

SOBRE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: DE LA “LIBERTAD NATURAL” A LA *DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE**

Javier Ruipérez

I

Forma parte de la conciencia colectiva de los juristas la idea de que los preceptos constitucionales declarativos de derechos son normas obligatorias y vinculantes, y que, en consecuencia, gozan de una auténtica eficacia jurídica tanto frente al poder público, como en relación con los particulares. Porque esto es así, acaso pudiera pensarse que carece de todo sentido y lógica el interrogarnos, como hacemos hoy, por el problema de la eficacia de los derechos fundamentales. Así lo entenderían, por ejemplo, los partidarios del positivismo jurídico formalista. Al fin y al cabo, fue la Escuela Alemana de Derecho Público de los, fundamentalmente, von Gerber, Laband y Georg Jellinek quien sentó el principio de que porque el Estado, -entiéndase, por lo que aquí importa, los derechos fundamentales-, es evidente, de nada sirve interrogarse sobre él.

Ocurre, empero, que, para obtener un ponderado y cabal entendimiento de esta problemática, es menester que esta inicial afirmación, como en general todas las que operan en el mundo de la Teoría del Derecho Constitucional, se enfrente a aquellas fundamentales categorías, recuperadas para nuestra Ciencia gracias a la obra de Heller y Smend, de espacio y tiempo, lo que, en definitiva, y como con total precisión ha señalado mi dilecto Maestro, significa que el Derecho Constitucional “adquiría dimensiones concretas e históricas evidentes. (...). Pero significa, a su vez, que el Derecho Constitucional, como conjunto normativo que se involucra en la realidad social y política concretas, no tenía por qué renunciar a dar sentido histórico y a hacer valer sus proposiciones normativas. Al considerar que los valores, principios, contenidos y objetivos establecidos en las normas sólo pueden explicarse cuando responden a los propios valores y principios que conforman la realidad social, se abría el camino para que la confrontación entre normatividad jurídica y realidad política pudiera empezar a resolverse” (P. De Vega).

Si así actuamos, tendremos que realizar, de manera inmediata e ineludible, una primera advertencia. A saber: que esto que hoy nos parece una verdad evidente, la eficacia jurídica de los derechos fundamentales, no ha sido tal en todo momento y lugar.

* Texto de la conferencia magistral leída en el “XXII Congreso ordinario de la Federación Mexicana de Organismos Públicos de Derechos Humanos, en la ciudad de Saltillo, Estado de Coahuila (México), el 20 de mayo de 2004.

Para empezar, ni siquiera la propia categoría de “derechos fundamentales” puede presentarse como un concepto cuya existencia quepa situar al margen de las coordenadas espacio-temporales. De igual forma, tampoco ha sido igual su eficacia en todas partes, y en todo momento.

Así las cosas, nos encontramos ya con dos afirmaciones que, por lo demás, resultan básicas y medulares para la comprensión de nuestro discurso, y que, por lo tanto, no puedo dejar de reseñar:

1.^a) La primera de ellas es la de que los derechos fundamentales son, en efecto, una categoría histórica, y que, además, no se entiende al margen de la Historia. Fue, en este sentido, Jellinek quien, en su célebre “*Sistema de los derechos públicos subjetivos*”, puso de manifiesto que la Historia de los derechos fundamentales comienza el 12 de junio de 1776, con la aprobación del “*Bill of Rights*” de Virginia. Lo anterior, de uno u otro modo, equivale a decir que sólo cabe hablar de derechos fundamentales y libertades públicas en el marco del Estado Constitucional, y como elemento inherente al constitucionalismo moderno.

2.^a) La segunda de las cuestiones que me interesaba, con carácter previo, destacar es la de que es, sin disputa, en este ámbito de la eficacia de los derechos fundamentales donde las diferencias entre la tradición jurídico-constitucional estadounidense y la tradición jurídico-constitucional europea, -que es, por lo demás, la que, a través de España, opera también en Latino América-, se hacen más patentes. Diferenciación ésta que, con meridiana claridad, fue puesta de manifiesto por Edouard Laboulaye cuando, al comparar la realidad constitucional decimonónica de uno y otro Continente, señala que mientras que en los Estados Unidos de América, las normas declarativas de derechos fundamentales gozaban de una plena y auténtica fuerza normativa, de suerte tal que los ciudadanos podrían inmediatamente oponerlos frente al poder político, y, en todo caso, alegarlos ante los tribunales de justicia, en Europa, por el contrario, la “constitución declaraba que la libertad individual será respetada, que nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales y que los acusados serán juzgados por el jurado. Tiene lugar un motín, o una asonada y se hará una ley para enviar á (*sic*) los ciudadanos ante los consejos de guerra. Apelarán á (*sic*) los tribunales mostrándoles la constitución, y estos (*sic*) responderán que no conocen mas (*sic*) que la ley”. Esta situación se mantendrá hasta el período entreguerras. Recuérdese, a este respecto, que Rudolf Smend denunciaba que, todavía en los primeros años de vigencia del Texto de Weimar, la mayoría de la doctrina consideraba que todos sus preceptos declarativos de derechos tenían la naturaleza de ser meras normas programáticas, que carecían, en consecuencia, de una verdadera fuerza normativa, y cuya eficacia jurídica dependía, no de la propia Constitución, sino de la existencia de unas normas de Derecho ordinario, o, si se prefiere, de Derecho técnico especial, que los desarrollase.

