definitiva, constituye uno de los contenidos centrales para la comprensión de la grandísima diferencia que existió, por lo menos hasta la aparición histórica del Estado Constitucional democrático y social, entre la tradición constitucional estadounidense y la tradición jurídico-política europea.

Ocurre, sin embargo, que, no obstante tener algo de razón, esta dura, acerba y despiadada crítica no es del todo correcta. Ni, por supuesto, es justa, por lo menos si con ella se pretende desacreditar, al modo de Mortati, la experiencia constitucional de Weimar, y negar su, difícilmente cuestionable, carácter de utopía en el sentido que a este término le dio Thomas Moro, es decir, no como “*u-topos*”, sino como “*eu-topos*”, el buen lugar, que es posible de lograr y que, por ello mismo, ha de seguirse luchando por ello, que las soluciones normativas adoptadas por el Legislador Constituyente revolucionario alemán tiene para el desarrollo, profundización y consolidación de la forma política y jurídica general Estado Constitucional democrático y social. Y es menester dejar constancia de que a esta conclusión se puede llegar desde las mismas especulaciones kelsenianas. Al fin y al cabo, no puede olvidarse que fue el propio Kelsen, como seguramente no podría ser de otra manera, y como hizo constar, y de manera expresa, en su “*Teoría General del Derecho y del Estado*”, que él era bien consciente de que el establecimiento de algún mecanismo jurídico que permita al ciudadano reaccionar jurisdiccionalmente frente a la violación de sus derechos y libertades, no requiere el establecimiento de un recurso específico actuables ante un órgano jurisdiccional especial y concreto, sino que, por el contrario, y como, ningún profesional universitario de las Ciencias Jurídicas puede, ni debe, desconocerlo, sucede en los Estados Unidos de América, puede lograrse este efecto de dotar de eficacia a los preceptos declarativos de derechos a través de la actuación del juez ordinario, el cual, en consecuencia, quedará investido como el “guardián natural” de la libertad civil.

De cualquiera de las maneras, y siquiera sea para tratar de justificar nuestra opinión frente a la de tan sólidos y reputados estudiosos de las Ciencias del Derecho del Estado, hemos de decir que nuestra idea de que la crítica no es del todo correcta, se deriva de la propia dinámica jurídica y política a que dio lugar la muy venerable Constitución alemana de 11 de agosto de 1919. Y, en este sentido, hemos de indicar que, para nosotros, la anterior crítica ignora que, tomando como punto de referencia las distintas posiciones defendidas en el seno de la Asamblea Constituyente sobre la eficacia jurídica de las normas constitucionales declarativas de derechos fundamentales, y siguiendo, por lo demás, la

senda abierta por la sentencia del *Reichsgericht* de 4 de noviembre de 1925 –en virtud de la cual se puso en marcha en el terreno de la práctica el control material difuso de la constitucionalidad de la ley, y que determinó el que el Gobierno federal presentarse el “Proyecto de ley sobre el examen de constitucionalidad de preceptos de derechos del *Reich*” con el que se atribuía al *Staatsgerichtshof* la competencia para decidir sobre cuestiones de constitucionalidad, estableciéndose, de este modo, una suerte de modelo de jurisdicción concentrado que, empero, no renunciaba por completo al control judicial difuso para supuestos concretos–, comenzaron los tribunales de justicia ordinarios a admitir que porque toda la Constitución, en cuanto que expresión normativa de la voluntad soberana del Pueblo (H. Heller), goza de una auténtica fuerza jurídica obligatoria y vinculante, podían ser invocados ante el juez los preceptos declarativos de derechos, incluso aunque los mismos no hubieran sido desarrollados por el legislador ordinario.

Lo que nos interesa, de cualquiera de las maneras, es que fue para dar cumplimiento a la intuición kelseniana por lo que, imitando a la realidad jurídico-política de la República mexicana, que ya, como ya ha quedado consignado más arriba, en su Constitución de 1917 había consagrado el “juicio de amparo”, comenzaron los distintos Constituyentes del moderno Estado Constitucional democrático y social a levantar un, bien podemos calificarlo así, “descomunal” entramado de garantías. Siendo, justamente, el primero de ellos, –y, asumiendo el riesgo de que al hacerlo no falte quien me califique de sectario, me interesa destacarlo–, el de nuestra, por decirlo en la expresión acuñada por Antonio Machado, “gloriosa” y “cien veces legítima” Segunda República española. En efecto, fue el Legislador Constituyente de 1931 el primero en consagrar, bajo una más que sobresaliente influencia de lo hecho por los mexicanos en Querétaro, un recurso jurisdiccional específico para la defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos frente a la actuación de los poderes públicos: el recurso de amparo de garantías individuales. Y fue ya, y siguiendo esta segunda, el los Código Jurídico-Político Fundamentales aprobados con posterioridad a 1945, y desde la aceptación plena de la eficacia jurídica de los preceptos constitucionales declarativos de derechos, como se han ido generalizando este tipo de garantías jurisdiccionales, entre las cuales, y sin ánimo de exhaustividad, no podríamos dejar de mencionar aquí, y ahora, la constitucionalización de la *Verfassungsbeschwerde* (recurso de queja) en la Ley Fundamental de Bonn, o del recurso de amparo establecido por el artículo 53.2 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978. Instrumentos todos éstos, cuya finalidad última no es más que la de hacer real y efectiva la libertad de los ciudadanos y de los grupos en que éstos se integran.

Lo de menos, y como ha de ser para todos inconcuso, sería el detenernos aquí a indicar que, en la realidad del Estado Constitucional democrático y social, que, repitémoslo, sólo puede ser entendido como el mejor y más desarrollado instrumento de liberación de los hombres, todo este aparatoso y descomunal desarrollo constitucional de instituciones de defensa de la libertad, como, en su espléndido estudio sobre “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, ha puesto de relieve el Maestro Pedro De Vega, termina siendo, en la mayoría de los supuestos, incluso en el ámbito de las democracias más consolidadas, un gótico y complicado monumento al servicio de la retórica, la inanidad o de la incompetencia. Lo que se explica, no importa recordarlo de nuevo, por cuanto que todos estos instrumentos han sido consagrados, desde las mismas premisas predemocráticas que operaron en el contexto histórico del Estado burgués de Derecho, como instrumentos de defensa del individuo frente a la actuación del poder privado, y sin tomar en consideración que, como subraya Hans-Peter Schneider, la mayoría de las violaciones de los derechos fundamentales provienen, en el moderno Estado Constitucional democrático y social, de los titulares del poder privado, y no de los poderes constituidos del Estado, los cuales, por lo demás, y por definición, se presentan como los grandes garantes de la libertad individual.

Importa advertir, a este respecto, y de forma inmediata, que si éste es el esquema jurídico general que, como esta unánimemente admitido en la doctrina constitucionalista, caracteriza el régimen de los derechos fundamentales en el marco del Estado Constitucional democrático y social, diferenciándose, y claramente, del que regía en los tiempos del Estado Constitucional liberal, es lo cierto, sin embargo, que no todos los contenidos de la “libertad civil” van a disfrutar de semejante régimen de garantías normativas y jurisdiccionales. En efecto, para nadie puede ser un misterio que el sistema de garantía de la eficacia de los derechos que hemos descrito es el que resulta aplicable a todos los clásicos derechos de libertad, pero no a los derechos sociales. Por doquier, y el supuesto del actual Derecho Constitucional español nos ofrece un magnífico ejemplo a este respecto, lo que sucede es que todos estos contenidos de la libertad civil atinentes a la dignidad humana, reducidos a la mera condición, y según la expresión utilizada por el Legislador Constituyente de 1977-1978, de ser meros “principios rectores de la política social y económica”, disfrutaban de un régimen jurídico que resulta

clara, e indiscutiblemente, tributarios de las, ya criticadas, especulaciones académicas realizadas en el marco de la Teoría del Estado y de la Constitución de Weimar por los Preuss, Anschütz y Thoma. Y, además, en todos sus aspectos.

Téngase en cuenta que mientras que en los derechos reconocidos por los Constituyentes con la consideración de ser derechos fundamentales y libertades públicas gozan, por el mero hecho de estar constitucionalizados como tales, de una auténtica fuerza jurídica obligatoria y vinculante para todos los poderes públicos, en el supuesto de los derechos sociales, con carácter general, el principio que rige es el contrario: esto es, que los mismos únicamente gozarán de una verdadera eficacia jurídica cuando las normas constitucionales que los reconocen hayan sido desarrolladas por la legislación ordinaria. Situación que, en todo caso, se agrava todavía mucho más por cuanto que los mismos, y según se dice por su propia naturaleza, quedan excluidos de la protección derivada de la existencia de algún recurso jurisdiccional. Se comprende, en tales circunstancias, el por qué se afirma mayoritariamente que los preceptos constitucionales declarativos de derechos sociales no son, en realidad, y al igual que sucedía con todas las normas constitucionales que reconocían derechos en el viejo Estado burgués de Derecho, más que meras normas programáticas cuyo destino final, y mucho más por el hecho de que no existe la posibilidad de reaccionar jurisdiccionalmente ante la posible conculcación de los mismos por parte de los titulares del poder ordinario en el Estado, es el de quedar disueltos en el ámbito de la retórica y de las buenas intenciones.

Lo que se ha hecho especialmente patente, y como venimos diciendo, como consecuencia de la crisis económica a nivel mundial que venimos padeciendo desde 2007. Y tanto más cuanto que, con una ingenuidad y una miopía digna de mejor causa, los encargados de la gestión de los asuntos públicos en la Europa neoliberal persisten en aplicar esas mismas medidas económicas que han determinado la aparición de la crisis económica como única alternativa posible para superar los efectos negativos de esta última. Decisión ésta que qué, impuesta por los titulares del poder económico a nivel internacional, se está traduciendo en una merma constante del bienestar de los ciudadanos.

En tales circunstancias, descubrir cuál es la finalidad que se pretende lograr con la reivindicación de la constitucionalización como “fundamentales” de los derechos atinentes a la dignidad humana. Lo que pretenden hoy las distintas fuerzas políticas que operan en el Estado español, con su demanda de una revisión constitucional que tenga por objeto este reconocimiento como derechos fundamentales de los derechos atinentes a la dignidad humana, y que, innecesario debiera ser aclararlo, se ha convertido en una demanda general y generalizada entre las organizaciones políticas partidistas que conformaban la oposición política en la legislatura de los años 2011 a 2015, no puede ser más clara. Y ésta, en definitiva, no es otra que la de lograr que todos los derechos sociales reconocidos por el Legislador Constituyente originario de 1977-1978 pasen a gozar del régimen de garantía del que disfrutaban en la España de 1978 los contenidos de la libertad civil expresamente reconocidos como derechos fundamentales. Y no sólo, aunque también, el que se entiendan como normas directamente aplicables y que, en consecuencia, resultan de obligado cumplimiento para los titulares de los poderes constituidos, y cualquiera que sea el ámbito geográfico en el que éstos actúan. Junto a ello, y con un carácter preferente, lo que se persigue con una tal reivindicación es que todos estos derechos inviolables consagrados como simples “principios rectores de la política social y económica” (Cap. III, Tít. I de la CE 1978), hoy protegidos tan sólo por lo establecido en el artículo 53.3, pasen a disfrutar de una mayor garantía, al convertirse en objeto del recurso de amparo consagrado en artículos 53.2 y 161.1.b) del vigente Código Constitucional.

Resulta, en nuestra modesta opinión, y que creemos será compartida por todos, difícilmente cuestionable que, de llevarse a cabo una tal revisión constitucional, la problemática de la eficacia jurídica real de los derechos inviolables o derechos sociales experimentaría un más que sobresaliente avance respecto de la situación creada con la aprobación y entrada en vigor de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978. Ahora bien, siendo esto cierto, no lo es menos el que se trata, sin embargo, que una medida de una eficacia notablemente dudosa. Lo que, en última instancia, se explica desde un doble orden de consideraciones. A saber:

1. ^{a)} No puede olvidarse, a este respecto, y en primer lugar, que nos encontramos en el supuesto de unos derechos y libertades públicos cuyo ejercicio se desenvuelve, en la mayoría de los casos, en el marco de las relaciones entre particulares. Esto es así, y de manera natural, en el caso de, por ejemplo, el derecho al trabajo en el sector privado, o el derecho a disfrutar de una vivienda ya sea en régimen de propiedad o de alquiler; pero sucede que en nuestros días, esta característica se ha proyectado también a otros derechos atinentes a la dignidad humana, en cuanto que derechos inviolables o derechos sociales, como consecuencia de ese desmedido afán privatizador, o externalizadora, que demuestran los gobernantes que actúan de conformidad con la lógica del neoliberalismo tecnocrático, y que, en

último extremo, hace que, y por poner tan sólo algunos ejemplos, el derecho a la salud o el derecho a la educación se conviertan en meras mercaderías tan sólo, y de manera absolutamente lamentable, al alcance de los sectores económicamente más favorecidos de la sociedad. Lo de menos, como ha de ser para todos evidente, sería el detenernos a indicar que fue, precisamente, esta circunstancia la que, en definitiva, ha conducido a Carlos Rogel²²⁹, acaso, y con independencia de que nosotros no compartamos su criterio, el jurista español que ha formulado la más sólida oposición a la entrada en juego de la figura de la *Drittwirkung der Grundrechte*, a la afirmación de que, en rigor, los derechos atinentes a la dignidad humana son derechos privados, y que, por ello mismo, y desde el mayor de los respetos hacia el principio básico de las relaciones jurídicas del Derecho Civil: el dogma del principio de la autonomía de la voluntad, su defensa jurídica ha de ser articulada desde el propio Derecho Privado. Lo que verdaderamente nos interesa, aquí y ahora, es poner de manifiesto que, además, el pleno disfrute de estos derechos sociales se ve altamente dificultado por el hecho de tener que ejercitarse en el marco de un Estado social y democrático de Derecho que, de manera inevitable, ha terminado convirtiéndose en lo que sociólogos como, *verbi gratia*, Schmitter²³⁰, Jessop, Giner²³¹ o Murillo Ferrol²³², y constitucionalistas como Manuel García-Pelayo²³³ han denominado “sociedad corporativa”, definida porque, en su seno, el poder social es también poder político (J. Habermas²³⁴). Lo que, forzosamente, se traduce en que la problemática de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos ha de articularse desde una perspectiva bien distinta a la que se le ofreció en el marco del Estado Constitucional liberal, y a la que se le ha dado desde el punto de vista puramente jurídico-formal en el moderno Estado Constitucional democrático y social. Tanto más cuanto que, como, con notable sagacidad, penetración y acierto, indicó Norberto Bobbio, en el marco de esta sociedad corporativa el verdadero problema al que ha de encontrárseles soluciones es el de que “No importa que el individuo sea libre políticamente si después no es libre socialmente. Por debajo de la “no-libertad”, como sujeción al poder del príncipe, hay una “no-libertad” más profunda... y más difícilmente extirpable: la “no-libertad” como sumisión al aparato productivo y a las grandes organizaciones del consenso y del disenso que la sociedad corporativa inevitablemente genera en su seno. El problema actual de la libertad no puede restringirse ya al problema de la libertad del Estado y en el Estado, sino que afecta a la misma organización de la sociedad civil, afectando al ciudadano en cuanto tal, esto es, al hombre público, sino al hombre entero en cuanto que ser social”²³⁵.

2. a) Ocurre, en segundo lugar, que esta dudosa virtualidad que tendría la aprobación de una revisión constitucional que tuviese por objeto la extensión del recurso de amparo a los derechos atinentes a la dignidad de la persona consagrados como meros “principios rectores de la política social y económica”, y que, de cualquiera de las maneras, en este momento sólo nos limitamos a enunciar, se explica por las propias características del recurso de amparo. Ha de tenerse en cuenta, este respecto, que la respuesta que sobre este problema se dio originariamente por parte de los distintos Constituyentes europeos, y el español de 1977-1978 no fue, y ni mucho menos, una excepción, se caracterizó por el hecho de que se procedió a articular de instituciones jurisdiccionales de defensa de la libertad desde las concepciones que habían operado en el viejo Estado burgués de Derecho. Y lo hicieron, sin tomar en consideración que el establecimiento de ese aparatoso y descomunal sistema de garantías jurisdiccionales se ha construido en un momento histórico en el que, merced al triunfo y a la aceptación incondicionada de las ideas y del principio democrático como único criterio inspirador, vertebrador, fundamentador y articulador de la Comunidad Política, el Estado ha dejado de ser aquel temible *Leviathan* imaginado por Constant, para convertirse, como señala, entre otros, el muy brillante,

lúcido y capaz estudioso de la Teoría del Derecho Constitucional de la Universidad de Hannover: Hans-Peter Schneider, en el gran garante de la libertad de los ciudadanos. Con ello, se pone de manifiesto que tiene toda la razón el Maestro De Vega cuando señala que “Se construye de esta forma la regulación del amparo, y, [...], de todo el sistema de garantías, sobre las premisas ideológicas pre-democráticas y decididamente individualistas del constitucionalismo liberal clásico, en el que la dialéctica libertad-autoridad se circunscribe al área de la tensión individuo-autoridades públicas, o, más concretamente, al momento patológico de la violación por éstas de la esfera de libertad reconocida al ciudadano. [...] Desde esos planteamientos, los derechos fundamentales se conciben como derechos de defensa (*Abwehrrechte*), cuyo respeto es exigible únicamente al Estado, porque se considera que es el Estado el que sólo puede conculcarlos”.

En un tal contexto, creo estar en lo cierto al afirmar que, abierta por parte de los prácticos de la política la posibilidad de proceder a la modificación formal del Código Constitucional de 1978, y de una manera muy concreta para tratar de dotar de una auténtica eficacia jurídica obligatoria y vinculante a todos los preceptos constitucionales declarativos de derechos atinentes a la dignidad humana, tanto los miembros de la clase política, como los de la clase académica, no debieran plantearse otro problema, que nosotros aquí nos vamos a limitar a enunciar. Nos estamos refiriendo, ni que decir tiene, a si no sería mucho más conveniente que la mera extensión del recurso de amparo a estos derechos sociales, el recurrir a la puesta en marcha del *amending process* para, siguiendo el ejemplo de lo hecho en el ámbito de los Estados iberoamericanos con la consagración del juicio de amparo frente a particulares, y lo que resultó de la propia dinámica constitucional de los Estados europeos, y que forzó a la regulación de la *Drittwirkung der Grundrechte*, dar una solución adecuada al problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

IV.- ALGUNOS PROBLEMAS PRÁCTICOS PARA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS ATINENTES A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DEL VIGENTE DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

A la vista de lo hasta aquí dicho, fácil es concluir que esta demanda, generalizada hoy, de los prácticos de la política españoles sobre la necesidad de llevar a cabo una *Verfassungsänderung* que tuviese por objeto la constitucionalización como “fundamentales” de los derechos atinentes a la dignidad de la persona, se explica, y, justifica, por razones de orden puramente práctico. De lo que se trata, en definitiva, es de lograr que los preceptos constitucionales declarativos de estos derechos sociales consagrados como simples “principios rectores de la política social y económica”, pierdan ese carácter que usualmente se les atribuye de ser meras normas programáticas y de muy escasa importancia, para convertirlos, y al igual que sucede con el resto de los preceptos constitucionales declarativos de los derechos y libertades de los ciudadanos, en, y por utilizar la terminología empleada en el proceso bullente español de 1931 por el socialista, y, en su condición de Catedrático de Derecho Penal, uno de los más insignes juristas españoles, Luis Jiménez de Asúa²³⁶, en uno de los contenidos irrenunciables, y básicos, de lo que, a partir de la aprobación de las Constituciones mexicana de 1917 y alemana de 1919, dejó de ser la mera “parte dogmática” de la Constitución, para convertirse en la “parte sustantiva” del Código Jurídico-Político Fundamental. Lo que se pretende no, y ni mucho menos, por una cuestión puramente formal, sino para tratar de asegurar a los ciudadanos el mayor grado de libertad posible. Y es que, como debiera ser para todos fácilmente comprensible, para lo que los prácticos de la política, y no pocos estudiosos del Estado, la Política y el Derecho, reivindican la puesta en marcha del proceso de enmienda es para lograr que a estos derechos inviolables se les reconozca la misma fuerza jurídica obligatoria y vinculante que se le reconoce a los que proclaman los viejos derechos de políticos y de libertad. Lo que, al menos en vía de principio, debiera traducirse en que, realizada la proyectada revisión constitucional, no puedan ya los poderes públicos, al igual, —y, e importa, y en la medida en que ello es fundamental para poder justificar en términos jurídico-públicos la tesis que mantenemos en este escrito, resaltarlo ya, como se desprende ya de manera inequívoca del pensamiento político del democratismo radical, que, en todo caso, había encontrado su primera y más lúcida formulación sobre este particular en la obra del genial “Ciudadano de Ginebra”, y de una manera muy particular cuando afirma que todos los ciudadanos del Estado, y cualquiera que sea su

posición en éste (gobernantes o gobernados), se encuentran obligados a cumplir los mandatos consagrados por la voluntad soberana del Pueblo, en su condición de titular del ejercicio de la soberanía que corresponde a todos y cada uno de los integrantes de la República, y que se expresan a nivel normativo en el texto de la Constitución, equiparada al propio contrato social–, que los poderes privados, eludir su cumplimiento apelando a la inexistencia de un recurso jurisdiccional específico para hacerlos efectivos en caso de ser conculcados.

De esta suerte, evidente y meridiano ha de ser para todos, y de una manera muy principal para todos aquéllos que han hecho del estudio de las Ciencias Jurídicas su quehacer profesional, que lo que ahora nos cumple es, como no podría ser de otra manera, el interrogarnos por el modo en que una tal reivindicación puede ser satisfecha, así como los problemas que se plantean en el ámbito de la práctica jurídica y política para la materialización de una, por lo demás, tan justa demanda. Problemas éstos que, en tanto en cuanto obligan a preguntarse tanto por el mecanismo jurídicamente adecuado para lograr una tal transformación, como por la efectividad real que una tal solución normativa tendría para el efectivo disfrute por parte de los ciudadanos de estos derechos atinentes a la dignidad humana, en modo alguno son pequeños. Lo que, entendemos, no ha de ser muy difícil de comprender. Sobre todo si, como, de la mano de Heller (“Todo problema jurídico, sin excepción, tiene sus raíces, de un lado, en la sociología y del otro, mirando hacia arriba, en la esfera de lo ético-político. Por tanto, los problemas jurídicos no solamente pueden ser estudiados desde los puntos de vista causal y normativo, sino que, además, exige que se efectúe ese doble estudio”) y De Vega²³⁷, hacemos nosotros, se admite que, en rigor, todo problema político, –como sería la reivindicación de la eficacia jurídica de los preceptos constitucionales declarativos de derechos sociales–, acaba generando, indefectible e inexorablemente, un auténtico problema jurídico, y que, a la postre, es el de cómo dar forma jurídica a la voluntad política que subyace en nuestro problema.

