

# FORMACION Y EVOLUCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (\*)

PEDRO CRUZ VILLALON

«Temps en sous-oeuvre, années d'affliction... Droit naturel!»

(RENÉ CHAR, *La parole en archipel.*)

**SUMARIO:** I. DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—II. AMÉRICA: LA CONSTITUCIÓN.—III. FRANCIA: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.—IV. WEIMAR: LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES.

El solo enunciado de este título debe producir de entrada una impresión parecida a la que le causara al diputado KOCH, en la Asamblea Nacional Constituyente reunida en Weimar, el contenido de la segunda parte de la que sería «Constitución del Reich» de 11 de agosto de 1919, dedicada a los «Derechos y deberes fundamentales de los alemanes»: el intento de abarcar todas las cosas divinas y humanas (1). No siendo ésta la pretensión de estas pocas páginas, convendrá comenzar tratando de delimitar el objeto de las mismas.

---

(\*) A IGNACIO LOJENDIO IRURE, abril 1989. Estas páginas corresponden al texto de la ponencia presentada en las XII Jornadas de Estudio organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, en mayo de 1988, con el título «Introducción a los Derechos Fundamentales». En octubre del mismo año tuve ocasión de exponer una versión más desarrollada de las nociones aquí apuntadas en el curso dictado, con el mismo título, en el Centro de Estudios Constitucionales.

(1) Citado por CARL SCHMITT en *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*, 1931; recogido en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlín, 1958, p. 140.

## I. DE QUE HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Pues lo primero que tendríamos que saber es qué son los derechos fundamentales. Y esto es algo que lo sabe muy bien nuestro Tribunal Constitucional. No que sepa qué son los derechos fundamentales —que, desde luego, lo sabe—, sino que ha tenido que saberlo o indagarlo. En realidad, lo que ha tenido que indagar nuestro Tribunal Constitucional es qué son «los derechos fundamentales» y «las libertades públicas» a las que se refiere el artículo 81.1 CE. De ahí que su labor estuviera mucho más definida en su sentido y alcance. Porque para él no se trataba de identificar a determinados derechos como «fundamentales» (o a determinadas libertades como «públicas») a partir de su contenido o esencia, en una tarea en la que —a modo del artículo 150.2 CE— hubiera tenido que identificar a aquellos derechos que «por su propia naturaleza» resultaran ser «fundamentales». El Tribunal Constitucional lo ha tenido más fácil desde el momento en que no se trataba, para él, de interpretar el contenido de un concepto, sino el sentido de una expresión. Quizá una interpretación gramatical le hubiera llevado a realizar indagaciones de índole intrínseca; una interpretación sistemática en su sentido más literal, sin embargo, ha convertido a la expresión del artículo 81.1 CE en una «norma de remisión», de tal modo que, como es sabido, «derechos fundamentales» y «libertades públicas» (cuando menos a los efectos de dicho precepto) sólo son aquellos que bajo ese epígrafe se recogen en la reiterada sección primera del capítulo segundo del título I de la Constitución (2).

Fuera de esta sección quedan otros derechos que ni la Constitución ni, en consecuencia, el Tribunal Constitucional consideran, por sí mismos, menos «fundamentales». Aunque sólo sea porque, más allá del carácter predominantemente casual y errático de los distintos epígrafes de las divisiones del título I, este mismo se presenta todo él como referido a unos «derechos y deberes» calificados todos ellos como «fundamentales» (3). Consecuentemente, el *compromiso* del Tribunal Constitucional lo es con todos los derechos que la Constitución reconoce; la reiterada declaración apodíctica «nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución

---

(2) Cfr. JESÚS GARCÍA TORRES, «Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales», en *Poder Judicial*, 10, pp. 11 y ss.

(3) Cfr. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, «Régimen constitucional de los derechos fundamentales», en LORENZO MARTÍN-RETORTILLO e IGNACIO DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, pp. 47 y ss.

les reconoce podrá considerarse nunca ajeno a este Tribunal»; si acaso no rigurosamente correcta, sí tiene un sentido propedéutico inobjetable (4).

En todo caso, y esto es lo único que procede destacar aquí, la específica y absolutamente peculiar problemática *española* planteada por la exégesis del artículo 81.1 CE ha dado lugar a una «utilización claramente anfibológica» (5) —una más— de la expresión «derechos fundamentales» en el lenguaje de nuestro Tribunal Constitucional, lo que es tanto como decir en nuestro lenguaje constitucional *tout court*; anfibología, esto es justo decirlo, que no tiene exclusivamente su origen en la doctrina del alto Tribunal, sino que encuentra su germen en la propia Constitución a partir del contraste entre las diferentes ocasiones en que ésta recurre a dicha expresión.

Así, en una serie de supuestos, en todos aquellos en los que el problema es el de la delimitación de la reserva de ley orgánica, la expresión «derechos fundamentales» se emplea con un significado *restringido* para aludir a los referidos derechos y libertades de la «sección primera». Baste citar, como los ejemplos más expresivos, la sentencia sobre el proyecto de LOAPA y la primera de las dos sentencias sobre la Ley de Objeción de Conciencia (6).

Pero en otros muchos casos, seguramente los más, la expresión está empleada con un significado *más amplio*, un significado que la aproxima más a su aparición en el epígrafe del propio título. Puede adelantarse ya que cuantas veces aparece la expresión «derechos fundamentales» en nuestra doctrina constitucional sin conexión con el problema de la reserva de ley orgánica, el Tribunal Constitucional está operando con ese contenido más amplio de la expresión.

Así, paradigmáticamente, cuando en la primera sentencia sobre la Ley Antiterrorista el Tribunal formula por vez primera su adhesión a la doctrina del «doble carácter» o «doble naturaleza» de los derechos fundamentales (7). Y luego ya en tantas otras ocasiones a lo largo de las cuales el Tribunal Constitucional ha ido perfilando una dogmática de los derechos fundamentales; así, y sólo a modo de ejemplo, al declarar que su tutela corresponde al poder judicial, al aceptar la idea de su «mayor valor», al proclamar su carácter imprescriptible o al abordar el alcance de la *Drittwirkung* (8).

(4) Aunque sólo sea por el carácter materialmente limitado de la jurisdicción del Tribunal Constitucional. La declaración en cuestión es formulada por primera vez en la STC 26/81, FJ 14; JC 2, 141, 163.

(5) Así, como es sabido, en relación con el término «Estado» por parte de la Constitución misma. STC 32/81, FJ 5; JC 2, 225, 237.

(6) STC 76/83, FJ 2; JC 6, 469, 559. STC 160/87, FJ 3; JC 19, 146, 167-168.

(7) STC 25/81, FJ 5; JC 2, 122, 135.

(8) Véanse, como pronunciamientos generales característicos, de este tipo, STC 21/81, FJ 10; JC 1, 58, 71. STC 56/82, FJ 2; JC 4, 163, 171. STC 34/83, FJ 3; JC 6, 10, 15.

En todos estos casos, y en tantos otros, el Tribunal está operando con un concepto *más amplio* de «derechos fundamentales». A cuyo respecto, el único reproche que cabe dirigir al Tribunal es el de no haber advertido expresamente de esta utilización anfibológica del término, al igual que lo hiciera en relación con el término «Estado». Porque la posibilidad de dar lugar al equívoco era, y es, grande desde el momento en que la mayoría de las veces en las que se está utilizando este significado más amplio se hace con ocasión de la protección de los derechos de la «sección primera» (9). De tal manera que la demostración de que este significado más amplio *existe*, y es incluso el normal, exige que se aduzcan ejemplos en los que se habla de los «derechos fundamentales» en conexión con derechos, por así decir, «exteriores» a la sección primera. La tarea, sin embargo, no es difícil.