Sentado lo anterior, paso ya, sin más dilaciones, a la problemática que ahora nos ocupa: la eficacia de los derechos fundamentales. En este sentido, y en orden a otorgar a mi exposición la mayor claridad posible, dividiré su contenido en cuatro grandes apartados:

a) Me referiré, en primer lugar, al problema de la Libertad como contenido básico, central y nuclear de todo el edificio constitucional.

b) En segundo término, examinaré la situación de los derechos fundamentales, desde su necesaria diferenciación con los derechos humanos, o derechos naturales, y su eficacia jurídica, en el marco del Estado Constitucional liberal.

c) En tercer lugar, estudiaremos el significado que, para el tema que nos ocupa, y de manera fundamental en el ámbito europeo, tuvo la entrada en la Historia del constitucionalismo democrático y social.

d) Por último, aludiré al que, de manera indiscutible, constituye el gran reto del Estado social en relación con lo que Wise denominó la libertad civil. Me refiero, claro está, a lo que la doctrina alemana ha bautizado con el término de la “*Drittwirkung der grundrechte*”, es decir, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

II

De todos es, sin duda, conocido que nació el moderno Estado Constitucional como resultado de la confrontación entre los presupuestos del pensamiento político liberal, representado, de manera básica, por la obra de Montesquieu, y los del pensamiento político democrático, que se encarnan, como en ninguno, en los distintos trabajos de Jean-Jacques Rousseau. Esto nos dice que el gran reto al que hubieron de enfrentarse los primeros revolucionarios liberal-burgueses, y tanto en Estados Unidos como en Europa, fue, justamente, el tratar de compaginar dos distintas visiones del Mundo, claramente contrapuestas y de muy difícil, sino imposible, conciliación, con la finalidad de hacer, por fin, real y efectiva la libertad de los hombres.

Se repetía, de esta suerte, en el momento revolucionario la distinción entre Democracia y liberalismo. Diferenciación que, como está generalmente admitido, encontró su más lúcida formulación en la célebre conferencia que Constant pronunció, en el Ateneo de París, en 1819. Para éste, la Democracia se agotaba con la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales, desconociendo, sin embargo, la noción de los derechos individuales. A juicio de Constant, lo que, en tales circunstancias, sucede es que “entre los antiguos el individuo, soberano casi habitualmente en los negocios públicos, era esclavo en todas sus relaciones privadas. Como ciudadano decidía de la paz y de la guerra; como particular estaba limitado, observado y reprimido en todos sus movimientos”.

En radical oposición a esta concepción del Mundo, surge la “libertad de los modernos”. Su objeto es, según Constant, “la seguridad de sus goces privados; y ellos llaman libertad a las garantías concedidas por las instituciones de estos mismos goces”. Lo que, traducido en otros términos, significa que, lejos de preocuparse por la participación política, lo que pretende el liberalismo es lograr que el individuo sea completamente libre en sus relaciones privadas.

Importa advertir que, pese a la gran brillantez de su formulación, la tesis mantenida en “*De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*” no es del todo correcta. Cabría, incluso, entender que en sus afirmaciones se esconde el más profundo desconocimiento, y la más absoluta incompreensión de lo que es la Democracia y su significado real. Dos son, en todo caso, los argumentos que avalarían este último entendimiento.

Ocurre, por una parte, que la “libertad de los antiguos”, la Democracia, tiene un componente lógico y racional que, sin embargo, es silenciado por Benjamin Constant. Componente lógico y racional que se encuentra ya en Rousseau, como indiscutido padre de la Democracia moderna, y que, en todo caso, resulta innegable desde la obra de Kant. En virtud de aquél, el sistema democrático impide que el ciudadano, que es libre en lo público, pueda llegar a ser esclavo en el ámbito de la sociedad.

Por otra parte, ha de recordarse que la defensa de la libertad, política y personal, de los ciudadanos ha sido un elemento central del democratismo radical. Así lo tuvo que reconocer, incluso, el propio Constant en relación con el “Ciudadano de Ginebra”, aunque, no obstante, lo negará respecto del abate Mably y los jacobinos. En este sentido, debemos a Pedro De Vega una observación fundamental. Señala, en efecto, el Maestro

que si bien es verdad que, a diferencia de los, por ejemplo, Marsilio de Padua, Bartolo de Sassoferrato, Nicolás de Cusa, Brutus, Buchanan, Hotman o Locke, Rousseau no procedió a sacrificar el pacto social a la libertad natural de los individuos, no es menos cierto que el filósofo ginebrino se separa de las conclusiones autoritarias del contractualismo de los Hobbes, Spinoza y Puffendorf en cuanto que él tampoco sacrifica la libertad al contrato social. Lo que, en último extremo, significa que la noción de los derechos fundamentales se encuentra, aunque sea de manera implícita, en la concepción rousseauiana de la Democracia. Fácilmente se comprende que, desde la anterior óptica, Rousseau, oponiéndose a Grocio y Puffendorf, afirme que si ya es discutible la validez de un contrato por el que un individuo se despoje de su libertad en favor de otro, y, desde luego, no lo sería si el mismo no fuera revocable, un tal contrato nunca puede ser el fundamento de la comunidad política.

