

Los derechos fundamentales
Apuntes de historia de las constituciones

Maurizio Fioravanti

Traducción de Manuel Martínez Neira

E D I T O R I A L T R O T T A

LAS TRANSFORMACIONES CONSTITUCIONALES DEL SIGLO XX

El objeto de este capítulo viene dado por lo que podemos llamar la «vocación constitucional» del siglo XX. La intención es la de descubrir las peculiaridades y características del siglo XX en el plano constitucional. Entre esas peculiaridades emerge con fuerza la progresiva afirmación de una familia de Constituciones —a la que sin duda pertenece la vigente Constitución italiana de 1948— que expresan un «tipo histórico» de constitución nuevo e inédito, distinto tanto de las Constituciones revolucionarias de finales del siglo XVIII, como de las Cartas de la época liberal, del siglo XIX. Se trata de la Constitución democrática del siglo XX, que es la forma típica que las Constituciones asumen en el desarrollo de la experiencia constitucional del siglo pasado.

Este modo de ser de la constitución determinado históricamente se afirma en concreto a mediados del siglo XX, tras la caída de los regímenes totalitarios, después de que ese mismo siglo haya producido, en su primera mitad, guerras y políticas de exterminio, proyectos y prácticas de destrucción del adversario. Desde este punto de vista, la primera característica de las Constituciones democráticas del siglo XX es precisamente la que se expresa a través del concepto de *límite* y de *garantía*: nunca más políticas de carácter absoluto y totalitario, inspiradas en la idea del enemigo en sentido radical y por consiguiente dirigidas a su destrucción; los derechos fundamentales de la persona serán declarados inviolables y estarán protegidos de manera especial por la misma Constitución. En otras palabras, las Constituciones democráticas del siglo XX se sitúan históricamente en una fase de plena recuperación, aunque a través de nuevos instrumentos, del valor y del significado de la constitución como norma fundamental de garantía, que ahora asume la forma del lugar en el que están custodiados, y declarados inviolables, los derechos fundamentales de la persona.

Como se recordará —sobre todo por lo dicho en el capítulo anterior—, el modelo del Estado liberal de derecho, que dominaba en Europa entre los siglos XIX y XX, antes de los regímenes totalitarios y de la posterior aparición de las Constituciones democráticas, derivaba de una crítica al constitucionalismo de las revoluciones dirigida simultáneamente a la constitución como norma fundamental de garantía y a la constitución como norma directiva fundamental. Por ello no puede considerarse casualidad que en el siglo XX se asista también a una fuerte recuperación de la constitución como norma directiva fundamental. Es como si se afirmase de nuevo la *supremacía de la constitución* a la vez en dos planos: como límite inviolable, pero también como centro motor que junto con algunas grandes normas de principio —en primer lugar las relativas al principio de igualdad— pretende inspirar la acción de los poderes públicos, penetrando en la esfera de la economía, a favor de objetivos de carácter social, situados en el ámbito del trabajo, de la instrucción, de la asistencia. Ecllosiona bajo este aspecto el acontecimiento propio del siglo XX de los derechos sociales.

Hay una norma en la Constitución alemana del 11 de agosto de 1919 —la denominada «Constitución de Weimar», que bajo este aspecto precede a las Constituciones democráticas de la segunda posguerra mundial— que expresa bien esta característica del siglo XX en el plano constitucional. Es el artículo 151, que dice así: «La organización de la vida económica debe corresponder a los principios de justicia al fin de garantizar a todos la procura de una existencia humanamente digna. Dentro de esos límites se debe proteger la libertad económica de los individuos». Es decir, se debe garantizar la iniciativa económica de los privados, pero por encima de esta existe algo todavía más valioso, que es la *dignidad* del hombre, que es dañada no solo cuando sus derechos civiles son violados, su esfera es invadida, su libertad personal es coartada arbitrariamente, sino también cuando aquel mismo hombre es de hecho privado de los medios materiales y morales más esenciales, del trabajo, de la instrucción, de la asistencia cuando se encuentra solo, en situación de necesidad.

Existen imponentes transformaciones constitucionales que caracterizan el siglo XX, y que en conjunto producen una clara superación del modelo constitucional precedente, el del Estado liberal de derecho que había dominado en Europa a partir de la Revolución. Como consecuencia de estas transformaciones, ahora tenemos Constituciones que divergen de manera esencial del precedente modelo decimonónico. Contra ese modelo ahora tenemos Constituciones que establecen de manera positiva, para tutelar los derechos fundamentales de la persona, un límite claro al desarrollo de la potestad normativa, incluida la del legislador; y al mismo tiempo tenemos Constituciones que han incorporado principios fundamentales de justicia, que se han de realizar a través de la actuación

de la misma Constitución, sobre el terreno que conoce la presencia decisiva de los derechos sociales. La Constitución como máxima forma de garantía y la Constitución como directriz fundamental: las dos dimensiones que el estatalismo decimonónico había marginado y que ahora, en el tiempo nuevo del siglo XX, vuelven al primer plano.

1. LAS CONSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS DEL SIGLO XX: LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA FUNDAMENTAL DE GARANTÍA Y LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA DIRECTIVA FUNDAMENTAL

Como ya sabemos, las Constituciones contemporáneas, pertenecientes al «tipo histórico» del siglo XX, representan una fase nueva y distinta en la historia compleja y articulada del constitucionalismo europeo, que diverge de manera irreversible de la precedente experiencia del Estado liberal de derecho.

En efecto, estas Constituciones han reafirmado el principio de soberanía popular contra la tradición decimonónica que, como hemos visto en el capítulo precedente, lo había marginado a favor del principio de soberanía del Estado; han retomado la tradición revolucionaria de las Declaraciones de derechos, expandiendo su objeto hacia los derechos sociales que solo de manera esporádica, aunque relevante, se habían afirmado en el curso de la Revolución francesa; y, además, esas mismas Constituciones se presentan, frente al estatalismo liberal decimonónico, como Constituciones rígidas, protegidas por específicos procedimientos de revisión y caracterizadas por una progresiva expansión del control de constitucionalidad, organizado de manera distinta del difuso estadounidense pero igualmente activo, al menos en buena medida, como *jurisdicción de los derechos*, que como tal presupone una decisión fundamental de tipo constituyente que ha incardinado los derechos en la constitución, de manera que quedan fuera del alcance del posible arbitrio de los poderes constituidos.

Pero sobre todo, al margen de las características concretas de las Constituciones democráticas de la última posguerra mundial, lo verdaderamente importante es el hecho de que en este momento histórico se descubre en su conjunto la *supremacía de la constitución*, sea como máxima forma de garantía de los derechos y las libertades, sea como directriz fundamental a observar para la realización de los valores constitucionales.

Estos dos aspectos que acabamos de mencionar no pueden separarse en la inspiración originaria de nuestras Constituciones. En efecto, tras la caída de los regímenes totalitarios y la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, se considera insuficiente una afirmación solemne, y protegida por la constitución, de los derechos de libertad frente a las posibles

prevaricaciones de los poderes públicos; se considera necesario concebir la misma constitución a la vez, y al mismo tiempo, no solo como norma fundamental de garantía, sino también como *directriz fundamental*, a la que deberían conformarse en su actuación, en nombre de los valores constitucionales, todos los sujetos políticamente activos, públicos y privados. En definitiva, la constitución, no solo concebida como mecanismo instrumentalmente dirigido a la protección de los derechos, sino también como *gran norma directiva*, que de manera solidaria constriñe a todos en la tarea dinámica de la realización de los valores constitucionales. Por ello, en la Constitución italiana de 1948; al artículo segundo con el cual la República «reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre» sigue el artículo tercero, que constriñe a la propia República a «suprimir los obstáculos de orden económico y social» que de hecho limitan la libertad, la igualdad y los derechos políticos de participación de todos los ciudadanos.

Desde nuestro punto de vista, lo más importante es entender que esta recuperación de la centralidad de la constitución, sea como norma fundamental de garantía que como *directriz fundamental*, iba en detrimento de la versión estatalista del Estado de derecho, que había dominado todo el siglo XIX liberal, y que hemos analizado en el capítulo precedente.

En concreto, si la constitución debe ser, precisamente como acto de fundación de los derechos y las libertades, una verdadera y auténtica norma jurídica —y ya no un mero manifiesto político-ideológico, como sostenían los juristas liberales a propósito de las Declaraciones de derechos de la revolución—, aparece enseguida el problema de la ilegitimidad de esas normas de derecho positivo estatal, que están vigentes en cuanto formalmente emanadas de manera correcta, pero que en cuanto a los contenidos sustanciales resultan en contraste con la constitución como norma fundamental de orden superior. En otras palabras, la existencia misma de un control de constitucionalidad —no importa si difuso o concentrado, si de mera desapplicación al caso concreto de la norma estatal constitucionalmente ilegítima o más bien con eficacia *erga omnes*— pone en crisis el dogma liberal-estatalista de la fuerza absoluta de la ley, y crea así una situación, inconcebible para la doctrina del siglo XIX, en la que la validez de las normas del Estado está como en suspenso, en el sentido de que depende de un juicio sobre su conformidad con la constitución, y, en definitiva, de una cierta interpretación de la constitución y de los principios constitucionales.