El supuesto más nítido es el derecho a la igualdad, con ocasión del cual se formula el ya mencionado carácter imprescriptible de los derechos fundamentales:

«Los derechos fundamentales, que establecen una relación jurídica entre el ciudadano y el Estado desde el reconocimiento de aquéllos en la Constitución, son permanentes e imprescriptibles y, por ende, también lo es el derecho a no ser discriminado por razón de sexo que tienen las aquí recurrentes» (10).

Que el Tribunal Constitucional considera el derecho a no ser discriminado un derecho fundamental, a pesar de no hallarse incluido en la sección primera, es algo sabido. Y ya en la STC 19/83, al plantearse la cuestión relativa a la titularidad de los derechos fundamentales, el Tribunal alude directamente, y sin hacerse mayor problema, a «la mera lectura de los artículos 14 a 29» (11). La cuestión, sin embargo, es la de si ese significado «más amplio» se reduce a la sección primera *más* el artículo 14 o si es algo más.

Porque los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales son demasiado importantes como para que su concreta identificación oscile entre una simple interpretación sistemática y un complemento excepcional acerca de cuya excepcionalidad no se da explicación alguna.

---

STC 53/85, FJ 4; JC 11, 546, 573, entre otros varios. Cfr. la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la *Drittwirkung* en J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986.

(9) Ello es, en buena medida, simple consecuencia del ámbito del recurso de amparo constitucional.

(10) STC 7/83, FJ 3; JC 5, 85, 90.

(11) FJ 2; JC 5, 209, 214-215.

En realidad, los «grandes pronunciamientos» del Tribunal Constitucional sobre los «derechos fundamentales» rebasan con toda seguridad la sección primera, aun con el aditamento del artículo 14, para conectar directamente con el artículo 10 en sus dos apartados. La solemnidad y el «patetismo» incluso de algunos de estos pronunciamientos sólo encuentra justificación en conexión con dicho artículo.

La tesis que aquí se sostiene es la de que «derechos fundamentales» en el sentido de nuestra Constitución, y con la sola reserva de su significado más restringido en el artículo 81.1 CE, son los derechos contenidos en el capítulo segundo del título I de la misma. En otras palabras: nuestros derechos fundamentales son, básicamente, los derechos y libertades que nuestra Constitución reconoce a lo largo de sus artículos 14 a 38. Entiendo, pues, que el significado restringido, que por lo demás me parece inobjetable, de los «derechos fundamentales» es absolutamente excepcional y operativo sólo en relación con la reserva de ley orgánica y que cuantas veces —fuera de este supuesto— el Tribunal se pronuncia acerca de los «derechos fundamentales» lo hace refiriéndose a los derechos y libertades del capítulo segundo del título I de la Constitución (12).

Esto es así tanto si atendemos al contenido de estos derechos como si atendemos a su «fuerza» o virtualidad.

Si atendemos a su contenido, porque el único concepto «exportable» de nuestros derechos fundamentales es aquel que parta de su identificación básica con el capítulo segundo. Sólo con éste, en su conjunto, tendremos el «bagaje» de derechos fundamentales necesario para «salir al exterior», quíerese decir, para medirnos con ese *standard* ideal de derechos con el que opera el Tribunal de Luxemburgo y que se encuentra, en consecuencia, en la sentencia del Tribunal de Karlsruhe de 22 de octubre de 1986, la segunda sentencia «Solange» (13).

Pero sobre todo si atendemos a su «fuerza» o virtualidad. Si existen hoy día algunos elementos o datos que hagan reconocibles a los derechos fundamentales como categoría, éstos son la tutela judicial y el respeto de su contenido esencial por el legislador. Hoy no hay derecho fundamental que se precie de serlo que no sea susceptible de tutela judicial y de limitar el poder

---

(12) Esta tesis puede considerarse implícitamente respaldada por el fundamento jurídico 2 de la ya citada STC 160/87, sobre la Ley de Objeción de Conciencia. JC 19, 146, 166-167.

(13) Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986. Cfr., como el más reciente, el comentario de ANTONIO LÓPEZ CASTILLO en *REDC*, 23, pp. 207 y ss.

legislativo. Tal vendría a ser, pues, el «contenido esencial» de los derechos como categoría.

Pues bien, ambos criterios nos reconducen al capítulo segundo. De forma positiva, al generalizar el artículo 53.1 CE el respeto al contenido esencial a «los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo». Y de forma negativa, al suspender el artículo 53.3 la tutela judicial para «los principios reconocidos en el capítulo tercero». Estos dos elementos unidos son los que permiten identificar el «contenido esencial» de los derechos fundamentales, como categoría, en el capítulo segundo. Al lado de ellos, otras garantías, como la tutela judicial reforzada, o ultrarreforzada, o la reserva de ley orgánica, no pasan de ser «contenido accidental» y, por tanto, relativo de los derechos fundamentales (14).

Hemos dicho que se reconducen *básicamente* al capítulo segundo, porque es éste un concepto sustancial o material de los derechos fundamentales, por lo que habrá que incorporar dentro del mismo a aquellos derechos que demuestren tener la misma fuerza o virtualidad que los del capítulo segundo. De este modo, podrá discutirse si algún derecho del capítulo primero, como señaladamente el de asilo, es derecho fundamental; del mismo modo que parece claro que las especificaciones del derecho a la no discriminación contenidas en el artículo 39.2 CE participan de dicho carácter.

Con lo que no se gana nada, y más bien se pierde mucho en precisión conceptual, es con la incorporación del capítulo tercero a los «derechos fundamentales». Ello no quiere decir que los derechos ahí reconocidos no puedan ser tanto o más importantes que los del capítulo segundo. Lo único que se afirma es que no son subsumibles dentro de los derechos fundamentales con la virtualidad que se pretende para esta categoría. Hoy por hoy, por poner un ejemplo, no parece articulable una tutela judicial del derecho a la cultura ni parece formulable un «contenido esencial» de ese derecho que se reconoce en el artículo 44.1 CE. Y de eso es únicamente de lo que se trata (15).

Todo esto ha venido a cuento en la medida en que nos ha permitido una delimitación material de los derechos fundamentales de los que esta ponencia trata: son los del capítulo segundo.

Pero algunas precisiones más resultan necesarias, en particular para delimitar el principio y fin de esta historia. Porque a los derechos fundamentales no los define únicamente su contenido, sino sobre todo lo que en expre-

---

(14) Cfr. un planteamiento diferente en L. MARTÍN-RETORTILLO, cit., nota 3, pp. 75 y ss.

(15) El balance que arroja el estudio de JOSÉ LUIS CASCAJO, *La tutela constitucional de los derechos sociales* (Madrid, 1988) parece confirmar este extremo.

sión de HERMANN HELLER podríamos llamar su «conexión de sentido». Pues bien, a este respecto, la afirmación básica que procede hacer es la de que la conexión de sentido de los derechos fundamentales es la Constitución: los derechos fundamentales nacen con la Constitución y se acaban con la Constitución.