Fácil resulta, desde la óptica anterior, comprender que la primera cuestión que debemos abordar es la de cuál es el procedimiento normativo adecuado para proceder a la constitucionalización de los derechos sociales como contenidos de los llamados derechos fundamentales. Pregunta ésta que, no obstante su aparente simplicidad, desde luego en los términos puramente jurídicos y formales del normativismo logicista kelseniano –en virtud del cual, y como nadie puede desconocer, se entiende que la *Verfassungsänderung* como “técnica la jurídica permita dar eficacia a dicha prohibición [...], o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría cualificada o un quórum más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades”²³⁸, es decir, el que toda modificación formal del Texto Constitucional se realice con la más estricta y escrupulosa observancia de todas las formalidades y requerimientos procedimentales establecidos en el procedimiento legal-constitucionalmente previsto para tal fin, y que es, en definitiva, el criterio que, en nuestra opinión de manera muy acertada²³⁹, aceptó el supremo custodio constitucional español, como lo demuestra claramente el que, en la DTC 1/1992, declarase que “En virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, [...], ceder o atribuir el ejercicio de “competencias derivadas de la Constitución”, no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una “competencia” cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto. [...] Basta lo anterior para descartar, por lo tanto, que la contradicción existente entre los arts. 13.2 de la Constitución y 8.B, apartado 1, del Tratado de la Comunidad Económica Europea, en trance de reforma, pueda ser reducida por el mero expediente de autorizar la celebración del Tratado de la Unión Europea según lo dispuesto en el art. 93. Es patente que aquella estipulación en cuanto directamente atribuye el derecho no cede competencias de tipo alguno, sino que otorga derechos subjetivos y para hacerlo, visto su enunciado y el del art. 13.2 de la Constitución, será en todo caso

precisa la previa revisión de la Constitución”²⁴⁰–, puede encontrar algunas dificultades para ser respondida. Lo que, de modo muy básico, pero también fundamental, se debe a dos distintas causas.

La primera de ellas, tiene un alcance muy concreto. La misma, en último término, se debe a las singulares y particulares circunstancias por las que atraviesa en estos momentos, y desde los primeros años de la presente centuria, la vida constitucional española. Nos estamos refiriendo al hecho de que, como no puede haber dejado de ser percibido por cualquier profesional universitario de las Ciencias Constitucionales, hoy en España se encuentra muy presente los presupuestos jurídicos y políticos sobre los que se edificó la vieja monarquía constitucional alemana. Vicisitud ésta que, ni que decir tiene, genera grandes dificultades y distorsiones para el cabal y ponderado entendimiento de la solución al problema que ahora nos estamos planteando. Graves dificultades y distorsiones que no han de ser, según nuestra modesta opinión –siempre, y como no podría ser de otra manera en el ámbito de la investigación jurídica, dubitativa y, por ello mismo, sometida a un mejor juicio–, no son muy difíciles de comprender. Basta, en efecto, para ello, con tomar en consideración que, y como consecuencia directa e inmediata tanto de la negación, radical, absoluta, tajante y definitiva, del dogma político de la soberanía del Pueblo, y que, a la postre, hacía inviable el que cobrase auténtica entidad, realidad y significado el dogma jurídico de la supremacía constitucional (P. De Vega, G. Trujillo²⁴¹), como de la, por lo demás vana, pretensión de construir el Estado Constitucional desde las ideas y el principio monárquico –y que, en última instancia, determinó que, como, con meridiana claridad, total rigor, absoluta contundencia y una grandísima brillantez expositiva, indicó el Maestro Pedro De Vega²⁴², y muy en contra de lo afirmado por iuspublicistas tan importantes como son, p. ej., Carré de Malberg²⁴³, Barile²⁴⁴, García de Enterría²⁴⁵, Pérez Royo²⁴⁶ o de Otto²⁴⁷, en la Alemania del Imperio guillermino, al igual que sucedía en la mayoría de los Estados europeos en el *novecento*, no pudiese llegar a comprenderse adecuadamente el documento de gobierno como una auténtica Constitución, de suerte tal que, por negar a ésta su naturaleza de *Lex Superior*, se vio absolutamente incapacitada para poder desplegar todas sus grandísimas potencialidades normativas–, se entendía, como escribió, y durante la vigencia del documento de gobierno alemán de 1871, Anschütz²⁴⁸, entre la Constitución, que es la expresión normativa de la voluntad del poder soberano, y la ley, que es, indiscutiblemente, creación de los poderes constituidos del Estado, no existe una relación de jerarquía, en la medida en que ambas fuentes del Derecho se encuentran plenamente equiparadas. Y es, justamente, porque, y como confirmó posteriormente Richard Thoma²⁴⁹, la llamada “*Bundes-Gesetz-Blatt des Deutschen Bundes*” de 1871 era concebida como una simple manifestación de lo que la doctrina constitucionalista italiana llama “ley reforzada”, pero no, y en ningún caso, como una auténtica *Lex Superior*, por lo que se admitió, pese a la oposición de no pocos, y muy ilustres constitucionalistas, y podemos recordar aquí los

nombres de Jellinek, von Roenne²⁵⁰, Westerkamp²⁵¹, Zorn, von Seydel²⁵², Hildesheimer²⁵³, Meyer y Anschütz²⁵⁴ y Hugo Preuss²⁵⁵, en el marco de la monarquía constitucional alemana la hipótesis de que cualquier norma jurídica emanada por los poderes constituidos del Estado podría provocar la transformación, formal o no formal, del Código Constitucional. Principio éste último que, determinó que, no obstante el hecho de que no faltase quien, como, y de forma, ciertamente, paradójica –téngase en cuenta que a pesar de lo que afirmaba desde una óptica general, este autor, sin embargo, compartía la tesis de que la Constitución alemana de 16 de abril de 1871 era susceptible de ser formalmente modificada con la simple emanación de una norma jurídica ordinaria–, Albert Haenel²⁵⁶ defendiese la tesis de que tan sólo debiera ser reconocida como una operación válida, lícita y legítima cuando una tal revisión se hubiera realizado respetando todas las formalidades y requerimientos procedimentales establecidos por el *Pouvoir Constituant* al consignar en el nivel normativo en el *amending process*, se terminase aceptando que las relaciones entre las normas jurídicas ordinarias, entendiéndose por tales todas las que son emanadas por los poderes constituidos del Estado, y ya sean ordinarios o, como en el supuesto del poder de reforma constitucional, extraordinarios, y las normas jurídicas constitucionales se regían, no obstante el carácter formalmente rígido de este Texto Constitucional, por el criterio propio del constitucionalismo flexible, en el que, innecesario debiera ser aclararlo, la ley posterior deroga a la ley anterior. Lo que, como a nadie puede ocultársele, significaba la aceptación incondicionada de la comprensión que sobre esta problemática tenía Paul Laband, el máximo representante de la dogmática jurídica del Imperio guillermino, quien, en consecuente y lógica coherencia con su defensa del principio monárquico, partía de la máxima de que no hay en la Comunidad Política voluntad superior a la del soberano, identificado con el Jefe del Estado, y de una forma mucho más concreta con el rey de Prusia. A esto es, nadie podría discutirlo, a lo que el indisputado e indiscutible “*Kronjurist*” se refirió cuando, en su gigantesco “*El Derecho Público del Imperio Alemán*”, escribió que “La afirmación de que las leyes ordinarias deben estar siempre en armonía con la Constitución y no resultar incompatibles con ésta, constituye simplemente un postulado de práctica legislativa, pero no un axioma jurídico. Aunque resulte deseable que el sistema de Derecho Público y Privado [es decir, entre la Constitución y la legislación ordinaria, que es fruto de la actuación de un Parlamento supeditado a la voluntad soberana del monarca] no aparezca en contradicción con el acto constitucional, la existencia de una contradicción entre ambos es posible de hecho y admisible en Derecho”²⁵⁷.

La segunda causa, por su parte, tiene un alcance mucho más general, aunque, sin embargo, la misma también se ha dejado ver en la realidad jurídica y política de la España de 1978 en los primeros años de este siglo XXI. La misma, de cualquiera de las maneras, tampoco ha de ser muy difícil de descubrir. No lo será, desde luego, para todos aquellos profesores universitarios de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado que compartan la, ya conocida, tesis de Richard Schmitt, y que, por ello mismo, sean conscientes de que el constitucionalista tan sólo podrá obtener una cabal y ponderada comprensión de los problemas constitucionales del presente, y en el Cuerpo Político donde están llamados a ejercer su función, cuando cuenten con un sólido conocimiento de todos aquellos saberes que le proporcionan el resto de las áreas, normativas y normativas, de las Ciencias Constitucionales, y, en este caso concreto, de la Historia del Constitucionalismo europeo.

En este sentido, es menester recordar, este respecto, que, bajo una notable influencia de los presupuestos medulares del constitucionalismo monárquico alemán, y, al mismo tiempo, por la actuación política de esa burguesía conservadora que, de todos es, sin duda, sobradamente conocido, controlaba todos los resortes efectivos del poder y que, en todo caso, se sentía asfixiada por la lógica interna del Estado Constitucional mismo –es decir, por el principio de que todos los sujetos que actúan en el interior de éste, y ya sean gobernantes o gobernados, tan sólo pueden desarrollar una actividad política jurídicamente limitada–, fue, como nos dicen, por ejemplo, Heller y De Vega, una práctica muy extendida en la Europa decimonónica la de hacer primar, y con una apelación a los planteamientos del más radical de los positivismos jurídicos formalistas, el principio de la legalidad sobre el principio de la legitimidad para determinar la validez de las normas jurídicas. Lo que, como ha de ser para todos terminante, inconcuso, palmario e irrefutable, constituye un manifiesto ataque a la posibilidad misma del Estado Constitucional. Tanto más, cuanto que éste, y en cualquiera de sus manifestaciones estructurales posibles: Estado burgués de Derecho y Estado social y democrático de Derecho, en cuanto que expresión suprema de lo que, *verbi gratia*, Schmitt, en su “*Verfassungslehre*”, había definido como el “Estado legal” o, “Estado legatario” por excelencia, se encontraba fundado en lo que Max Weber²⁵⁸, oponiéndolo al concepto de “legitimidad histórica” o “legitimidad tradicional”, había llamado “legitimidad racional” o “legitimidad democrática”, el cual, como escribe el Maestro Pedro De Vega, “aunque Weber no lo formule expresamente, en la base de su razonamiento no puede existir otro punto de partida que la vieja afirmación rousseauiana de la ley como expresión de la voluntad general. Por eso, legitimidad democrática, legitimidad racional y legitimidad legal tendría, por fuerza, que termina resultando términos intercambiables”²⁵⁹.

Como cualquier profesional universitario de las Ciencias Jurídicas que se preocupe por conocer la realidad política y jurídica española, sin duda, conoce, esto es lo que se trató de hacer en España y como consecuencia del conflicto planteado por la interposición de algunos recursos de inconstitucionalidad frente al Estatuto de Autonomía catalán de 2006. En efecto, puesto en marcha el mecanismo de control de constitucionalidad sobre lo que, en rigor, y a pesar del hecho de que pueda ser reconocido como un supuesto de lo que Antonio La Pergola²⁶⁰ denomina “fonti attipiche”, no es más que, en cuanto que es emanada por los poderes constituidos, una norma jurídica ordinaria²⁶¹, fueron varios los argumentos que esgrimió el nacionalismo catalanista, tanto por parte de los prácticos de la política, como por parte de los estudiosos del Derecho, la Política y el Estado, para tratar de evitar la declaración de inconstitucionalidad, total o parcial, de la nueva norma institucional básica de la Comunidad Autónoma catalana. Como es obvio, no podemos, y siquiera sea por razones de espacio, detenernos aquí a realizar un estudio exhaustivo y pormenorizado de todos y cada uno de estos argumentos. Ello no obstante, sí parece oportuno, y siquiera sea por cuanto que lo mismo contribuirá a otorgar una mayor coherencia a nuestro discurso, que realicemos alguna consideración, si bien, y obligadamente, breve sobre los dos argumentos, por lo demás interrelacionados, más significativos, y que, en todo caso, tienen mayor relación con el problema del que ahora estamos hablando.

El primero de estos argumentos a los que nos referimos, se concreta, como se llegó a defender públicamente por algún Profesor de Derecho Constitucional catalán y claramente comprometido con las pretensiones del catalanismo, en el intento de presentar el Estatuto de Autonomía catalán como la auténtica, innegable e indiscutible *Lex Superior* del ordenamiento constitucional español. Dos son, de una manera muy fundamental, los elementos a los que recurre el catalanismo práctico y teórico para mantener esta rara especie. Así, y en primer lugar, se servirán de la tan generalizada entre los cultivadores de las Ciencias del Derecho del Estado desde el método del positivismo jurídico formalista de finales del siglo

XIX y primeros años del xx (p. ej., P. Laband²⁶², G. Liebe²⁶³, Ph. Zorn, G. Jellinek²⁶⁴, E. Borel, G. Meyer-G. Anschütz, A. Haenel, S. Brie²⁶⁵, H. Rosin²⁶⁶, L. Le Fur, R. Carré de Malberg²⁶⁷, J. L. Kunz, M. Mouskheli²⁶⁸, A. Verdross, etc.), como ciertamente, y muy en contra de lo que parece haber aceptado el Tribunal Constitucional español en la STC 247/2007²⁶⁹, incorrecta (C. Schmitt), equiparación de lo que la dogmática del Derecho del Estado germana denominó *Kompetenz-Kompetenz* con la soberanía²⁷⁰. En segundo término, el catalanismo tratará de fundamentar la supremacía del Estatuto de Autonomía catalán apelando al que, sin disputa alguna, –y como se desprende, de forma inequívoca, de las enseñanzas de, y en orden alfabético, Burdeau²⁷¹, De Vega²⁷², Durand²⁷³, Friedrich²⁷⁴, García-Pelayo, Hesse, La Pergola²⁷⁵, Livingston²⁷⁶, Llorens²⁷⁷, Mouskheli, Marriot²⁷⁸ y Stern, entre otros muchos–, se presenta como uno de los más grandes, si no el más importante y trascendente, errores técnicos en los que incurrió el Legislador Constituyente español de 1977-1978, y que, a la postre, significó el dejar abierto *sine die* el proceso constituyente que, en buena técnica jurídica, habría de haberse cerrado definitivamente con la entrada en vigor del Código Jurídico-Político Fundamental de 27 de diciembre de 1978 (J. J. González Encinar²⁷⁹). Nos estamos refiriendo, ni que decir tiene, a la desconstitucionalización, siquiera sea, y como dice Tomás y Valiente²⁸⁰, parcial, que realizó el último Constituyente español en relación con la esencial materia constitucional en el marco de un Estado Políticamente Descentralizado, de la distribución, territorial y funcional, del poder político. Desconstitucionalización ésta que, en definitiva, y de acuerdo con tan lucidos

administrativistas como son García de Enterría²⁸¹ y Muñoz Machado²⁸², se traduce en que, porque así lo ha establecido el propio *Pouvoir Constituant* del Pueblo español en su conjunto, es el legislador estatuyente quien tiene la función de concretar el marco constitucional aplicable en cada uno de los nuevos centros autónomos de decisión política democrática y legítima, y, con ello, la de determinar, para cada caso concreto, el ámbito competencial tanto de la organización política central, como de las distintas Comunidades Autónomas. Desde esta doble fundamentación, su argumentación, que, de manera incontestable, resultaba tan ingeniosa como inaceptable desde la más elemental lógica del Estado Constitucional, no podía ser más categórica: Porque el Estatuto de Autonomía, como expresión de la voluntad del titular de la competencia sobre la competencia, ocupa la posición de *Lex Superior*, si el custodio constitucional, en el transcurso del juicio sobre unos recursos de inconstitucionalidad que jamás debió aceptar a trámite, apreciara incongruencias entre el nuevo texto de la norma estatutaria y el tenor literal de la Constitución de 27 de diciembre de 1978, lo que el Tribunal Constitucional ha de hacer no es, ni mucho menos, proceder a la anulación de la norma estatutaria contraria al vigente Código Constitucional. Por el contrario, se dirá desde el catalanismo político y teórico, a lo que el Tribunal Constitucional se encuentra obligado es a cambiar su interpretación del Texto Constitucional para conseguir adaptar éste al nuevo texto de la norma institucional básica de Cataluña

El segundo de los argumentos empleados por el catalanismo, político y científico, y que, de cualquiera de las maneras, está construido ignorando que, como, en su insuperada, y con toda probabilidad insuperable (C. de Cabo²⁸³), “*La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*”, señaló el Maestro Pedro De Vega, “Repugna y es contraria a la estructura y a los esquemas racionalizadores del Estado constitucional, la creación de mutaciones a través de actos normativos. Cualquier ley que modifique el contenido de la Constitución, sin seguir el procedimiento establecido para la reforma, se puede calificar, sin paliativos, como inconstitucional. Lo que implica una limitación importante del propio concepto de mutación. Las que Hsü Dau Lin llamaba mutaciones en abierta contradicción con la Constitución, no deberían ser entendidas como tales, sino como simples violaciones del ordenamiento fundamental”, no es, en rigor, más que un patente intento de reforzar el argumento anterior. Partiendo de una apelación en extremo torticera, distorsionada y superficial al normativismo logicista kelseniano de la *Reine Rechtslehre* –con el que, como señala Giorgio Lombardi, “el normativismo [...] llegaba al máximo nivel de elegancia formal, pero al mismo tiempo evidenciaba de manera palmaria sus límites y sus debilidades”–, se afirmará desde el catalanismo, y con toda rotundidad, que, en primer lugar, ninguna duda puede existir sobre el que el Estatuto de Autonomía catalán de 2006, en la medida en que había sido aprobado con la más estricta y escrupulosa observancia del procedimiento legal-estatutaria y legal-constitucionalmente establecidos previamente para la aprobación de la reforma estatutaria, se presentaba como una norma jurídica válida, lícita y, por cuanto que respetaba plenamente el principio de legalidad creado con la aprobación del Texto Constitucional, legítima. De lo anterior, ningún estudioso de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado que se preocupe por conocer la realidad jurídica y política de la España refundada en 1977-1978²⁸⁴, y que, por supuesto, no caiga en el error de aquel célebre jurista persa creado y popularizado por Pedro Cruz²⁸⁵, puede desconocerlo, extraerá el catalanismo la conclusión de que, porque la STC 31/2010 ha procedido a introducir modificaciones formales en la norma institucional básica catalana aprobado en 2006, y, además, lo ha hecho no atendiendo a lo dispuesto en el artículo 152.2, sino, por el contrario, haciendo uso de las facultades que le confiere el artículo 161.1. a) de la Constitución, lo que sucede es que, como ha escrito Javier Pérez Royo desde las páginas de algunos diarios, no es sino que el supremo custodio constitucional, –que ya desde las especulaciones realizadas por Hans Kelsen puede tan sólo ser concebido como el guardián último de la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant du Peuple*–, ha protagonizado la ejecución de un auténtico “golpe de Estado”. Pero, no sólo esto, sino que también defenderá el catalanismo, político y académico, que

porque, en su opinión, esto es así, y en tanto en cuanto que el Estatuto de Autonomía catalán de 2006 había sido aprobado conteniendo soluciones claramente contrarias a lo dispuesto por el Legislador Constituyente español de 1977-1978, la única conclusión a la que debería llegarse, y que, en todo caso, se nos antoja claramente tributaria de los, ya vistos, esquemas conceptuales propios del monarquismo constitucional alemán, es a la de que la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant* del Pueblo español en su conjunto, que a nivel normativo se expresaba en el texto de la Constitución de 27 de diciembre de 1978, podría ser perfectamente modificada con la emanación de una norma perteneciente a la legislación ordinaria, sin más requisito que el que la aprobación de esta última se hubiese llevado a cabo con la más escrupulosa y estricta observancia del procedimiento legal-constitucionalmente establecido para la aprobación, modificación o derogación de esa determinada fuente del Derecho con la que el práctico de la política de turno pretende revestir su decisión política. Lo que, ni que decir tiene, y pese a no ser sostenible desde el más mínimo rigor en el estudio de la Teoría del Estado y de la Constitución, vendría reforzado por su previa afirmación de que, porque es el legislador estatuyente quien, en realidad en el mero ejercicio de una facultad constitucional, y, por ello mismo, jurídicamente limitada, ha ejercido la *Kompetenz-Kompetenz*, el fruto normativo de su actuación ha de ser reputada, siempre según el catalanismo, como la verdadera Ley Suprema del ordenamiento constitucional español.

Lo de menos, como ha de ser para todos evidente, y mucho más para los profesionales universitarios de las Ciencias Jurídicas, sería detenernos, aquí y ahora, a señalar que, con toda probabilidad, una tal posición hubiera sido impugnada por el propio Kelsen. Si no por el Kelsen del más radical y exacerbado de los normativismos logicistas, sí, al menos, por el Kelsen constitucionalista positivista que ponía todo su empeño en la defensa de la de la *Welstanchauung* democrática frente al peligroso ascenso del fascismo y el nacional-socialismo (A. La Pergola, A. Baldassarre, P. De Vega). Cuestión ésta que, en nuestra opinión, no habría de encontrar grandes dificultades para que todos los constitucionalistas de hoy, y de un modo muy particular aquellos que se dedican al estudio del “Derecho Constitucional Procesal” y del “Derecho Procesal Constitucional”, podamos convenir en que esto es así. Bastará, en efecto, para ello con proceder a una lectura pausada de lo que el insigne jurista vienés había escrito sobre este particular en sus múltiples especulaciones sobre el ejercicio de la jurisdicción constitucional en cuanto que control de constitucionalidad de las normas jurídicas²⁸⁶. Y es que, en el fondo, lo que sucede es que si bien es cierto que Kelsen²⁸⁷ termina afirmando que todo supuesto de inconstitucionalidad es un supuesto de inconstitucionalidad formal, no lo es menos que, para él, lo que determina la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma jurídica ordinaria no es, y ni mucho menos, el que ésta se hubiese emanado respetando el procedimiento legal-constitucionalmente previsto para la aprobación de la fuente del Derecho con la que el gobernante desea revestir jurídicamente su decisión política, sino por el contrario, y como supo comprender acertadamente, y de manera feliz²⁸⁸, el Tribunal Constitucional en el caso de la LOAPA²⁸⁹, el que se hubiese seguido el procedimiento legal-constitucionalmente pertinente en función de la materia que se pretende regular con dicha norma jurídica aprobada por los poderes constituidos.