Pero, como ya se ha indicado, la renovada supremacía de la constitución no se refiere solo a este último aspecto, el relativo a la rigidez constitucional, al control de constitucionalidad, y así a una tutela más eficaz de las esferas individuales de libertad con el instrumento de la constitución como norma fundamental de garantía. Con las Constituciones de-

mocráticas del siglo XX vuelve al primer plano también el otro aspecto, el referido a la constitución como norma directiva fundamental, que orienta a los poderes públicos, y condiciona a los privados, de manera que la realización de los valores constitucionales quede asegurada: por ejemplo, como materia típica de la constitución como norma directiva fundamental, el goce de los derechos sociales, como el derecho a la instrucción, o a la subsistencia, o al trabajo.

Y bien, también este segundo aspecto, como el primero, también la constitución como norma directiva fundamental, como la constitución como norma fundamental de garantía, está en posición de inextinguible contraposición con el estatismo liberal del siglo XIX. No tanto porque —como se piensa a menudo— un deber de los poderes públicos como el delineado antes implique inevitablemente un crecimiento cuantitativo de las tareas de la administración del Estado —algo real, como demuestra la gran expansión de la administración estatal educativa en relación al derecho de instrucción, o la gran expansión de los aparatos públicos de asistencia y previsión, en relación con el derecho de subsistencia, o a la salud—, ya que también la administración del Estado liberal se mostró por su cuenta bien dispuesta, dentro de ciertos límites y según ciertas estrategias, a expandirse asumiendo sobre sí nuevas tareas, como sucede en concreto en distintos Estados europeos hacia el final del siglo XIX.

El punto es otro, y se refiere, de nuevo, a la gran cuestión de la soberanía del Estado. En efecto, en la lógica liberal-estatalista la unidad política de un pueblo, o de una nación, en cuanto representada por el Estado soberano, es concebida por eso mismo como un dato objetivo y pacífico. Resulta inadmisibles que, por el contrario, se convierta en dato problemático; que ya no puede ser presupuesto; que sea el resultado de una acción dinámica inspirada por la constitución, el fruto de una orientación conscientemente tomada por las fuerzas sociales y políticas. En realidad, tras toda esta problemática está, de nuevo, la aversión del estatismo liberal hacia el contractualismo, es decir hacia la idea de que lo que llamamos «Estado», y que tradicionalmente representa el bien fundamental de la unidad política, *no sea el presupuesto de todo, sino más bien el resultado* de una acción consciente y conocida, de los individuos, de las fuerzas sociales y políticas, y también de los mismos poderes públicos.

Entonces, resumiendo, en la nueva realidad constitucional el estatismo liberal resulta desafiado en un doble sentido: en cuanto la constitución como norma fundamental de garantía hace renacer la idea de que la validez de las normas del Estado puede y debe ser juzgada partiendo de una norma fundamental que precede la autoridad del mismo Estado; y en cuanto la constitución como norma directiva fundamental hace renacer la idea —de originario carácter contractualista, pero reanimada ahora

a la luz de una cambiada realidad constitucional, que prevé la presencia de fuerzas organizadas como los partidos políticos— de que ese mismo Estado existe solo como resultado de un encuentro de voluntades, en consecuencia de un objetivo que ha sido elegido, y que los poderes públicos deben unánimemente perseguir.

Si en el primer caso el Estado se encuentra con un límite a su derecho positivo inconcebible desde una perspectiva rigurosamente estatalista; en el segundo caso el mismo Estado se convierte en *instrumento* de algo distinto, y existe *solo en función* de un objetivo que perseguir, de valores que realizar, de necesidades que satisfacer, como en el caso de los derechos sociales. Se entiende bien, a estas alturas, que esta segunda lesión del principio de soberanía del Estado resulta no menos profunda que la primera: en efecto, el Estado es auténticamente soberano, no solo cuando está en situación de imponer su derecho como único y absolutamente válido, sino también cuando su misma existencia no depende de un objetivo legitimador, de una norma fundamental directiva, que haya sido tomada en un contexto que lo precede y lo determina, bien sea la sociedad de los ciudadanos políticamente activos de la Revolución, o la soberanía popular de las constituciones democráticas contemporáneas.

Quizás estemos ahora en situación de llegar a una primera y sumaria conclusión. Como hemos visto, la cultura de los derechos y las libertades de las Constituciones democráticas de la última posguerra mundial se forma en contraposición con el estatismo liberal del siglo XIX; y más en concreto está caracterizada por un intento original de combinar las dos tradiciones revolucionarias de la constitución: como norma directiva fundamental y como norma fundamental de garantía.

Como sabemos —por nuestro segundo capítulo—, en el tiempo de las revoluciones esas dos tradiciones se habían formado contemporáneamente, pero sin encontrarse ni combinarse jamás. No por casualidad, Estados Unidos, el país por excelencia de la rigidez constitucional y del control de constitucionalidad, en definitiva de la constitución como norma fundamental de garantía, es también el país que siempre y en mayor medida ha desconfiado del significado vinculante de la constitución como norma directiva fundamental, privilegiando claramente la necesidad de dividir y de equilibrar los poderes públicos frente a la necesidad de unificar su acción según una orientación fundamental de carácter sustancial. Y por el contrario, no por casualidad, Francia es el país que con mayor dificultad ha llegado a admitir, y solo recientemente, un verdadero y auténtico control de constitucionalidad asociado a un principio de rigidez de la constitución puesto para salvaguardar las libertades, precisamente por el predominio que en ese país, y en ese modelo, ha ejercitado históricamente el dogma de la voluntad general, que se traducía en la primacía absoluta del legislador que se presumía encarnación de esa

voluntad, o —en la versión radical y jacobina— en la primacía absoluta de la voluntad popular como ilimitado poder del cuerpo constituyente soberano de cambiar la constitución.

En definitiva, en la tradición revolucionaria la constitución es *límite* al posible arbitrio de los poderes constituidos, o *directriz fundamental* que esos poderes persiguen, en cuanto pretenden por cuenta propia encarnar la voluntad general, o en cuanto la soberanía popular pretende imponerles esa misma orientación: lo cierto es que en el tiempo de las revoluciones la constitución no podía ser ambas cosas a la vez, *límite* y *directriz al mismo tiempo*.

Y bien, las Constituciones democráticas contemporáneas intentan, precisamente, combinar lo que en las revoluciones aparecía irremediablemente separado: es decir, retoman, tanto la tradición estadounidense de la rigidez de la constitución, como la tradición revolucionaria francesa, de 1789 pero también de 1793, de la soberanía popular y del cuerpo constituyente soberano como lugar primero de elaboración de la directriz fundamental a secundar por los poderes públicos.

Combinar los dos aspectos significa también, inevitablemente, moderar y corregir algunas de las respectivas características originarias: así, la rigidez de la constitución daña de manera decisiva la convicción revolucionaria de la infalibilidad del legislador que encarna la voluntad general, o la contemporánea de la ilimitada modificabilidad de la misma constitución por parte del pueblo soberano; pero, a la inversa, la presencia de la constitución como directriz fundamental hace necesaria al mismo tiempo la definición de tareas sustanciales de los poderes públicos que trascienden la mera defensa, y garantía, de los derechos y las libertades: la doctrina del constitucionalismo ya no puede ser solo doctrina *del gobierno limitado*, y debe ser también doctrina *de las tareas del gobierno*, como es el caso —ya recordado— de los derechos sociales en relación al valor constitucional, a promover y realizar, de la igualdad.

Falta preguntarse ahora: ¿qué suerte efectiva ha tenido este intento de conjugar la constitución como norma fundamental de garantía con la constitución como norma directiva fundamental? ¿Se puede afirmar de verdad que hoy se está ante una nueva gran época del constitucionalismo moderno, que ha sido capaz de acoger en sí lo mejor de las revoluciones de finales del siglo XVIII?

Para algunos, la respuesta debe ser claramente positiva. Según esta primera opinión, se debe afirmar que —aun en medio de las contradicciones y los límites de las democracias contemporáneas— las Constituciones de la última posguerra mundial han abierto la segunda gran fase de la historia del constitucionalismo moderno, de la historia de los derechos y las libertades, tras la primera, la de las revoluciones: una se conecta con la otra en nombre de la supremacía de la constitución (Bobbio, 1982), ce-

rando así el paréntesis que se había abierto a lo largo del siglo XIX con las soluciones de claro carácter estatalista ofrecidas por el Estado liberal de derecho, que efectivamente habían reducido las libertades a mero producto de la voluntad normativa del Estado.

Es más, en esta línea interpretativa, muchos de los límites y de las contradicciones de nuestras democracias vienen reconducidos a la permanencia de la cultura, y de prácticas político-institucionales, de carácter estatalista (Allegretti, 1989; Berti, 1990); es decir a la dificultad de afirmar en serio la supremacía de la constitución frente al derecho positivo estatal, sea como norma de garantía que como norma directiva. Pero lo que no se pone en duda, siempre en esta línea interpretativa, es que el camino tomado con las Constituciones democráticas de la última posguerra mundial es el justo; y que deriva del patrimonio histórico de las revoluciones, y al mismo tiempo de la superación de los modelos políticos estatalistas del siglo XIX.