Sea de ello lo que sea, lo que, aquí, interesa es dejar constancia de que enfrentados a aquellas dos irreconciliables visiones del Mundo, los primeros revolucionarios liberal-burgueses se preocuparon por articular un sistema en el que, al combinar adecuadamente la Democracia y el liberalismo, se consiguiera la “libertad total”. Con ello, por lo demás, no se hacía sino recuperar la esencia misma de la Democracia en los términos que, de manera dispersa y asistemática, los había formulado ya Maquiavelo, y desde donde el quiasmo no hay Democracia sin Libertad, ni Libertad sin Democracia adquiere auténtica realidad. Esto es, si la Libertad requiere de la obediencia a la Ley (*vivere libero*), ocurre que, para que el hombre sea verdaderamente libre, esa Ley ha de ser obra suya (*vivere civile*).

Las consecuencias de tal aspiración, no podrían resultar más claras. De lo que se trataría, en definitiva, es de edificar un orden político estatal en el que asegurada la participación de los ciudadanos en la vida política, se hiciera real la libertad que, como hombres, les corresponde dentro de la comunidad. Pensamiento éste que, de una u otra forma, se concretaría en la aprobación del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Tabla de Derechos y separación de poderes, -como, de acuerdo con Heller, institutos inseparables y que se explican, y justifican, mutuamente-, quedan, de esta suerte, configurados como los instrumentos centrales, basilares y medulares para la defensa de la libertad individual.

III

Nada de extraño tiene que, para dar cumplimiento a estas pretensiones, los primeros revolucionarios liberal-burgueses, imbuidos como estaban de las doctrinas del iusnaturalismo contractualista, pensasen que la mejor forma de poner en marcha el Estado Constitucional era la de adoptar los esquemas que, en 1717, había teorizado el reverendo John Wise. Así sucedió, en efecto, en el ámbito de lo que hoy son los Estados Unidos de América, donde, no por casualidad, la obra del que Adams llamó “el más conspicuo mentor de la revolución” había conocido dos reediciones en 1772. Lo anterior es especialmente cierto en lo que se refiere a las colectividades-miembro. En este sentido, es menester recordar que, como han indicado Borgeaud, Bryce, Boutmy y, mucho más recientemente, De Vega, fue, precisamente, en la esfera regional, y no en la federal, donde se formuló, y se puso en marcha, la más perfecta expresión de la teoría de la soberanía popular. De una manera más difusa, la influencia del iusnaturalismo contractualista y de Wise puede también apreciarse en el supuesto de la Unión federal.

Y si esto es así en lo que hace a Estados Unidos, lo mismo podría decirse respecto de los procesos constituyentes franceses de 1789-1791 y 1792-1793. En efecto, ha sido, entre otros, Zweig quien ha puesto de relieve que la Francia revolucionaria

estuvo muy influida por el contractualismo. Por su parte, las intervenciones de, por ejemplo, Desmeunier, Valdruche, Romme e Isnard dan buena prueba de que la obra de Wise no sólo era conocida en ambas Asambleas Constituyentes, sino también plenamente asumida.

Así las cosas, nos encontramos con que a uno y otro lado del Atlántico surgió la idea de que el nacimiento del Estado Constitucional debía articularse en tres etapas: el momento de la libertad, el del pacto social y el momento del acto constitucional. Momentos éstos que aparecerán como hechos diferenciados pero, a la vez, sucesivos y concatenados. Su secuencia lógica sería puesta de relieve por Isnard. De acuerdo con éste, “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”.

A mi juicio, no es preciso realizar un gran esfuerzo para comprender que, ordenado de este modo el proceso constituyente, nos encontramos ante uno de los mayores absurdos y más escandalosas contradicciones que había presentado el Estado Constitucional liberal en la vieja Europa, a la que ni siquiera escaparía Sieyès. Nos referimos, claro está, a la singular paradoja que se derivaba de que, al entender que los derechos fundamentales sirven de base a la conclusión de un pacto social que, a su vez, actúa de barrera y regulador del acto constitucional, lo que sucede no es sino que habiendo definido al *Pouvoir Constituant* como un poder soberano, absoluto e ilimitado en el contenido de su voluntad, en la práctica, y como consecuencia de la búsqueda de mecanismos de defensa de la libertad, los liberales condenaban, sin embargo, al Constituyente a verse constreñido a actuar dentro de los márgenes trazados en las declaraciones de derechos.

Así se entendió en la propia práctica revolucionaria. Tanto los liberales como los partidarios del democratismo radical llegarían, en efecto, a aquella conclusión. Las palabras de Desmeunier son, en cuanto a los primeros, una magnífica prueba de ello. Piénsese que, en la Constituyente del 1791, éste no duda en afirmar que “es necesario redactar previamente una Declaración de derechos, que precederá a la Constitución francesa, es decir, una declaración de principios aplicables a todas las formas de gobierno”, pues “la declaración contendrá los verdaderos principios del hombre y el ciudadano. Los artículos de la Constitución sólo serán las consecuencias naturales de ella”. La misma idea está, también, muy presente en los jacobinos. Nada de extraño tiene, en tales circunstancias, que Robespierre mostrase su radical oposición a que en el artículo 16 de la Declaración de 1789 se contuviera la mención al principio de división de poderes, ya que, con ello, no se estaba si no hurtando al *Pouvoir Constituant* la decisión sobre si debía, o no, incluirse en la Constitución.