Lo que nos interesa, en verdad, es indicar que, a pesar de lo dicho, la respuesta a nuestro último interrogante es fácil de encontrar. Sobre todo, después de lo afirmado por el Tribunal Constitucional en el ya mencionado *Fundamento Jurídico* 4.º de la DTC 1/1992 –en donde, por cierto, e importa llamar la atención sobre este particular, no cierra, a pesar de la terminología empleada, la puerta a que en el Derecho Constitucional español actual puedan verificarse supuestos de modificaciones formales del Código Jurídico-Político Fundamental que revistan la forma de “reforma tácita” o, en la terminología

propuesta, por ejemplo, por Bornhak²⁹⁰, Dau-Lin²⁹¹ y Motzo²⁹², “reforma material de la Constitución”, y ello, por la simple y sencilla razón de que por más que puedan compartirse, y nosotros lo hacemos, todos aquellos recelos que frente a esta hipótesis habían señalado ya los Preuss, Bilfinger²⁹³, Loewenstein²⁹⁴ y De Vega, es lo cierto, y así, entendemos, lo supo comprender el Tribunal Constitucional español, lo que no puede olvidarse es el hecho de que tienen, de cualquier manera, razón aquellos que, como Esposito²⁹⁵, Loewenstein, Biscaretti²⁹⁶, De Vega, Contini²⁹⁷, Cicconetti²⁹⁸ y Calzada Conde²⁹⁹ entienden, y afirman, que mientras no exista una norma concreta y específica que exija que la revisión sea expresa, la reforma tácita no sólo será posible, sino que habrá de considerarse como plena e indudablemente válida; de esta suerte, es menester entender que lo que hizo el supremo custodio constitucional fue, tan sólo, afirmar que en el marco de una Constitución rígida, y la española, sin duda, lo es, tan sólo podría ser reputada como una operación jurídica válida aquella revisión constitucional que se hubiese aprobado respetando el principio de legalidad-. Desde luego, así lo será, por lo menos, para todos aquellos profesionales de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado que, haciendo, –y en aplicación estricta del sabio consejo dado, en 1800, por aquel gran filósofo y jurista que fue Johann Gottlieb Fichte–, caso omiso de los intereses coyunturales y puntuales que pudiesen tener quienes ocupen el poder político en cada momento, tomen en consideración el más sólido y consolidado aparato conceptual elaborado por los distintos tratadistas de la Teoría del Estado y de la Constitución.

Quien así actúe, y obligado resulta, por lo demás, hacerlo, no tendrá, como decimos, grandes dificultades para encontrar la respuesta adecuada, y correcta, a la cuestión de cuál es el camino normativo adecuado para proceder a constitucionalizar como derechos fundamentales los que hoy aparecen consignados como meros “principios rectores de la política social y económica”. La razón es fácilmente comprensible. Ha de tomarse en consideración, en este sentido, que nadie, y mucho menos los profesionales universitarios de las Ciencias Jurídicas, –particularmente los que prestan su atención a las ramas del Derecho que fueron definidas, insistamos en ello, por Jellinek como Ciencias del Estado y Ciencias del Derecho del Estado, pero no sólo ellos, sino también todos los demás, en especial los que se dedican al Derecho Público–, debiera desconocer que fueron autores tan relevantes en el ámbito de la Teoría del Derecho Constitucional como fueron, por ejemplo, Jellinek, Schmitt, Kelsen, Carré de Malberg, Mortati y De Vega quienes pusieron ya de manifiesto que, en el marco de vigencia de una Constitución rígida, –es decir, aquélla que hizo su entrada en la Historia con la aprobación del Texto Constitucional estadounidense de 1787, y en muy buena medida como consecuencia de haber abandonado, como no podría ser de otra manera al tratarse de un auténtico Estado Constitucional único entendido, a diferencia de lo que sucede con las Uniones de Estados de Derecho Internacional, como una inequívoca unión de ciudadanos, y no de Estados soberanos, los *Founding Fathers* los esquemas pactistas propios del confederantismo para la realidad normativa al principio de rigidez constitucional, basado en el principio de la mayoría cualificada y no en el de la unanimidad (A. La Pergola, P. De Vega), y que se define, y ya desde la formulación que de ella hizo

Lord Bryce³⁰⁰, por el hecho de establecer para la revisión constitucional un procedimiento normativo distinto, y usualmente más agravado, que el que el Constituyente originario diseñó para la aprobación, modificación o derogación de la legislación ordinaria, siendo, precisamente, la existencia de este procedimiento específico, y la obligación de su observancia para llevar a cabo la modificación formal del Código Constitucional la que, como, con total brillantez, rigor y acierto, han indicado, p. ej., un Esmein, un Barthélemy³⁰¹ un Mortati y un De Vega, permite finalmente el proceder a la clara, nítida, definitiva, radical y tajante distinción entre la Ley Constitucional y la ley ordinaria, pudiendo predicar de la primera una cierta superioridad jerárquica sobre la segunda—, la única manera posible en que la modificación formal del Código Jurídico-Político Fundamental pueda ser reputada como una operación jurídica válida, lícita y legítima es la de que la misma sea aprobada respetando y observando todas las exigencias formales y requerimientos procesales establecidas en la propia Constitución para llevar a cabo su propia reforma. Dicho de otro modo, lo que, por decirlo en los términos en que se expresaba Carl Schmitt en 1928, sucede es que el principio general establecido por la Teoría del Derecho Constitucional, y que, por lo demás, es el que resulta común en el Derecho Constitucional comparado, es el de que si bien es cierto que el Código Constitucional puede modificarse formalmente tanto a través de lo que este último autor llamaba la “reformas inconstitucionales de la Constitución”, es decir, las operadas sin observar el procedimiento legal-constitucionalmente establecido para la reforma, pero obteniendo el respaldo de las mayorías parlamentarias establecidas por el *Pouvoir Constituant* para tal fin, —y que, por no estar expresamente prohibidas en el texto de la venerable Constitución alemana de 1919, y a pesar del hecho de que fue el propio Hugo Preuss quien se pronunció claramente en contra de una alternativa, y de que fueron otros juristas no menos relevantes como fue, p. ej., Fritz Stier-Somlo³⁰², quienes se pronunciaron en el sentido de que el respeto a los trámites procedimentales legal-constitucionalmente establecidos para la reforma constitucional en el art. 76 de la Constitución de Weimar resultaba obligado, incluso aunque la *Verfassungsänderung* adoptase la forma de la reforma tácita o, si se prefiere, de la reforma material de la Constitución, fue una práctica, sobre todo a partir de 1933, pero antes de esa fecha también, que encerró, como nos dice Bühler³⁰³, los mayores peligros para la República de Weimar, y que, como hoy nadie ignora, fue la que finalmente determinó su definitiva aniquilación por parte del régimen nacional-socialista—, como a través de lo que Schmitt denominaba “reforma constitucional de la Constitución”, es decir, la que se aprueba siguiendo no sólo por la mayoría establecida por el Legislador Constituyente, sino cumpliendo todas las formalidades y requerimientos procesales establecidos por este último, sólo pueden entenderse como realmente válidas, lícitas y legítimas las que verifican como supuestos de esta segunda alternativa.

Así las cosas, y aclarado que, porque la distinción, propuesta ya por el propio Sieyès, entre Poder Constituyente y poderes constituidos ha de mantenerse, como venía defendiendo ya la mejor doctrina constitucionalista y, en todo caso, fue aceptado, en, entre otras muchas, la STC 76/1983 y la DTC 1/1992, por el Tribunal Constitucional español de una manera clara y definitiva, a lo largo de toda la vida del Estado Constitucional, así como el que constituye un elemento nuclear, basilar, nodular, esencial y fundamental del propio concepto de este último el que, una vez que el Código Constitucional ha sido aprobado y ha entrado en vigor, todos los sujetos que actúan en su interior constrictivamente —y como han tenido que aceptar, incluso, aquéllos que, como, v. gr., Emilio Crosa³⁰⁴, José Juan González Encinar³⁰⁵ y Rogelia Calzada Conde, entienden que el poder de revisión constitucional es el mismo *Pouvoir Constituant* que aprobó la Constitución, pero, y estos lo importante, actuando en un momento distinto y, además, aceptando los límites, formales y materiales, que el mismo se ha impuesto para llevar a cabo la modificación formal del Texto Constitucional—, han

de circunscribir su actuación a los estrechos límites que le han sido impuestos por la voluntad soberana del Poder Constituyente originario y revolucionario, la única forma posible de llevar a cabo la constitucionalización de los derechos atinentes a la dignidad humana como derechos fundamentales, y, con ello, conseguir que estos disfruten del mismo régimen de garantías legislativas, jurisdiccionales e institucionales del que disfrutaban ya los viejos derechos políticos y de libertad, será a través de la puesta en marcha del *amending process*, se plantea en el Derecho Constitucional español actual un interrogante nuevo, y al que, imperativamente, habremos de dar respuesta. Problema éste que, como a nadie puede ocultársele, surge como consecuencia de la decisión del Legislador Constituyente español de 1977-1978 de establecer, y como mecanismo indirecto para lograr eternizar la forma de gobierno monárquica (P. De Vega³⁰⁶, J. Pérez Royo³⁰⁷, M. Contreras³⁰⁸), un doble procedimiento de reforma, cuya utilización, por lo demás, y como, con gran sagacidad, y, como ha de ser para todos meridiano, aplicando la más estricta lógica del kelsenianismo bien entendido, recordó, en su condición de Magistrado constitucional, el muy brillante administrativista Luis Ignacio Ortega Álvarez³⁰⁹ –quien, de este modo, impugnaba el criterio de la mayoría del Tribunal Constitucional, la cual alegremente, y en una actuación que se alejaba de las concepciones defendidas, por ejemplo, por Walter Jellinek³¹⁰ y que parecía suscribir plenamente lo defendido por Leistner³¹¹ en el marco de la República de Weimar, renunciaba, en la aplicación estricta de la más restrictiva de las interpretaciones posibles del artículo 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y, en todo caso, ignorando el ejemplo de la dinámica constitucional estadounidense, en donde, como ningún jurista debiera desconocer, el Tribunal Supremo ha reconocido como admisible la inconstitucional de la revisión constitucional por motivos de procedimiento (*matters of procedure*), a llevar a cabo el control, siquiera sea formal, de la reforma del artículo 135 del Texto de 27 de diciembre de 1978–, se hará depender de las materias que pretenden ser revisadas.

Y, en este sentido, hemos de señalar que, según nuestro modesto parecer, no es menester ser en exceso sagaz y perspicaz para llegar a la conclusión de que, por las propias singularidades que reviste el instituto de la *Verfassungsänderung* en el actual ordenamiento constitucional español, la cuestión a la que nos referimos, en modo alguno podría ser considerada como baladí. Lo que, en definitiva, se explica por cuanto que en el vigente Derecho Constitucional español no es sólo que, como ya hemos indicado un poco más arriba, sea posible el realizar la modificación formal del Código Constitucional bajo la forma de reforma tácita o reforma material de la Constitución, sino que, también, nos encontramos con que, a diferencia de lo que, y como uno de los mayores aciertos de este Texto (R. Morodo³¹², M. Contreras/J. R. Montero³¹³) se había hecho en la venerable Constitución de 1931, la decisión de identificar la materia objeto de revisión queda al albur de la voluntad de los propios legisladores que llevan a cabo tal modificación formal. Esto, y no otra cosa, es lo único que, actuando desde la más elemental lógica jurídica y política, puede concluirse a la luz de lo sucedido en el largo proceso de elaboración, discusión y aprobación del vigente Código Jurídico-Político Fundamental español. Es menester recordar, a este respecto, que en el proceso constituyente el Profesor Carlos Ollero³¹⁴, en su condición de Senador real, presentó una enmienda, –elaborada, como todas las suyas, con la colaboración de los Dres. Lucas Verdú, Morodo, Santamaría, Martín-Retortillo y, en este caso

con un especial ascendiente, De Vega–, solicitando la inclusión de un apartado 4.º en el artículo 161 del Proyecto Constitucional (actual art. 167 C.E.) con el siguiente tenor: “Toda reforma de la Constitución indicará expresamente el texto que pretende modificar o completar”, y que la misma fue, como nadie puede ignorar, incluso no podrían hacerlo aquéllos que, prescindiendo en su labor tanto el conocimiento de los procesos de fundamentación y conceptualización de las instituciones, como del proceso de elaboración del precepto constitucional concreto sobre el que pretenden trabajar, se limitan a tomar en consideración el mero tenor literal de las normas constitucionales, contundentemente rechazada tanto en el seno de la Comisión Constitucional como en el Pleno del Senado. Lo que, en definitiva, no hace, junto con lo que sucedió en la realidad política y jurídica española en 2011, más que dar auténtica realidad, entidad y sentido a aquél aserto realizado, en 1985, por el Maestro Pedro De Vega cuando, enfrentado ya al dilema sobre cuál debía ser la forma que deberían revestir todas las modificaciones formales de la actual Constitución española, escribió que “cabe sólo esperar que, en nombre de la seguridad y claridad jurídicas [que son, por lo demás, y como, en los albores de la actual etapa política democrática española, se encargó de poner de relieve, de forma reiterada, el propio De Vega, las dos grandes conquistas que, derivadas del racionalismo jurídico, caracterizaron el constitucionalismo moderno frente a la situación jurídica anterior], nuestro futuro legislador constituyente [entendido como ese poder constituido extraordinario, en cuanto que es el único que se encuentra al legítimamente facultado para ejercitar la actividad constituyente a lo largo de la vida del Estado Constitucional, que es el poder de revisión constitucional] apele [...] a la revisión expresa y no a la mala técnica de la revisión constitucional tácita”.

Importa señalar, de cualquiera de las maneras, que no obstante lo anterior, parece claro que desde el punto de vista de la corrección constitucional, el procedimiento a utilizar para llevar a cabo la reforma reivindicada hoy tanto por los prácticos de la política como por los científicos de la Política, el Estado y el Derecho, puede ser tan sólo el regulado en el artículo 168. Que ello sea así, no ha de ser, creemos, muy difícil de comprender, y de compartir. Piénsese, en este sentido, que lo que se trata con esta proyectada revisión constitucional es de incluir los derechos atinentes a la dignidad humana entre los contenidos consignados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I. Y no puede olvidarse que, como se desprende del propio tenor literal del artículo 168, ésta es una de esas materias a las que nuestro último Constituyente quiso dispensar un mayor régimen de garantía frente a su posible modificación formal. Y para nadie, y mucho menos si se trata de profesionales universitarios de las Ciencias Constitucionales, puede ser un misterio el que es, de una manera muy concreta, la necesidad de utilizar el procedimiento de enmienda agravado de donde se derivan no pocos de los problemas de orden práctico que plantea la realización de una tal proyectada reforma constitucional. Lo que, en última instancia, se deriva de la altamente desafortunada redacción del artículo 168.

Desafortunada redacción del artículo 168, que por lo demás, se manifiesta en todos los aspectos. Téngase en cuenta, a este respecto, que, como, de la mano de Pedro De Vega, Javier Pérez Royo (“Ante la imposibilidad de introducir cláusulas de intangibilidad, como se hubiera deseado, [...], para impedir *de iure* el cambio de la Constitución en determinados contenidos, el Constituyente español ha buscado un rodeo para impedir *de facto* tal cambio. De ahí la artificiosidad del precepto, obligado a decir y a proteger lo que se quiere decir y proteger, pero sin poderlo afirmar expresamente”) y Rogelia Calzada Conde, hemos visto ya, la finalidad última perseguida por el Legislador Constituyente de 1977-1978 con la introducción de este procedimiento de reforma superagravado era la de, tratando de evitar la consagración de cláusulas de intangibilidad, lograr para la forma de gobierno monárquica aquella solución que, como han puesto de relieve, por ejemplo, Bryce –en relación tanto con la posible supresión del voto igual en el Senado en el marco del Derecho Constitucional estadounidense (lo cual, por cierto, ya había sido planteado en el campo de la práctica política estadounidense por James Madison cuando escribió que “La excepción a favor de la igualdad del sufragio en el Senado, probablemente tuvo como propósito salvaguardar la soberanía que se reconoce a los Estados y que se halla implícita en ese principio de representación en un cuerpo de la legislatura y asegurada por él; y con toda probabilidad insistieron en ella los Estados que más aprecio conceden a dicha igualdad. La otra excepción debió admitirse por consideraciones análogas a las que originaron el privilegio que ampara”³¹⁵), tanto con la posible supresión del voto igual en el Senado en el marco del Derecho Constitucional estadounidense, como con la forma de gobierno monárquica en el Texto francés de 1875–, Burgess³¹⁶ –quien, además de lo relativo al Senado norteamericano, se refiere a la situación de

los *Länder* en la Constitución guillermina de 1871–, Le Fur –pronunciándose en concreto sobre la posible reforma de la Cámara de los Estados respecto de la composición que le fue dada por los *Founding Fathers* en Filadelfia–, Marriot, W. Jellinek –en relación específica con lo que, según él, significaba el art. 78 de la Constitución alemana de 1871–, Esposito, Finer³¹⁷, Biscaretti di Ruffia, Loewenstein, de Vergottini³¹⁸, De Vega, Contini, Cicconetti y Calzada Conde, se deriva de la previsión de mecanismos procedimentales excesivamente complejos y costosos. Esto es, de lo que se trataba era de sustraer del ulterior debate político la forma de gobierno monárquica, y haciendo que, si bien no desde el punto de vista jurídico-formal, pero sí, e incuestionablemente, desde el punto de vista de lo político-material, fuese imposible en el futuro el llevar a cabo cualquier modificación formal que afectase, no, y como sí sucede cuando la prohibición de alterar la forma de gobierno se incorpora, como es el caso de Italia –en donde, como señala Gustavo Zagrebelsky³¹⁹, y que, en todo caso, se trata de una virtualidad como a todas las manifestaciones posibles de la figura de los límites materiales expresos a la revisión constitucional y que, en definitiva, no hace sino introducir un criterio de racionalidad en este problema (P. De Vega), lo que se protege es la esencia de la institución republicano-democrática, pero no la literalidad de los preceptos concretos referidos a la articulación de la Presidencia de la República–, a una cláusula de intangibilidad, y cuya supresión, siquiera sea a través de la puesta en marcha del *amending process*, se traduciría, como dice Gomes Canotilho, en un “autosuicidio da ordem constitucional sob a máscara da legalidade”³²⁰, a cualquiera de los preceptos constitucionales destinados a la regulación de cualquier aspecto, por nimio que sea, relativo a la Jefatura del Estado.

Y no es menester, según los que modesto parecer, hacer un hercúleo esfuerzo intelectual para comprender cuál es el verdadero problema que plantea este procedimiento. El mismo, en último término, se concreta en el hecho de que nacido el artículo 168 como un mecanismo para hacer, *de facto*, aunque no lo sea *de iure*, intangible la forma de gobierno, lo que sucede es que también se verán afectados por la hiperrigidez sancionada en él todos aquellos proyectos de revisión constitucional que, aunque formalmente limitados a uno o varios preceptos que no se encuentren integrados en el Título Preliminar, en el Capítulo 2.º, Sección 1.ª del Título I o en el Título II, afecten materialmente a alguno de los principios afectados por la reserva de procedimiento sancionada por el Constituyente en este artículo 168, como sucedía todo lo relativo a la existencia y subsistencia política tanto de la organización política central como de los centros autónomos de decisión política democrática y legítima³²¹, como, y por supuesto, a todos y cada uno de los preceptos constitucionales incluidos hoy en el Título Preliminar, en el Capítulo 2.º, Sección 1.ª del Título I o en el Título II de la Constitución española de 1978. Lo que, ni que decir tiene, implica un incuestionable riesgo de petrificación del propio ordenamiento constitucional en general que, obviamente, puede deparar que una Constitución que, como lo era la española de 27 de diciembre de 1978, había nacido con la pretensión de ser, por decirlo en la conocida terminología empleada por Karl Loewenstein, una auténtica “Constitución normativa”, acabe convirtiéndose en una simple “Constitución nominal” en tanto en cuanto que, al ser *de facto*, que no *de iure*, irreformable en la mayor parte de sus contenidos, sus prescripciones se vean condenadas a caer en la más absoluta de las obsolescencias y, en consecuencia, inservibles para conducir adecuadamente el proceso político democrático, y que es, en última instancia, y como pusieron de relieve constitucionalistas tan relevantes como fueron, por ejemplo, Heller, Smend, Hesse y De Vega, lo que constituye el verdadero objeto de la normativa fundamental del Estado.

De igual manera, estimamos nosotros, tampoco debiera existir ninguna dificultad para que todos, y de modo muy particular los que nos dedicamos al estudio profesional de las Ciencias Jurídicas, podamos llegar a la conclusión de que es, de una forma muy concreta, a esta dificultad, que es, indisputable e indiscutiblemente, tanto de carácter político práctico, como de naturaleza jurídico

práctica, a la que se enfrentaría cualquier intento de constitucionalizar en la España de 1978, y a través de la técnica de la revisión constitucional, los derechos atinentes a la dignidad de la persona como derechos fundamentales. Y ello, por la muy simple y sencilla razón de que, en tanto en cuanto que una tal reforma implicaría la necesaria y forzosa alteración del contenido originariamente consagrado en el Capítulo 2.º, Sección 1.ª del Título I, la misma, y dando cumplimiento estricto tanto al principio de legalidad como al principio de legitimidad, habría de tramitarse de conformidad con lo establecido por el Legislador Constituyente originario en este artículo 168. Y no debiera olvidarse que, como desde el primer momento, y de manera reiterada y contundentemente, denunció, con meridiana claridad, el Maestro Pedro De Vega³²², estamos ante una regulación de la mecánica de la modificación formal del Código Constitucional que, por ser procedimentalmente tan complejo, políticamente tan costoso y gravoso, y cuya utilización, por último, produciría un grave trauma político y constitucional, lo que sucede es que bien puede afirmarse que “se puede decir de antemano que no funcionará jamás. Más que de un procedimiento de reforma se debería hablar de un procedimiento para evitar la reforma”. Aserto éste último que, en modo alguno, y por lo menos si se actúa de buena fe, podría interpretarse como una especulación teórica “de laboratorio”, destinada a “poner chinitas” a la nueva andadura constitucional española, y, en todo caso, alejada de la virtualidad práctica que, imperativamente, ha de tener toda investigación científica en el ámbito de las Ciencias Constitucionales. Antes al contrario, nos encontramos con que el juicio de Pedro De Vega se ha visto confirmado por la propia dinámica jurídica y política española. En efecto, para todos debiera ser obvio que fue, justamente, la necesidad de poner en marcha el mecanismo de reforma previsto en el artículo 168, y siquiera sea para atender la modificación propuesta en el orden sucesorio a la Corona, lo que determinó el que, no obstante los múltiples estudios financiados por el propio Estado, que se habían hecho al respecto³²³, los partidos políticos con representación parlamentaria renunciasen, consciente y voluntariamente, a la puesta en marcha del *amending process* para llevar a término aquel proyecto de reforma constitucional que había anunciado, y como objetivo prioritario, el Presidente Rodríguez Zapatero en su discurso de investidura en 2004. Lo que, en definitiva, supone que, frente a quienes, como Javier Pérez Royo, ingenuamente sostenían que “yo no veo que el artículo 168 plantee graves problemas. Bien porque las materias a las que se refiere son las decisiones políticas fundamentales de la Constitución o los valores indispensables [...] que deben estar por encima de toda discusión, o bien porque hacen referencia al Título II, cuyos artículos o son dignos de protección, o son el resultado de una tradición histórica [...]”, se puede considerar que no necesitarán alteración alguna en tanto la Monarquía Parlamentaria siga siendo la forma política del Estado español³²⁴, han adquirido auténtica realidad, entidad y naturaleza aquellas críticas realizadas por el Profesor De Vega, y se ha puesto de manifiesto que tenía toda la razón cuando advirtió que se trataba de un *amending process* que no funcionaría jamás.