En primer lugar, esto quiere decir: los derechos fundamentales son una categoría dogmática del Derecho constitucional. Allí donde no hay Constitución (y habrá que ver si cualquier Constitución vale) no habrá derechos fundamentales. Habrá otras cosas, con seguridad más importantes, derechos humanos, dignidad de la persona; habrá cosas parecidas, acaso igual de importantes, libertades públicas francesas, derechos públicos subjetivos alemanes; habrá, en fin, cosas distintas, como fueros o privilegios. Pero no habrá derechos fundamentales.

Lo cual nos permite concluir: derechos fundamentales son los derechos subjetivos anteriormente identificados, en cuanto encuentran reconocimiento en las Constituciones y en la medida en que de este reconocimiento se deriva alguna consecuencia jurídica.

Los problemas que suscitan los derechos fundamentales son así aquellos que específicamente se encuentran relacionados con la Constitución, es decir, con la norma de la que derivan toda su posible eficacia. Con lo que los problemas de los derechos fundamentales son todos ellos problemas de la propia Constitución. En pocas palabras: eficacia directa y consiguiente tutela judicial; limitación de la potestad legislativa y consiguiente control de constitucionalidad; modulaciones del procedimiento legislativo; incidencia en la distribución territorial del poder; delimitación del ámbito competencial de una específica jurisdicción de amparo. Lo cual, claro está, no impide el que, a través de su propio «efecto de irradiación», la dogmática de los derechos fundamentales no *invada* el resto del ordenamiento; pero todo ello de un modo «reflejo».

Todo esto, como decía, tiene importancia en la delimitación temporal del contenido de esta exposición. En efecto:

a) Los derechos fundamentales nacen con las Constituciones. Ello supone que su acta de nacimiento es precisa: la historia de los derechos fundamentales comienza en 1776, ni antes ni después. No antes, a pesar de que con anterioridad a esa fecha, y a partir de los grandes documentos ingleses del siglo XVII (*Petition of Right, Habeas Corpus Act, Bill of Rights*), ya puede hablarse de unos derechos en el sentido moderno de la palabra, aunque en la forma de *common law* de los ingleses. A pesar también de que derechos de este tipo se encuentran desde hace tiempo en ese anticipo de las Constituciones que son las Cartas coloniales; pues las Cartas no hacen sino, con algu-

na excepción muy cualificada (libertad religiosa), recoger el *common law* de la metrópoli. Y a pesar, finalmente, de que en el período inmediatamente anterior a 1776 la acusación de «inconstitucionalidad» es un elemento propagandístico en el contexto de la revolución americana; porque la tesis de lord COKE en el caso Dr. BONHAM era en realidad bastante discutible (16). Tampoco comienza después de esa fecha. Pero esto pertenece al siguiente apartado.

b) Los derechos fundamentales acaban con las Constituciones. Ello es tanto como afirmar que acaban, hoy por hoy, con los Estados, dentro de los Estados, en el interior del ordenamiento estatal. Sin duda alguna, el Convenio Europeo de Derechos Humanos supone hoy el punto culminante en la protección de los derechos en el ámbito europeo. Y ello ha tenido enormes implicaciones en el ámbito interno de los distintos ordenamientos estatales (17). Pero, para el Convenio, la norma constitucional es irrelevante. Al Convenio lo único que le importa es que el ordenamiento interno en su conjunto garantice los derechos, pero no la garantía normativa o el tipo de jurisdicción por medio del cual este resultado se obtenga. Puede que, como consecuencia de ello, y por motivos prácticos, al Estado le interese, por una u otra vía, dotar de relevancia constitucional a los derechos objeto del Convenio; pero nada de ello será consecuencia directa de aquél (18).

En una palabra: la protección internacional de los derechos supera ya el marco propio de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son sencillamente los derechos en cuanto categoría constitucionalmente relevante. Y el Derecho constitucional, en contra de lo que pueda parecer, carece de vocación expansiva.

Las anteriores consideraciones, inevitables dado el «estado de la cuestión» entre nosotros, permiten ya abordar directamente el objeto propiamente dicho de esta exposición. Pero lo que sigue no puede ser mucho; nunca podría ser bastante en un tema como éste. Se admitirá así que me limite a algunas consideraciones elementales, aunque básicas. Adelanto ya que me centraré en tres momentos y en otros tantos escenarios de esta historia: el momento

---

(16) Cfr. BERNARD SCHWARZ, *The great Rights of Mankind. A History of the american Bill of Rights*, Nueva York, 1977, pp. 54 y ss.

(17) Cfr. ANDREW Z. DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Convention in Domestic Law. A Comparative Study*, Oxford, 1983.

(18) Una importante salvedad, que quizá implique una igualmente importante relativización de lo que en este punto se sostiene: por lo que hace a su contenido, los derechos fundamentales no difieren de los «derechos europeos»; los derechos fundamentales son, cuando menos, los derechos europeos, lo que se reflejará constantemente en la determinación del respectivo «contenido esencial».



original, situado en la América del setecientos; el largo eclipse europeo de los derechos fundamentales, ejemplificado en la Francia del ochocientos; por fin, en la tercera década del novecientos, Weimar, como el antecedente inmediato del presente.

## II. AMERICA: LA CONSTITUCION

Durante mucho tiempo para los europeos no existió más que «el ochenta y nueve». La grandiosidad de la «Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano» de aquel 26 de agosto dejaba en la penumbra del dato erudito cualquier posible antecedente. Tuvo que producirse el opúsculo de GEORG JELLINEK del año 1895, y la notable polémica que le siguió (19), para que las cosas no volvieran a ser igual: el centro de atención se había trasladado, por fin, a América.

Los derechos, en efecto, son americanos, lo cual no quiere decir que sean menos europeos, toda vez que, culturalmente, América no era entonces sino una provincia de Europa, algo más alejada geográficamente. En realidad, los derechos son sencillamente iusnaturalistas, y las concepciones en aquella polémica enfrentadas, distintas versiones del iusnaturalismo.

Yendo, sin embargo, a lo nuestro, en el proceso de formación de los derechos fundamentales, GERALD STOURZH ha distinguido entre un proceso de «fundamentalización», común a la metrópoli inglesa y a sus colonias americanas, representado por nombres como Blackstone y que no es sino un proceso de «iusnaturalización»; y un proceso de «constitucionalización», que sólo se vive en América, y a partir del cual únicamente se puede hablar de «derechos fundamentales» en sentido estricto. Permítaseme la larga cita:

«Por el mismo (*scil.*, el concepto de 'constitucionalización de los derechos individuales') se entiende la incorporación de derechos subjetivos en normas formalmente básicas, las Constituciones o sus precedentes, que se sustraen a la disponibilidad del legislador ordinario, al encontrarse sometidas a un procedimiento de reforma agravado (*amending power*) o incluso a un mandato de inmutabilidad. Sólo en virtud de esta incorporación, es decir, constitucionalización, devienen los derechos 'derechos fundamentales' en sentido estricto, es decir, derechos que en el curso del desarrollo constitucional pos-

---

(19) Véase ésta en JESÚS G. AMUCHÁSTEGUI (ed.), *Orígenes de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, Madrid, 1984.

terior van a poder ser invocados y alegados en un procedimiento de control de constitucionalidad» (20).