No podemos, como es, por lo demás, obvio, detenernos aquí a realizar una exposición exhaustiva y pormenorizada de cada uno de los momentos a los que se refería Wise, y la problemática que cada uno de ellos esconde. Los límites temporales y objetivos del acto, nos obligan a centrar nuestra atención de manera exclusiva en aquél que se refiere directamente a los derechos fundamentales.

En este sentido, indicaremos que la esencia del momento de la libertad no puede ser más clara. Concibió Wise este momento como aquél en el que de lo que se trata es de determinar la “libertad civil” que va a corresponder a los ciudadanos de la nueva

comunidad política. “Libertad civil” que, para nuestro autor, no es otra cosa que aquella parte de la libertad natural que permanece en poder de los individuos una vez que éstos han abandonado el estado de naturaleza para entrar en la sociedad civil. La materialización de esa libertad civil se concretará, de acuerdo con el reverendo Wise, en un mínimo que, en todo caso, ha de corresponderse con la “libertad de los hombres ingleses”.

La idea de Wise está muy presente en todo el pensamiento contractualista. Así, por ejemplo, la podemos encontrar en Fichte. En efecto, inspirándose en su admirado Kant, entendió el filósofo de Rammenau que el Estado se creaba mediante un contrato social, por el que cada uno de los miembros de la comunidad renunciaba a alguno de sus derechos a condición de que los otros renuncien a alguno de los suyos. Ahora bien, lo que, a los efectos que ahora nos ocupan, resulta relevante es que para Fichte no todos los derechos son susceptibles de renuncia. Aparecen, de esta suerte, los conceptos de derechos alienables e inalienables. Entre estos últimos, ocupa un lugar destacado, en cuanto que, a la postre, es lo que permite diferenciar el entendimiento humano del animal, la libertad de pensamiento y, como elemento indisociable, la de expresión.

De las anteriores concepciones se deriva una muy importante consecuencia para el mundo jurídico en general, y para la Ciencia del Derecho Constitucional en particular. Y es que, en efecto, con la contraposición entre la “libertad natural” y la “libertad civil”, en el caso de Wise, o la de derechos alienables e inalienables, en Fichte, lo que, en realidad, se hace es sentar las bases para la posterior distinción entre los derechos humanos y los derechos fundamentales, que, de manera inevitable, gravitará sobre toda la problemática de los derechos fundamentales desde que, con la aprobación del *Bill of Rights* de Virginia, comenzó su propia Historia hasta nuestros días. De una manera muy básica, lo que sucede es que mientras que la “libertad natural”, los derechos humanos, es igual en todas partes, la “libertad civil”, los derechos fundamentales, puede, por el contrario, diferir, incluso substancialmente, de un Estado a otro.

En todo caso, lo que nos interesa destacar es que la propuesta del reverendo Wise fue rápida y ampliamente aceptada en la práctica. Tanto es así que muy bien puede afirmarse, con, por ejemplo, Battaglia, Loewenstein, Pérez Serrano y De Vega, que la primera tarea que abordaron los revolucionarios liberal-burgueses americanos y franceses fue, justamente, la de proceder al reconocimiento de la existencia de una esfera de libertad individual absoluta, que se concretaba en el plano normativo en las declaraciones de derechos fundamentales. Sólo en un momento posterior, y como mecanismo de garantía de aquéllos, es cuando se procede a la aprobación de la Constitución, es decir, a la organización política de la comunidad sobre la base de la división de poderes.

No hay, hasta aquí, ninguna diferencia entre las tradiciones constitucionales estadounidense y europea. La filosofía que animó la actuación de los revolucionarios liberal-burgueses de uno y otro lado del Atlántico fue, en efecto, la misma. Y esta no es otra que la que se deriva del pensamiento liberal, con la que, a la postre, se modificaron absolutamente los esquemas del momento político anterior. Esto es, frente a lo que sucedía en el absolutismo, donde el privilegio, recogido en las, incorrectamente, llamadas “Constituciones estamentales”, era una concesión graciosa del monarca a las clases política, social y económicamente más poderosas, ahora, por el contrario, -y como había afirmado Paine-, se parte de la idea, tributaria del pensamiento iusnaturalista, de que el hombre, por el mero hecho de serlo, es titular de una serie de derechos preexistentes al propio Estado.

Ahora bien, si esto es así, debemos, de manera inmediata, advertir que comprendieron, correctamente, los primeros revolucionarios liberal-burgueses que no bastaba con un bienintencionado reconocimiento de la existencia de una esfera de libertad individual, que se presumía absoluta, para que la misma adquiriera auténtica entidad. Por el contrario, lo que sucede es que, porque se trata de asegurar la libertad del individuo, no

como hombre, sino como miembro de un determinado Estado, de lo que se tratará es de concretar la “libertad civil” que como ciudadano le corresponde. Dicho de otro modo, para que la libertad fuera realmente efectiva en el Estado, era necesario que los derechos humanos se transformasen en derechos fundamentales. Lo que se haría mediante la identificación de los mismos en un documento escrito, formal y solemne. Nacen, de esta suerte, las Declaraciones de Derechos.