Se comprende, desde la perspectiva anterior, la atinada crítica que, partiendo también de las sabias enseñanzas de Pedro De Vega, realizó, en 1988, mi muy querida y añorada condiscípula Rogelia Calzada al mecanismo de revisión sancionado en el artículo 168, que, huelga decirlo, yo comparto plenamente, y que, en todo caso, y pese a estar formulada con un carácter general, resulta de un especial interés para el problema que nos ocupa en este momento. Crítica que, en último extremo, se concretaba en que, frente a quienes, como, por ejemplo, Enrique Pérez Luño³²⁵, estimaban muy acertada la decisión del Constituyente de 1977-1978 de establecer una protección reforzada a los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 15 a 29 de la Constitución, la cual se derivaría, precisamente, de la excesiva complejidad procedimental prevista para la modificación formal de estos preceptos, entendía, sin embargo, la tristemente desaparecida Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca que la hiperrigidez de este procedimiento especial podría deparar un efecto radicalmente contrario. Y ello, por cuanto que, escribió, correctamente, Calzada Conde, “este sistema, termina, en cierto modo, convirtiéndose en una cláusula destructora de los propios derechos que pretende tutelar. [...]”. En efecto, en la medida en que este precepto ha venido a complicar innecesariamente procedimiento de reforma, lo que sucede es que se está, de alguna manera,

impidiendo el que los “Derechos Fundamentales y Libertades Públicas” puedan adecuarse a la lógica evolución histórica de los mismos, produciéndose, de este modo, una merma en la fuerza normativa de los artículos 15 a 29 de la Constitución. De esta suerte, porque proteger no significa mantenerlos tal y como están sancionados sino, por el contrario, el que no puedan ser eliminados y, a la vez, asegurando su adaptación a los cambios que la sociedad exige la, el juicio que merecen esta presunta “superprotección” de los “Derechos Fundamentales y Libertades Públicas” ha de ser, a nuestro entender, claramente negativo”.

Nada de extraño tiene, en este contexto, que una vez que los miembros de la clase política y los de la clase académica, han cobrado conciencia tanto de que la excesiva complejidad procedimental establecida en el artículo 168 no hace más que, y como, en la que fue su muy brillante Memoria de Tesis Doctoral, puso de manifiesto la Profesora Calzada Conde, “favorecer la utilización de las vías de hecho. Se convierte así este procedimiento de Reforma en una paradoja, toda vez que la Reforma Constitucional debe, precisamente, posibilitar y no, por el contrario, obstaculizar la transformación de la Constitución por los cauces legales”, como de que tenían razón James Bryce y Carl Friedrich, en el sentido de que, por decirlo con este último “Todo orden político está sujeto a cambio y a menos que se adopten los medios necesarios para adaptar constantemente a las instituciones que implican valores, intereses, creencias, dicho cambio puede asumir formas de violencia, ya sea esporádica, (...), ya sea total, como es el caso de la revolución política”, unos y otros hayan abierto el debate sobre la posibilidad de proceder a la revisión del propio *amending process* diseñado por el Legislador Constituyente originario en este artículo 168. Circunstancia esta última, que, como a nadie puede ocultársele, plantea un nuevo problema para la posible constitucionalización como “fundamentales” de los derechos atinentes a la dignidad humana y que fueron consagrados como meros principios rectores de la política social y económica. Problema éste que, por lo demás, nosotros no queríamos, ni tampoco sabríamos, eludir. Nos estamos refiriendo, obviamente, a la cuestión de si sería posible llevar a cabo esta segunda reforma.

La respuesta a este segundo interrogante, será positiva para todos aquéllos que, rechazando las consecuencias que se derivan de los rígidos esquemas de la doctrina de la "*Derogationsnorm*" elaborada por Adolf Merkl³²⁶ y Alf Ross³²⁷ –en virtud de la cual, y en tanto en cuanto no es dado encontrar una norma superior, convierte no sólo, y como ya había afirmado, en 1905, W. Burckhardt³²⁸, a los preceptos que regulan el procedimiento de reforma constitucional en inmodificables e intangibles, sino también a los trámites procesales y requerimientos formales establecidos en estas normas en la única garantía posible de la supremacía constitucional–, acepten el criterio defendido, sobre este particular, por Konrad Hesse, Horst Ehmke³²⁹ –quien, sin embargo, y de manera paradójica, si considera intangibles las mayorías y los requisitos procedimentales establecidos para la revisión constitucional por el art. 79.1 de la *Bonner Grundgesetz*–, Constantino Mortati, Vezio Crisafulli³³⁰, Aldo María Sandulli³³¹ y Jorge Vanossi. De acuerdo con estos últimos insignes constitucionalistas, lo que sucede es que si bien resulta indiscutible que el principio de rigidez, merced al cual la Constitución adquiere realmente la condición de *Lex Superior* al eliminar la posibilidad de que los poderes constituidos ordinarios puedan actuar en contra de la voluntad soberana del Poder Constituyente, forma parte del núcleo estable e irreformable de la Constitución (P. De Vega), ello no impide, en ningún caso, el que, mediante la utilización del propio procedimiento de enmienda, pueda el poder de revisión introducir variaciones en los requisitos exigidos para la reforma, bien sea cambiando las mayorías o eliminando alguno de los supuestos que agravan la operación jurídica de la modificación formal del Código Jurídico-Político Fundamental.

Es, precisamente, a esta última concepción a la que, tratando, en última instancia, tanto de evitar la posible petrificación del ordenamiento constitucional derivada de la imposibilidad de poner en

marcha el *amending process* regulado en el artículo 168, como la de hacer posible la mejora de la regulación hecha por el Legislador Constituyente español de 1977-1978 sobre la problemática de los derechos y libertades de los ciudadanos, apelaría la Doctora Calzada Conde para defender su tesis de que el propio Título X de la Constitución puede ser, él mismo, objeto de modificación formal atendiendo al procedimiento legal-constitucionalmente previsto para tal fin. Tesis ésta que, como seguramente no podría ser de otro modo, y sobre todo siendo discípula de quien lo era: el Maestro Pedro De Vega, defenderá desde la, por lo demás correcta, idea de que lo que, en definitiva, sucede es que el procedimiento de reforma establecido por el Constituyente originario puede ser, él mismo, objeto de una revisión constitucional siempre y cuando, y esto es lo importante, la misma, aunque modifique las exigencias y requerimientos procedimentales establecidos en la primigenia redacción del Código Constitucional, no suponga el abandono del principio de rigidez, entendido éste como la obligación de observar un procedimiento normativo distinto al legal-constitucionalmente previsto para actuar sobre la legislación ordinaria (H. Kelsen, C. Mortati, P. De Vega, etc.), y no, y como usualmente se hace, y que, en todo caso, es el criterio adoptado por no pocos constitucionalistas españoles (v. gr., I. De Otto, R. L. Blanco Valdés³³²) el establecimiento de un mayor grado de complejidad y la exigencia de mayorías cualificadas.

Ahora bien, si esto es así, y efectivamente lo es, debemos indicar que la construcción de la Profesora Calzada Conde se diferenciaba, y bastante, de las realizadas por otros sectores de la clase académica. Siendo, precisamente, estas diferencias las que nos conducen a considerarla mucho más correcta que las demás. Veámoslo, siquiera sea sucintamente, con algún detenimiento.

Punto de partida de la construcción de Rogelia Calzada es la idea de que cuando las circunstancias pongan de manifiesto la imposibilidad de poner en marcha el mecanismo regulado en el artículo 168, y, con ello, se haga imposible el llevar a cabo la reforma constitucional cuando ésta se presenta como algo políticamente conveniente, jurídicamente necesario e históricamente ineludible e inaplazable, las distintas fuerzas políticas con representación parlamentaria, actuando desde esa racionalidad intrínseca al régimen democrático, y ante la perspectiva de que el Código Constitucional, sentenciado a la mayor y absoluta de las obsolescencias, perdiese su condición de ser una norma jurídica vigente en el sentido que Hermann Heller da a este término y, con ello, España, carente de una auténtica Constitución, se viese condenada a ser, como, en una de sus más acertadas afirmaciones, sentenció Hegel³³³ para cualquier Comunidad Política en tales condiciones, un auténtico “Estado despótico”, serán capaces de ponerse de acuerdo para proceder, siempre, naturalmente, respetando el carácter rígido del actual Código Jurídico-Político Fundamental español, a la modificación de requerimientos procesales establecidos en aquél precepto. El problema, de esta suerte, se concretaría en la determinación de cuál sería el mecanismo adecuado para llevar a cabo una tal modificación formal del artículo 168. Y en este sentido, nos encontramos con que, con un criterio que nosotros también compartimos³³⁴, una tal revisión no podría llevarse a efecto con la utilización del artículo 167. Lo que no ha de ser muy difícil de comprender. En efecto, lo que sucede es que, aunque han sido, ciertamente, no pocos los constitucionalistas españoles que han defendido que porque el propio artículo 168 no está consignado expresamente entre las materias que habrían de beneficiarse de la reserva de procedimiento en él determinado, el procedimiento de reforma superagravado sería susceptible de ser alterado a través de una revisión constitucional operada atendiendo al procedimiento legal-constitucionalmente establecido por el artículo 167 (O. Alzaga Villaamil³³⁵, P. Lucas Murillo de la Cueva³³⁶, R. Punset³³⁷, F. Balaguer Callejón) la postura más correcta, en la medida en que, en el fondo, lo que estos autores hacen, y ya sea consciente o inconscientemente, no es otra cosa que el aplicar indirectamente la lógica que se deriva de la, por lo demás, y como señaló el Maestro Pedro De

Vega, “tan ingeniosa como insostenible”, teoría de la revisión en doble grado defendida, por ejemplo, en Italia por el monárquico Biscaretti di Ruffia para burlar la prohibición de acometer reformas constitucionales que tuviera por objeto el substituir la forma de gobierno republicana por la monárquica.

De la misma manera, tampoco le resultaban convincentes a la Doctora Calzada Conde, –como tampoco, y acaso como consecuencia de aquellos largos debates que teníamos sobre la reforma constitucional y sus posibles límites cuando ambos estábamos en la fase de redacción de nuestras respectivas Memorias de Tesis Doctorales, nos lo parecen a nosotros–, las formulaciones de aquellos otros Profesores de Teoría del Derecho Constitucional españoles que admiten la posible revisión del Título X, pero que tratan de explicarla, y justificarla, poniendo en relación las rígidas conclusiones a las que conduce la doctrina de la *Derogationsnorm* de los Adolf Merkl y Alf Ross con el hecho de que el último Legislador Constituyente español previese la posibilidad de la reforma total. Para estos autores a los que nos referimos, lo que acaba sucediendo en el Derecho Constitucional español es que ninguna duda puede albergarse sobre el que el procedimiento legal-constitucionalmente previsto en el artículo 167 para llevar a cabo las revisiones parciales del Código Jurídico-Político Fundamental puede ser objeto de modificación por la aprobación de una ley de revisión. Y ello, por la muy sencilla y simple razón de que este precepto, y en la medida en que existe un proceso de enmienda mucho más agravado, no podría considerarse, en rigor, como aquella norma de derogación, y por lo tanto superior al resto del ordenamiento jurídico, del que, en última instancia, y de acuerdo con la lógica de la *Stufenbautheorie*, extraerían tanto su validez, como su eficacia y fuerza jurídica obligatoria todas las normas que integran el Derecho Positivo estatal, y tanto si son de naturaleza constitucional, o de naturaleza ordinaria. Porque esto es así, y en la medida en que, según esta interpretación, la auténtica *Derogationsnorm* del ordenamiento constitucional español sería la contenida en el artículo 168, indiscutible resulta, según la construcción de, por ejemplo, Ignacio de Otto, que tanto la literalidad como el contenido material del artículo 167 podría ser cambiado con la simple utilización del procedimiento de reforma superagravado del artículo 168. Mayores dificultades se presentan, sin embargo, en relación con la posible modificación formal del proceso de enmienda regulado en el artículo 168³³⁸. La razón de que ello sea así, es, y se admita o no esta construcción, fácilmente comprensible. Téngase en cuenta, este respecto, que porque el artículo 168 se convierte en la auténtica norma de derogación de la normativa fundamental española, de cuya irreformabilidad, y como ya sentase el propio Merkl, se hace depender la garantía de la identidad, la coherencia y la integración jurídica del sistema constitucional, la única conclusión posible a la que, desde la más elemental lógica jurídica y política, debería llegarse es a la de que todos los requisitos procedimentales establecidos en este precepto constitucional, elevados a la condición de contenido esencial de aquel núcleo estable e irreformable de la Constitución del que nos hablaba, por ejemplo, Hesse, se encuentran definitivamente, y desde la consideración de estos como un patente supuesto de límite material absoluto implícito a la reforma, excluidos de las facultades legítimas de actuación del poder de revisión constitucional. Ahora bien, si esto es así, lo que sucede es que porque el Constituyente español originario admitió la posibilidad de la revisión total, el anterior principio quiebra de manera plena, y, en consecuencia, sería perfectamente posible el proceder a la modificación formal del artículo 168 aunque, y esto es lo importante, y lo que diferencia a esta construcción de la que analizamos anteriormente, tan sólo podría considerarse como una operación jurídica válida, lícita y legítima cuando esta revisión se realizase con la más escrupulosa y estricta observancia de todas y cada una de las formalidades, exigencias y requerimientos procedimentales que este mismo precepto había originariamente establecido.

Muy lejos de esta idea, lo que, en la que fue su muy brillante Memoria de Tesis Doctoral defendida, en 1987, en el incomparable marco de la *Universitas Studii Salmantini*, mantuvo Rogelia Calzada es que, en efecto, los dos procedimientos de reforma establecidos por el Legislador Constituyente de 1977-1978 son susceptibles de ser modificados. Ahora bien, para que esta alternativa resultase aceptable como una operación jurídica válida, lícita y legítima, lo que habría de hacerse es utilizar el *amending process* previsto en el artículo 167 para actuar sobre el procedimiento de reforma ordinario, y acudir al procedimiento de reforma extraordinario y superagravado cuando lo que se pretenda sea cambiar el proceso de enmienda del artículo 168.

Y es, justamente, esta circunstancia la que, como decíamos antes, va a jugar en contra de la posible satisfacción de la reivindicación hoy planteada de manera generalizada sobre la constitucionalización como derechos fundamentales de todos estos derechos que, por estar referidos a

la dignidad humana, conforman el conjunto de los derechos inviolables y que, sin embargo, nuestro legislador constituyente de 1977-1978 había consagrado como meros principios rectores de la política social y económica. Y es que, como tuve ocasión de manifestárselo a mi muy querida y añorada condiscípula durante aquellos interminables debates que manteníamos, como ya hemos indicado, en el momento de la elaboración de nuestras Tesis Doctorales, lo que sucederá, y la propia dinámica jurídica y política española así lo ha confirmado, es que serán, de un modo muy concreto, las mismas dificultades que existen para que pueda culminarse la originaria propuesta de reforma de incluir los derechos atinentes a la dignidad humana entre los derechos que gozan de una mayor protección jurídica, siquiera sea por la posibilidad de interponer el recurso de amparo frente a su violación, los que determinarán que tampoco pueda realizarse una modificación formal del artículo 168 para, con la reducción de la complejidad procedimental primigeniamente diseñada en este precepto, hacer viable la satisfacción de una tal justa demanda como es la que se refiere al objeto de nuestra atención en este escrito. Lo que, además, se vería dificultado por el hecho de que, de permitir una tal reforma, lo que el legislador de revisión constitucional haría no sería más que invalidar las razones que existieron para la introducción del procedimiento de reforma superagravado como mecanismo para proteger, de un modo fundamental, la forma de gobierno monárquica.

Porque esto es así, es decir, porque tampoco resulta muy viable el operar una modificación formal del artículo 168 que, a la postre, se traduzca en la posibilidad real de los derechos atinentes a la dignidad humana puedan ser constitucionalizados como “fundamentales”, surge ante nosotros un último problema al que, de manera constrictiva, hemos de encontrarle solución. Problema éste que, en última instancia, se concretaría en el interrogante de que es en realidad lo que se pretende al propugnar una tal revisión constitucional. Dos son, básicamente, las alternativas que se presentan, y que, de cualquiera de las maneras, requieren una muy distinta solución.

Cabe, en efecto, que lo que se quiera alcanzar con la constitucionalización de los derechos atinentes a la dignidad humana como “fundamentales” sea el dar satisfacción a una reivindicación de principio. Este sería, sin duda, el supuesto de la propuesta defendida, desde eso que él denomina el “utopismo pragmático”, por Alfonso Guerra. En este caso, esta reivindicación de principio aparecería vinculada a los más sólidos y consolidados presupuestos del pensamiento político democrático progresista, y que conducen a la comprensión de que la finalidad última del Estado es, como ningún profesional universitario de las Ciencias Jurídicas debiera desconocer, la de lograr situar a los hombres en un cada vez mayor nivel de bienestar. De esta suerte, no albergamos nosotros la menor duda sobre el hecho de que habría de tratar, por todos los medios posibles, y, por supuesto, respetando tanto el principio de legitimidad como el principio de legalidad, el que una tal reforma constitucional se llevase a término. Con ello, ni que decir tiene, lo que se lograría es que las que hoy se pretenden presentar como meras declaraciones programáticas carentes de efectividad jurídica alguna, pasasen, corrigiendo el que fue incuestionablemente el mayor de los déficits del Constituyente de Weimar en lo relativo a la libertad civil, a gozar de la consideración de ser auténticas normas constitucionales dotadas de una verdadera fuerza jurídica obligatoria y vinculante y tanto, y esto es lo importante y lo que ha de resultar trascendente –y con ello no hacemos otra cosa que avanzar alguno de los conceptos a los a continuación nos referiremos–, para los poderes públicos como para los poderes privados. Lo que, en todo caso, se explica, y justifica, por el hecho de que nos encontramos aquí ante una manifestación patente y manifiesta de la utopía, en el sentido de “*eu-topos*”, que, en cuanto que tal, ha de entenderse cómo posible y que, por ello mismo, ha de lucharse para su satisfacción.

Pero si esto es así, cabe también que la demanda de que entre en escena el *power to amend the Constitution* para proceder a reconocer como derechos fundamentales y libertades públicas a los derechos atinentes a la dignidad humana, tenga como única finalidad la de conseguir que lo que hoy aparece reconocidos como meros principios rectores de la política social y económica disfruten del mismo régimen de garantía y de la misma consideración de que se trata de preceptos constitucionales dotados de una verdadera fuerza jurídica obligatoria y vinculante, de las que hoy disfrutaban las normas constitucionales declarativas de los clásicos derechos de libertad y, asimismo, y como ya ha quedado dicho, algunos derechos sociales como, por ejemplo, el derecho a la educación. Si este fuera el caso, lo que tendríamos que plantearnos es si, habida cuenta la dificultad práctica que tendría el proceder al reconocimiento formal de los derechos atinentes a la dignidad humana como derechos fundamentales, y que, como acabamos de ver, se deriva de la necesidad de poner en marcha el procedimiento de enmienda contemplado en el artículo 168, no resultaría más oportuno el proceder a la modificación formal del artículo 53, para cuya revisión sería menester observar el procedimiento establecido en el artículo 167 cuya operatividad, –acaso excesiva; téngase en cuenta, este respecto, que la realización de la reforma constitucional de 2011, que fue llevada a cabo en el brevísimo lapso temporal que media

entre el anuncio de la iniciativa de reforma hecho por el Presidente del Gobierno, Sr. Rodríguez Zapatero, su formalización por los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular (26 de agosto) a su aprobación definitiva (5 de septiembre)³³⁹, y con la única intención de atender el interés del gran capital internacional, por parte de los dos partidos mayoritarios en las Cortes Generales, no hace sino que surja ante nosotros la duda sobre si, a pesar de lo que habíamos afirmado durante el larguísimo tiempo³⁴⁰, el mecanismo de reforma legal-constitucionalmente previsto en este precepto satisface realmente las condiciones que, y como quedó consignado en el número XLIII de “*El Federalista*”, había puesto James Madison, y que han sido admitidas por la generalidad de la doctrina constitucionalista, para poder llegar a decir que el grado de rigidez constitucional, entendido aquí como la complejidad para la definitiva aprobación de la revisión, resulta adecuado, y que, como nadie puede ignorar, se concretan en la idea de que el *amending process* debe proteger por igual contra una facilidad extrema que hiciera al Texto Constitucional demasiado variable, y contra una exagerada dificultad que lo convirtiese en inmodificable; y ello por la muy simple y sencilla razón de que si actuando el proceso de enmienda establecido en este art. 167 es posible la realización de una modificación formal de la constitución en un canon breve espacio temporal y, además, sin tomar en consideración, y esto tiene un especial interés respecto de la eficacia de los, por utilizar el término acuñado por Konrad Hesse, derechos fundamentales sociales, que es, en definitiva, el objeto principal de nuestro estudio, que de ellas se derivan grandes perjuicios para los ciudadanos, lo que sucede es que parece desvanecerse aquella virtualidad que, entre otros muchos, predicaba Contini del principio de rigidez constitucional, en el sentido de que, al menos desde el punto de vista teórico, al exigirse que toda *Verfassungsänderung* haya de verificarse mediante un procedimiento distinto y, usualmente, más agravado, que el que ha de observarse para la aprobación, modificación o derogación de la legislación ordinaria, la rigidez constitucional adquirida un carácter indiscutiblemente garantista en la medida en que la misma actuará como un adecuado y eficaz filtro frente a reformas superficiales o o irreflexivas que pretendiera llevar a cabo una eventual mayoría parlamentaria–, ésta, por lo demás, suficiente y, no obstante el hecho de sólo haber sido utilizado en dos ocasiones, sobradamente demostrada en la dinámica jurídica y política española.