Sin embargo, no todo es tan pacífico. No faltan voces escépticas y críticas que se diferencian netamente de las precedentes.

Según esta segunda opinión, las actuales constituciones directriz, con sus derechos sociales y sus promesas de justicia social, no han nacido en función antiestatalista —en el intento de sustituir el Estado soberano legítimo en sí por un sistema político legítimo solo en cuanto sigue la orientación fundamental predispuesta, como ya hemos observado en este capítulo—, sino en una relación de directa continuidad con el aspecto más determinativo *de todo estatalismo, que es el constructivismo* (Hayek, 1978a), es decir la tendencia a concebir el cuerpo social organizado, no como una *societas*, en la que cada uno libremente persigue sus propios fines respetando las normas generales de conducta, sino como una *universitas*, en la que cada uno tiene asignada una tarea y una función en relación al cumplimiento de la empresa colectiva, a la realización de la orientación fundamental: por ejemplo, la destrucción de la sociedad de los privilegios, en la Revolución francesa, o la realización de la justicia social, en las Constituciones contemporáneas (Oakeshott, 1975).

En otras palabras, lo que se sostiene en esta línea interpretativa es que cuando una constitución deja de ser *solo un sistema de garantías*, y pretende ser *también un sistema de valores*, una directriz fundamental —como ha sucedido precisamente en las Constituciones democráticas de la última posguerra mundial—, por eso mismo se está ya *necesariamente* fuera de la órbita del constitucionalismo, y se han dado ya así los presupuestos para una renovada soberanía del Estado.

De esta manera, esta crítica neoliberal a las Constituciones democráticas contemporáneas —crítica de evidente ascendencia británica, ligada a la tradición que quiere que la tarea esencial, e incluso exclusiva, del constitucionalismo sea la de tutelar *liberty and property*, limitando y equili-

brando los poderes públicos— nos ayuda a hacernos algunas preguntas conclusivas: ¿la constitución como directriz fundamental representa de verdad el intento de superar los límites, considerados estrechos, de una concepción meramente garantista de la misma constitución? ¿O no es ella misma hija de la tradición europeo-continental de la soberanía político-estatal, que desde siempre combate la primacía de la constitución como norma fundamental de garantía? ¿Y esta directriz fundamental puede de verdad ser el reflejo coherente de las voluntades individuales y colectivas, que en cuanto tal vincula a los poderes públicos, como querría el principio de soberanía popular solemnemente reafirmado en las constituciones contemporáneas? ¿O no es más cierto, como sostienen nuestros críticos neoliberales, que esa misma orientación no es otra cosa, inevitablemente, que el instrumento fundamental del cual el nuevo estatalismo se sirve para conformar a los individuos y a la sociedad a la voluntad discrecional de los poderes públicos?

Ciertamente, no es posible responder a estas cuestiones ahora; y de ninguna manera se quiere aquí tomar una postura ante esta alternativa. Se quiere más bien clarificar los trazos fundamentales de esa alternativa, los que tenemos de frente cuando discutimos hoy de la cultura que debe sostener la doctrina y la práctica de los derechos y las libertades.

Y en definitiva, la alternativa es la siguiente: o mantener en pie y desarrollar el ambicioso intento incoado por las Constituciones democráticas contemporáneas, tendente a conjugar la constitución como norma directiva fundamental y la constitución como norma fundamental de garantía, conciliando así aspectos distintos, y en su tiempo enfrentados, del patrimonio histórico del constitucionalismo; o afirmar categóricamente que en ese intento está contenido un vicio de fondo a eliminar, de nuevo de tipo estatalista —si bien, esta vez, bajo el ropaje más seductor de la constitución como norma directiva fundamental—, y reconducir *todo el constitucionalismo* dentro de la órbita de la constitución como norma fundamental de garantía, de la protección, y no de la promoción, de los derechos.

Es evidente que esta segunda opinión es la propia *del constitucionalismo liberal de impronta británica*, que concibe toda la historia del constitucionalismo como lucha contra el estatalismo: primero, en Inglaterra, como lucha contra el intento de fundar también en la isla un sistema político absolutista de carácter continental; después, en la revolución norteamericana, como lucha contra el arbitrio del parlamento inglés y del monarca convertido en tirano; después, finalmente, como lucha contra el constructivismo racionalista en la época posrevolucionaria, hasta la actual inquina hacia los sistemas políticos —los denominados «Estados sociales», según un lenguaje corriente— que en nombre de la constitución como sistema de valores pretenden prescribir discrecionalmente las

líneas de desarrollo de la sociedad y los comportamientos de los mismos individuos.

Y es igualmente evidente que resulta mucho más difícil delinear con exactitud las características histórico-teóricas del primer término de nuestra alternativa, es decir, del constitucionalismo que ha sostenido las opciones de fondo de los constituyentes de la última posguerra mundial, precisamente porque son fruto de una compleja combinación de distintos elementos.

Lo que es indiscutible, sin embargo, es que en esta última perspectiva no está contenida esa renuncia preliminar, característica del modelo británico, que conduce a hacer del constitucionalismo *exclusivamente* una doctrina de los límites y de las garantías; por el contrario, existe también una componente —a su vez de compleja estructuración interna— que quiere que el constitucionalismo, en cuanto proceso de afirmación de ciertos valores, sea también proyecto de reforma o de superación de una cierta sociedad que contrasta con esos valores, como en el tiempo de la Revolución francesa y de la lucha contra la sociedad de los privilegios; y que sea así también, y necesariamente, búsqueda de la directriz fundamental que tiene unida a una colectividad y su sistema de poderes.

Como se aprecia con claridad, se trata de una alternativa de fondo, que se pone a nivel de la concepción general de la constitución. Esta se sitúa, a su vez, sobre el plano más alto de la transformación constitucional recorrida entre los siglos XIX y XX. Es el plano de la forma de Estado. De esto debemos ocuparnos ahora.

2. LA FORMA DE ESTADO DEL SIGLO XX. EL ESTADO CONSTITUCIONAL

El siglo XX trae nuevas soluciones, no solo en la historia de las constituciones y del constitucionalismo, sino también en lo referido a la sucesión histórica de las formas de Estado. Denominamos «Estado constitucional» a la forma de Estado que tiende a afirmarse en Europa a partir de la mitad del siglo XX. La definiremos progresivamente, como producto de la historia, y más precisamente como resultado de la progresiva superación de la precedente forma de Estado, que había caracterizado la época liberal, comprendida entre la Revolución y los primeros decenios del siglo XX.

En ese tiempo dominaba en Europa una particular forma de Estado que en el capítulo precedente hemos denominado «Estado liberal de derecho». Debemos retomarla ahora para fijar nuestro punto de partida, es decir, el modelo que será superado a lo largo del siglo XX, con la llegada del Estado constitucional.

El Estado liberal de derecho es la forma de Estado característica de los Estados nacionales, que tendrán su fase de más fuerte y consolidado

desarrollo en los decenios a caballo entre los siglos XIX y XX. Obviamente cada Estado tiene su especificidad, es fruto precisamente de la concreta y singular historia nacional. Y en este sentido tenemos en Europa tres regímenes políticos distintos. Sin salir de los casos más relevantes, tenemos una República fundada sobre el principio de soberanía nacional, la Tercera, en Francia; el segundo *Reich* en Alemania, que representa un influjo todavía bien activo del principio monárquico; y finalmente una monarquía profundamente parlamentarizada, en el caso de Inglaterra. Como se ve, una notable variedad de regímenes políticos que, sin embargo, para nosotros, desde nuestro punto de vista, no son otra cosa que distintos modos político-institucionales de una única forma de Estado: el Estado liberal de derecho, que también podemos llamar Estado legislativo de derecho, para indicar mejor desde ya el carácter peculiar de esta forma de Estado, que se traduce ante todo en la centralidad de la ley, máxima expresión de la soberanía del Estado, y por eso mismo máxima fuente del derecho, y a la vez, como consecuencia, también modo principal y privilegiado de garantía de los derechos.

Como sabemos, esta centralidad de la ley tenía, a su vez, su raíz en la Revolución, que aun fundando al principio los derechos sobre filosofías de carácter iusnaturalista —como resulta con particular evidencia de los dos primeros artículos de la Declaración de derechos de 1789— había terminado después, en definitiva, por transmitir a la época siguiente, al siglo XIX, una concepción general de los derechos que entendía que solo se podía hablar de su plena existencia en el plano jurídico, y de su efectiva garantía, en presencia de una ley que los determinase, regulándolos y garantizándolos.