IV

Aprobados estos documentos escritos, formales y solemnes, y puesta en vigor la Constitución, es cuando las tradiciones jurídico-constitucionales americana y europea empiezan a separarse. De una manera muy concreta, es en relación con la eficacia de los derechos fundamentales, y su posible ejercicio por parte de los ciudadanos, donde comienzan ya a manifestarse las grandes diferencias que hay entre ellas. Como, de la mano de Laboulaye, hemos indicado ya, éstas se concretan en que en Estados Unidos las normas constitucionales declarativas de derechos gozaban de una auténtica fuerza normativa. En la Europa liberal, por el contrario, las declaraciones de derechos estaban condenadas a disolverse en el campo de la retórica y de las buenas intenciones. Y ello por cuanto que las mismas eran comprendidas como meras normas programáticas, cuyo contenido podría, incluso, ser ignorado por el juez, a quien sólo obliga el Derecho ordinario.

Así las cosas, lo que debemos hacer es interrogarnos por el fundamento de esta divergencia. Y, en este sentido, hemos de indicar que no ha faltado quien, como el Profesor Cruz Villalón, pretenda justificar la misma como la consecuencia inmediata de que en el Derecho americano, y todavía en la etapa confederal, las tablas de derechos se incorporaron muy pronto a la Constitución de los distintos Estados-miembros, usualmente compuestas por la “Declaración de Derechos” y el “Frame of Government”, cosa que no sucedió en la vieja Europa. Explicación ésta que, dicho sea con todos los respectos, no nos parece correcta. Al fin y al cabo, también en el constitucionalismo liberal europeo se procedió, en un tiempo más o menos breve, a la incorporación de la tabla de derechos en el propio Texto Constitucional. Piénsese, en este sentido, y por referirnos tan sólo a la Historia española, que la venerable Constitución de Cádiz, aunque sea de manera dispersa y asistemática, procedió ya al reconocimiento de derechos. Siguiendo su ejemplo, los sucesivos Textos españoles dedicarían ya un Título específico a esta materia. Ocurre, sin embargo, y como ha puesto de relieve Pablo Lucas, que fue tan sólo con la Constitución de la Segunda República cuando los derechos fundamentales empezaron a gozar de auténtica eficacia.

Fácil resulta, entonces, deducir que no es en meras circunstancias formales donde ha de buscarse el fundamento de la divergencia, sino, por el contrario, en motivos de orden político y material. Según nuestro modesto entender, la explicación de la distinta eficacia que tuvieron las normas declarativas de derechos debe encontrarse en el muy diferente modo de entender la virtualidad del Poder Constituyente y su obra, la Constitución, en una y otra tradición jurídico-constitucional.

Es menester recordar que todo el sistema estadounidense descansa en la decidida e incontrovertible afirmación, y confirmación, del principio democrático. Circunstancia ésta que, a la postre, determina el que la Constitución gozase, desde el primer momento, de una auténtica fuerza normativa, y que sus mandatos, incluidos aquellos que declaran derechos, fueran concebidos como normas de carácter obligatorio y directamente vinculantes tanto para los gobernados como para los gobernantes.

Esto es, justamente, lo que no sucederá en la Europa liberal. El hecho de que en ésta la forja del Estado Constitucional hubiera de producirse desde la confrontación principio democrático-principio monárquico, determinó que la Constitución no pudiera ser entendida no ya, y como indica Carré de Malberg, como la verdadera Ley Suprema del Estado, sino que no pudo ser comprendida realmente como tal Constitución y, a la postre, que no pudiera desplegar los efectos que le son propios. Se generaba, de esta suerte, una situación ciertamente dramática y de paradójicos contrastes. El Doctor De Vega ha realizado una muy importante y sagaz observación a este respecto: nadie puede negar que los Textos Constitucionales de finales del siglo XVIII, los del XIX y primeros años del XX europeo se caracterizaron, en efecto, por su falta de eficacia jurídica, pero es menester indicar que “esa escandalosa carencia no se produjo porque las Constituciones no fueran leyes (que por supuesto lo eran) sino porque no se configuraron ni se entendieron propiamente como Constituciones. (...). Y lo que, en un ejercicio de sorprendente prestidigitación, el constitucionalismo del siglo XIX pretendió efectuar, fue la conversión de la Constitución, que a nivel jurídico sólo puede ser entendida como *Lex Superior*, en una ley ordinaria, otorgándole, no obstante, a nivel político, un valor simbólico de norma fundamental. Con lo cual, ni jurídicamente las Constituciones sirvieron como leyes, ni políticamente cumplieron las funciones simbólicas que se les quiso atribuir”.

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

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

La escandalosa falta de fuerza vinculante de las normas fundamentales declarativas de derechos acabaría, finalmente, convirtiéndose en uno de los principales factores del fracaso histórico del Estado liberal. Ha de tenerse en cuenta, a este respecto, que la libertad burguesa, ampliamente declarada por los Constituyentes, acaba siendo, o al

menos éste podía ser su destino, una mera ficción en manos de los gobernantes. Y ello como consecuencia de que, al carecer de fuerza normativa directa y de mecanismos jurisdiccionales de garantía, lo que sucedió es que, como escribe Pedro De Vega, “las libertades burguesas no se realizaban y perecían, víctimas de su propia incompetencia”.

V

La situación cambiará, y además, de manera radical, después de la Primera Guerra Mundial. En efecto, la doctrina es unánime en considerar que con el tránsito del Estado liberal al Estado democrático y social, que considera al poder público como el gran garante de la libertad, habría de producirse una profunda transformación en lo que concierne a los derechos fundamentales. Variación que va a manifestarse tanto desde un plano cuantitativo, como desde una óptica cualitativa. De todas ellas, la que a nosotros interesa ahora es la que se refiere a la nueva significación jurídica que se otorga a las declaraciones de derechos.