V.- LA INSUFICIENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL PARA ASEGURAR LA EFICACIA JURÍDICA DE LOS DERECHOS ATINENTES A LA DIGNIDAD HUMANA

A la vista de lo hasta aquí dicho, parece claro que si, como decíamos, la única pretensión que se pretende satisfacer con ésta reivindicada reforma constitucional para constitucionalizar como “derechos fundamentales” todos los derechos inviolables, es la de conseguir que todos los que de entre éstos han sido reconocidos como meros principios rectores de la política económica y social, y a los que se les atribuye, de manera tan generalizada como, y desde el punto de vista de la lógica interna del propio Estado Constitucional democrático y social, construida, repitámoslo, desde los esquemas conceptuales puestos en circulación por el iusnaturalismo contractualista democrático, injustificada, la condición de estar consagrados en unos preceptos constitucionales de los que se predica la naturaleza de ser simples normas programáticas destinadas, de una u otra suerte, a disolverse en el ámbito de la retórica y de las buenas intenciones, es tan sólo el que los mismos cuenten con un proceso que permita al ciudadano reaccionar jurisdiccionalmente frente a la conculcación de sus derechos, una tal finalidad puede ser cumplida sin necesidad de proceder a ese reconocimiento como constitucionales de los derechos atinentes a la dignidad humana. Antes al contrario, y como acabamos de señalar, esto sería posible, y además mucho más viable y factible, con la puesta en marcha del procedimiento de reforma contemplado en el artículo 167 para, con ello, proceder a la modificación formal del artículo 53 y, de este modo, extender la posibilidad de la interposición de un recurso de amparo a todos los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la vigente Constitución española de 1978.

El resultado de una tal revisión significaría, ni que decir tiene, y como a ningún profesional de las Ciencias Constitucionales, –y mucho menos si éste centra su atención en esa parcela de estas últimas que estamos identificando con el rótulo de “Derecho Constitucional Procesal”, o a esa otra

parcela de las Ciencias Jurídicas que es el “Derecho Procesal Constitucional”, de tan difícil, por otra parte, clasificación en el esquema tradicional de las áreas del ordenamiento jurídico, piénsese, a este respecto, que este último ha sido considerado como una mera parte de la Teoría del Derecho Constitucional (V. Miceli³⁴¹, P. Häberle³⁴², P. Lucas Verdú³⁴³), una parcela concreta y determinada del Derecho Procesal (M. Cappelletti³⁴⁴, H. Fix-Zamudio, D. García Belaunde³⁴⁵), una disciplina mixta de aquellas otras dos ramas del conocimiento de las Ciencias Constitucionales (G. Zagrebelsky, N. P. Sagües³⁴⁶), o, finalmente, una materia substantiva y autónoma aunque se relaciona tanto con la Ciencia del Derecho Constitucional como con la Ciencia del Derecho Procesal (H. Nogueira Alcalá³⁴⁷, E. Ferrer McGregor³⁴⁸)—, puede pasarle desapercibido, el introducir una substancial modificación en el régimen jurídico que corresponde hoy en España a la mayor parte de esos derechos inviolables, entre los que están, repitámoslo, incuestionablemente incluidos los derechos fundamentales sociales. Y pocas dudas pueden existir sobre la circunstancia de que ello comporta, y de forma difícilmente discutible, un gran avance respecto del que fue originariamente diseñado por el Legislador Constituyente de 1977-1978. Importante y decisiva alteración que nosotros, en este trabajo, vamos a tomarnos la licencia de ejemplificar con el derecho constitucional a la vivienda digna y adecuada (art. 47 CE 1978), en cuanto que éste es, inconcusa e innegablemente, y como ya vimos, de la mano de Antonio Baldassarre, uno de los primeros contenidos de esos derechos atinentes a la dignidad humana. Y, en este sentido, lo primero que hemos de señalar es que esta transformación del régimen jurídico de los derechos fundamentales sociales se manifiesta, por lo demás, en todos los ámbitos. Veámoslo, siquiera sea de manera sintética.

Piénsese, a este respecto, y en primer lugar, que la primera transformación que provocaría esta hipotética reforma constitucional a la que nos estamos refiriendo se encontraría relacionada, y de modo directo e inmediato, a la propia eficacia jurídica que tendría el reconocimiento constitucional del derecho constitucional a la vivienda digna y adecuada. En efecto, en la medida en que el objeto de esta enmienda sería el equiparar a todos los derechos identificados con el rótulo de “principios rectores de la política social y económica” al resto de los derechos reconocidos en el Título I, y singularmente a los que se encuentran recogidos en el Capítulo II, en lo que hace a sus garantías, lo que resultaría es que la eficacia del derecho constitucional a la vivienda digna y adecuada dejaría de estar sometida a ese régimen determinado en el artículo 53.3, en virtud del cual, y como dice expresamente este último precepto, los principios rectores de la política social económica, que han de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, “Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Régimen jurídico de garantía que, de cualquiera de las maneras, ha sido ratificado por el supremo custodio constitucional, por ejemplo, en la en la STC 19/1982, de 5 de mayo, y la STC 45/1989, de 20 de febrero, cuyos tenores literales no dejan el menor resquicio a la duda sobre este particular. Así, nos encontramos con que en la primera de estas sentencias, el Tribunal Constitucional va a confirmar, y no obstante reconocer en alguna medida ese carácter de derechos de *status* desde donde, y como ya vimos, ha de encontrarse la propia efectividad de todos los preceptos constitucionales declarativos de los derechos políticos y de libertad (P. De Vega), el mero carácter de norma programática e interpretativa que tienen los preceptos constitucionales integrados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I. Y lo hace al proclamar enfáticamente que el artículo 53.3 de la Constitución “impide

considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tener los presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes³⁴⁹. Otro tanto sucede con el otro pronunciamiento del supremo custodio constitucional, en el cual, además, viene a negar, y esto resulta trascendente para lo que vamos a defender a continuación, la posibilidad de que estos preceptos constitucionales declarativos de derechos atinentes a la dignidad humana pero como meros principios rectores puedan actuar de parámetro de la validez, es decir, del respeto tanto al principio de legalidad como al principio de legitimidad, de la actuación de los poderes constituidos. Así, y bajo la presidencia del Profesor Francisco Tomás y Valiente, afirmará el Tribunal Constitucional que “hay que reconocer, en primer término, que la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica [...] hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender aisladamente considerada, el mandato de los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de sus principios por lo general se concreta no cabe excluir que la relación entre alguno de sus principios y los derechos fundamentales [...] haga posible un examen de este género, ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida³⁵⁰. Mayor importancia todavía tiene, y desde luego para el problema que en este momento centra nuestra atención, lo establecido por el supremo custodio constitucional en la STC 64/1988, de 12 de abril, en la cual el Tribunal Constitucional, si bien abre la puerta a que puedan interponer el recurso de amparo los no ciudadanos, va a negar, y de manera categórica, el que el mismo pueda ser interpuesto cuando la conculcación de los derechos se refiere a estos derechos fundamentales sociales³⁵¹.

No es menester, según nuestro modesto parecer, realizar un gran y hercúleo esfuerzo intelectual para poder llegar a comprender que esta solución normativa adoptada por el Legislador Constituyente originario, y que, como acabamos de decir, se vio confirmada por la actuación del Tribunal Constitucional, quien, en definitiva, de esta manera renunciaba a poder transformar el régimen jurídico de garantía y protección de los derechos sociales a través de la verificación de una *Verfassungswanlung* operada a través de la función interpretadora del Código Constitucional que cumple desarrollar al juez constitucional –que era, en todo caso, el único supuesto que Hsü Dau-Lin reconocía como manifestación de las mutaciones constitucionales como consecuencia de la interpretación–, y que, en todo caso, tenía en sus manos poder haber modificado esta situación en cuanto que, como supremo intérprete de la normativa fundamental³⁵², principal agente para la verificación de una mutación constitucional³⁵³, se muestra claramente tributaria de aquellos planteamientos académicos que, como ya hemos hecho constar en este escrito, fueron defendidos todavía bajo la vigencia de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919 por los Hugo Preuss, Gerhard Anschütz y Richard Thoma. Lo que, traducido en otros términos, significaba que los derechos atinentes a la dignidad humana, por lo menos la mayor parte de ellos, quedaban condenados a tener un régimen jurídico igual al que la libertad civil tenía en el viejo Estado burgués de Derecho, en el que, de modo más que lamentable, y, de cualquiera de las formas, contrariando la propia lógica intrínseca del Estado Constitucional mismo, gobernantes y gobernados, por lo menos en lo que se refiere a la problemática de la, por utilizar la vieja expresión acuñada por John Wise, libertad civil, se encontraban vinculados no por la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant* expresada normativamente en el texto del Código Constitucional, sino, por el contrario, por los mandatos de la legislación ordinaria emanada por la voluntad, no siempre, –y como tuvimos ocasión de señalar en el apartado II de este escrito–, conforme con lo deseado por el Constituyente originario, de los poderes constituidos. Solución ésta que, como nadie puede ocultársele, y mucho menos a los profesionales universitarios de la Teoría del Derecho Constitucional, no podría ser más contraria a la propia lógica del Estado Constitucional democrático y social, cuya verdadera esencia, repitámoslo, es la de convertirse en la más perfecta,

acababa, completa y óptima de las manifestaciones estructurales posibles de aquella Comunidad Política que el pensamiento político democrático, y ya desde el pensamiento y la obra desarrolladas por Solón en la Atenas clásica, habían concebido, siempre y, como ya hemos visto, sin excepción alguna, como el instrumento de liberación de los hombres.

Fácil ha de ser para todos, entendemos, comprender que es, justamente, para corregir esta situación, que nos atrevemos a calificar de patológica, para lo que se reivindica la constitucionalización de los derechos inviolables como derechos fundamentales. En efecto, el objetivo prioritario de esta revisión constitucional sería el lograr que todos los derechos atinentes a la dignidad humana que fueron consagrados por el Legislador Constituyente de 1977-1978 como meros “principios rectores de la política económica y social” y que, han sido interpretados, de modo casi unánime, como incorporados a normas constitucionales de carácter programático, dejen de estar sometidos en cuanto su eficacia a este régimen propio del Estado Constitucional liberal, para pasar a disfrutar del régimen que tales derechos atinentes a la dignidad humana debieran tener en el marco del moderno Estado social y democrático de Derecho. La ganancia que los ciudadanos obtendrían de la misma, en vía de principio, se presenta como algo meridiano e inconcuso. Sobre todo, si se toma en consideración que, como derivación directa e inmediata de la aceptación, ya incondicionada y sin ambages de ningún tipo, de la lógica que se deriva de las ideas y del principio democrático, el moderno Estado Constitucional democrático y social fue construido desde la idea de que todo lo ordenado en el Texto Constitucional, y en cuanto que es la expresión normativa de la voluntad soberana del Pueblo estatal, se presenta como un mandato de obligado cumplimiento para todos los sujetos, públicos y privados, que actúan en el marco de ese determinado Cuerpo Político o, si se prefiere, de esa concreta República en el sentido que a este término le otorgaba el genial “Ciudadano de Ginebra”. Lo que, traducido en otros términos, significa que, incluso aunque no exista la posibilidad de acudir a los tribunales mediante un recurso jurisdiccional específico, tendríamos los españoles, y por el mero hecho de estar reconocido en la Ley Constitucional, el derecho de exigir, en la más estricta y radical aplicación de los esquemas conceptuales propios del democratismo radical y del socialismo democrático sobre el irrenunciable control permanente por parte de los ciudadanos —que siguen siendo, también en el marco de la Democracia Constitucional representativa, los legítimos depositarios de la titularidad del ejercicio de la soberanía en el Estado—, a los titulares del poder público el que llevasen a cabo toda su actividad para lograr hacer real y efectivo este derecho constitucional a la vivienda digna y adecuada constitucionalmente proclamado.

E importa señalar, en todo caso, que esto sería así incluso pese a todas las limitaciones que para el disfrute de este derecho constitucional a la vivienda digna y adecuada se derivan de la actual legislación ordinaria sobre esta materia. Limitaciones éstas que, innecesario debiera ser aclararlo, no son pocas. Circunstancia esta que, en último extremo, se explica, que no justifica, por el hecho de que la normativa jurídica relativa al disfrute de esa vivienda digna y adecuada, y ya sea en régimen de propiedad, ya en el de arrendamiento, ha sido dictada siempre, y cualquiera que sea la organización política partidista que ocupase la posición de fuerza política mayoritaria con representación parlamentaria, desde la plena, absoluta, radical y definitiva aceptación del principio de que todas las relaciones jurídicas establecidas entre los particulares han de regirse, de modo prioritario, si no único, de conformidad con la lógica que se deriva del principio de la autonomía de la voluntad como principio informador de todo el derecho de la contratación concebido, desde una óptica ideal, y tal y como, ya lo hemos visto, señalaron, por ejemplo, Wieacker, Pugliatti y Ferri para regular las relaciones entre seres libres, autónomos e iguales. De esta suerte, y porque se encuentra inspirada en este dogma jurídico de la autonomía de la voluntad y, además, se pretende proyectar la eficacia de éste a una situación real en donde las partes contractuales en modo alguno se encuentran en una situación de igualdad, sino todo lo contrario, nos encontramos con que lo que define la legislación ordinaria en esta materia es el hecho, incontestable por lo demás, de que son los titulares del poder económico los que resultan favorecidos en cualquier relación contractual relativa a la vivienda. Y no hace falta ser, según nuestro parecer, en exceso perspicaz para comprender que porque esta situación es claramente contraria a la esencia de la forma jurídica y política “Estado social y democrático de Derecho”, la misma sería susceptible de ser declarada inconstitucional por el supremo custodio constitucional. Para lo cual, el Legislador Constituyente español de 1977-1978 abrió varias posibilidades. En efecto, podría, en primer lugar, verificarse la declaración de inconstitucionalidad actuando el Tribunal Constitucional, y siempre que se tratase de normas jurídicas nuevas relativas, por seguir con el supuesto que nosotros estamos analizando, a la vivienda, y en cualquiera de sus múltiples facetas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 161.1. a) en relación con el artículo 162.1. a).

Pero podría también, y en segundo término, producirse la declaración de inconstitucionalidad de la normativa ya vigente sobre esta materia, a través de la materialización de lo dispuesto en el artículo 163, en el que se regula la posibilidad de que el juez ordinario pueda interponer una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. No es menester extenderse demasiado en la explicación de esta hipótesis, tanto más cuanto que la aprobación de este artículo 163 responde, con carácter general, a las mismas causas objetivas que han determinado en otros ordenamientos constitucionales adscritos al modelo austriaco la adopción de algún mecanismo que haga posible la actuación de la vía incidental del control de constitucionalidad. En lo que, sin embargo, sí parece oportuno detenerse, y siquiera sea para dar una mayor coherencia a nuestro discurso, y, de este modo, contribuir a facilitar la comprensión de nuestra tesis sobre la situación de precariedad en la que viven los ciudadanos en su intento de disfrutar plenamente de los derechos fundamentales sociales, es en poner de manifiesto las singulares características que reviste en el actual ordenamiento constitucional español esta figura de la cuestión de inconstitucionalidad. Lo que, como seguramente no podría ser de otra manera, vamos a hacer siguiendo las enseñanzas de mi muy dilecto Maestro, el Doctor De Vega. Señala, a este respecto, Pedro de Vega que “Dos son, [...], las notas que caracterizan la vía incidental, tal y como se regula en este artículo, y conviene matizar. En primer lugar, y en contra de lo que sucede en ordenamientos foráneos, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad corresponde sólo al órgano judicial sin que pueda ser alegada por las partes. Lo que manifiesta a todas luces cómo el carácter restrictivo de la legitimación en vía directa se pretende prolongar, también, a la vía incidental. Y, en segundo lugar, está el hecho de que nuestra Constitución determina que el planteamiento de la inconstitucionalidad “no tendrá en ningún caso efectos suspensivos”. El no reconocimiento a los particulares del derecho a poder aducir en un proceso ordinario la inconstitucionalidad de una ley de cuya validez dependa el fallo, se justifica y se explica en la medida en que con ella se intenta evitar la prolongación indebida de procesos con alegaciones manifiestamente infundadas de inconstitucionalidad. Ahora bien, lo que no se justifica ni se explica es que siendo el órgano judicial quien debe proponer la cuestión de inconstitucionalidad –lo que hace suponer que dichas propuestas serán siempre, o en la gran mayoría de los casos, razonables y fundadas– no se produzca automáticamente la suspensión del procedimiento principal”³⁵⁴. Lo que, a la postre, y como a ningún profesional universitario de las Ciencias Constitucionales puede ocultársele, deja incuestionablemente a salvo el *Verwerfungsmonopol* en favor del Tribunal Constitucional respecto de cualquier norma jurídica ordinaria emanada con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Pero significa, también, y es conveniente advertirlo, que, debilitando las rígidas fronteras conceptuales que los constitucionalistas establecemos entre el modelo concentrado y el modelo difuso, el juez ordinario español no queda radical y definitivamente excluido de la tarea de proceder a la salvaguardia del orden constitucional. Antes al contrario, debe considerarse que entre sus facultades se encuentra la de erigirse en uno de los múltiples defensores del orden constitucional, incluso debiendo, en cuanto que, como, de acuerdo con Lord Bryce³⁵⁵, se desprende ya, y de manera inequívoca, de la primera Constitución moderna, la de los Estados Unidos de América, intérprete natural del Derecho que es, actuar con una diligencia superior a la que corresponde al resto de los órganos constitucionales en esta labor. Lo que sucede es que, en este caso, la tarea de procurar la efectividad real de la norma constitucional la desarrollarán de manera indirecta.

Por último, podría el supremo custodio español proceder a la declaración de inconstitucionalidad de la normativa relativa al derecho constitucional a la vivienda digna y adecuada, utilizando la vía que le abre el propio artículo 163, en el sentido de que, como, en uno de los primeros comentarios al vigente Código Jurídico-Político Fundamental español, escribió el Maestro De Vega, “no se debe dejar de advertir que con este artículo se abre la puerta a un posible reconocimiento de la intervención de oficio del propio Tribunal Constitucional. La razón es muy simple: en la noción [y no obstante el hecho de que, como señalaron ya García-Pelayo³⁵⁶, García de Enterría³⁵⁷, Rubio Llorente³⁵⁸,

Pérez Tremps³⁵⁹ y el propio De Vega, se trata de un órgano jurisdiccional que no se encuentra adscrito al Poder Judicial, respecto del cual, y como sucede con los otros dos clásicos poderes del Estado (v. gr. A. Bickel³⁶⁰, J. H. Ely³⁶¹), ha de ser totalmente independiente (K. A. Bettermann³⁶²)] de órgano judicial cabe incluir también al Tribunal Constitucional, quien, en los procesos de él pendientes, puede lógicamente suscitar cuestiones de anticonstitucionalidad de las leyes, de cuya validez van a depender sus sentencias”. Solución ésta con la que se sentaban las bases definitivas para, rompiendo con la regla general en el Derecho Constitucional comparado, aunque siguiendo la senda abierta por la Corte Costituzionale italiana, se procediera a la aprobación del artículo 52.2 de la LOTC, en el que se instituye la posibilidad de que los propios Magistrados constitucionales promuevan el problema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas del Derecho Técnico Ordinario, a través de la llamada “autocuestión de inconstitucionalidad”³⁶³. Hipótesis ésta que, ni que decir tiene, se incrementaría, y notablemente, con la reforma propuesta, y ello por cuanto que, con la ampliación del ámbito del recurso de amparo a los derechos atinentes a la dignidad humana, dejaría expedita la muy interesante posibilidad planteada, en la que fue su muy brillante Memoria de Tesis Doctoral, elaborado bajo la dirección y tutela intelectual de Pedro De Vega, por el joven jurista mexicano Alfonso Herrera García³⁶⁴ de convertir el amparo en un mecanismo para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la ley.

En segundo término, y al equiparar los derechos fundamentales sociales al resto de los derechos y libertades consagrados por el Constituyente español de 1977-1978 como verdaderos, e indiscutibles, “derechos fundamentales”, lo que sucedería es que la garantía jurídica de los “derechos fundamentales sociales” se vería altamente favorecida con la *Verfassungsänderung* propuesta. Y ello, por la muy simple razón de que, a partir de la definitiva aprobación, por supuesto válida, lícita y legítima, de una tal ley de revisión, y como consecuencia inmediata de la propia eficacia jurídica que tiene esta concreta fuente del Derecho que, en tanto en cuanto se trata de que el producto del ejercicio de la facultad constituyente por un poder constituido extraordinario, si bien se encuentra limitada, formal y materialmente, por los contenidos del Código Jurídico-Político Fundamental originario, la misma, una vez que entra en vigor y porque se integra plenamente en el nivel de la normativa fundamental, tiene la misma fuerza jurídica obligatoria y vinculante que la de que disfruta la Constitución misma (G. Zagrebelsky, J. Pérez Royo, R. Calzada Conde), también podría interponerse ante el Tribunal Constitucional el recurso de amparo, –lo que, además, podría hacerse de manera inminente tras la entrada en vigor de la proyectada enmienda, toda vez que éste recurso jurisdiccional ya está regulado en todo lo que hace a su ejercicio–, cuando de la actuación de los poderes constituidos se derive una vulneración de estos derechos fundamentales sociales. Lo que, en último término, significa que frente a la afirmación, lamentablemente muy extendida entre los miembros de la clase política y los de la clase académica, de que, en tanto en cuanto resulta imposible el acudir a los tribunales, ya sean los de justicia ordinaria, ya el encargado de llevar a cabo la jurisdicción constitucional, al reclamar el cumplimiento y satisfacción del derecho constitucional a la vivienda digna y adecuada por parte de los ciudadanos, y que, para nadie puede ser un misterio, determina que el derecho constitucional a la vivienda, así como la mayor parte de los derechos atinentes a la dignidad humana y, con ello, los que, como, de la mano de Antonio Baldassarre, hemos visto, la doctrina constitucionalista italiana identifica con el título de “derechos inviolables”, que se ven hoy irremediabilmente condenados a disolverse en el ámbito de la retórica y de las buenas intenciones, tal eventualidad pasaría a ser viable. De esta suerte, se lograría el que la eficacia jurídica de estos derechos fundamentales sociales adquirieran una auténtica realidad y entidad, y que la misma fuese reconocida de manera unánime. Al fin y al cabo,

ahora, y cumpliendo la exigencia marcada por el indiscutido jefe intelectual del Grupo de Viena: Kelsen, los ciudadanos podrían reaccionar jurisdiccionalmente frente a la violación a su derecho de disponer de una vivienda digna y adecuada como consecuencia de la acción o de la omisión de los poderes públicos.