Hay un texto que expresa bien todo esto. Se trata del *Commento allo Statuto* —el Estatuto albertino, es decir la Carta vigente en Italia antes de la actual Constitución republicana—, un texto de 1909, donde encontramos redactada la siguiente idea: «Nuestro Estatuto no concede derechos al individuo, sino simple presunción de derechos: mientras la existencia jurídica y el verdadero contenido de los derechos subjetivos individuales dependen de las leyes que específicamente los tratan, y es en estas donde hay que buscarlos». Se sostiene entonces, en plena época liberal, que no se debe buscar el fundamento de los derechos en la Carta constitucional, sino en las leyes que según las necesidades los prevén y regulan, porque solo en la dimensión de la ley esos mismos derechos vienen plenamente a la «existencia jurídica», salen finalmente del estadio de la simple «presunción», de la condición de principio meramente proclamado —lo que son mientras permanecen en el nivel de la simple previsión constitucional— para entrar finalmente en el mundo del derecho, precisamente a través de la forma de la ley, la única capaz de conferir a las posiciones subjetivas el *status* de «derechos», en los lími-

tes fijados por la misma ley, pero también garantizados por ella, a través de medios específicos, esencialmente de orden jurisdiccional, dispuestos para tutelar los mismos derechos. Se podría concluir sobre este aspecto de la siguiente manera: en el modelo del Estado liberal de derecho los derechos existen en sentido jurídico —el concepto de «existencia jurídica» que hemos encontrado en el texto antes citado— *porque y en cuanto una ley los prevé*, y previéndolos procede a regular su ejercicio, y sobre todo a disponer medios de tutela específicos.

¿Y la Constitución? En esta época las Cartas constitucionales permanecen al margen. Especialmente en materia de derechos contienen pocas y concisas disposiciones, que con frecuencia actúan como mera remisión a la ley, garantizando ciertamente que un determinado derecho solo pueda ser regulado mediante la forma legal —la «reserva de ley»— pero, al mismo tiempo, dejando gran libertad a esa ley para dictar la regulación efectiva del mismo derecho. La verdad es que el campo de acción y la vocación de esas Cartas, en el tiempo histórico del Estado liberal de derecho, es otra, se determina en otra dirección.

La dirección es, en una palabra, la de la forma de gobierno, y más precisamente la búsqueda de un punto de equilibrio entre monarquía y parlamento. Con la única excepción de Francia, donde encontramos una República —pero que de todas maneras entra, como veremos enseguida, en la tipología histórica comprensiva del Estado liberal de derecho, dentro de la común dimensión europea—, el problema principal de las Cartas constitucionales es precisamente el de representar, y garantizar, la solidez de ese punto de equilibrio, de manera que se eviten degeneraciones extremas, hacia un retorno a soluciones absolutistas, o lo opuesto, hacia soluciones democráticas y radicales. Menos relevante es el lugar de los derechos en las Cartas constitucionales. Está ya lejos el tiempo de la Revolución, que se expresaba en el plano constitucional ante todo reivindicando los derechos, y empezando a construir así la asociación política por los derechos, por su Declaración, como en efecto sucedió en 1789.

Ahora, para entender cuánto ha cambiado el tiempo histórico, basta abrir la Carta, el Estatuto albertino de 4 de marzo de 1848. Los primeros veintitrés artículos están dedicados al Rey y a la forma de gobierno monárquico-representativa, que después encuentra posterior concreción en el tratamiento de los órganos constitucionales con los artículos 33 y siguientes. En medio, con los artículos 24 al 32, casi como intrusos, encuentran su modesto espacio los derechos. Se encuentra ciertamente, en esos artículos, la figura de la ley con función de garantía, por ejemplo en la libertad personal, en el sentido de que solo la ley puede ocuparse de delinear los casos por los cuales se puede prever su restricción (art. 26). Se trata ciertamente de una garantía, que nosotros hoy colocaríamos en el ámbito de la «reserva de ley», antepuesta para evitar que las libertades

puedan ser reguladas por simples resoluciones, por decretos, por actos del poder ejecutivo. Una conquista, por tanto, que por otro lado tenía su raíz en el tiempo de la Revolución, en el célebre artículo cuarto de la Declaración de 1789, que precisamente atribuía a la ley el monopolio —la «reserva», por tanto— de la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; y todavía más específicamente con el artículo séptimo de la misma Declaración, relativo también a la función de garantía de la ley en la determinación de los casos que pueden comportar una restricción de la libertad personal.

Sin embargo, en el contexto comprensivo de la cultura de ese tiempo histórico, de la época del Estado liberal de derecho, se manifiesta claramente la fragilidad y precariedad de la garantía ofrecida por el Estatuto. La «reserva», en el marco dado por esa cultura, corre el riesgo de no ser más que una mera remisión, que termina por colocar los derechos en la órbita del legislador que, frente a las escasas disposiciones constitucionales y en ausencia del control de constitucionalidad, tiene libertad para tratarlos con amplísima discrecionalidad.

El hecho es que en esa época está ausente el concepto de *inviolabilidad de los derechos fundamentales de la persona*. En Italia, será necesario esperar a la Constitución republicana de 1948 para encontrarlo impreso de manera clara: «los derechos inviolables del hombre» en el artículo 2; o el artículo 13.1: «La libertad personal es inviolable», y no está simplemente «garantizada», como en el ya citado artículo 26 del Estatuto.

Este es un primer itinerario de transformación constitucional, *de la mera garantía legislativa a la inviolabilidad*, que marca profundamente el paso histórico del Estado liberal de derecho al Estado constitucional. Consiste, en una palabra, en la emancipación de la garantía de los derechos del mero dato formal de la ley: un derecho ya no puede decirse garantizado por el hecho mismo de estar previsto y configurado por vía legislativa, como si la ley de por sí produjese el efecto positivo de la garantía, al ser necesariamente justa y racional en sí, como expresión de la voluntad general, o del principio democrático, o de la historia de la nación; ese derecho está ahora garantizado ante todo porque es elevado, mediante la previsión constitucional, al rango de principio fundamental, expresado en la misma constitución, que a su vez alcanza el vértice de la escala jerárquica de las fuentes del derecho, y de esta manera se coloca al fin en la posición, que el precedente ordenamiento no conocía, de la inviolabilidad.

La inviolabilidad, entendida como cualidad nueva de los derechos constitucionalmente afirmados y tutelados, genera a su vez la condición de base para la eclosión de una fértil época del control de constitucionalidad, después de que esa práctica, fundada en la supremacía de la Constitución, había sido cuidadosamente marginada en el precedente tiempo

histórico, en la época del Estado liberal de derecho, en cuanto considerada lesiva —como hemos mostrado en el capítulo precedente— para el principio de certeza del derecho, entendida como certeza de una aplicación inmediata, segura y uniforme de la ley, en su ropaje de máxima expresión de la soberanía del Estado.

Sin embargo, inviolabilidad de los derechos no significa solo la fijación de un límite positivo insuperable por parte de esa autoridad legislativa que en el precedente ordenamiento contenía el principio de soberanía, solo limitable como tal a través de un acto propio, según el bien conocido mecanismo —recordado también en el capítulo precedente— de la auto-limitación. Ahora los tiempos han cambiado, pero no solo en este sentido. La inviolabilidad es también otra cosa, que se encuentra en lo más profundo de la experiencia constitucional del siglo XX.

En efecto, antes de proponerse en clave de límite de la actividad de los poderes constituidos, incluido el legislativo, la inviolabilidad de los derechos puede concebirse como el verdadero y auténtico carácter basilar de las Constituciones democráticas del siglo XX, el que —más que cualquier otro— concurre de modo decisivo a cualificar esas Constituciones en el plano histórico.

En este nivel, es decir, en la base del edificio constitucional, la inviolabilidad de los derechos se expresa en primer lugar a través *del carácter rígido de la Constitución* que los contiene y los prevé. Rigidez no solo y no tanto en sentido formal, por la presencia en nuestras Constituciones democráticas del siglo XX de procedimientos de revisión más o menos ampliamente agravados respecto al procedimiento de legislación ordinaria, cuanto y sobre todo en sentido sustantivo, por la presencia en el pacto situado en la base de esas Constituciones de una serie de principios que en su conjunto forman el *núcleo fundamental* de la misma Constitución, que le confiere identidad en el plano histórico, y que como tal no puede ser alterado, si no ejercitando un nuevo poder constituyente, y así saliendo de los confines de la Constitución vigente. En ese núcleo se encuentran nuestros derechos, que ante todo son inviolables en cuanto elementos necesarios y constitutivos del pacto subyacente, y como tales sustraídos al procedimiento de revisión.

En este sentido, en la cualidad de la inviolabilidad de los derechos se expresa antes de nada el lado sustantivo de la rigidez, según la cual los procedimientos de revisión de la Constitución no solo tienen formas de obligada observación —las fijadas por la Constitución misma en su texto, a través del establecimiento de un procedimiento especial, dedicado precisamente a la revisión— sino también límites sustantivos que deben ser respetados, más allá de los cuales la misma revisión, que en sí es un poder constituido, previsto por la Constitución vigente, se convierte en poder constituyente, en el inicio de un proceso destinado a generar

una nueva Constitución, fundada sobre otros intereses, sobre principios distintos y también sobre diferentes contenidos en materia de derechos. El criterio para discernir entre una situación y otra se obtiene a partir del concepto de núcleo fundamental de la Constitución que ya hemos referido. Es simple procedimiento de revisión, el procedimiento de reforma que se desarrolla en el respeto de los principios de la Constitución que están contenidos en su núcleo fundamental; va más allá, hacia el ejercicio de un nuevo poder constituyente, el procedimiento que de hecho presenta en su desarrollo la proposición de un nuevo conjunto de principios fundamentales, que en su contenido prefiguran una nueva Constitución, que refleja una distinta organización social, unos intereses diferentes en materia de derechos.