Hasta aquí STOURZH. Pues bien, podemos afirmar que la comprensión del alcance de las Declaraciones de Derechos americanas va a requerir la distinción entre lo que en ellas hay de «fundamentalización» o «iusnaturalización» y lo que en las mismas hay de «constitucionalización». Ambos elementos son igualmente importantes para nuestra historia. El otro dato a subrayar ya es el siguiente: las Declaraciones de Derechos francesas sólo van a compartir con sus hermanas americanas el momento de la «iusnaturalización», pero no así —al menos de forma lograda— el de la «constitucionalización».

### 1. *La iusnaturalización*

Como es sabido, en la segunda mitad de 1776, la mayoría de las colonias inglesas de Norteamérica, coincidiendo con la Declaración de Independencia y comenzando por la de Virginia, se dotan a sí mismas de unas «Declaraciones de Derechos» como partes de sus respectivas Constituciones» como Estados libres (21). Trece años más tarde, tendría lugar en Europa la primera «Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano», a la que seguirían todavía en Francia las de 1793 y 1795.

El primer dato que conviene destacar en estas llamadas «Declaraciones de Derechos» es que en ellas hay más de lo que a primera vista se deduce de su enunciado. Las «Declaraciones», en efecto, no son sólo «declaraciones de derechos», sino que las mismas incluyen el diseño básico de la estructura del Estado. A la vista de ello, y en particular del caso francés, hace algunos años me referí a la «Declaración de Derechos» como una «Constitución de urgencia» (22). Hoy prefiero utilizar un verbo al que ha recurrido nuestro Tribunal Constitucional y decir que la «Declaración de Derechos» *prefigura* la Constitución en su conjunto (23). En efecto, de los dieciséis artículos de los que consta la Declaración de Virginia, ocho están dedicados al

(20) GERALD STOURZH, «Die Begründung der Menschenrechte im englischen und amerikanischen Verfassungsdenken des 17. und 18. Jahrhunderts», en E.-W. BÖCKENFÖRDE y ROBERT SPAEMANN (Hrsg.), *Menschenrechte und Menschenwürde. Historische Voraussetzungen —säkulare Gestalt— christliches Verständnis*, Stuttgart, 1987, p. 78.

(21) IDEM, «Die Konstitutionalisierung der Individualrechte. Zum 200. Jahrestag der 'Declaration of Rights' von Virginia vom 12. Juni 1776», *Juristenzeitung*, 1976 (31. Jg.), pp. 397 y ss.

(22) *El estado de sitio y la Constitución*, Madrid, 1980, p. 224.

(23) STC 32/81, FJ 3; JC 2, 225, 234.

diseño de la estructura política del Estado (24) y sólo los restantes a los derechos individuales. Algo muy semejante ocurre con la Declaración francesa (25).

Este dato, que nunca se ha destacado lo suficiente, pone de manifiesto algo a mi entender fundamental: que tanto los derechos del hombre en sociedad como la estructura política de la sociedad son parte, expresión y consecuencia del pacto social, de tal modo que ambos elementos de la Declaración se vinculan por igual a los «derechos naturales». A partir de la Declaración no cabe hacer diferencias cualitativas entre «parte dogmática» y «parte orgánica», para entendernos. Dicho de otro modo: los derechos del hombre en sociedad no son más «iusnaturales» que el Estado.

Claro que siempre se va a decir: pero es que los derechos, a diferencia de la estructura política, no nacen del «pacto», que no son sino los mismos derechos naturales, concretamente aquellos que el hombre conserva a pesar de su entrada en el estado de sociedad y cuya conservación es el objetivo de la estructura política. Ahí estaría para demostrarlo el propio artículo 1 de la Declaración de Virginia: «Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y poseen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad en virtud de pacto alguno, a saber: el goce de la vida y de la libertad, junto con los medios de adquirir la propiedad, así como la búsqueda y logro de la felicidad y la seguridad.»

Sin embargo, ¿qué ocurre? De nuevo nos encontramos con la utilización anfibológica de un término. Pues los derechos no pasan por el pacto social como un rayo de luz por un espejo. Los derechos formulados como naturales y previos no son los mismos que los del hombre en sociedad. No ya, evidentemente, aquellos que son específicos del estado social. Tampoco los otros: «libertad» no significa lo mismo antes y después, «seguridad» tampoco, «propiedad» tampoco. En realidad, tan «nuevos» son los derechos como la estructura política e igual es la vinculación de ambos con el estado de naturaleza.

Todo esto puede parecer mitología constitucional y, sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido recientemente que explicar todo esto a los impugnantes de la Ley vasca de Territorios Históricos: los derechos forales sufren una radical transformación, casi una «transustanciación» como consecuencia del nacimiento de la Comunidad Autónoma del País Vasco, cuyo

---

(24) «Secciones» 2, 3, 4, 5, 6, 7, 14, 15.

(25) Artículos 3, 6, 12, 13, 14 y 15, así como la identificación de la Constitución contenida en el artículo 16.

Estatuto de Autonomía es el pacto o *covenant* de los tres territorios históricos. Y así la Comunidad Autónoma puede ostentar frente al Estado «derechos particulares» —como el «concierto económico»— en cuanto recibidos de los territorios; la Comunidad Autónoma pasa, de este modo, a subrogarse en la posición de los territorios frente al Estado... y en la posición del Estado frente a los territorios (26). La similitud es perfecta, aunque doblemente compleja.

Y, en fin, alguna enseñanza cabe también extraer de estas consideraciones en relación con la tan traída y llevada teoría del «doble carácter» o, incluso, «doble naturaleza» de los derechos fundamentales (27); una concepción que, si se quiere poner las cosas en su punto, debiera quedarse más sencillamente en «doble función». Y la enseñanza no es otra sino la de que este «doble carácter» es igualmente predicable de la estructura política que de los derechos: del mismo modo se puede decir que la estructura política incorpora derechos subjetivos de los individuos al propio tiempo que es elemento fundamental del ordenamiento objetivo, que se suele decir que los derechos son elemento esencial del ordenamiento a la vez que derechos de los individuos. En una palabra, que el mismo «doble carácter» tiene el Parlamento que la libertad de expresión, por poner un ejemplo. Todo esto es tan viejo como Blackstone (28).

Hasta aquí la «iusnaturalización».

## 2. La «constitucionalización»

En América, la «constitucionalización», es decir, el proceso que convierte a los derechos en «derechos fundamentales», tiene lugar a partir de los tres fenómenos siguientes.

El primer lugar, las Declaraciones de Derechos americanas son parte de las Constituciones. En el verano de 1776 la mayoría de los nuevos Estados libres americanos se van a dotar de unos notables documentos de contenido complejo, llamados «Constituciones», integrados por dos elementos, la llamada «Declaración de Derechos» y el «Frame of Government», que podríamos traducir sencillamente como «Estructura política». La primera en producirse en estos términos es la Constitución de Pensilvania, de 16 de agosto de 1776,

(26) STC 76/88, FJ 3; supl. BOE 25-V-1988, p. 10.

(27) Cfr. PETER HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, 3.ª ed., Heidelberg, 1983, pp. 70 y ss.