Nadie puede discutir, ni, por lo demás, podría hacerlo si se actúa de una manera objetiva, que la ganancia obtenida con la realización de una tal reforma es muy grande. Ahora bien, es menester aclarar que la misma, que, como decimos, resulta irrefutable desde el punto de vista jurídico y formal, se presenta, sin embargo, como claramente ineficaz desde la perspectiva de la realidad. A ello nos referimos ya al final del apartado anterior. Pero en modo alguno resulta, en nuestra opinión, superfluo recordarlo.

Y no hace falta decir que, como tuve ocasión de poner de relieve no hace mucho, es precisamente en el ámbito de la problemática de la vivienda donde esta ineficacia se hace más patente. En el fondo, lo que sucede es que, como ya hemos señalado, carece de todo sentido el limitar la garantía del derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada por parte de los ciudadanos a la posibilidad de interponer ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo. Y ello, por cuanto que el mismo ha sido regulado, y con una miopía digna de mejor causa, por nuestro Legislador Constituyente, —y que ha sido confirmada, en todo caso, por la redacción otorgada a los arts. 41 y 44 de la LOTC, en los que se deja meridianamente claro que el recurso de amparo sólo procede contra los actos de autoridad pública—, desde las premisas antidemocráticas que habían operado en esta materia en el marco del viejo Estado Constitucional liberal y que, en último término, conducían a levantar aquél como un instrumento de defensa de la libertad individual frente a la actuación, única y exclusivamente, de los poderes públicos. Y, es, precisamente, porque esto es así, es decir, porque el ejercicio de los derechos fundamentales, y sobre todo, y de una manera más que evidente, en el caso de los derechos fundamentales sociales, se plantea en el marco de las relaciones entre los particulares, y desde la ingenua creencia de que en este campo puede actuar y ser realmente efectiva la lógica que se deriva del principio de la autonomía de la voluntad en el contexto de unas “negociaciones” que se entablan entre sujetos particulares que no se encuentran en el mismo plano, no se puede sino dar la razón al Maestro De Vega cuando, de manera crítica y denunciando el modo en que se ha regulado este recurso con carácter general, y de manera muy particular en la España de 1978, escribe que “Hablar en estas circunstancias de un Recurso de Amparo frente a posibles lesiones de los Derechos Fundamentales producidas por los particulares sujetos de derecho privado no pasaría, por lo tanto, de construir un fenomenal despropósito”. Resultado de todo ello es el que, de una u otra suerte, el recurso de amparo termina presentándose en el contexto del Estado Constitucional democrático y social, en el que, como entre otros, y por no referirnos tan sólo, y siquiera sea para no ser tachados de sectarios, a la especulaciones realizadas sobre este particular por Pedro De Vega o Jorge Carpizo³⁶⁵, ha señalado Hans-Peter Schneider, el poder político se convierte en el gran garante de la libertad civil, en un gótico y complicado monumento al servicio de la retórica, la inanidad o de la incompetencia. Compartir este aserto no ha de resultar muy difícil de lograr. Bastará, para ello, con tomar en consideración que en el supuesto del derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada la mayor parte de las violaciones se producen no, y ni mucho menos, por parte de los poderes públicos, sino, por el contrario, por parte de los titulares del poder económico, quienes terminan presentándose y configurándose como verdaderos, y por utilizar la expresión acuñada por Giorgio Lombardi, poderes privados.

En tales circunstancias, parece obligado insistir en la idea de que, si de verdad se quiere conseguir que los derechos fundamentales sociales, entre ellos el derecho constitucional al disfrute de una vivienda digna y adecuada, gocen de una verdadera eficacia jurídica, y los preceptos declarativos de los mismos tengan una indiscutible fuerza jurídica obligatoria y vinculante para todos los que actúan en el marco del Estado, resulta imprescindible, en primera instancia, el reconocer que, como nos dicen, por ejemplo, De Vega o Gomes Canotilho³⁶⁶, la realidad social del moderno Estado Constitucional democrático y social se caracteriza porque la misma no funciona desde la simetría y la paridad en las relaciones jurídico privadas que exigiría la autonomía de la voluntad, de modo tal que lo que acaba sucediendo es que desde situaciones privadas y privilegio pueden ser conculcados los derechos y libertades de quienes ocupan las posiciones económicamente más débiles en las relaciones

contractuales; y, en segundo término, aunque derivado de lo anterior, el dar entrada a la figura de la *Drittwirkung der Grundrechte*, en cuanto que mecanismo a través del cual los derechos y libertades reconocidos por el Poder Constituyente pueden desplegar toda su eficacia no sólo en las relaciones entre el ciudadano aisladamente considerado y el poder público, sino también en las relaciones jurídicas establecidas entre los particulares, y siempre y cuando, y como *conditio sine quae non*, no exista entre estos últimos una igualdad real. Reconocimiento de la *Drittwirkung* éste que, muy lejos de ser, como en los años de 1980 sostenía el muy reputado civilista Rogel, –el cual, de una u otra suerte, venía a coincidir con la tesis mantenida por von Mangoldt³⁶⁷, conforme a la cual el reconocimiento constitucional de la *Drittwirkung der Grundrechte* supondría la absoluta destrucción de los presupuestos y de las bases cimentadoras de toda la arquitectura del viejo Estado liberal de Derecho, cuya lógica, por lo menos en lo que afecta al régimen jurídico de la eficacia de los preceptos declarativos de derechos fundamentales, entiende plenamente aplicable al moderno Estado Constitucional democrático y social–, un patente, y, en el consecuencia, jurídicamente inaceptable atentado al dogma jurídico de la autonomía de la voluntad en cuanto que principio rector de todas las relaciones jurídicas establecidas entre particulares, no significa más que tomar conciencia de que, en lógica y consecuente coherencia con la idea, informadora del Estado Constitucional mismo, de que la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant*, justamente porque soberana, se impone a todos: gobernantes y gobernados, aquella pregunta formulada por Hesse en el sentido de si ha de entenderse que las normas declarativas de los derechos de los ciudadanos tienen tan sólo por destinatarios a los titulares de los públicos, o si, por el contrario, lo son todos los sujetos que actúan en el Estado, ha de ser respondida en este último sentido, de suerte tal que, y como correlato directo e inmediato de la necesaria transformación de la concepción de la normativa fundamental del Estado de un Derecho Constitucional de la libertad un Derecho Constitucional de la igualdad (P. De Vega), también los poderes privados han de sentirse vinculados y obligados al cumplimiento de los mandatos constitucionales. Lo que, de cualquiera de las maneras, y según nuestro modesto parecer –como siempre, y como no podría ser de otra manera, y sobre todo en el ámbito universitario, siempre sometido a una mejor opinión–, no es más, y pese a todas las posibles antinomias que ello representaría desde el mantenimiento de la rígida separación entre el Derecho Público y el Derecho Privado que se derivaría de la clásica formulación de éstos formulada por Ulpiano, que el lógico y consecuente reconocimiento de la obligada superioridad del Derecho Constitucional frente a todo el Derecho Técnico Ordinario. Superioridad ésta que, en todo caso, y como nadie puede desconocer, se hizo real en Europa cuando, y tomando como punto de referencia inexcusable el proceso revolucionario alemán de 1918-1919, se expulsó definitivamente del ámbito jurídico-político a las ideas y el principio monárquico, para aceptar, ahora ya de manera incondicionada, la lógica derivada de las ideas y del principio democrático, logrando, de este modo, el que, al igual que ocurría en los Estados Unidos de América desde el primer momento, la Constitución ocupase el lugar de ser la *Lex Superior* del ordenamiento jurídico, ante la cual han de ceder todas las demás normas jurídicas ordinarias.

Se hace obligado, desde esta perspectiva, el que, corrigiendo el que fue, sin duda, el gran olvido de la Constitución española de 1978 –y que, en muy buena medida, se deriva del hecho de que, como, en su día, puso de relieve el Maestro Pedro De Vega, nuestro último Legislador Constituyente, con una miopía impresionante y, al mismo tiempo, una simplicidad digna de mejor causa, optó por tomar tan sólo en consideración la realidad normativa originaria de los Textos Constitucionales que le servían de fuente principal de inspiración, obviando, sin embargo, la dinámica política y jurídica que aquéllos habían generado en los Estados cuya vida toda pretendían conducir adecuadamente–, se dé respuesta legal a la problemática de la garantía de los derechos fundamentales sociales frente a quienes, en verdad, constituyen la mayor amenaza para el pleno disfrute de los mismos. Lo que, como decíamos, tan sólo podrá materializarse desde la inevitable aceptación de que, como quedó expresamente consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución portuguesa de 1976 (“Los derechos constitucionales relativos a los derechos y libertades son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas”), los derechos fundamentales no sólo despliegan su potencialidad jurídica y su total virtualidad en el plano vertical, es decir, en la relaciones entre el poder público y el ciudadano, cosa que, por lo demás, nadie discute, sino que también han de hacerlo en las relaciones jurídicas entre los particulares y en la medida en que, frente a la ingenua visión de esta cuestión propia del Estado Constitucional liberal, y que, como a nadie se le oculta, sigue estando vigente en las construcciones de

no pocos iusprivatistas, en muchas ocasiones éstas se desenvuelven no en el plano de igualdad total entre los contratantes, si no desde una cierta aprobación en la que alguno de ellos disfruta de una situación privilegiada y, en consecuencia, actúa en posición de imperio.

Ahora bien si esto es así, y efectivamente lo es, no querría yo dejar de constatar, y mucho menos en el contexto de la singular coyuntura por la que hoy atraviesa la España de 1978, en donde, a nadie puede ocultársele, los constitucionalistas nos vemos compelidos a reflexionar tanto sobre la vigencia efectiva del Código Constitucional de 27 de diciembre de 1978, como sobre las posibilidades de su reforma, que para qué lo anterior se presentase como una solución definitiva sería necesario que el reconocimiento de la *Drittwirkung der Grundrechte*. Interrogante éste que, ni que decir tiene, nos obliga a considerar el problema de cuál sería la vía más oportuna para la definitiva solución del problema que da origen a estas páginas, y que, en el momento actual, se traduce en la necesidad de reconocer la eficacia de los derechos fundamentales, y de modo particular los que se presentan como derechos atinentes a la dignidad humana, no sólo frente al poder público, sino también frente a los poderes privados, y, siempre, y desde la ya conocida concepción kelseniana, con la puesta en marcha de un recurso procesal que permita reaccionar jurisdiccionalmente a los individuos aisladamente considerados frente a los poderes privados que conculcasen su libertad.

No se nos oculta, ni, por otra parte, podría hacerlo, que, y como consecuencia directa e inmediata de que los autores de los Código Jurídico-Político Fundamentales de los modernos Estados Constitucionales democráticos y sociales se inclinaron, de manera mayoritaria, por mantener a los derechos inviolables en los esquemas propios del Estado burgués de Derecho, la entrada en escena de este recurso jurisdiccional se debió, de una manera generalizada, a la propia práctica judicial, que, de esta suerte, procedía a la materialización de una auténtica *Wandlung* o *Verfassungswanlung*³⁶⁸. De tal forma, nos recuerda Pedro De Vega, se hizo, en efecto, con la paradigmática sentencia de 1956 dictada, bajo la presidencia de Nipperdey, dictada por el Tribunal Laboral Federal alemán, así como, y por no extendernos demasiado, también lo hizo la Corte Suprema de la República argentina, la cual sostuvo que “Nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos esté circunscrita a los ataques que provengan de la autoridad solamente [...] Hay ahora una categoría de sujetos con o sin personalidad jurídica que no sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones profesionales, las grandes empresas que acumulan una enorme poderío material y económico. Y no es discutible que estos entes colectivos representan una fuerte amenaza contra los individuos y sus derechos esenciales”³⁶⁹. Lo que, a la postre, no deja de ser la más clara expresión de que, en definitiva, tenía toda la razón Pedro De Vega cuando, enfrentado al problema de la eficacia de los derechos fundamentales, escribía que “No es ésta la ocasión de plantear los grandes y graves interrogantes que la reciente dogmática del derecho constitucional suscita. Baste con indicar que su alejamiento cada vez más patente de la realidad y de la historia, y la eliminación gratuita de los elementos políticos y sociales en los que debería buscar su última fundamentación, en lugar de implicar un progreso respecto a la formidable construcción del Estado constitucional liberal clásico, supone una proteica y dubitativo regresión teórica. [...] Es contra esa represión contra la que se reacciona cuando, frente a un derecho constitucional acrítico y sin problemas, se suscitan determinados temas como el que plantea la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. Los pacíficos presupuestos metodológicos de la teoría constitucional sufren entonces una conmoción notable, y ante una teoría acrítica y aproblemática, que acaba mostrándose incapaz de dar cuenta de su propio mundo, se abre el portillo para que las construcciones dogmáticas se vean obligadas e incorporar a ellas los requerimientos de la vida y de la historia”³⁷⁰, así como que esto fue, concretamente, lo que entendieron los distintos jueces cuando procedieron a reconocer la eficacia de los derechos fundamentales frente a los poderes privados.

Y, en este sentido, hemos de señalar que no sería, en modo alguno, descabellado pensar que fuese esta vía la que se pretendiera transitar en la España de 1978. Tanto más, cuanto que, como nos indica, por ejemplo, y entre otros, Javier Tajadura³⁷¹, existe ya una muy amplia jurisprudencia del

Tribunal Constitucional español en la que se pone de manifiesto que los distintos Magistrados constitucionales se muestran proclives al reconocimiento efectivo y práctico de la figura de la *Drittwirkung der Grundrechte*. Del mismo modo que, según nuestro parecer, tampoco sería absurdo pensar en que los prácticos de la política españoles, contando, como sin duda contarán, con la justificación que les proporcionen no pocos profesionales de la Teoría del Derecho Constitucional, puedan pretender corregir, por lo demás, y sobre todo en el momento en que se llevaba a cabo el proceso constituyente español, tan incomprensible como injustificable, esta laguna a través de la utilización del procedimiento legal-constitucionalmente establecido para la aprobación de las Leyes Orgánicas, las cuales, y pese a responder inequívocamente al concepto de lo que la doctrina constitucionalista italiana llama “leyes reforzadas” –esto es, que para su aprobación, modificación o derogación se exige el voto afirmativo de una mayoría superior a la establecida para las “leyes ordinarias”–, no dejan de estar insertadas en el ámbito de la legislación ordinaria³⁷². Comportamiento este último que, como a nadie puede ocultársele, encontraría su justificación en el hecho, como nos hizo ver, y de manera tan brillante como correcta y rigurosa, el Doctor De Vega³⁷³, de que, en realidad, la actual Constitución española más que ser un ejemplo de “Constitución de *consensus*”, lo es de “Constitución de compromiso” a través de lo cual se lograba dar una solución normativa a lo que en verdad no era más que un mero compromiso apócrifo, con la simple remisión al legislador ordinario para aprobar la regulación de no pocas materias fundamentales para el propio Estado Constitucional. Circunstancia esta última que, en definitiva, y tomando en consideración que fue el Profesor Alzaga Villaamil, quien, nadie lo ignora, había sido miembro de la Constituyente española de 1977-1978, el que se encargó de aclarar que la consagración de la figura de la Ley Orgánica se debió al hecho de que entendieron los Legisladores Constituyentes que para atender adecuadamente a la normación de las materias a las que eran llamadas a regular, era preciso establecer “una norma de rango semiconstitucional”³⁷⁴, explica, y justifica, el que iuspublicistas españoles tan relevantes como han sido, por ejemplo, Tomás-Ramón Fernández³⁷⁵ y el propio Pedro de Vega hayan podido afirmar que, sobre todo por cuanto que a las mismas se les encomienda la regulación concreta y específica del funcionamiento de los órganos constitucionales, hacían que, en el terreno de la realidad jurídica y política, las Leyes Orgánicas se presentasen como una innegable prolongación de dicho proceso constituyente, con el que, en definitiva, se trataba de subsanar la no constitucionalización de las Leyes Constitucionales.

Ante un tal panorama, importa advertir, y de manera inmediata, que en nuestra opinión ni una ni otra vía serían las más adecuadas para dar una cabal respuesta al problema de la eficacia de los derechos fundamentales sociales en el contexto de lo que, con los Habermas, Schmitter, Jessop, Giner, Murillo Ferrol, García-Pelayo y De Vega, podemos llamar el “Estado corporativo”. Muy lejos de entender que estas dos vías puedan resultar convenientes y apropiadas, entendemos nosotros, en efecto, que para qué lo anterior se presentase como una solución definitiva sería necesario que, siguiendo el ejemplo de lo hecho en no pocos de los ordenamientos constitucionales iberoamericanos, los prácticos de la política española cobrasen conciencia, y siquiera sea para dar cumplimiento estricto a los principios de racionalidad, certeza, seguridad y unidad jurídica, de que el reconocimiento de la *Drittwirkung der Grundrechte* ha de hacerse, para hacerlo realmente eficaz, desde la constitucionalización, operada a través de la puesta en marcha del proceso de enmienda, de esta figura. Y no, y bajo ningún concepto, el realizarlo a través de la cláusula de desconstitucionalización³⁷⁶ consagrada por el último Legislador Constituyente español en el artículo 161.1 *d*), en virtud de la cual, y frente al principio general de que, en el marco de todo Estado Constitucional, ha de ser el propio *Pouvoir Constituant* el que establezca, en el documento de gobierno, con la mayor claridad posible, y de un modo definitivo, todas las competencias que corresponden a los distintos órganos constitucionales (H. Heller, C. Schmitt, K. Hesse, K. Stern, P. De Vega, etc.), se proclama que el

Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer “De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las Leyes Orgánicas”. Proposición ésta que, entendemos, no ha de ser muy difícil de comprender, ni de compartir. Desde luego no lo será para todos aquellos profesionales de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado que, conscientes de su propia función social, se detengan a tomar en consideración los graves peligros que encierra tanto para el mantenimiento, desarrollo y profundización de la misma forma política y jurídica Estado Constitucional, como para el feliz y ordenado funcionamiento del Tribunal Constitucional una tal cláusula de desconstitucionalización, y que se manifiestan en varios aspectos. A saber:

Nos encontramos, en primer lugar, con que el mero tenor literal de este artículo 161.1 *d*), y de un modo más concreto su remisión a la Ley Orgánica como instrumento normativo para la determinación definitiva de las competencias que han de corresponder legítimamente al supremo custodio constitucional, que, nadie lo niega, ha servido para, en una decisión que ha merecido los mayores elogios por no pocos de nuestros constitucionalistas (J. García Roca³⁷⁷, A. J. Gómez Montoro³⁷⁸), subsanar la, de acuerdo con las enseñanzas de Hesse, von Bäumlin³⁷⁹ y Krüger³⁸⁰, poco comprensible omisión por parte del Legislador Constituyente originario del recurso para solucionar los posibles conflictos entre los órganos constitucionales, y que, como debiera ser de todos los profesionales de las Ciencias Constitucionales conocido, fue ya reivindicado, y partiendo de la concepción de que todo cuanto afecta al proceso de toma de decisiones políticas fundamentales de formar parte, y de modo inexcusable, del, por así decirlo, Derecho Procesal Constitucional, en su celeberrimo “*Die Staatsgerichtsbarkeit*”, de 1930, por Franz Jerusalem³⁸¹ como uno de los contenidos básicos, esenciales, medulares, basilares y centrales de la propia jurisdicción constitucional, puede, sin embargo, convertirse en un grave, y ciertamente peligroso, obstáculo para la propia configuración del Tribunal Constitucional como un órgano jurisdiccional, aunque no incluido dentro del Poder Judicial, y, ante todo y sobre todo, como órgano independiente. Y es que, lo que ocurre es que, como con meridiana claridad, y desde el primer momento, puso de relieve el Maestro De Vega³⁸², el precepto que ahora nos ocupa deviene altamente criticable desde el punto de vista técnico y jurídico, en la medida en que resulta difícilmente comprensible que nuestro último Legislador Constituyente, que tan diligente estuvo en asegurar la independencia de los Magistrados constitucionales frente a la voluntad de los órganos constitucionales encargados de designarlos, no tuviese el mismo cuidado en relación con la propia independencia del órgano su conjunto. Piénsese, en este sentido, que la independencia del Tribunal Constitucional puede verse seriamente comprometida cuando bastará con que una determinada organización política partidista disponga de la mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados para que sus competencias puedan ser ampliadas o reducidas, y siempre en función de los intereses, puntuales y coyunturales, de esa determinada organización política partidista. Lo que, ni que decir tiene, se agrava todavía más por el hecho de que, ignorando la que es la regla general en el Derecho Constitucional comparado para estos supuestos, es decir, el remitir la regulación concreta de todos los asuntos en los que no se llegó a un verdadero consenso sino, tan sólo, a un simple compromiso apócrifo a la aprobación de una Ley Constitucional para cuya aprobación, modificación o derogación, y esto es lo que resulta trascendente, se requieren las mismas mayorías que son necesarias para aprobar válida, lícita y legítimamente una reforma constitucional.