Inviolabilidad, como parte sustantiva de la rigidez, no significa inmutabilidad, fijación de manera definitiva de un cierto sistema de principios y de derechos. Por lo demás, ninguna regla se puede oponer a las fuerzas sociales, a los sujetos que concretamente operan en la historia, cuando en una cierta situación se determinan de hecho las condiciones para la eclosión de una nueva Constitución. Inviolabilidad significa sin embargo algo igualmente muy importante. Significa conciencia de los límites, formales y sustantivos, de los procesos de reforma de la Constitución. Y significa sobre todo no quedarse en el dato formal, es decir, en la previsión de un procedimiento especial de revisión. Esto, por sí solo, significaría bien poco si se desvincula de la idea de la Constitución como ley suprema, que a su vez es tal, ante todo, porque contiene los principios fundamentales sobre los que se rige un cierto edificio político e institucional, con su sistema de derechos, sobre la base de una determinada organización social.

Con las Constituciones democráticas del siglo XX recobra vigor este carácter de la rigidez en sentido sustantivo, entendida como inviolabilidad del núcleo fundamental de la misma Constitución, y de los derechos y de los principios que ese núcleo contiene. Esto sucede porque a mediados del siglo XX, superados los regímenes totalitarios, recobra vigor la idea de la Constitución como fruto de un *pacto fundamental*, que como tal contiene un núcleo absolutamente indisponible. Ese núcleo representa el aspecto estructural e identificativo de la decisión constituyente menos ligado a la mera contingencia histórica. En el caso de las Constituciones democráticas del siglo XX, y también en el caso de la Constitución italiana de 1948, el núcleo en cuestión posee al menos *tres características irrenunciables*: la inviolabilidad de los derechos fundamentales de la persona, con el conexo control de constitucionalidad; una cierta declaración del principio de igualdad, que lleva a considerar en el perímetro de la Constitución las desigualdades sociales, con la conexas problemática de los derechos sociales; y una cierta concepción del principio democrático, históricamente conectada al principio de soberanía del pueblo, pero también

al ideal constitucionalístico del equilibrio de los poderes. El conjunto de estos principios tiene como resultado la «forma republicana» que no por casualidad la Constitución italiana de 1948 —como Constitución perteneciente al tipo histórico del siglo XX— sustrae al procedimiento de revisión con lo dispuesto en el artículo 139, el último de la Constitución: «La forma Republicana no puede ser objeto de revisión constitucional».

No era así en la época precedente, en la época del Estado liberal de derecho. En esa época se había ido perdiendo casi del todo esta concepción de la Constitución, que en el tiempo de la Revolución se había manifestado admirablemente en el artículo 16 de la Declaración de derechos de 1789, que decía así: «Toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución». El texto es conocidísimo y bastante citado, pero a nosotros nos interesa bajo un único perfil, es decir, como testimonio de la conciencia ya por parte de los revolucionarios, a finales del siglo XVIII, de esta dimensión necesaria de la Constitución, que es la de su núcleo fundamental, y en cuanto tal, esencial y necesario. No hay Constitución si no se cumplen estos dos actos fundamentales: garantizar los derechos y separar los poderes. Las Constituciones del futuro —dicen los revolucionarios franceses, dejando un mensaje a los que vendrán— podrán idear soluciones institucionales distintas y variadas, podrán también cambiar algunos principios, o se podrá asistir con el tiempo al cambio del significado de algunos principios constitucionales —esta es la parte variable de la Constitución— pero no se podrá contradecir esos dos principios fundamentales: que los derechos deben ser no solo proclamados sino también garantizados, que los poderes deben estar separados, de manera tal que ninguno de ellos pueda cultivar expectativas absolutistas.

Sucesivamente, a lo largo del siglo XIX, se disipará cada vez más esta idea del núcleo fundamental de la Constitución, manifestación de los principios irrenunciables, constitutivos de la forma política. En el culmen de la experiencia de los Estados nacionales, entre los siglos XIX y XX, la Constitución representará solo la arquitectura exterior del poder estatal, ya no dirá nada sobre los principios fundamentales que caracterizan una cierta organización política y social. Uno de los mayores maestros del derecho público de esta época, Georg Jellinek, definirá así la Constitución, en su obra más importante, en 1900: «La constitución del Estado comprende los principios jurídicos que diseñan los órganos supremos del Estado y establecen el modo de su creación, sus relaciones recíprocas, su esfera de acción, y además la posición fundamental del individuo frente al poder del Estado». Resulta demasiado claro como ahora la Constitución se ha convertido en accesoria respecto del Estado. Este último es el *prius*, que la Constitución presupone, al que la Constitución se suma, desarrollando una función instrumental, de delineación de los «órganos» —así son

calificados los poderes, porque el Estado es ahora considerado como una «persona», de sus relaciones, de sus «esferas de actuación», que significa también de sus límites, más allá de los cuales se encuentran los espacios de los individuos, es decir, al fin, los derechos. Se podría decir, en pocas palabras: primero el poder y después los derechos, que en este sentido solo son simples espacios dejados libres por el poder mediante un acto voluntario de autolimitación. La amplitud que deban tener estos espacios no es algo conocido, pues los derechos en esta perspectiva no tienen un «contenido», o una «sustancia»: son simplemente lo que la ley dice que deben ser. Dependen íntegramente de un acto soberano —porque tal es la ley— que como tal puede ser libremente modificado.

Por este motivo, esta época no conoce —como ya se ha indicado— la dimensión del núcleo fundamental de la Constitución. Ya que en este tiempo la Constitución no es el lugar en el que se declaran los principios que rigen la convivencia civil, y entre ellos esos derechos que caracterizan en profundidad una cierta forma política. No existe un núcleo de principios fundamentales que pueda, y deba, erigirse como límite al procedimiento de revisión. Este último es, por ello, en esencia libre en la determinación de sus contenidos. Y el aspecto formal se desarrollará consecuentemente. El artículo 78 de la Constitución alemana del 16 de abril de 1871 establecerá: «Las modificaciones de la Constitución tendrán lugar bajo forma de ley». Y no muy distinto será en Francia el principio regulador contenido en el artículo 8 de la ley del 25 de febrero de 1875 sobre la organización de los poderes públicos, que establece procedimientos parlamentarios agravados para la revisión de las leyes constitucionales, pero en un contexto totalmente desvinculado del aspecto material, de los contenidos. Como si la idea de poner por escrito, de manera solemne, los principios fundamentales de la convivencia civil, considerando algunos de ellos absolutamente irrenunciables, porque caracterizan de manera profunda —precisa y especialmente en materia de derechos— la elección constituyente, fuese ahora, en plena época liberal, un trasto de la Revolución, inútil y peligroso.

Y bien, el Estado constitucional, a mediados del siglo pasado, recuperó este desecho, lo sacó del desván de la Revolución. Es necesario sin embargo aclarar los términos y el significado de esta recuperación. Es necesario distinguir, y lo haremos enseguida. Sin embargo, antes es necesario reafirmar que la «recuperación» se ha realizado de verdad, en el sentido de que los constituyentes del siglo XX han querido archivar el modelo decimonónico de la Carta constitucional, volviendo de alguna manera a la concepción revolucionaria de la Constitución como producto de una voluntad constituyente que instituye y declara los fundamentos primeros de la convivencia civil. Ahí se encuentra el «núcleo fundamental» dentro del cual están comprendidos los mismos derechos, en este sentido

«fundamentales»: y esto sirve, una vez cerrado el largo paréntesis decimonónico, tanto para las Constituciones de la revolución como para las Constituciones del siglo XX.

Si la raíz es la misma, distintas son sin embargo las soluciones que se derivan. Las diferencias son considerables, tales que permiten calificar las Constituciones del siglo XX como un «tipo» aparte, perteneciente a la nueva época del Estado constitucional, que no puede ser considerada una mera reedición de la época revolucionaria. Antes de enunciarlas debemos volver por un momento al aspecto común, que en materia de derechos es lo primero que encontramos.

En ambos casos —tanto en el tiempo de la Revolución como en la segunda mitad del siglo XX— los derechos son considerados «fundamentales» porque se ponen en una posición de *anterioridad* respecto al poder: primero los derechos y después el poder, al contrario del modelo decimonónico, dentro del cual los términos de la relación estaban invertidos, de manera tal —lo hemos visto citando a Jellinek— que los derechos derivaban de la ley del Estado, como producto de su vigencia. En ese caso, antes el poder, como norma del Estado, y después los derechos. En el siglo XX, la cultura de los derechos fundamentales se afirma precisamente en oposición a esta reducción de los mismos derechos a uno solo, en definitiva, el de ser tratado conforme a las leyes vigentes. Y pretende entonces invertir el modelo: primero los derechos, ahora entendidos ante todo en la dimensión de principios fundamentales, y después el poder, es decir la ley del Estado, obligada no por casualidad a conformarse a esos principios, también a través de la renovada presencia del control de constitucionalidad.