(28) Cfr. PEDRO CRUZ VILLALÓN, cit. nota 22, p. 207, nota 43.

promulgada como «Declaración de Derechos y Estructura Política que serán la Constitución de la República». En los mismos términos se manifiesta la Constitución de Vermont de 8 de julio de 1777 y, con expresión más sencilla, la de Massachussets de 25 de octubre de 1780: «Sancionamos la siguiente Declaración de Derechos y Estructura Política como la Constitución de esta República de Massachussets» (29). Aquí tenemos ya un primer elemento decisivo, que va a ahorrar muchos de los equívocos del Viejo Continente: las Declaraciones de Derechos van a ser, desde el primer momento, derecho positivo, en cuanto parte de la Constitución. Se llaman *Declaration of Rights*, y no *Bill of Rights*, primero porque utilizan dialécticamente al derecho natural y, segundo, porque se trata de un término usual en los documentos redactados frente a la metrópoli. Pero no son principios de valor universal, sino sencillamente derechos tan susceptibles de tutela judicial como los viejos del *common law*. Como diría THOMAS PAINE en 1777, defendiendo a la Constitución de Pensilvania, en cuya redacción había colaborado: «I conceive a bill of rights should be a plain positive declaration of the rights themselves» (30). Como se ve, los términos *bill* y *declaration* comienzan a ser intercambiables, y ya la tabla federal de derechos será el *Bill of Rights*.

En segundo lugar, como derecho positivo que es, la Declaración de Derechos, como el resto de la Constitución, va a quedar a disposición de la potestad constituyente instituida, es decir, del poder de revisión. Esto es algo que hubiera resultado impensable en Europa, es decir, la idea de que la Declaración del 89 (o la del 93 o la del 95) hubiera contenido su propio procedimiento de revisión, o hubiera podido quedar sometida al procedimiento de revisión de las Constituciones a las que anteceden sin incorporarse en ellas. No así en América.

El artículo 42 y último de la extensa Declaración de Maryland dispone, en efecto: «Que esta Declaración de Derechos, o la Estructura Política que establezca esta Convención, o cualquiera de sus partes, no pueden ser alteradas, modificadas o abolidas por el Parlamento de este Estado sino del modo que esta Convención prescriba y ordene.»

---

(29) Lo que no impide el que en el caso de otras ex colonias se equipare el término «Constitución», en su contenido, al «Frame of Government». Lo que interesa destacar es el hecho de que desde el primer momento se asista a unos «derechos» integrados en la Constitución. Tanto en relación con este extremo como con otros varios de los que siguen conviene remitir a B. CLAVERO, *Los derechos y los jueces*, Madrid, 1988. Los textos americanos se citan de la edición *Sources of our Liberties. Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, edición de RICHARD L. PERRY, Chicago, 1978.

(30) Citado por B. SCHWARZ, cit. nota 16, p. 85.

Por su parte, la citada Constitución de Pensilvania había proclamado ya en su preámbulo: «Ordenamos, declaramos y disponemos que la siguiente Declaración de Derechos y Estructura Política sean la Constitución de esta República, y que permanezcan en vigor en la misma, por siempre, inalteradas, excepto en aquellos artículos que, en lo sucesivo, la experiencia demuestre que requieren ser mejorados, los cuales serán modificados o mejorados por la misma autoridad del pueblo, debidamente delegada, tal como lo dispone esta Estructura Política, en orden a la consecución y aseguramiento más efectivos del gran fin y propósito de todo régimen político, anteriormente mencionado.» En los mismos términos se expresa el preámbulo de la citada Constitución de Vermont.

Las Declaraciones de Derechos americanas, pues, a pesar de todo su revestimiento iusnaturalista, son estrictamente derecho positivo, emanado de una Convención producto de la soberanía popular y sometidas, en lo que a su subsistencia se refiere, a la misma voluntad popular expresada a través de su adecuada delegación.

Lo que ocurre es que para los americanos van a estar desde el primer momento claras las consecuencias prácticas de la distinción entre la potestad constituyente (en particular la instituida) y las potestades constituidas (en particular la legislativa). Esta nítida y patente distinción entre el *amending power* y el *legislative power* es lo que va a permitir imponer la afirmación de la supremacía de la norma constitucional y, con ello, el último de los fenómenos que integran el proceso de «constitucionalización».

El tercero de estos fenómenos es, en efecto, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, o *judicial review*. Desde antiguo se encuentra suficientemente documentado cómo en la década que media entre las Constituciones de los Estados y la Constitución Federal los jueces americanos comienzan a declarar su propia competencia para examinar la constitucionalidad de las leyes y, en su caso, negarles aplicación, llegando efectivamente a hacerlo en algún que otro caso. El supuesto más inequívoco parece ser el del *caso Bayard vs. Singleton*, que dio lugar a que en 1786-87 fuera declarada la inconstitucionalidad de una ley de Carolina del Norte que suprimió el juicio por jurados para ciertos procesos. Años atrás, en 1783, el juez supremo de Massachussets, WILLIAM CUSHING, informó a un jurado de que la esclavitud, de carácter consuetudinario en dicho Estado, era incompatible con la Constitución, dando así eficacia derogatoria directa a la misma. Bien es verdad que estas decisiones judiciales aparecieron rodeadas de polémica, y que sólo con el *caso Marbury vs. Madison* se consolidaría el principio de la *judicial review*. No menos cierto es, sin embargo, que, en América, Constitución

(lo que es tanto como decir Derechos) y control de constitucionalidad son coetáneos como causa y efecto (31).

En resumen: que en las Declaraciones americanas del setecientos están los «Derechos Fundamentales» como los entendemos hoy en Europa. Lo único que no es americano es nuestro adjetivo, pues allí los Derechos son sencillamente *Rights* (32). Como todavía veremos, nuestro adjetivo es alemán. Pero todo esto es anecdótico.

### III. FRANCIA: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En Europa, durante todo el siglo XIX, el principio de legalidad es «el alfa y el omega» de los derechos individuales: los derechos comienzan y acaban con el principio de legalidad. Ello es tanto como decir que los derechos valen lo que vale el principio de legalidad, ni más ni menos. Lo cual puede ser mucho; a efectos prácticos, tanto o más que algunos principios de constitucionalidad. Pero esa no es la cuestión; la cuestión es que el principio de legalidad no nos resulta por sí mismo suficiente para hablar de «derechos fundamentales». Tendremos «libertades públicas» en Francia y «derechos públicos subjetivos» en Alemania; pero no tendremos «derechos fundamentales».

Cabe hablar así del largo eclipse europeo de los derechos fundamentales. Pero ¿se trata realmente de un «eclipse»? Es decir, ¿acaso habían llegado a nacer los derechos fundamentales en Europa para que podamos decir de ellos que se eclipsan? Conviene centrar ahora nuestra atención en Francia, porque es el Estado que mejor ejemplifica este período.

A lo largo del siglo XIX, en efecto, asistimos en Francia a un proceso caracterizado sucesivamente por una constitucionalización fracasada, una «desnaturalización» o positividad teórica, para llegar finalmente a una completa desconstitucionalización de los derechos.

En primer lugar, una constitucionalización fracasada. Con independencia de que las Declaraciones francesas no hubieran acompañado a las americanas en el proceso de constitucionalización, hay que señalar ahora que, en Francia, la constitucionalización de los derechos se va a producir en forma de un intento fracasado. Y es que los derechos franceses no agotan su presencia en la Declaración. Pues además de su reconocimiento en la Declaración de 1789, la Constitución de 1791 dedica su título I a unas «Disposiciones

(31) *Ibidem*, pp. 95 y ss.