Frente a la situación del primer Estado Constitucional, -donde, como hemos visto, los derechos tenían un inequívoco carácter *iusnaturalista* y donde, en consecuencia, lo que resultaba obligatorio eran las Leyes ordinarias que los desarrollaban-, lo característico del constitucionalismo democrático y social va a ser el que aparecerá una nueva consideración de las normas constitucionales declarativas de derechos. Éstas pasan a ser comprendidas como auténticas fuentes del Derecho, que, en todo caso, adquieren un especial carácter vinculante respecto de los poderes constituidos. Se explica, de esta suerte, que en Estado social, como advierte Schneider, se establece una especial sujeción de los poderes públicos a los derechos y libertades que se traduce en que “el legislador no puede aprobar ninguna ley, el poder ejecutivo no puede decretar ningún acto administrativo y la jurisdicción no puede fallar ninguna sentencia que sean incompatibles con las garantías de los derechos fundamentales”.

Para lograr una comprensión adecuada de lo que esta última transformación significa, resulta oportuno situar la cuestión de la eficacia jurídica de las normas declarativas de derechos en el contexto histórico que determinó el nacimiento del Estado Constitucional democrático.

En este sentido, debemos comenzar señalando que, acaso, la principal causa del nacimiento del Estado Constitucional democrático se encuentre en la incapacidad de los europeos de finales del siglo XVIII, el XIX y primeros años del XX para poner en marcha, y consolidar, el constitucionalismo moderno. Ciertamente es que el esquema general conforme al cual había nacido el Estado Constitucional en Norteamérica fue idéntico al que, desde el punto de vista formal, pusieron en marcha los revolucionarios liberal-burgueses en Francia. Ahora bien, debemos a Bastid la acertada observación de que sería una absoluta ingenuidad, cuando no una auténtica falsificación de la Historia y de la realidad, pretender que todos aquellos principios que inspiran y conforman el constitucionalismo moderno, y que fueron formalmente afirmados en Francia en el momento revolucionario, gozaron de una rápida y general aceptación en Europa. La verdad es, por el contrario, que los mismos, y como consecuencia de la confrontación entre el principio democrático y el monárquico, encontraron grandes dificultades para su materialización práctica, únicamente superadas en el siglo XX.

Esto es especialmente cierto en lo que afecta al principio que se encuentra en la base del propio Estado Constitucional, y que, en todo caso, y como han afirmado Pedro De Vega y Gumersindo Trujillo, se erige en el fundamento último de la eficacia jurídica de las Constituciones. Nos referimos, claro está, al principio democrático. Como a

nadie puede ocultársele, nos encontramos con que, a diferencia de lo que había acaecido en Estados Unidos, lo que la realidad europea de finales del siglo XVIII, el XIX y primeros años del XX ofrece son etapas en las que la teoría democrática del Poder Constituyente del Pueblo o bien resultaba incorrectamente afirmada, como sucedió en la etapa revolucionaria como consecuencia ineludible de las propias formulaciones de Sieyès, o bien era negada de manera directa, en la época de la llamada “Restauración”, y subrepticamente con el liberalismo doctrinario.

A nadie debería extrañar, en tales circunstancias, que las consecuencias jurídicas que la aprobación de la Constitución tuvo en el sistema americano, que descansa en la afirmación, y confirmación, del principio democrático, no pudieran ser las mismas en el Viejo Continente. Se habla, sí, de que lo que caracterizó el primer constitucionalismo europeo fue la falta de eficacia jurídica de sus Textos. Pocas veces, sin embargo, se pone el acento en cuáles fueron realmente las causas que provocaron aquella dramática situación. Causas que, en definitiva, cabe identificar con la ausencia de una clara vigencia del principio democrático.

Habrà de esperarse, entonces, al fin de la I Guerra Mundial para que el Estado Constitucional comience verdaderamente a adquirir auténtica entidad y realidad histórica en la vieja Europa. Y lo hará por cuanto que, como consecuencia de un substancial cambio en las fuerzas políticas, la confrontación entre el principio monárquico y el principio democrático, va a conocer, a partir de esa fecha y en la construcción del constitucionalismo democrático y social, una solución muy distinta a la que había operado a lo largo del siglo XIX. En efecto, ocurre que, frente a la afirmación, expresa o camuflada, del principio monárquico y, con ello, el falseamiento de todos los presupuestos del constitucionalismo moderno, el ascenso al poder de las fuerzas democráticas y progresistas determinó que lo que ahora se afirme sea el principio democrático. Lo que se hará, además, de una manera clara, decidida y sin ambages de ningún tipo.

Se abrirá, así, un proceso que se inicia con el fin de la I Guerra Mundial, y que, habida cuenta los quebrantos que produjo el ascenso del fascismo en el período de entreguerras, habrá de culminar con el fin de la II Guerra Mundial. Su rasgo más significativo va a ser, sin disputa, el que, por fin, en Europa va a producirse la plena, total y absoluta aceptación ideológica de los principios y presupuestos sobre los que se edifica el moderno Estado Constitucional. De esta suerte, el constitucionalismo democrático y social venía a corregir la gran falla que presentaba el Estado liberal. Nos sumamos, así, a la tesis del Maestro De Vega, para quien “La indiscutibilidad ideológica de los principios y el acuerdo en los presupuestos políticos en los que descansa la idea de Constitución, es lo que ha permitido al constitucionalismo surgido a partir de la Segunda Guerra Mundial, ponderar debidamente su dimensión jurídica y su proyección normativa”. La tradición constitucional europea queda, en tales circunstancias, equiparada de manera definitiva a la tradición estadounidense. Los Textos Constitucionales son, por fin, entendidos como verdaderas Constituciones, y, en cuanto que expresión de la voluntad soberana del Pueblo, desplegarán, en todos sus contenidos, una plena eficacia jurídica.