Por tanto, no hay dudas de que los constituyentes del siglo XX, al fin de sostener su pretensión de invertir la relación entre derechos y poder, pensasen en la Revolución, y en concreto en las Declaraciones de derechos fundadas sobre el paradigma iusnaturalista. Pero precisamente en este momento comienzan las diferencias. En concreto, resulta decisiva la diversidad de instrumentos adoptados para construir la posición de anterioridad de los derechos respecto al poder.

En el tiempo de la Revolución, el principal instrumento viene dado por el derecho natural, y más en concreto por las doctrinas de los derechos naturales individuales. Pensar los derechos como existentes ya con el nacimiento, es decir, con el evento natural por excelencia, sirve precisamente para situar los mismos derechos en posición de anterioridad, para asignar a la «asociación política» la finalidad de la «conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre», como dice el artículo segundo de la Declaración de derechos de 1789: es bien evidente que se «conserva» lo que ya existe en posición de anterioridad respecto a la asociación política. Esta operación tenía además, en el contexto del conjunto de la Revolución, otro decisivo significado. El nacimiento,

como título de atribución de los derechos, no es solo el evento natural por excelencia: es también, igualmente por excelencia, el evento frente al cual todos por definición son iguales. Atribuir los derechos sobre la base del título del nacimiento significa por eso afirmar el principio de la unicidad del sujeto de derecho, contraponiéndolo a la realidad dominante antes de la Revolución, fundada en la pertenencia estamental. En este caso, la vía para afirmar la igualdad es claramente la de la abstracción, es decir, la posibilidad de pensar el individuo en abstracto, frente a la realidad de los derechos de estamento que caracterizan la sociedad de antiguo régimen.

En la precedencia de los derechos respecto al poder construida en la época revolucionaria —que como sabemos encontrará su límite en la cultura legicéntrica de la Revolución— se encuentra en primer lugar el individuo abstractamente entendido, libre —como dice el artículo cuarto de la Declaración de 1789— de ejercitar sus derechos en la medida máxima compatible con el par ejercicio de los otros consociados. Lo que preexiste al poder, y a la misma ley del Estado, es una *societas* de individuos abstractamente libres e iguales, que recíprocamente se presumen libres de ejercer sus propios derechos mientras no vayan más allá, invadiendo la esfera de los otros. En tal modelo, la ley del Estado está llamada a dar seguridad, a vigilar que no existan abusos invasivos del mismo derecho de los otros, pero no a orientar. Cada contenido, cada principio que los individuos afirmen en el ejercicio de sus propios derechos, se presume conforme al ordenamiento, y sin más admisible, con la única condición de que no impida el ejercicio del mismo derecho a los otros. La sociedad que preexiste al poder, y que contiene los derechos en posición de anterioridad respecto al poder mismo, es por ello, por definición, una sociedad sin orientación, sin principios directivos, sin objetivos fundamentales, que no sea aquel —el único existente— de la coexistencia pacífica en el ejercicio de los derechos individuales.

Por tanto, en el nuevo tiempo histórico de la segunda mitad del siglo XX, esta no podía ser la vía justa para afirmar esa posición de anterioridad de los derechos que la Revolución —como hemos visto— había querido construir, pero a su manera, que de forma evidente ahora era considerada desfasada, no correspondiente a las exigencias contemporáneas dominantes en pleno siglo XX.

Sin duda, tras los totalitarismos y las políticas de exterminio, también la segunda mitad del siglo XX sitúa en primer lugar la exigencia de colocar los derechos en una posición de anterioridad, de manera que estén definitivamente sustraídos a la disposición del poder. Pero utiliza instrumentos distintos. Ahora, el fundamento de la prioridad de los derechos, de su puesta a salvo frente al posible retorno de pretensiones absolutistas, ya no se busca tanto en su título de atribución por el nacimiento, según los dictámenes del paradigma iusnaturalista, cuanto en el fuerte ligamen

entre esos derechos y algunos *principios de justicia* basilares, que las Constituciones del siglo XX sitúan en la base de las nacientes democracias, de la nueva forma de Estado, que hemos denominado *Estado constitucional*.

Los *derechos fundamentales* que se afirman con el Estado constitucional del siglo XX son tales, es decir, «fundamentales», en posición de anterioridad respecto al poder, no en cuanto derechos naturales, como en el tiempo de la Revolución, sino en cuanto expresión ellos mismos de principios basilares de justicia —como el derecho a «una existencia libre y digna», que se encuentra en el artículo 36 de la Constitución italiana, o el principio de «igual dignidad social» del artículo tercero— que el mismo Estado constitucional, con sus Constituciones pone como fundamento de la convivencia civil, sustrayéndolos de la dimensión de la libre decisión política. Ya no es necesario el recurso al derecho natural para asegurar los derechos. La seguridad se alcanza ahora con su colocación en el núcleo fundamental de la Constitución, donde se encuentran esos principios de justicia que caracterizan de manera profunda el tipo histórico de Estado y de sociedad que está contenido en la Constitución, y que como tales preceden a la dimensión de la libre decisión política, que a ellos debe conformarse.

Entre tales principios de justicia, el puesto de honor corresponde ciertamente al principio de igualdad. No por casualidad, precisamente en este terreno se mide la diferencia con la precedente forma de Estado, con el Estado legislativo de derecho que deriva de la Revolución francesa. En ese modelo, la igualdad es hija de la abstracción. Se es igual porque cada uno de nosotros, como cualquier otro, es simplemente individuo, sin ninguna referencia a su posición en la sociedad, su pertenencia estamental. En una palabra, la igualdad se manifiesta a través de un vacío, es decir, mediante la ausencia del privilegio.

Todo cambia con el paso al Estado constitucional del siglo XX. La igualdad ya no se expresa solo en negativo, como negación del privilegio, sino también en positivo, como principio de justicia destinado a generar un proceso que parte del presupuesto de la «igual dignidad social» de todos los ciudadanos, como dice el artículo tercero de la Constitución italiana. Si «de hecho» —continúa el mismo artículo— esa «igual dignidad» no subsiste, a causa de la presencia de «obstáculos de orden económico y social» que sitúan a una parte de los ciudadanos en posición de minoría, es decir, de falta o no adecuado acceso a algunos bienes esenciales, como el trabajo, o la instrucción, entonces es «obligación de la República» intervenir para «suprimir» esos obstáculos, y para generar una situación de hecho distinta a la de partida, conforme al precepto constitucional de la «igual dignidad social».

La «República» a la que la Constitución confía tal «obligación» no es solo el Estado entendido como administración pública. Es mucho más.

Es el conjunto de los sujetos y de los poderes, tanto públicos como privados, que operan en la sociedad. La eliminación de los «obstáculos» de la que habla el artículo tercero de la Constitución no debe ser vista como una acción estatal administrativa, que se despliega desde arriba hacia abajo, sobre la sociedad misma, sino como un proceso que abarca todo el conjunto de los poderes, también los privados, en sentido horizontal y solidario, en una dimensión que por estas razones ya no es la de mera *societas* —como era en el precedente modelo del Estado legislativo de derecho—, es decir, de simple coexistencia pacífica, ahora es más bien la de *universitas*, es decir, de *unidad de objetivos*.

La República es una unidad de este género. Existe no solo para garantizar la coexistencia regulada entre los individuos, singulares y asociados, sino también para perseguir las finalidades indicadas en la Constitución, entre las cuales la principal es la de contribuir a generar las condiciones necesarias para la afirmación de una sociedad fundada sobre el criterio de la «igual dignidad social». Este es un carácter necesario de las Constituciones democráticas del siglo XX, y del mismo Estado constitucional, que se sitúa junto al otro de la inviolabilidad de los derechos fundamentales de la persona. Precisamente la *persona* es el concepto que está en el centro de las transformaciones constitucionales del siglo XX, sobre ambas líneas: sobre la de la inviolabilidad, porque expresa mejor el aspecto de la indisponibilidad de los derechos fundamentales, su pertenencia a una dimensión sustraída al libre ejercicio discrecional de la voluntad política; y sobre la de la Constitución como directiva fundamental, porque recupera en el horizonte constitucional la materia social, siendo la persona una subjetividad socialmente situada, pensada concretamente en relación a su acceso a esos bienes, como el trabajo, o la instrucción, que la misma Constitución indica como esenciales y necesarios.