(32) Cfr., sin embargo, una aparición temprana y excepcional de la expresión «Fundamental Rights» en las *Concessions and Agreements of West New Jersey*, de 13 de marzo de 1677, recogidas en R. L. PERRY (cit. nota 29), pp. 184 y ss.

fundamentales garantizadas por la Constitución» en las que la Constitución «garantiza» como derechos naturales y civiles, los de 1789, algunos con mayor autonomía (religión), otros incluso inéditos (reunión). Este mismo fenómeno se repite en el Acta Constitucional de 1793, en cuyo artículo 122, bajo el epígrafe «De la garantía de los derechos», la Constitución garantiza los derechos por medio de una sencilla enumeración. Por fin, la Constitución de 1795, al margen de la Declaración que le precede, contiene un título XIV y último («Disposiciones generales») en el que, junto a otras materias dispares, se reitera la garantía de los distintos derechos.

De este modo tenemos la peculiaridad francesa de unos derechos que, en un documento (la Declaración) son «iusnaturalizados», y en otro (la Constitución) son «constitucionalizados». En Francia hay, pues, también una constitucionalización en la que medida en que los derechos también se incorporan a la Constitución, y cuando menos por lo que hace a esta incorporación, quedan sometidos a la potestad constituyente instituida. Materialmente, los derechos son los mismos en uno y otro documento, pero en Francia se tiende a entender que los derechos mismos donde están es en las Declaraciones (como principios) y que lo que está en las Constituciones son «las garantías» de estos derechos (como derecho positivo). Permitáseme la larga cita de A. ESMEIN:

«Las Declaraciones de Derechos del Hombre y del Ciudadano ... son los principales axiomas deducidos por los filósofos y los publicistas, como los fundamentos de una organización política justa y racional, que proclamaron solemnemente los autores de las Constituciones nuevas destinadas a aplicarlos. Las Declaraciones de Derechos emanan, pues, de cuerpos que detentan una autoridad legal, e incluso soberana, de asambleas constituyentes; pero no son artículos de leyes precisos y ejecutivos. Son pura y simplemente *declaraciones de principios* (33).

¿Qué son, por el contrario, para este autor las «garantías de los derechos», es decir, los preceptos constitucionales en los que se vuelven a reconocer los derechos?

«Las garantías de los derechos son algo muy distinto... Son verdaderas leyes positivas... La finalidad que se persigue dictándolas es la de conferir a los derechos así garantizados la fuerza que es propia... de las disposiciones constitucionales... Lo que se pretende

---

(33) *Eléments de Droit Constitutionnel*, 6.<sup>a</sup> ed., París, 1914, p. 554.



con estas garantías de los derechos es proteger a los derechos individuales contra el legislador mismo» (34).

Hasta aquí ESMEIN. El objetivo de las garantías es, pues, la constitucionalización en todo su alcance, es decir, los derechos como derechos fundamentales. Y en esto hay que dar la razón a ESMEIN. En el citado título I de la Constitución de 1791 se hace constar expresamente que «el poder legislativo no podrá hacer ley alguna que atente u obstaculice el ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente título.» El caso de 1793 es más problemático, pero de nuevo en 1795, si bien como el primero de los «deberes» de la «Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano» se proclama que «la declaración de los derechos contiene las obligaciones del legislador». Mayor claridad, imposible.

Lo que ocurre es que este objetivo fracasa porque las Constituciones se limitan a proclamar la garantía —y la consiguiente limitación del legislador— sin especificar nunca cuál sea el remedio frente a una vulneración de los derechos por parte del legislador. Y ante esta «laguna» —si es que realmente lo era—, el que en línea de principio sería el «remedio natural», la tutela judicial, ni siquiera hace el intento de su afirmación. Con el tiempo se explicará que la prohibición legal del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, se encuentra en el Decreto de 16 de agosto de 1790, en cuyo título II, artículos 11-12, se dispone que «los tribunales no podrán tomar parte alguna, ni directa ni indirectamente, en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de los Decretos del Cuerpo legislativo sancionados por el Rey, so pena de incurrir en responsabilidad. Se limitarán a transcribir pura y simplemente en un registro particular y a publicar en el término de ocho días las leyes que les sean enviadas».

Poco importa el que, como fácilmente puede verse, la ley fuera dirigida a excluir las prácticas a través de las cuales los antiguos *Parlements* habían ejercido de hecho un veto sobre las leyes. El hecho es que la ley en cuestión sirvió para dar una explicación legal de por qué en Francia los tribunales no estaban facultados para examinar las leyes.

El segundo momento del proceso es el de la «desnaturalización». A partir de 1795 las Declaraciones de Derechos desaparecen; sólo quedan las Constituciones con, en su caso, las «garantías de los derechos». Son, si se quiere, «las garantías sin los derechos». Así, en la siguiente Constitución, la consular del año VIII, ya sólo hay un título VII y último en el que bajo el epígrafe neutral de «Disposiciones generales», todavía se salvan algunos derechos.

---

(34) *Ibidem*, p. 559.

Y, sobre todo, la «Carta», que en sus dos versiones de 1814 y 1830 será la Constitución de Francia entre 1814 y 1848, se contenta con un título I dedicado al «Derecho público de los franceses» en el que encuentra acogida, por así decir, el «núcleo duro» de las libertades individuales.

Así desaparece «el derecho natural», y así, incluso, aparece un «positivismo teórico» (35). Pero no por ello el derecho natural es sustituido por el derecho positivo:

En primer lugar, porque ni aún las garantías son derecho de aplicación inmediata. Se entiende que el ejercicio de los derechos por los ciudadanos exige la *interpositio legislatoris*. También a la «garantía» es la ley la que le da contenido jurídico. M. HAURIOU lo explica como una regulación efectuada en dos tiempos: 1.º Proclamación del derecho o de la garantía; 2.º, determinación de su contenido por medio de una legislación específica, o «ley orgánica». «Un derecho individual —sostiene este autor— para el que no se haya hecho una ley orgánica no puede ser ejercido de forma lícita, incluso en el supuesto de que el principio se encontrase inscrito en las declaraciones de derechos o en una Constitución» (36). En último término, pues, la garantía se agota en el mandato dirigido al legislador.

En segundo lugar, porque el principio del sometimiento del juez a la ley dictada por el Parlamento sigue sin admitir matización alguna. El Decreto de 1790 sigue alzándose frente a cualquier pretensión de este género (37).

El tercer momento es el de la «desconstitucionalización». Es un momento particularmente importante por cuanto corresponde al período de vigencia de la Constitución de 1875, es decir, con diferencia, el más extenso e importante en la historia constitucional francesa. Como es conocido, las leyes constitucionales que integran esta Constitución se limitan a la estricta organización de los poderes, sin incorporar el menor elemento de «parte dogmática». Desaparecen así, por completo, tanto «los derechos» como «las garantías». Todavía las Constituciones de LUIS BONAPARTE de 1852 y 1870 habían comenzado por un artículo 1 en el que se declaraba que «la Constitución reconoce, confirma y garantiza los grandes principios proclamados en 1789, y que son la base del derecho público de los franceses»: se mantenían así los «derechos» aun cuando desaparecieran las «garantías».

(35) Bastante expresivo, en este sentido, PELLEGRINO ROSSI, «Cours de Droit Constitutionnel», en *Oeuvres complètes de Pellegrino Rossi*, vol. 2, lección 25, París, 1866.

(36) *Précis élémentaire de Droit Constitutionnel*, 3.ª ed., París, 1933, p. 244.

(37) Cfr., entre otros, A. BLONDEL, *Le contrôle juridique de la constitutionnalité des lois* (thèse, Aix, 1927); J. LEBLANC, *Du pouvoir des tribunaux d'apprécier, en France, la constitutionnalité des lois* (thèse, París, 1924), y más en concreto CH. LEPRÊTRE, *Les Déclarations des Droits et le Droit de la Constitution* (thèse, Lille, 1926).