En segundo lugar, la técnica consagrada por el Constituyente español de 1977-1978 en este artículo 161.1 *d*) se presenta no sólo como algo técnicamente incorrecto, sino como una de las materias que deberían ser objeto de modificación en una hipotética reforma constitucional, es criticable en cuanto que, como a nadie debiera ocultársele, la misma, y en tanto en cuanto viene a dejar sin contenido el principio organizativo básico de todo Estado Constitucional, en virtud del cual "ni el

poder constituyente puede proyectarse más allá de sus funciones, asumiendo competencias propias de los poderes constituidos, ni los poderes constituidos pueden, por su parte, usurpar las atribuciones que únicamente corresponden al poder constituyente" (P. De Vega), puede conducir a la materialización del que, sin disputa, se presenta como el mayor peligro que puede existir en el Estado Constitucional: la confusión entre Poder Constituyente y poderes constituidos. Esto fue, ningún profesional de las Ciencias Jurídicas puede, ni debe, desconocerlo, lo que sucedió en el marco del llamado constitucionalismo doctrinario, fundado sobre la falacia del pacto *de lex-Rex-Regnum*, que primeramente determinaba que, como advierte Klüber, "el acto constituyente se resuelve en un contrato sinalagmático entre monarca y pueblo, por el que ambas partes establecen un sistema de concesiones recíprocas"³⁸³, y que, en todo caso, –y en buena medida como consecuencia de que en él se verificaba aquella perniciosa confusión entre el Poder Constituyente, como sujeto soberano que ha de ser reconocido, y los poderes constituidos, como sujetos no soberanos sometidos a la voluntad del Pueblo expresada normativamente en el documento constitucional, y que se concretaba en que, como ha señalado Pedro De Vega, "La falta de claridad en la asignación de la titularidad del poder constituyente se traduce, (...), en la falta de una separación clara entre el poder constituyente y los poderes constituidos, y en la ausencia de una delimitación y formulación precisa de todos los órganos constitucionales. La pretensión política de compatibilizar el principio monárquico con el principio democrático, es la que, a la postre, impide la creación de un ordenamiento constitucional armónico y acabado. Dicho en otros términos, las ambigüedades políticas se convierten en ambigüedades jurídicas, desde las que, la constitución, para empezar, deja de interpretarse como un conjunto de normas, para quedar convertida en un simple enunciado de principios"–, conducía a la puesta en marcha de un constitucionalismo ficticio (H. Kelsen) que, querámoslo o no, es siempre, y sin excepción posible alguna, la antesala de situaciones de dictadura más o menos encubierta, y en cuyo seno lo que acaba sucediendo es que, de un modo no muy diferente a lo que había señalado Mayer³⁸⁴, el gobernante acaba presentándose como un sujeto *legibus solutus*.

Por último, no podríamos, ni tampoco querríamos, dejar de consignar que todos estos riesgos a los que nos referimos en modo alguno pueden ser comprendidos como meros supuestos de laboratorio ideados por los constitucionalistas por el mero gusto de teorizar por teorizar. Antes al contrario, nos encontramos con que los mismos se han materializado en la dinámica constitucional española. Nos estamos refiriendo, ni que decir tiene, a la llamada "reforma exprés" de la LOTC, que, aprobada al amparo de lo dispuesto en este tan deplorable artículo 161.1 d), ha terminado por desnaturalizar completamente al Tribunal Constitucional como el órgano constitucional encargado de salvaguardar la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant* frente a la actuación normativa de los poderes constituidos. Y lo ha hecho, para todos ha de ser evidente, desde dos puntos de vista. El primero de ellos, se concretaría en que, al atribuir a este órgano las facultades ejecutivas para la ejecución de las sentencias, se le ha convertido en un órgano jurisdiccional equiparado, en todo, a los que integran el Poder Judicial. Lo que, ni que decir tiene, se encuentra en clara oposición con lo estatuido en el propio Título IX del actual Código Constitucional español en lo referente a la naturaleza jurídica que le corresponde al Tribunal Constitucional. El segundo, por su parte, se deriva del hecho de que, al autorizarle a adoptar las medidas propias inherentes del instituto de la *Bundesexekution* pero, y esto es lo importante, sin las garantías que, ideadas ya por Kelsen³⁸⁵ en 1927, fueron incorporadas por el Legislador Constituyente español de 1977-1978 en el actual artículo 155, lo que la citada reforma de la LOTC ha hecho es transformar al Tribunal Constitucional, que sólo puede ser concebido como un poder constituido legitimado para llevar a cabo la fiscalización de que el resto de los poderes constituidos actúan con respeto a los mandatos contenidos en el texto de la Constitución vigente en el Estado, en un auténtico sujeto soberano que, además, y aquí está el gran peligro, actúa como tal a lo largo de la vida del Estado, incluso en condiciones de normalidad constitucional. Lo que resulta inconcuso si se toma en consideración que fue, justamente, la apreciación de que en realidad el soberano es quien decide, legítimamente, sobre el estado de excepción el que, como está unánimemente reconocido en la doctrina constitucionalista, constituyó uno de los mayores aciertos de Carl Schmitt como cultivador de la Teoría del Derecho Constitucional.

Fácil ha de ser comprender, en este contexto, el motivo por el cual nos pronunciamos a favor de que sea el *power to amend the Constitution*, y no el legislador orgánico, el que proceda al reconocimiento constitucional de la *Drittwirkung der Grundrechte*. Y ello, por la muy sencilla y simple razón de que de no hacerlo así, y utilizar la vía alternativa de su reconocimiento a través de esa Ley Orgánica a la que se refiere el artículo 161.1 d), comportaría el riesgo de que una exigua mayoría parlamentaria, como lo es, en rigor, la necesaria para aprobar esta última fuente del Derecho, podría libremente tanto introducirla como suprimirla. Con el grave inconveniente que esto tendría no sólo para la vigencia efectiva de los principios de certeza y seguridad jurídica, sino también para el adecuado disfrute de la libertad civil por parte de los ciudadanos.

Debemos, en cualquier caso, señalar que, no obstante el hecho, incuestionable, de que la constitucionalización de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, así como la articulación, al modo y manera en que, como ya hemos señalado, se ha hecho en no pocos Estados iberoamericanos, de un proceso jurisdiccional específico para que aquélla adquiere auténtica entidad y realidad, supone un grandísimo avance respecto de la solución normativa actual, es lo cierto, sin embargo, que tampoco vendría a garantizar la auténtica virtualidad de los derechos fundamentales sociales en cuanto que derechos de los que todos los ciudadanos pueden disfrutar. La razón, creemos, ha de ser fácilmente comprensible. Y, de cualquiera de las maneras, la misma se encuentra en relación directa e inmediata a la propia finalidad de este tipo de recursos. Piénsese, a este respecto, que, en la medida en que la *Drittwirkung der Grundrechte* ha sido concebida para garantizar el disfrute de estos derechos inviolables en el marco de unas relaciones jurídicas privadas en las que en modo alguno se materializa esa igualdad entre las partes contratantes en las que se fundamenta el dogma jurídico-privado del principio de la autonomía de la voluntad, y como mecanismo para proteger la posición de la parte económicamente más débil, la constitucionalización del juicio de amparo frente a particulares serviría tan sólo para proteger, y por seguir con el ejemplo de la vivienda digna y adecuada, el derecho de quien o bien ocupa la posición de comprador de la vivienda, y frente al vendedor, o frente a la entidad bancaria que le otorgó el crédito hipotecario para la compra del inmueble, o bien ocupa la posición de inquilino, y respecto del propietario de la vivienda dada en alquiler. Lo que, como nadie puede ocultarsele, se debe al hecho de que éstos han logrado establecer una relación contractual relativa al derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 47 a todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Pero, si esto es así, lo que no puede perderse de vista es que con la constitucionalización de la *Drittwirkung der Grundrechte*, lo que en modo alguno se garantiza es el libre y pacífico ejercicio del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada por parte de todos aquellos ciudadanos españoles que, por la causa que sea, no han podido todavía acceder a esa vivienda, y ya sea en régimen de propiedad, o en el de alquiler. Y ello, por la muy sencilla y simple razón de que este último no ha podido establecer esa relación contractual a través de la cual, y como su ámbito natural, va a desarrollarse el disfrute de este derecho.

Porque esto es así, y siguiendo con la lógica a la que responde la demandada revisión constitucional que nos está ocupando, cabría preguntarse si, puestos a crear un nuevo recurso jurisdiccional para facilitar la real efectividad de los preceptos constitucionales declarativos de todos estos derechos fundamentales sociales hoy constitucionalizados como, al decir de la mayoría, y tanto de la clase política como de la clase académica, meras normas programáticas, no sería menester pensar en completar, y dada su ya vista insuficiencia, su garantía a través del recurso de amparo frente al poder público y frente a los poderes privados, con el reconocimiento constitucional del “recurso de inconstitucionalidad por omisión”³⁸⁶. La ganancia que para el conjunto de la ciudadanía supondría una tal solución normativa, se presenta, según nuestro modesto parecer, como algo inconcuso. Lo que, en definitiva, se explica, y justifica, por cuanto que abrir la posibilidad de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por omisión no haría, a la postre, otra cosa que dar cumplida respuesta a la idea, que nosotros hemos visto ya de la mano de Hesse y Gomes Canotilho, de que al reconocimiento constitucional de uno de esos derechos corresponde, necesaria e ineludiblemente, el establecimiento de un deber por parte del Estado de creación de los presupuestos objetivos indispensables para el ejercicio efectivo de estos derechos. Y, en efecto, lo haría en la medida en que la garantía del libre y pacífico ejercicio del derecho a acceder al disfrute de una vivienda digna y adecuada ya no se haría depender, como sí sucedía, sin embargo, en el supuesto de la posible constitucionalización del juicio de amparo frente a particulares, de la existencia de una relación contractual entre sujetos que no ocupan la misma situación económica, sino, por el contrario, del cumplimiento por parte de los poderes constituidos de

ese deber constitucionalmente establecido, de una manera muy básica en general en el artículo 9.º 2, y de una forma ya concreta en el precepto declarativo de cada uno de estos derechos atinentes a la dignidad humana, de crear las condiciones para hacer reales y eficaces los derechos fundamentales sociales. Esto es, con lo que nos encontraríamos es con un sistema jurisdiccional en el que la garantía del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada que se reconoce a todos los españoles, no se haría depender de la existencia de cláusulas y usos abusivos en el ámbito de una relación jurídico-privada, sino, por el contrario, de una causa claramente constitucional. Y es que, en el supuesto del derecho que estamos utilizando para ejemplificar nuestra tesis, la posibilidad de recurrir al Tribunal Constitucional en su condición de supremo garante de los derechos y libertades, se encontraría en el incumplimiento por parte de la clase gobernante de la obligación, derivada de la propia lógica interna del Estado Constitucional, de cumplir todo aquello que el *Pouvoir Constituant du Peuple* le había ordenado, y que, en definitiva, se concreta en el mandato, inequívocamente tributario de lo consignado, por ejemplo, en el artículo 155 de la muy venerable Constitución de Weimar, contenido en el propio artículo 47, conforme al cual “Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.

Ocurre, no obstante, que sólo desde el proverbial optimismo del Pangloss volteriano podríamos afirmar que con esta medida se lograría dar plena satisfacción a la demanda de hacer de los preceptos declarativos de los derechos inviolables unas auténticas normas jurídicas dotadas de verdadera eficacia jurídica y obligatoria, merced a la cual todos los ciudadanos podrían, definitivamente, disfrutar plenamente de todos sus derechos y libertades. Muy lejos de ser esto cierto, con lo que nos encontramos es con que, a pesar de haber reconocido la posibilidad de interponer un recurso de inconstitucionalidad por omisión, el ciudadano seguirá estando en una posición precaria respecto del ejercicio de todos estos derechos fundamentales sociales.

Lo que, en definitiva, se explica por la propia naturaleza singular de este tipo de recurso jurisdiccional. La razón, entendemos, no ha de ser muy difícil de entender, comprender y compartir. Y la misma, no es otra que la de la muy escasa virtualidad que ésta habría tenido en el plano de la realidad jurídica y política para lograr dar entidad, realidad y efectividad a todos estos derechos atinentes a la dignidad humana que, como sabemos, el Legislador Constituyente español de 1977-1978 consagró como meros principios rectores de la política social y económica, y que, por tal causa, han sido mayoritariamente interpretados tanto por los operadores políticos, como por los operadores jurídicos y, nadie lo ignora, por una grandísima parte de los estudiosos del Derecho Constitucional españoles como meras normas programáticas y de principio, carentes de toda efectividad jurídica directa. Y, creemos, no ha de ser muy difícil de comprender que ello se debe a las muy escasas posibilidades de que un recurso de este tipo pueda llegar a prosperar. No nos estamos refiriendo, aunque también, a las dificultades que, a este respecto, se presentarían por la reticencia que puedan mostrar los jueces constitucionales para admitir un recurso de inconstitucionalidad por omisión. De lo anterior da buena cuenta el, ya conocido, criterio adoptado por el supremo custodio constitucional español, actuando bajo la presidencia del Doctor Tomás y Valiente, en el *Fundamento Jurídico* 4.º de la STC 45/1989, de 20 de febrero. Criterio éste en el que, ni que decir tiene, subyace el razonamiento de que no podría aceptarse el recurso de inconstitucionalidad por omisión en la medida en que, el mismo, versa sobre cuestiones de carácter puramente político, y cuya concreción en el ámbito normativo se concretaría en la decisión política de no adoptar las normas jurídicas necesarias, la cual, en cuanto que mero juicio de intenciones que es, no sería susceptible de ser objeto de un control abstracto de conformidad de unas normas, por lo demás, inexistentes en relación con el Código Constitucional.

Lo anterior, sin duda, es importante. Pero, de cualquiera de las maneras, lo es todavía más, y de cara a determinar la muy escasa operatividad del sistema, la propia naturaleza de este tipo de recursos sobre el control de constitucionalidad en el ámbito del sistema de jurisdicción constitucional concentrada. Debemos, en este sentido, al Maestro Pedro De Vega la acertada observación de que la propia funcionalidad de la jurisdicción constitucional, en cuanto que control de constitucionalidad de las normas jurídicas, depende, y en la medida en que estamos ante un juez constitucional que no puede intervenir de oficio³⁸⁷, tanto de que el número de recursos de inconstitucionalidad no sea tan amplio que el Tribunal Constitucional se vea incapaz de resolver los múltiples casos sometidos a su juicio, con la consecuente pérdida de prestigio, como de que el sistema de legitimación para poner en marcha el

control de constitucionalidad no sea tan restrictivo que pudiera conducir a la hipótesis opuesta, transformando, en este caso, al Tribunal Constitucional en una instancia sin trabajo y puramente decorativa. Y de todos los estudiosos tanto del Derecho Constitucional Procesal, como del Derecho Procesal Constitucional es, sin duda, bien conocido, que fue esta problemática a la que trato de dar cumplida respuesta el último Legislador Constituyente español cuando articuló el control de constitucionalidad de las normas jurídicas a través de un mecanismo mediante el cual el supremo custodio constitucional sólo puede actuar a instancia de parte y, como, entre otros muchos, se encargó de poner de manifiesto, en su estudio “*Tribunal Constitucional y división de poderes*”, el Profesor Pérez Royo, con una legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad extraordinariamente limitada. Es, de un modo muy concreto, en esta circunstancia donde, a nuestro juicio, –siempre, y como no podría ser de otra manera en el ámbito de la investigación científica en el marco de las Ciencias Jurídicas, a una mejor opinión–, se encontrará el gran problema para la verdadera operatividad del recurso de inconstitucionalidad por omisión. Y es que, en efecto, lo que sucede es que, salvo que la revisión constitucional no se limite a la introducción de este recurso de inconstitucionalidad por omisión, sino que, por el contrario, proceda a la constitucionalización de aquel demandado, en 1928 y, en todo caso, perfeccionado en 1929, por Hans Kelsen³⁸⁸ “difensore della costituzione presso il tribunale costituzionale che, a somiglianza del pubblico ministero nel processo penale, dovrebbe introdurre d’ufficio il procedimento del controllo di costituzionalità per gli atti che ritenesse irregolari. Il titolare di una simile funzione dovrebbe avere evidentemente le più ampie possibili garanzie d’indipendenza sia nei confronti del governo che del parlamento”, cuya misión sería la de tratar de corregir las situaciones de inconstitucionalidad debidas a que los partidos políticos con representación parlamentaria, y que, por ello mismo, tienen reconocida la legitimación para poner en marcha el control de constitucionalidad, pueden estar más interesados en hacer prevalecer sus propios intereses, siempre, e ineluctablemente e irremediabilmente, puntuales y coyunturales, sobre los intereses constitucionales, la constitucionalización del recurso de inconstitucionalidad por omisión quedará como una mera declaración solemne que, empero, se verá condenada a disolverse en el ámbito de la retórica y de las buenas intenciones. Y ello, por la sencilla y simple razón de que no parece muy probable que aquellos operadores políticos que deciden no legislar para hacer posible la, por ejemplo, dación en pago, o el establecimiento de cláusulas limitativas del principio de la autonomía de la voluntad para lograr hacer real y efectivo este principio en el contexto de unas relaciones jurídicas contractuales que se establecen entre sujetos que no ocupan la misma posición económica, y que, en último extremo, contribuirían a la satisfacción del derecho de todos los españoles a disfrutar, y por seguir con nuestro ejemplo, de una vivienda digna y adecuada, vayan a mostrarse muy proclives para impugnar ante el Tribunal Constitucional su propia decisión de no adoptar tales medidas normativas.

VI.- LA VOLUNTAD CONSTITUCIONAL COMO VERDADERA GARANTÍA DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES

Lo anterior, como ha de ser para todos evidente, nos sitúa ante un panorama, cuyas consecuencias, jurídicas, políticas, sociales y económicas, por dramáticas y patéticas que sean no podemos, ni tampoco debemos, silenciar. Las mismas, en último término, se concretan en el dato, difícilmente cuestionable, como hemos tratado de demostrar, de que fiar la efectividad real de todos los preceptos constitucionales declarativos de los que, como sabemos, Christian Wolf, Samuel Pufendorf y Christian Thomasius habían calificado de “*iura connata*”, y que, por su parte, Johann Gottlieb Fichte había llamado “derechos inalienables”, en cuanto que expresión de todos los derechos atinentes a la dignidad humana, a la jurisdicción constitucional, y sin adoptar otro tipo de medidas complementarias, no hace, en rigor, más que mantener a los ciudadanos en una patente situación de precariedad a la hora de pretender ejercerlos de manera pacífica y plena. Hecho éste que, según nuestro modesto parecer, no ha de ser muy difícil de comprender por parte de los estudiosos de la Teoría del Derecho Constitucional, el Derecho Constitucional Procesal y el Derecho Procesal Constitucional. Sobre todo, si, como es obligado, el estudio de esta problemática se aborda actuando de modo cabal, ponderado y objetivo. En el fondo, lo que sucede, y a nadie puede, ni debe, ocultársele, –y mucho menos si se trata de profesionales universitarios de las Ciencias Jurídicas, cualquiera que sea la parcela del ordenamiento jurídico que constituya el objeto central de su atención–, es que no obstante tener que reconocer que las especulaciones kelsenianas en el sentido de que, como ya hemos señalado, de nada sirve reconocer

un derecho a los ciudadanos si, al mismo tiempo, no se les atribuye la facultad de poder reaccionar jurisdiccionalmente frente a la conculcación de los mismos, supuso, sí, y de forma indiscutible, un gran avance respecto de la situación jurídica inmediatamente anterior, es lo cierto que, en realidad, el modelo propuesto por Kelsen, y que, en definitiva, es el que se ha generalizado en el mundo del Derecho, no ha ido mucho más allá de lo que, en lo que al problema de la eficacia de la libertad civil se refiere, sucedía ya en el marco del viejo Estado Constitucional liberal. Piénsese, a este respecto, que si la solución que el constitucionalismo liberal daba a este problema terminaba, como es de todos bien conocido, y, en todo caso, ya lo hemos dejado consignado en este escrito, concretándose en la afirmación de que, a pesar de estar formal y solemne reconocido en la declaración de derechos del ciudadano, y lo mismo da, a estos efectos, que ésta se presentase como un documento escrito formal y solemne separado del texto de la Constitución o que, por el contrario, aquélla estuviese incluida en el Código Jurídico-Político Fundamental, los derechos y libertades de los ciudadanos tan sólo podrían ser efectivos cuando el ejercicio de los mismos hubiesen sido regulado por la actividad normadora de los poderes constituidos del Estado, —que es, como nadie puede desconocer, contra los que se habían levantado las grandes declaraciones de derechos, y como mecanismo primero, junto con la división de poderes, para lograr que los ciudadanos gozasen del más alto grado de libertad posible—, de suerte tal que, como se desprende de la ya conocida afirmación de Herbert Krüger, si no había una ley ordinaria que desarrolle hace el precepto constitucional declarativos de derechos, tales derechos, bien podríamos decir, no existían, algo no muy distinto podríamos también afirmar en relación con lo que ha terminado sucediendo en el contexto del moderno Estado Constitucional democrático y social, y desde la articulación de la protección constitucional de la libertad desde los esquemas mentales con los que operaba aquel Kelsen como gran teórico de la jurisdicción constitucional. Esto es, que los derechos y libertades de los ciudadanos tan sólo serán reales y efectivos si existe un recurso especial y específico que permita la reacción jurisdiccional de todo aquel ciudadano que vea lesionada su posición jurídica en el marco del Estado.

Porque esto es así, y lo es, —y sobre todo en un momento como el actual, donde estamos asistiendo a la vigencia del más absoluto imperialismo, siempre, y como, con total acierto, supo ver, en 1929, ya Hermann Heller, estéril en el ámbito de las ciencias del espíritu, entre las cuales, y como ciencia social normativa que es, se encuentra el Derecho Constitucional (H.-P. Schneider³⁸⁹), del método de investigación propio de ese positivismo jurídico jurisprudencial del que bien pudo decir el Maestro Pedro De Vega, en su estudio sobre “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, que “Nada tiene de sorprendente que, [...], las cuestiones alusivas a la aplicación e interpretación del Derecho Constitucional cobren una relevancia y una significación que no tuvieron en el pasado. Hasta el punto de que, tanto en Europa como en América, la doctrina jurisprudencial y los problemas relativos a la formación de ser doctrina, se han convertido en los centros de referencia en torno a los cuales se sitúan las cuestiones los problemas más importantes de la más reciente teoría constitucional. [...] Nada habría que objetar a la relevancia y al valor asignados a la jurisprudencia constitucional, sino fuera porque la exclusivista y ambiciosa pretensión de reducir y concentrar en ella toda la problemática de la teoría constitucional, a lo que conduce realmente, es a la distorsión y al abandono de las cuestiones capitales del derecho público, en torno a las cuales giraron las grandes polémicas en el pasado, y que, por no haber sido resueltas definitivamente entonces, siguen sin resolverse en la actualidad. [...] Es en estas circunstancias, en las que, como único elemento clarificador del horizonte político en un mundo confuso y cargado de contradicciones, la Constitución aparece como referente inexcusable para el mantenimiento de los valores y supuestos que conforman una convivencia civilizada. Pero se trata de una Constitución cuya divinización y conversión en panacea salvadora de la condición de ciudadano que hace del hombre un portador de derechos (*rights holder*), no se compadece con el alojamiento —[...]— De los supuestos sociales en los que se asienta su legitimidad. [...] Así las cosas, la reducción de toda la problemática de la Constitución a una doctrina de la interpretación jurisprudencial, no pasa de ser una reducción injustificada y falaz. Más allá de las cuestiones jurisprudenciales existen otros problemas que son los que verdaderamente afectan, o deberían afectar, a la doctrina constitucional”—, surge ante nosotros un nuevo problema, al que, de manera constrictiva, y en cuanto que constitucionalistas que, como ya advirtieron, por ejemplo, y recordémoslo, juristas tan relevantes como fueron Jellinek, Heller, Smend, Hesse, De Vega y Rubio Llorente, les corresponde la irrenunciable misión de tratar de contribuir al feliz desarrollo, consolidación y profundización de la forma jurídica y política Estado Constitucional

democrático y social en el marco de la Comunidad Política donde desarrollan su tarea, hemos de encontrar una solución. Y a ello es a lo que, en efecto, vamos a dedicar este último apartado de nuestro trabajo.