Ahora bien, debemos advertir de manera inmediata que no fue sólo éste el cambio que va a conocer Europa con el surgimiento del constitucionalismo democrático y social. Es menester dejar constancia de que el triunfo del principio democrático va a generar unas nada despreciables variaciones en el modo en que va a surgir el Estado Constitucional mismo. Como, con total acierto, ha escrito el Profesor De Vega, lo que ocurre es que “Cuando el principio democrático se admite sin ningún tipo de salvedades, y cuando se está dispuesto, además, a operar con él hasta sus últimas consecuencias, la mecánica del proceso constitucional, tal y como se planteó en el Estado Liberal Burgués (...) ya no podrá ser la misma. Cambia el orden de los acontecimientos, pero

cambia también, y sobre todo, el contenido y el alcance de cada uno de los supuestos de ese proceso”.

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

Se soslayaba, de esta suerte, aquel gran absurdo, y escandalosa contradicción, que se producía en el Estado liberal de, por un lado, definir al Constituyente como un poder absoluto, soberano e ilimitado en el contenido de su voluntad, y, por otro, condenarle a actuar en los estrechos márgenes que le imponían las declaraciones de derechos. Frente a esto, lo característico del constitucionalismo democrático y social va a ser el que las declaraciones de derechos pierden esa fuerte carga *iusnaturalista* que tenían en el Estado liberal, y que, en última instancia, las convertía en ese límite a la actuación del Constituyente. Ahora, las normas declarativas de derechos se convierten en Derecho Positivo, cuya fuerza normativa se encuentra justamente, y esto es lo que reviste importancia y resulta trascendente, en que el *Pouvoir Constituant* los ha reconocido como tales derechos fundamentales. De Vega lo ha puesto de manifiesto al indicar que el “reconocimiento del principio democrático lo que introduce e impone es, precisamente, la lógica contraria [a la del Estado liberal]. Los derechos empiezan a valer en la medida en que la Constitución -que es una norma jurídica- los reconoce, al tiempo que establece un doble principio de jerarquía y especialidad para su realización efectiva”.

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

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

Ahora bien, lo que aquí interesa es que esa fuerza normativa, obligatoria y vinculante de las normas declarativas de derechos fundamentales, únicamente puede explicarse como una de las consecuencias necesarias del definitivo triunfo del principio democrático en Europa. Esto es, si los derechos fundamentales resultan, hoy, obligatorios, no es porque se trate de un elemento de Derecho Natural, previo al propio Estado y que, en última instancia, condicionan la propia organización de la comunidad política, sino por cuanto que los mismos adquieren, en el marco del Estado Constitucional democrático, la condición de Derecho Positivo, y, además, en tanto en cuanto que se incorporan a la propia Constitución, como Ley Suprema del Estado. Es, en definitiva, la voluntad del Constituyente estatal lo que confiere a los derechos fundamentales su actual obligatoriedad.

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

VI

Reconocida la fuerza normativa, obligatoria y vinculante que, como Derecho Positivo, corresponde a las normas constitucionales declarativas de derechos, aparece ante nosotros el que, sin duda alguna, es el gran reto del Estado social. Reto que, pudiendo ser definido, en palabras de Pedro De Vega, como el tránsito del constitucionalismo de la libertad al Derecho Constitucional de la igualdad, se traduce, en última instancia, en la obligación del Estado, como gran y máximo garante de los derechos, de hacer realmente efectiva la libertad del ciudadano y de los grupos en que éste se agrupa. Tarea ésta que dista mucho de estar satisfecha. Afirmación ésta que, acaso, requiera alguna explicación.

Aceptó, sobradamente es conocido, el constitucionalismo democrático y social la idea de Hans Kelsen de que de nada sirve atribuir al ciudadano determinados derechos, si aquella atribución no se encuentra debidamente garantizada. Partiendo de esta idea, procedieron los diversos Constituyentes del Estado social a levantar un, bien podemos calificarlo así, “descomunal” entramado de garantías, cuya finalidad es, justamente, la de hacer real y efectiva la libertad del individuo y la de los grupos en que se pueda integrar. A tal fin responden, por ejemplo, el juicio de amparo mexicano, el recurso de amparo de garantías individuales de la Segunda República española, la “*Verfassungsbeschwerde*” (queja constitucional) alemana, o el recurso de amparo recogido en los artículos 53.2 y 161.1.b) del vigente Texto español. De esta suerte, bien cabría pensar que la Constitución se ha consolidado, de manera definitiva, en esa posición, que se le había atribuido desde el principio liberal, de ser, ante todo y sobre todo, un gran sistema de garantía de la Libertad.

No puede olvidarse, sin embargo, que todos estos instrumentos de defensa se han levantado como si no hubiera tenido lugar la substitución del Estado liberal por el Estado social. Lo que, como escribe el Maestro, significa que “Se construye de esta forma la regulación del amparo sobre las premisas ideológicas predemocráticas 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. En este planteamiento, los derechos fundamentales se conciben como derechos de defensa (...) o de omisión (...), cuyo respeto es exigible únicamente al Estado, porque se entiende que es el Estado el único que puede lesionarlos” (P. De Vega).