Pero en la Constitución de 1875 no había nada. Se encontraba más o menos extendido el criterio según el cual «los principios» de 1789 como tales se encontraban vigentes, sin necesidad de declaración expresa alguna (38). Pero en todo caso como «principios» y no como derecho positivo.

La III República es, así, el momento por excelencia del «principio de legalidad». Las libertades públicas, efectivamente garantizadas por un sólido cuerpo de leyes orgánicas, no encuentran otro asiento ni fundamento que esas mismas leyes. Pero la Constitución de 1875 es, al mismo tiempo, una Constitución prácticamente flexible, lo que lleva a la doctrina más caracterizada a poner de manifiesto la muy limitada utilidad de la «constitucionalización» por algunos propuesta (39). Todo ello sin contar con que de todos modos no iba a haber control judicial (40).

En el contexto de este panorama francés, que es prácticamente el panorama del Viejo Continente en el diecinueve, es preciso hacer una salvedad de cierta importancia: el de los ordenamientos que, sin llegar a admitir el control de las leyes, sí otorgan eficacia directa a los derechos constitucionales, llegando incluso a incorporar una específica tutela judicial de los mismos. Austria incorpora este recurso de amparo en 1867, pero con una eficacia muy limitada desde el momento en que el Tribunal del Reich sólo puede constatar la vulneración, sin poder por sí mismo poner fin a la misma (41). En realidad, el caso que realmente merece ser destacado es el de Suiza, donde desde 1874, la «reclamación de derecho público» permite obtener la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho, llevada a cabo incluso por una ley de un cantón, y con la sola reserva de las leyes federales que aún hoy día siguen inmunes al control judicial (42).

---

(38) Así, la tan frecuentemente referida proclamación de LEPÈRE durante la sesión de la Asamblea Nacional de 1 de febrero de 1875. Véase, por ejemplo, LEPRÊTRE, cit. nota 37, p. 25.

(39) Cfr. PHILIPPE REYNAUD, «Des droits de l'homme à l'état de droit. Les droits de l'homme et leurs garanties chez les théoriciens français classiques du droit public», en *Droits*, 2 (1985), pp. 61 y ss.

(40) Cfr. las diferentes propuestas de positivación del control de constitucionalidad que se suceden durante la III República en HO HIO KY, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en France*, París, 1926, pp. 176 y ss.

(41) Cfr. «Die Grundrechte in Österreich», en *Die Grundrechte* (Hrsg. v. K. A. BETTERMANN, F. L. NEUMANN y H. C. NIPPERDEY), Berlín, 1966, vol. 1, pp. 125 y ss.

(42) Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987, pp. 57 y ss.

## IV. WEIMAR: LAS GARANTIAS INSTITUCIONALES

Es en Austria donde los derechos europeos terminan de salir de los estrechos límites del principio de legalidad: con la Constitución de la I República austríaca, de 1 de octubre de 1920, se abre camino en Europa la tantas veces postergada «constitucionalización» de los derechos, lo que equivale a decir que se abren camino en Europa los «derechos fundamentales». Desde 1920, el legislador o, mejor, los legisladores austríacos se encuentran efectivamente limitados por la Constitución a través de un sistema concentrado de control de constitucionalidad. Además, el recurso de amparo de los derechos, de alcance tan limitado bajo el Imperio, cambia ahora de significación, no sólo por su generalidad y mayor eficacia, sino en cuanto puede dar origen a un control de constitucionalidad de la ley (43). Este esquema, introducido, con peculiaridades, entre nosotros en 1931, se extendería más tarde, con mayores o menores diferencias, a diversos ordenamientos europeos, particularmente la República Federal de Alemania y, de nuevo, al cabo del tiempo, en España. En puridad, pues, es Austria la puerta por la que hacen su entrada en Europa los derechos fundamentales.

Ocurre, sin embargo, que la Ley Constitucional austríaca de 1920 carece, como es sabido, de una tabla de derechos. Ante la dificultad de la Asamblea constituyente para ponerse de acuerdo sobre una «parte dogmática», se adoptó la solución radical de mantener la vigencia con rango constitucional, de la vieja relación de derechos contenida en la Ley Fundamental de 21 de diciembre de 1867, sobre los «derechos generales de los ciudadanos». Así, lo que Austria va a tener es una tabla de derechos tradicional, esencialmente liberal, pues, sin ninguno de los aditamentos que tanto van a complicar las cosas en otros ordenamientos. Esta ausencia de problematicidad, sin embargo, va a restarle protagonismo, paradójicamente, al ordenamiento austríaco en el contexto europeo.

Este protagonismo, como se sabe, va a recaer en Alemania. Y ello hasta el punto que la historia de los derechos europeos en este siglo debemos ahora ejemplificarla en Alemania. El patente desarrollo en Europa de la dogmática de los derechos que tiene lugar a partir de mediados de siglo tiene su origen, en efecto, en ese «derecho fundamental de los derechos fundamentales» que son los artículos 1 y 19 de la Ley Fundamental de Bonn. Pero la formulación positiva de ese derecho, a su vez, sólo se explica en función de la historia

---

(43) *Ibidem*, pp. 246 y ss.

alemana, inmediatamente previa, de los derechos. Es decir, en una palabra, a partir de Weimar.

Sobre el trasfondo de la «asignatura pendiente» que es el control de constitucionalidad en este período (44), se plantea en Weimar en toda su agudeza el problema previo de la eficacia jurídica de las normas contenidas en la «Segunda parte» de la Constitución, en la que encuentran asiento los derechos.

Es conocido cómo la Asamblea Nacional Constituyente reunida en Weimar, tras el fracasado intento de HUGO PREUSS de prescindir de una tabla de derechos, terminó incorporando esa farragosa «Segunda parte» en la que, al decir de aquel diputado, se pretendía regular «todo lo divino y lo humano». Llevaba como epígrafe «Derechos fundamentales y deberes fundamentales de los alemanes».

No es fácil resumirla. Sus cincuenta y siete artículos se agrupan bajo los epígrafes: 1. La persona individual; 2. La vida en comunidad; 3. Religión y sociedades religiosas; 4. Educación y escuela, y 5. Vida económica. Podemos decir muy elementalmente que en esta «Segunda parte» se encuentran tres tipos de preceptos. Primero, los derechos tradicionales, concentrados sobre todo en el capítulo 1.º (arts. 109 a 118), pero presentes también en todos los demás: así, los derechos políticos y libertades públicas en el 2.º, la libertad religiosa en el 3.º, la libertad de enseñanza en el 4.º y el derecho de propiedad en el 5.º En segundo lugar, la Constitución se ocupa de regular una pluralidad de materias, con frecuencia en alguna conexión con un derecho fundamental, pero otras veces sin ella. Así, el artículo 139 garantiza el descanso dominical, en el capítulo dedicado a la religión; en el artículo 149 «se mantienen las Facultades de Teología de las Universidades», dentro del capítulo dedicado a la educación. Pero también entran dentro de este grupo preceptos como el que garantiza la autonomía local (art. 127), o el que declara la «inviolabilidad de los derechos adquiridos» de los funcionarios (art. 129); los preceptos más representativos de este grupo son los que se refieren al *status* de los funcionarios públicos, al de las Iglesias y al régimen de la enseñanza pública o privada. Por fin, habría que hacer un tercer grupo con aquellos preceptos que contienen una serie de objetivos de carácter social, en un lenguaje similar al del capítulo III del título I o a los primeros artículos del título VII de nuestra Constitución. En el contexto de esta exposición podremos prescindir de la problemática planteada por este tercer grupo de preceptos.