Finalmente, debemos evidenciar la profundidad de la transformación constitucional que ha caracterizado el siglo XX, y la profundidad de la *diferencia en el plano histórico entre el Estado liberal de derecho y el Estado constitucional*. Con el primero teníamos una simple garantía legislativa de los derechos, que con frecuencia, en ausencia del control de constitucionalidad, se traducía en una mera remisión a la ley. Con el segundo se entra en el universo de las garantías de la Constitución, es decir de la rigidez constitucional y del control de constitucionalidad, sobre la base del principio de inviolabilidad de los derechos fundamentales, que se impone al mismo legislador. Y además: la sociedad que la Constitución presupone antes era la misma del código civil, es decir, una sociedad de individuos abstractamente libres e iguales, que portaba en sí exclusivamente el proyecto de la pacífica convivencia. Ahora, con el Estado constitucional, la sociedad que entra en el perímetro de la Constitución es la real, con su carga de contradicciones y de conflictos, que lleva consigo la ne-

cesidad de reelaborar el principio de unidad política, en el sentido de la *universitas*, de la unidad de objetivos, que existe ahora en el plano dinámico de la común persecución de la finalidad fundamental consistente en la progresiva edificación de una sociedad fundada sobre el criterio de la «igual dignidad social». Todo un mundo ha cambiado con el paso del Estado liberal de derecho al Estado constitucional, que al final resulta estar fundado *sobre dos principios fundamentales*: el principio de la inviolabilidad de los derechos fundamentales y el principio de igualdad entendido como principio de justicia, que determina la necesidad de concebir la Constitución también en la dimensión de la persecución de un objetivo fundamental de justicia.

Con esto está definida en gran parte la «vocación constitucional» del siglo XX. Delinearla con la máxima precisión posible era el objetivo de este capítulo. Sin embargo, para una comprensión histórica plena del Estado constitucional contemporáneo falta todavía *una tercera característica*, que se refiere precisamente a la forma de gobierno ampliamente entendida, como organización de los poderes y de las funciones públicas. Como enseguida veremos, también en este terreno el Estado constitucional tiene su criterio, su especificidad en el plano histórico-constitucional.

De entrada, no se puede olvidar que «Estado constitucional» significa también recuperación del principio de soberanía popular, y con ello la concepción de la Constitución como fruto de una deliberada voluntad constituyente, expresada por el pueblo soberano. Es lo que sucede en Europa, y también en Italia, a mediados del siglo XX, con la caída de los regímenes totalitarios. También bajo este perfil —en sintonía con los perfiles ya analizados— se asiste a una «recuperación» de la revolución, y en particular del concepto de poder constituyente; y paralelamente se asiste al mismo esfuerzo dirigido a exaltar la fractura con la precedente experiencia del Estado liberal de derecho, esta vez criticada por su carácter monoclase, por excluir a las grandes masas de la sociedad de los ciudadanos políticamente activos, por haber transformado la revolucionaria soberanía de la nación, o del pueblo, en soberanía del parlamento, en dominio de una clase reducida de notables sobre la entera sociedad. Así, el Estado constitucional del siglo XX quiere ser —como hemos visto— *Estado de los derechos inviolables*, *Estado social* y, finalmente, *Estado democrático*.

Sin embargo, también este tercer perfil tiene su problemática. Y también en este perfil lo problemático está en primer lugar en el significado de la «recuperación» de la revolución y del concepto mismo de poder constituyente. Tal «recuperación» no comprende la versión jacobina y más extrema del poder constituyente, que en el célebre artículo 28 de la Declaración de derechos de 1793 representaba la constitución como un acto «propio» del pueblo soberano, «siempre» —en todo momento— modificable y revocable libremente por él. Esta concepción de la demo-

cracia, según la cual cuanta más libertad tenga el pueblo para cambiar a su voluntad la constitución más democracia hay, es en efecto inconciliable con la configuración de conjunto del Estado constitucional, construida —como ya hemos visto— sobre el presupuesto de la existencia de un «núcleo esencial» de principios fundamentales sustraídos a la esfera de la libre decisión, que pueden ser destruidos —cuando en la historia se producen de hecho las condiciones para una nueva organización de conjunto, para una nueva constitución— pero en relación a los cuales de ningún modo puede reivindicarse un «derecho» al cambio constitucionalmente fundado.

Ciertamente, las Constituciones del siglo XX recuperan de la revolución el principio democrático, y con él la necesidad de un fundamento popular de la constitución, pero no en su versión radical e hipervoluntarista. Se excluye que el «pueblo» pueda ser entendido como una «fuerza» originaria y permanente, como un sujeto solo provisionalmente dotado de forma, y que por ello permanece siempre absolutamente libre para cambiar su propia voluntad. En el nuevo ámbito del Estado constitucional, el pueblo ejercita la soberanía en las «formas» y en los «límites» dictados por la Constitución, como dice el segundo párrafo del artículo primero de la Constitución italiana. El principio de soberanía popular, de principio completamente político, en sí y por su naturaleza ilimitable, se convierte en *principio constitucional*, que se desarrolla a través de la constitución, y resulta regulado por ella. En concreto, el Estado constitucional, mediante la propia constitución, instituye dos series de poderes, los de dirección, que resultan de la libre elección del pueblo soberano de un cierto objetivo político sobre la base del principio de mayoría, como en el caso del poder de establecer la ley y del poder de gobernar, y los de garantía, a los que se confía la tutela de los principios y de las reglas constitucionales, como en el caso de la jurisdicción, ordinaria y constitucional, o del ejercicio de determinadas funciones de tutela de las reglas constitucionales atribuidas a altas autoridades, como puede ser el caso del Presidente de la República.

Es necesario distinguir entre origen popular de la Constitución, que se expresa de manera recurrente en el siglo XX a través del evento de la Asamblea constituyente, y que se coloca en el plano histórico-político, y el principio de soberanía popular como principio constitucional, que como tal se sitúa dentro de la Constitución dada, como principio irrenunciable y esencial, pero no único, y ni siquiera jerárquicamente supraordenado, que debe desarrollarse respetando los principios que ya conocemos, el de inviolabilidad de los derechos fundamentales de la persona y el de igualdad.

La constitución típica y propia del tiempo del Estado constitucional puede pensarse como una *constitución equilibrada*, que se construye

para afirmar una fuerte y notable función de gobierno, que el principio democrático quiere fundada sobre la libre elección del objetivo político por parte del pueblo soberano, pero a condición de prever poderes de garantía igualmente fuertes y notables. En tal contexto resulta muy difícil delinear cual es el poder soberano: el que opera en actuación de un objetivo elegido por el pueblo soberano, o más bien el que garantiza la observancia de los principios constitucionales. Este tipo de constitución permite el control de constitucionalidad, pues en ella el poder de establecer la ley ya no es «soberano» —sino controlable— y al mismo tiempo el poder que ejercita el control tampoco lo es, no expresa «soberanía», sino solo la necesidad de tutela de las normas y de los principios de la Constitución.

En realidad, en el tiempo histórico del Estado constitucional, se debe aceptar la idea de la pérdida de la dimensión de la *suprema potestas*, es decir del modelo monista, según el cual para tener unida y viva una constitución es necesario que el principio de soberanía en el que se funda esté encarnado por un poder de manera especial y exclusiva. Es el *Soberano*, en la tradición que parte de Hobbes y llega hasta la Revolución, donde se expresa a través del dominio del legislador. Esta tradición se agota en el siglo XX, dando vida a Constituciones deliberadamente privadas de un «poder supremo».

Esta es de manera conclusiva la *tercera característica del Estado constitucional*, que quiere que sea un Estado de *democracia constitucional*, es decir, un Estado fundado sobre un principio democrático que no se realiza a través de *un poder* que encarna el principio de soberanía, sino a través de *una Constitución*, que instituye un conjunto de poderes en sí limitados, ninguno de los cuales puede llamarse «supremo», y que obran todos equilibrándose recíprocamente. Pero ¿cuáles son en concreto los equilibrios que caracterizan la experiencia del Estado constitucional?

Es necesario partir de una observación preliminar: que en la historia plurisecular del constitucionalismo cada época ha respondido de manera distinta a la fundamental exigencia del equilibrio. En el constitucionalismo de la primera Edad Moderna el equilibrio se realizaba en el plano territorial, en la relación entre centro y periferia, entre los nacientes poderes de *imperium* de los señores territoriales y los derechos de estamento y de lugar, mediante la fijación de reglas —los «contratos de dominación» a los que nos hemos referido en otra parte del Curso— construidas según la regla del mutuo reconocimiento, del equilibrio y de la moderación de las recíprocas expectativas.

En el constitucionalismo de la época subsiguiente, que prepara las revoluciones y que tiene su comienzo en el conflicto constitucional inglés del siglo XVII, el equilibrio ya está definido entre dos poderes, es decir, entre el legislativo, entendido en concreto como poder de establecer la ley, y como poder de fijar los tributos y de aprobar el presupuesto —el de-

nominado «poder de la bolsa»—, y el ejecutivo, que es el poder de organizar la máquina pública, de elegir y nombrar los hombres que en sus distintos sectores tendrán la responsabilidad de efectuar en concreto el gasto público respondiendo a las necesidades de la colectividad. Así es en la estructuración tradicional de la monarquía constitucional inglesa, como también en el constitucionalismo de Locke y de Montesquieu; y así será en la solución dualista equilibrada realizada por la Constitución federal americana.

En fin, por lo que se refiere al papel de los jueces, hay que distinguir entre el modelo europeo-continental, que culmina en la Revolución francesa, que asigna al judicial un papel de mera y estricta ejecución de la ley, y el modelo anglo-americano, que ve en la jurisprudencia mucho más, es decir, un modo irrenunciable de producción del derecho. Solo en este segundo caso, los jueces también pueden ser actores del equilibrio, y en efecto lo serán a partir de la institución del control de constitucionalidad en Estados Unidos.