No hace falta ser en exceso sagaz y perspicaz para poder llegar a comprender que a lo que nos estamos refiriendo es al hecho de que, ante la clara insuficiencia que para la efectividad real de los derechos fundamentales sociales demuestran tanto el recurso de amparo frente a los actos de los poderes públicos, como las figuras jurisdiccionales dedicadas a dar entidad a la *Drittwirkung der Grundrechte*, por un lado, y la imposibilidad de obligar a los poderes constituidos, y mediante la actuación de un recurso jurisdiccional, a legislar para tomar las medidas necesarias y oportunas para crear las condiciones que permitan a los ciudadanos ejercer estos derechos inviolables, por otra parte, surge, y de forma indefectible e infalible, el interrogante de si lo que acaba sucediendo es que el ciudadano se encuentra totalmente indefenso en su pretensión de disfrutar de todos estos derechos innatos, de los que, sin embargo, se predica la condición de que los mismos no pueden ser alienados ni siquiera por la firma del contrato social por el que nace el propio Estado. Y es menester advertir, a este respecto, y de manera inmediata, que la respuesta a una tal pregunta puede ser tan sólo contestada de manera negativa. Por lo menos, así lo será para todos los constitucionalistas que, como quien esto escribe, actúen no sólo desde la ideología del constitucionalismo –definida, como nos enseña Pedro De Vega, por tratar de articular un sistema jurídico capaz de hacer reales y efectivas las viejas ideas de “Democracia”, “Libertad” e “Igualdad”–, y no desde la ideología de la Constitución –cuya verdadera finalidad es, como también, y oponiéndose a los planteamientos de Hennis³⁹⁰, indica el maestro De Vega, la de proceder a la defensa numantina de un determinado texto constitucional convertido, de una suerte u otra, en un fetiche mágico mítico, y cuyo contenido ha de ser indescifrable para la generalidad de la ciudadanía y, de este modo, poder crear una realidad constitucional ficticia–, sino también, y como resulta inevitable en el ámbito de la investigación en el campo de las Ciencias Constitucionales³⁹¹, desde los esquemas mentales que se derivan de la ideología del democratismo radical rousseauiano. Desde esta perspectiva, la solución a nuestro anterior problema, se presenta como algo meridiano. Lo que sucede, en definitiva, es que la verdadera garantía de los derechos atinentes a la dignidad humana se encuentra en la propia Constitución, en cuanto que expresión normativa de la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant du Peuple*.

A la conclusión anterior no tendrán, en nuestra opinión, ninguna dificultad para llegar todos los estudiosos del Estado, la Política y el Derecho que actúen tomando en consideración el concepto político de Constitución. Lo que, según nuestro modesto parecer, resulta obligado pues, como yo aprendí de mi muy querido y admirado Maestro, el Doctor De Vega, la propia suerte del Estado Constitucional mismo depende de que ni los prácticos de la política, ni, y mucho menos, los profesionales universitarios de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado renuncien a este concepto político de la Constitución, siquiera sea por el hecho de que es tan sólo desde él desde donde pueden unos y otros encontrar las soluciones adecuadas a los grandes problemas que se plantean en el marco de la Comunidad Política, las cuales, y desde la toma en consideración de los elementos basilares del constitucionalismo moderno, han de estar, siempre, y sin excusa posible alguna, destinadas a tratar de hacer reales y efectivas las viejas ideas de “Democracia”, “Libertad” e “Igualdad”.

Desde una tal perspectiva, es menester, en primer término, recordar lo que, en su tan monumental y excelente como ignominiosa y oprobiosamente silenciada hoy por una buena parte, y por el temor de no ser considerados juristas por los estudiosos de otras ramas de las Ciencias Jurídicas, de los constitucionalistas españoles, “*Verfassung und Verfassungsrecht*”, había afirmado Rudolf Smend sobre el carácter jurídico obligatorio y vinculante de todos y cada uno de los preceptos constitucionales. Criticando, y en un sentido muy similar a como lo hicieron, por ejemplo, Alf Ross³⁹², –para quien, de todos debiera ser bien conocido, la apelación kelseniana de que el Código Constitucional, en cuanto que norma jurídica que es, extrae su fuerza jurídica obligatoria y vinculante de una norma jurídica superior, que es la *Grundnorm*, únicamente resulta aceptable cuando se entiende que en realidad esta norma fundamental acaba coincidiendo con la Constitución jurídico positiva que

se encuentra vigente en el Estado—, y el constitucionalista italiano Amedeo Conte³⁹³, el radical normativismo logicista de Kelsen, así como la interpretación que, desde este método, realizó el gran jurista austriaco de la lógica de la merklia *Stufenbautheorie*³⁹⁴, puso de relieve Smend que una de las mayores singularidades que presenta el Código Jurídico-Político Fundamental, y que, a la postre, es una de las causas principales que determinan que las Ciencias Constitucionales gocen de una cierta autonomía científica respecto del resto de las Ciencias Jurídicas, incluidas aquellas otras dos ramas que integran las Ciencias del Derecho del Estado, es la de que mientras que el resto de las normas jurídicas, las que integran el Derecho Positivo ordinario del Estado, necesitan extraer su fuerza jurídica obligatoria y vinculante de la existencia de una norma jurídica de rango superior, que es la que les confiere tal condición, la Constitución, por el contrario, extrae esa fuerza jurídica obligatoria y vinculante no, y bajo ningún concepto, de una imposible norma jurídica superior, si no de sí misma. No hace falta realizar un gran esfuerzo intelectual para comprender que, con un tal aserto, lo que Smend hace, y aunque no lo diga de manera expresa, es apelar a la idea que subyace en la teorización del proceso constituyente elaborada por el John Wise. De una manera más concreta, la afirmación realizada por el reverendo Wise, en su “*A Vindication for the Government of the England Churches*”, en el sentido de que, recogiendo el planteamiento constante del pensamiento político democrático, lo dispuesto en el contrato social por los ciudadanos, se impone a todos, incluso a los disidentes, aunque su opinión personal les condujera a preferir una otra solución. Y, con ello, y aunque sea de forma tácita, Smend acaba coincidiendo con el pensamiento de Heller, para quien, innecesario debiera ser aclararlo, las normas constitucionales, que son auténticas normas jurídicas, son de obligado cumplimiento tanto para gobernantes como para gobernados, en la medida en que las mismas son la expresión normativa de un *Pouvoir Constituant du Peuple*, el cual, en tanto en cuanto se trata de un sujeto soberano, impone su voluntad a todos.

Así las cosas, y siempre según nuestra modesta opinión, es en esta circunstancia donde, como decíamos, ha de encontrarse la verdadera garantía de los derechos fundamentales sociales. Su efectividad, así como el pacífico el pleno disfrute de los mismos por parte de los ciudadanos, se deberá a que los mismos han sido reconocidos por el Legislador Constituyente. Y porque esto es así, lo que sucede es que si los ciudadanos tienen derecho a disfrutar de ellos, los titulares del poder, y tanto los que ocupan el poder político, como los que ocupan el poder privado, se encuentran obligados a permitir el ejercicio de estos derechos atinentes a la dignidad humana, desarrollando toda su actividad para hacer posible a los particulares económicamente más menesterosos su disfrute.

No somos, sin embargo, tan ingenuos como para pensar que basta con que todos estos derechos inviolables se encuentren recogidos en la Constitución, para que los mismos gocen de esa plena eficacia jurídica tan ansiada. Para que tal efecto sea posible, es necesario, y, además, absolutamente imprescindible, que en el marco de la Comunidad Política de que se trate concurra una circunstancia que escape al mero razonamiento jurídico. Nos estamos refiriendo, ni que decir tiene, a que la idea anterior cobre auténtica entidad y realidad en el imaginario colectivo de todos los ciudadanos de esta comunidad. Esto es, que todos entiendan que porque los preceptos constitucionales son la expresión normativa de la voluntad soberana del Pueblo, actuando como Poder Constituyente revolucionario, los mismos resultan de obligado cumplimiento, y en todos sus extremos, tanto para los titulares del poder, económico y político, como para los ciudadanos que ocupan la posición de meros gobernados.

Como ha de ser para todos fácilmente comprensible, con la anterior afirmación, lo que estamos haciendo es sumarnos a la siempre acertada y atinada opinión de Hesse. De una manera mucho más concreta, lo que hacemos es aceptar lo que este insigne e ilustre constitucionalista alemán había afirmado en su célebre, y justamente festejada, “*Die normative Kraft der Verfassung*”³⁹⁵, de 1959. En este escrito, redactado bajo una más que sobresaliente influencia de las concepciones de Heller y Smend —lo que, por lo demás, nada tiene de particular, sobre todo si se toma en consideración que, como ha hecho ver, en su estudio sobre “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, el Maestro Pedro De Vega, es, justamente, de las especulaciones de estos dos grandes constitucionalistas del período entre guerras, de las que se derivan las más valiosas e importantes concepciones de la Teoría del Derecho Constitucional del

presente como son, además de las del propio Hesse³⁹⁶, las de los von Bäumlin³⁹⁷, Krüger, Müller³⁹⁸, Schneider³⁹⁹, e, incluso, las del popperiano Häberle⁴⁰⁰—, Hesse, actuando desde una posición intermedia, equidistante y, a nuestro juicio, superadora tanto de las especulaciones sobre la “Constitución real” y la “Constitución formal” realizadas, en su celeberrimo “*¿Qué es una Constitución?*”, por Lassalle⁴⁰¹, como de las que se desprenden del más radical de los positivismo jurídicos formalistas, que era, nadie lo ignora, el que representa aquel normativismo logicista kelseniano empeñado, por la influencia de los planteamientos debidos a Hermann Cohen⁴⁰², en la formulación de un Derecho Constitucional comprendido como un conjunto de reglas lógico-matemáticas y geométricas elaboradas al margen de la realidad⁴⁰³, pone de manifiesto que la fuerza normativa del Código Constitucional acaba siendo una cuestión de praxis constitucional. De esta suerte, nos encontramos con que la fuerza normativa de la Constitución no depende tanto, y pese a que se trata de un requisito fundamental, de que sea la obra del Poder Constituyente, o de lo que el propio Código Fundamental disponga, como de que la misma sea capaz de asumir en todo momento, y en la medida de lo posible, la realidad política y social que pretende regular. Lo que, en último extremo, acaba dependiendo del uso que los operadores jurídicos y políticos del Estado hagan de los preceptos del Texto Constitucional. Con lo que, ni que decir tiene, lo que sucede es que, en la construcción hesseniana, la “Constitución formal” acaba transformándose en la “Constitución real” de la que hablaba Lassalle, y que, de algún modo, se corresponde a lo que, como sabemos, Mortati, con una concepción que sería también compartida por Giuseppe de Vergottini, Temístocle Martines, y, en la academia española, Carlos de Cabo Martín, denominó “Constitución en sentido material”.

Advierte, a este respecto, el propio Hesse que para que lo anterior sea posible es menester que en el Cuerpo Político de que se trate exista, en verdad, lo que la doctrina alemana denomina *Verfassungsgefühl* (sentimiento constitucional)⁴⁰⁴. Esto es, y en primer término, que en esa determinada República todos sus ciudadanos conozcan el contenido del Código Jurídico-Político Fundamental. Pero, junto a esto, pero con una todavía mayor importancia y trascendencia, que todos los integrantes de la República hagan suyo los presupuestos medulares de aquel pensamiento político democrático que comienza, ningún profesional de las Ciencias Constitucionales debiera ignorarlo, con el pensamiento y la obra de aquel Solón, “el padre de la democracia de los antepasados, de la *patrios demokratia*” (C. Mossé⁴⁰⁵), a quien, con toda justicia, puede considerarse el iniciador de aquella evolución de la concepción teórica y práctica de la política que, pasando por Pisístrato, Clístenes, Temístocles y Efiltes (aliado del anterior, y amigo y compañero del posterior), llega a Pericles y configura la democracia ática (H. Bengtson⁴⁰⁶, W. K. C. Guthrie⁴⁰⁷), a quien, como, entre otros, advierte Jacob

Burckhardt⁴⁰⁸, le correspondió el gran mérito de haber comprendido que para que los hombres sintiesen como obligatorios vinculantes los mandatos contenidos en las normas jurídicas era menester, y, además, absolutamente imprescindible, que las mismas hubiesen sido elaboradas y aprobadas con la participación activa de todos los ciudadanos, y llega a aquel genial “Ciudadano de Ginebra” que de forma solemne proclamará que “*Toute loi que le peuple en personne n’a pas ratifiée est nulle: ce n’est point une loi*”, sin olvidarnos del Barón de la Brède de Montesquieu, quien, como seguramente no podría ser de otra manera como consecuencia de ser un gran maquiavelista (P. De Vega), definiría el Estado libre no sólo en los términos de que en él todos tienen la obligación de actuar justamente⁴⁰⁹, sino en los que el amor a las leyes que los propios ciudadanos, eso sí a través de sus representantes parlamentarios, se dan libremente⁴¹⁰.

Y no hace falta, creemos, realizar un gran esfuerzo intelectual, ni ser en exceso sagaz y perspicaz, para comprender que cuando esto se produce, lo que ocurre es que se sienta las bases definitivas para que pueda surgir en el ámbito de ese Estado Constitucional determinado una auténtica *Willem sur Verfassung* (voluntad constitucional), que es, en última instancia, el requisito fundamental para que la Constitución pueda desplegar toda su fuerza normativa real y efectiva. Tanto más cuanto que, como nos enseñan, por ejemplo, el propio Hesse y Schneider, la voluntad constitucional se concreta en el deseo, y tanto por los titulares del poder político y del poder privado, como de los gobernados, de cumplir y hacer cumplir los mandatos normativizados por la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant du Peuple*.

Desde una tal óptica, fácil ha de ser entender, y desde luego para los profesionales universitarios de las Ciencias Jurídicas, por lo menos para los que centran su atención en aquellas parcelas que se encuentran adscritas a las Ciencias del Estado y Ciencias del Derecho del Estado, por qué decíamos, al comienzo de este apartado, que la verdadera garantía de la eficacia de los derechos fundamentales sociales a determinar encontrándose en la propia Constitución. Para todos, en efecto, debiera ser obvio, evidente, meridiano e inconcuso que cuando el problema de la eficacia real de los derechos atinentes a la dignidad humana se plantea en el marco de un Estado Constitucional democrático y social en donde, además de aceptar que éste ha de actuar como un auténtico instrumento de liberación de los hombres –lo que, ni que decir tiene, implica asimismo la aceptación de que el mismo ha de configurarse, y no sólo formalmente, sino también en el plano de la realidad, como aquel Estado interventor, prestacional y redistribuidor de la riqueza que, dijese lo que dijese al respecto Forsthoff, había encontrado, en el plano científico, su primer y, sin disputa posible alguna, más brillante teorizador en Hermann Heller, y que, en el plano de la realidad normativa, había hecho su entrada en la Historia como consecuencia de la actuación política de aquella *Weimarer Koalition*, integrada por el *Sozialdemokratische Partei* (adscrito al socialismo democrático), el *Zentrum* (de ideología democristiana), y el *Deutsche Demokratische Partei* (fuerza del democratismo radical)–, los titulares del poder político y del poder privado, así como el conjunto de la ciudadanía tengan esta, por lo demás, tan necesaria *Willem sur Verfassung*. Y ello, por la muy sencilla y simple razón de que en un tal supuesto todos ellos, y en su condición de, por utilizar la terminología rousseauiana, integrantes de un Estado democrático, República, o Estado bien constituido, se preocuparán de permitir, y, al mismo tiempo, de establecer las condiciones necesarias para tal fin, que todos los ciudadanos del Estado, y no sólo los económicamente más poderosos, puedan disfrutar libre, pacífica y plenamente de todos y cada uno de estos derechos inviolables, y con total y absoluta independencia de que, habida cuenta su escasa densidad normativa, resulte difícil su protección por la vía de la jurisdicción constitucional.

Y es que, en efecto, si lo anterior se produjera, con lo que nos encontraríamos es con que el partido o partidos que ocupan la posición de mayoría parlamentario-gubernamental, en el más puro ejercicio de la virtud política maquiavélica, se sentirían obligados, y porque, y por seguir con nuestro ejemplo, así se lo impone el artículo 9.º 2 y el propio artículo 47, a adoptar todas las medidas normativas tendentes a facilitar a los ciudadanos no sólo el acceso a la vivienda digna y adecuada, y ya sea en régimen de propiedad o de alquiler, sino también a garantizar su pleno disfrute. No podemos, como es obvio, detenernos aquí a tratar de identificar cuáles pueden ser estas medidas normativas. De ello, me ocupé en el escrito, redactado a instancias del Profesor de Derecho Civil Doctor Rafael Colina

Garea, intitulado "El derecho constitucional a la vivienda y la problemática de su ordenamiento en el Estado Social (Un estudio de Teoría del Estado y de la Constitución como ciencia conceptual y ciencia práctica)", y a él, por comodidad, me remito. Bástenos, sin embargo, con indicar que las mismas no se agotarían, y como muchas veces parece que se nos quiere hacer creer, con la regulación de la dación en pago para los supuestos de impago de la deuda hipotecaria, como tampoco lo haría la mera legislación para evitar la especulación urbanística. Junto a ellas, y debemos insistir en ello, se encontraría la más eficaz de todas ellas. Y que, según nuestro modesto parecer, no es otro que el de establecer medidas normativas tendentes a limitar el libre y brutal juego del principio de la autonomía de la voluntad en el marco de unas relaciones jurídico privadas que se entablan entre sujetos particulares que se encuentran en una muy distinta posición económica, y con la finalidad de, gracias a esta limitación, hacer real y efectivo el propio principio de la autonomía de la voluntad.

Del mismo modo, nos encontraríamos también con que en el marco de un Estado Constitucional democrático y social donde existiera esa, siempre deseable, *Willem sur Verfassung*, la falta de actuación en el ámbito de los derechos fundamentales sociales por parte del partido o partidos que ocupan la mayoría parlamentario-gubernamental sería, siempre, suplida por la actuación del partido o partidos que se encuentran en la posición de ser la más minorías parlamentarias, y en el ejercicio, con el que, por lo demás, se logra la plena legitimidad del sistema democrático (C. J. Friedrich, P. De Vega⁴¹¹), de la oposición política. Y, en primer lugar, lo harán, para todos ha de ser evidente, procediendo al control del partido o partidos que ocupan la mayoría parlamentario-gubernamental, para, en definitiva, obligarle a la aprobación de todas esas medidas normativas necesarias para el disfrute de los derechos atinentes a la dignidad humana. Pero, y en segundo término, lo podrán hacer actuando ellos mismos el poder legislativo del Pueblo. A ello, de cualquiera de las maneras, les faculta el artículo 87.1 de la Constitución española de 1978, en relación con lo dispuesto en el artículo 89 del mismo cuerpo legal. Y es que, como a nadie puede ocultársele, las fuerzas políticas que integran la oposición parlamentaria podrán en todo momento, y ante la falta de iniciativa por parte de la mayoría parlamentario-gubernamental, presentar una proposición de ley para articular todos estos mecanismos normativos a los que nos hemos referido ya.

Por último, hemos de indicar que si se diera el caso de que ni la mayoría parlamentario-gubernamental, ni las fuerzas de la oposición parlamentaria se mostrasen dispuestas a satisfacer su obligación constitucional, es decir la de cumplir y hacer cumplir los mandatos normativizados por la voluntad soberana del Legislador Constituyente, de suerte tal que bien podríamos decir que optan por convertirse en auténticos "tiranos" en el sentido que a esta expresión le dieron, por ejemplo, un Juan de Salisbury⁴¹², –a quien, por lo demás, le corresponde el mérito de haber procedido a la elaboración de una construcción jurídica que se presenta como uno de los más claros precedentes del moderno principio de supremacía constitucional (P. De Vega)–, o un Stephanus Junius Brutus⁴¹³, será al Pueblo al que, en el ejercicio de esas facultades que estos dos últimos autores citados le reconocían para actuar contra el "mal gobernante", le corresponderá demostrar que, efectivamente, existe en esa Comunidad Política el deseo de que el Código Constitucional despliegue todas sus potencialidades jurídicas, y que, en definitiva, disfrute de la verdadera fuerza normativa. Y, como a nadie puede ocultársele, podrá el Cuerpo Electoral llevar a cabo esta tarea actuando la competencia que les fue reconocida por el *Pouvoir Constituant* en el artículo 87.3, y que, en definitiva, se concreta en la posibilidad de, ante la inacción de la clase política, presentar ellos mismos una iniciativa legislativa popular. Posibilidad ésta última que no haría otra cosa que la de hacer real y efectiva aquella idea expresada por el constitucionalista alemán Hans Joachim Faller⁴¹⁴, cuando, repitiendo uno de los principios medulares del pensamiento político democrático y constitucional, y que, de todos debiera ser bien conocido, fue concretado por Maximilien Robespierre en la máxima de "Sólo en la democracia es el Estado verdaderamente la patria de todos los individuos que lo componen, y puede contar con tantos defensores interesados en su causa como ciudadanos tenga"⁴¹⁵, atribuía a los ciudadanos el papel de ser

el verdadero último defensor del orden constitucional que ellos mismos, en cuanto que titulares de la soberanía, se habían dado libremente.

Es, de cualquiera de las maneras, y con esto ya acabo, desde la perspectiva anterior donde cobran auténtica entidad, realidad, sentido y significado aquellas observaciones que, en 1998, había realizado el Maestro Pedro De Vega, –y que, por compartirlas, como no podría ser, seguramente, de otra forma, plenamente, no podría yo dejar de mencionarlas–, en el sentido de que cada vez resulta más perentoria la necesidad de volver a los planteamientos, políticos y jurídicos, del genial “Ciudadano de Ginebra”, siquiera sea desde el punto de vista metodológico, para lograr articular la vida del Estado Constitucional democrático y social de un modo cabal y adecuado. Lo que, en todo caso, se hace mucho más patente en el supuesto de los profesionales universitarios de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado, cuya misión última es, justamente, y como, con total acierto y contundencia, había sentado ya el propio Jean-Jacques Rousseau, la de formar ciudadanos, es decir, hombres libres y conscientes de sus derechos, para la República.