Ni que decir tiene que una tal opción no parece la más adecuada para hacer frente a una realidad estatal que, como nos dicen sociólogos como, por ejemplo, Schmitter, Panitch, Jessop, Winkler y Giner, se presenta como una auténtica sociedad corporativa, en la que la distinción Estado/sociedad, o, si se prefiere, lo público y lo privado, deja de tener sentido y adquiere un carácter meramente funcional. Lo característico de este momento es que, junto al poder político, -en el que quedan integrados los tres poderes de los que hablaba Montesquieu-, van a aparecer los que, con toda razón, Giorgio Lombardi denomina “poderes privados”, que si tienen, y ello es indiscutible, un lugar relevante en el campo de las relaciones particulares, inciden definitivamente en las decisiones políticas, asumiendo, en muchos casos, su actuación un evidente carácter público, que, a la postre, permite decir a Habermas que el “poder social es hoy *eo ipso* poder político”.

Como a nadie puede ocultársele, lo que a nosotros interesa aquí es, justamente, la relación que existe entre la presencia de esos poderes privados y la eficacia real de los derechos fundamentales. En este sentido, debemos comenzar indicando que nos encontramos en presencia de unos sujetos que, desde el punto de vista formal, se definen por ser entes de Derecho Privado. Lo que significa que sus relaciones con los individuos particulares se realizan, cuando menos teórica y formalmente, en términos de igualdad, paridad y simetría. Ocurre, sin embargo, que la realidad material es muy distinta. En efecto, los poderes privados no actúan en sus relaciones con los particulares en condiciones de igualdad, que es lo característico del Derecho Privado, basado en el dogma de la autonomía de la voluntad. Por el contrario, lo hacen en situación de imperio, que con carácter tradicional, y, desde luego, desde los esquemas del Estado liberal, era lo propio de la Administración Pública.

Así las cosas, lo que hemos de preguntarnos es si, en el marco del Estado Constitucional democrático y social, basta con que la eficacia de los derechos fundamentales se garantice frente al poder público o si, por el contrario, la misma ha de garantizarse también frente a los poderes privados, dando, así, lugar a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Interrogante que se hace tanto más necesario en tanto en cuanto que es, justamente, en el ámbito de las relaciones privadas donde se generan la mayor parte de las violaciones de los derechos en la actualidad.

Para responder de manera adecuada a lo anterior, debemos atender a la especial problemática que la existencia de estos poderes privados plantea y, de manera más concreta, las limitaciones que la misma presenta para un sistema de garantía de los derechos edificado, como acabamos de decir, sobre las premisas ideológicas predemocráticas y decididamente individualistas del constitucionalismo liberal clásico. En este sentido, debemos, en primer lugar, advertir que en el caso de que su actuación conculque derechos de los particulares, el conflicto, porque se trata de sujetos privados, ha de resolverse por el Derecho ordinario, en el que, fundamentado en el dogma de la autonomía de la voluntad, el contrato, como señala el artículo 1.091 del Código Civil español, es Ley entre las partes. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que al tratarse de sujetos que actúan desde una posición de desigualdad e imperio respecto de los particulares, las soluciones del Derecho técnico especial, perfectamente validas para resolver las relaciones entre particulares planteadas, en expresión de Pugliatti y Ferri, en términos de igualdad, paridad y simetría, aparecen como claramente insuficientes en relación con los poderes privados. El resultado de todo ello no puede ser más claro: El individuo, en tales circunstancias, queda en la más absoluta de las indefensiones.

Tratando de resolver esta situación, surgió ya en los tiempos de la República de Weimar, -que confirma, una vez más, su condición de ser la etapa más fecunda y lúcida de la discusión doctrinal del constitucionalismo moderno-, la idea de que, en la medida en que los derechos fundamentales pueden ser lesionados también por los sujetos privados, debería corresponder al ordenamiento jurídico establecer su defensa no sólo frente a los actos del poder político, sino también frente a los actos lesivos de los particulares. Partiendo de esta concepción es como una serie de autores, entre los que quisiera destacar los nombres de Nipperdey, Lombardi, Gomes Canotilho y Pedro De Vega, han hablado de la necesidad de poner en marcha la "*Drittwirkung der Grundrechte*" o, si se prefiere, la "eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales". Proposición ésta que, ante la miopía que generalmente han mostrado los distintos Constituyentes al respecto, ha sido paulatinamente aceptada por la jurisprudencia constitucional. Así se hizo, en efecto, desde la década de 1950 en Alemania e Italia, desde donde ha pasado a otros Estados; baste aquí con indicar que la eficacia horizontal de los derechos está empezando a ser ya utilizada por el Tribunal Constitucional español. De una manera muy básica, la *Drittwirkung* se traduce en que las normas constitucionales declarativas de derechos, que nadie discute que gozan de una auténtica eficacia jurídica frente al Estado, han de ser también directamente aplicables en las relaciones entre particulares, siempre y cuando, y esto es lo importante, uno de los sujetos sea un poder privado. Sólo así, y con esto ya termino, podrá considerarse que la "libertad total", como finalidad última del constitucionalismo moderno, ha sido alcanzada.