Tras las revoluciones, con la eclosión de la época del Estado liberal de derecho, dominada por la figura del Estado nacional soberano, la problemática de los equilibrios se agotará casi del todo. En esta época no tendremos ya en sentido propio «poderes» que mediar y equilibrar dentro de una constitución dada, tendremos más bien «órganos» del Estado, no por casualidad imaginado en esta fase como una «persona», que manifiesta su voluntad precisamente mediante el instrumento de la ley, los actos del ejecutivo, las sentencias de los jueces. Lo que ayer eran «poderes» son ahora solo manifestaciones de soberanía del Estado, que queda como el único «poder». Su voluntad no puede ser legalmente discutida. No puede instituirse —como sabemos— el control de constitucionalidad. Ni se considera necesario, siendo la ley no ya expresión de un «poder», como tal necesitado de límite y control, sino manifestación de la voluntad del Estado, que en sí es «persona» dotada de racionalidad, que expresa el derecho de la nación y no exigencias parciales y unilaterales.

Con el Estado constitucional las cosas cambian. O mejor dicho, también bajo este perfil se vuelve al constitucionalismo de las revoluciones, a la imagen de una pluralidad de poderes, a mediar y componer con el instrumento de la constitución. Los protagonistas del equilibrio ya no son el legislativo y el ejecutivo, que por el contrario tienden progresivamente a acercarse, sino los *poderes directivos* por una parte y los *poderes de garantía* por la otra: los primeros operan con el instrumento de la ley, o mediante los actos del poder ejecutivo, para lograr un fin político decidido por el pueblo soberano; los segundos actúan principalmente a través del trámite de la jurisdicción —o de otros poderes neutros que la Constitución sitúa fuera del circuito de la dirección política— para lograr una función de control dirigida a determinar si el ejercicio de los poderes di-

rectivos se desarrolla en el respeto de los principios de la Constitución. Tal control puede extenderse hasta valorar la idoneidad de determinadas opciones del legislador para realizar en concreto los principios constitucionales, y en primer lugar el principio de igualdad que —como sabemos— precisamente en el contexto del Estado constitucional asume particular relevancia. Sin embargo, no puede superar el límite más allá del cual la función de control termina convirtiéndose en directiva, transformando a los jueces de custodios de la Constitución en sus nuevos dueños. La fuerza de la constitución equilibrada se desarrolla en ambas direcciones: por una parte —como hemos visto— destrona al legislador, sometiéndolo al control, pero por otra impide que la jurisdicción se convierta en el nuevo «soberano», confirmando de nuevo la necesidad del espacio necesario para ejercitar los poderes directivos. El Estado constitucional no es el Estado dentro del cual se realiza el tan temido «gobierno de los jueces». No ha quitado el poder «soberano» al legislador para confiarlo a los jueces, sino para abrir el campo a una constitución que conoce solo poderes limitados y equilibrados.

El Estado constitucional es por ello *Estado democrático*, dentro del cual el proceso ascendente, de libre elección de la orientación política desde abajo, permanece insustituible. El hecho de que ese proceso deba ahora darse respetando los derechos constitucionales, y que puedan controlarse sus resultados normativos, cualifica el *tipo de democracia* que se desarrolla en la experiencia del Estado constitucional como *democracia constitucional*, pero no debilita la necesidad —también en el Estado constitucional— de la presencia de un espacio libre, dentro del cual la orientación de los poderes públicos será elegida en base a un proceso de libre competencia entre las fuerzas políticas y sociales.

En conclusión, el Estado constitucional puede considerarse una forma de Estado nueva y original en razón a *tres elementos* que la cualifican como tal: la inviolabilidad de los derechos fundamentales de la persona, con la afirmación del principio de rigidez de la constitución y de control de constitucionalidad; una cierta concepción del principio de igualdad, referida a la concreta posición de las personas en la sociedad, con la correlativa problemática de los derechos sociales; una cierta concepción del principio democrático, en el sentido de democracia constitucional, y del consecuente necesario equilibrio entre los poderes públicos.

Estos tres elementos representan juntos el proceso histórico de superación de la precedente forma de Estado que había dominado en Europa en la época comprendida entre la Revolución y los primeros decenios del siglo xx. Esa forma —el Estado legislativo de derecho— puede representarse, a su vez, como la última en la sucesión histórica que puede reconducirse a ese principio de soberanía que se quería encarnado en un poder supremo, manifestación de una voluntad sustancialmente no controlable.

En este sentido, el Estado constitucional ha puesto fin a esa tradición que desde Hobbes llegaba al legislador de la revolución, autor de una ley que —en esta línea— contenía en sí el principio de soberanía, y como tal resultaba difícilmente controlable. Por tanto, el hecho de que en el siglo xx se haya abierto una nueva época para la supremacía de la Constitución en coincidencia con el declive cada vez más visible de este principio de soberanía ha determinado la aparición de algunas tendencias que parecen propias del tiempo histórico del Estado constitucional. Se trata de tendencias en acto y no de otras características, ya consolidadas, del mismo Estado constitucional. Aquí nos limitamos a enunciarlas.

Se trata, en primer lugar, de la perspectiva de la *Constitución más allá del Estado*, es decir, de la posibilidad de tener leyes fundamentales, capaces como tales de garantizar derechos y de regular poderes, sin llegar a una clarificación del principio de unidad política en forma estatal. Es lo que se ha intentado recientemente en Europa probando recorrer la vía de la constitución europea. Una vía verdaderamente inédita al estar orientada hacia la construcción de un ligamen de orden constitucional a nivel europeo sin propugnar al mismo tiempo la necesidad de una paralela resolución del vínculo de obligación política en los términos tradicionales del Estado soberano. En un sentido todavía más general, esta es la perspectiva de la *supranacionalidad*, es decir, la tendencia actual a construir ordenamientos jurídicos, de relevancia constitucional, en una zona situada por encima de los Estados nacionales, en los que precedentemente se operaba —por parte de los mismos Estados— exclusivamente con los instrumentos tradicionales del derecho internacional. Ahora, en esa misma zona, se construyen ordenamientos que asumen relevancia directa para los individuos, para la tutela de sus derechos, quizás imponiéndose sobre la norma estatal, como sucede en el caso del derecho comunitario europeo. En la acción del juez estatal, que procede a no aplicar el derecho estatal juzgándolo en contraposición con la norma europea, está contenida una evidente lesión del principio de soberanía, que jamás habría sido tolerada en la precedente época del Estado legislativo de derecho, y que por ello seguramente sea fruto del cambio que se ha producido en Europa a mediados del siglo xx.

Paralelamente se desarrolla otra tendencia, esta vez dentro de los Estados constitucionales. Está cayendo otro muro. Aquel por el que se consideraba pacífico que la Constitución de un Estado se ocupase en línea general de los ciudadanos de ese Estado, que tales eran según las normas vigentes en materia de ciudadanía. Hoy, se va descubriendo cada vez más cómo también bajo este punto las Constituciones del siglo xx han abierto una nueva vía. Sobre todo gracias a la evolución de la jurisprudencia correspondiente, ordinaria y constitucional, se va descubriendo que al menos algunos derechos fundamentales de la persona reconocidos por las

Constituciones del nuevo tiempo histórico —también los sociales, en materia de salud, de trabajo, de asistencia— no se pueden circunscribir a los nacionales titulares de la ciudadanía italiana, o de otra nacionalidad entendida en sentido estatal-nacional. Se trata de *derechos de la persona*, que conciernen a todas las personas residentes en el territorio nacional, independientemente de la nacionalidad. También en este caso es del todo evidente la lesión del tradicional principio de soberanía, al que viene de esta manera sustraída una de sus principales prerrogativas, la de diseñar con seguridad los confines de la ciudadanía, incluyendo a unos y excluyendo a otros. Ese confín está ahora abierto, porque independientemente de la nacionalidad se puede acceder a la titularidad de al menos algunos relevantes derechos. Tenemos así una ciudadanía —entendida como concreta titularidad de derechos reconocidos— que prescinde de la nacionalidad, es decir, ya no necesariamente estatal-nacional: una ciudadanía puramente constitucional.

Dos palabras para concluir. Las dos tendencias que hemos delineado están íntimamente unidas. La constitución europea como comunidad de derecho, y sobre todo como comunión de derechos entre ciudadanos de distintos Estados que se convierten también en ciudadanos europeos precisamente en virtud de esa comunión, no es muy distinta de la ciudadanía entendida como concreta titularidad común de derechos, que en las Constituciones democráticas de nuestro tiempo se realiza prescindiendo de la nacionalidad. En ambos casos se asiste al intento de reconocer una comunidad de ciudadanos sobre la única base de la comunión de derechos y de las relativas normas constitucionales, fuera y más allá del vínculo de pertenencia estatal o nacional. Sobre estas fronteras, la Constitución misma pretende ocupar el puesto de honor, aquel que desde siempre había estado reservado para el Soberano.

APÉNDICE