Desde una perspectiva comparada, la mayor singularidad de esta parte estriba en el segundo de los grupos de preceptos que hemos individualizado,

---

(44) *Ibidem*, pp. 77 y ss.

que serán los que den lugar a la formulación de las «garantías institucionales». Pero esta originalidad alemana no era tal desde la perspectiva de su historia constitucional. La Constitución de Prusia de 1850, vigente hasta 1918, había regulado en el título II («De los derechos de los prusianos») las tres instituciones consideradas básicas en este Estado: el Ejército, la Iglesia y la Escuela. Pero el antecedente más directo de la «Segunda parte» es el título VI de la Constitución del Reich de 28 de marzo de 1849 (*Paulskirchenverfassung*). Lleva como epígrafe: «Los derechos fundamentales del pueblo alemán». El capítulo fue promulgado anticipadamente como ley del Reich en diciembre de 1848 precedido de una Ley preliminar en la que notablemente se precisaba el grado de eficacia directa de sus distintos preceptos (45). Para nosotros tiene además el interés de arrancar de aquí el término «Derechos fundamentales» (*Grundrechte*), progresivamente utilizado por la doctrina alemana a partir de entonces, si bien su extensión fuera del ámbito alemán sólo tiene lugar a partir de la Ley Fundamental de Bonn (46). Lo que, en particular, conviene destacar aquí es cómo el mencionado título incorpora preceptos relativos a las iglesias, a los funcionarios, a la educación, etc., de forma parecida a como lo hará después la «Segunda parte». Alguna doctrina alemana ha querido ver en este fenómeno la expresión de una concepción específicamente alemana del Estado de Derecho, como orden de una sociedad estructurada por las instituciones, no simplemente atomizada en individuos (47).

Como quiera que ello sea, el «bloque normativo» integrado por la «Segunda parte» fue desigualmente apreciado. Una de las caracterizaciones más divulgadas, la del diputado DÜRINGER, veía en ella «la plasmación de la cultura jurídica alemana» (48); HELLER la definió como «el basamento ideo-

(45) Cfr. E. R. HUBER (ed.), *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, vol. I, 3.ª ed., Stuttgart, 1978, p. 389.

(46) Acaso uno de los más tempranos empleos de la expresión entre nosotros, EUGEN WOHLHAUPTER, *La importancia de España en la historia de los derechos fundamentales*, Madrid, 1930. La utilización de la expresión en el coloquio de Aix-en-Provence de 1981 suscita todavía alguna perplejidad. JEAN RIVERO se preguntará entonces: «... Ce concept reste vague. Droits fondamentaux? En quoi se distinguent-ils des droits qui ne sont pas fondamentaux?» *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux* (dir. LOUIS FAVOREU), Aix, 1982, pp. 521 y 524.

(47) Cfr. U. SCHEUNER, «Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts (1973)», recogido en *Id.*, *Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften* (Hrsg. v. J. LISTL u. W. RÜFNER), Berlín, 1978, pp. 646 y ss.

(48) Citado por H. HELLER en «Grundrechte und Grundpflichten», en *Gesammelte Schriften*, Leiden, 1971, vol. 1, p. 286.

lógico del Reich» (49). Más crítico, CARL SCHMITT, con su habitual abundancia verbal, le dedicó los sustantivos *Heterogenität, Inkohärenz und Pleonexie* (50).

El problema, y casi el desafío, planteado por esta parte desde el primer momento era el de su eficacia jurídica o «significado normativo». Pues no hay que decir que la Constitución misma carecía de precepto alguno que diera respuesta a aquél. Un primer intento, pronto descartado, fue el de reducir el problema, en palabras de SCHMITT, a la alternativa «programa/positividad» o, en otros términos, a la de «irrelevancia/giro en el vacío (Leerlauf)». «Programa» o «irrelevancia» en el caso de los preceptos que plantean objetivos sociales, es decir, de aquéllos a los que aludíamos en un segundo grupo. «Positividad» o «giro en el vacío» (en último término también irrelevancia), en el caso de casi todos los derechos de libertad tradicionales:

«La alternativa: Programa-derecho positivo es de una rotunda simplicidad; su sentido normal es la irrelevancia jurídica en la medida en que se trata de un simple programa; 'giro en el vacío', o sea igualmente irrelevancia, en la medida en que los derechos fundamentales se hallan sometidos a la reserva de una simple ley, y no sino frases vacías a las que sólo el legislador les da realmente contenido» (51).

En estas palabras tenemos ya la explicación de por qué se considera que los preceptos dedicados a las libertades individuales «giran en el vacío». La mayoría de estos preceptos contienen, con una fórmula u otra, una *remisión* al legislador: «Art. 118. Todo alemán tiene el derecho de exponer libremente su opinión dentro de los límites de las leyes generales...» «Art. 153. La Constitución garantiza la propiedad. Su contenido y sus límites resultan de las leyes» (*ergeben sich aus den Gesetzen*). Esta concepción del «giro en el vacío» o «Leerlauf» entiende que, con estas u otras fórmulas de remisión normativa, no se hace sino dejar el contenido del derecho a la disposición del legislador, de tal modo que, como bien explicaría SCHMITT, a la postre los preceptos en cuestión quedan reducidos a meras especificaciones del principio de legalidad.

(49) «die programatische Bekenntnisgrundlage des Deutschen Reichs»; «die politische Gesinnungsgrundlage des deutschen Reiches», *ibidem*, pp. 286 y 287.

(50) *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*, cit. nota 1, p. 140.

(51) «Grundrechte und Grundpflichten» (1932), en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit. nota 1, p. 199.

Hay otra dificultad: mientras esto es así para los derechos fundamentales, otros muchos preceptos de esta parte, que no contienen tales «remisiones» (por no ser estructuralmente sino preceptos legales concretos meramente elevados de rango) sí ven reconocida su eficacia jurídica. Como dice SCHMITT, «se produce así la imposible consecuencia de que cualquier casual derecho singular, como el derecho de los funcionarios al examen de su expediente personal (art. 129.3.2) es más sagrado que los derechos generales de igualdad y libertad» (52).

Este planteamiento, realmente difícil de sostener, va sufriendo correcciones por parte de sus más caracterizados representantes (ANSCHÜTZ, THOMA). Este último propone incluso, hacia el final del período, como regla general la presunción de eficacia jurídica de la «Segunda parte», aunque con escasos resultados prácticos para los derechos de libertad (53). En su conjunto, la década larga de vigencia de la Constitución es un proceso de «descubrimiento» de los derechos fundamentales (54). Las «estrellas» del mismo son, sin duda, el principio de igualdad y el derecho de propiedad. Pero en el contexto de esta exposición sólo hay un aspecto de dicho proceso del que ineludiblemente debemos ocuparnos, el referente a las «garantías institucionales». En efecto, configurado este concepto para dar inicialmente explicación de los preceptos que incorporábamos al «segundo grupo», su relación con los derechos fundamentales será desde el primer momento muy estrecha. Pues hay que decir ya que el concepto, ante todo, va a permitirles a los contenidos de los preceptos del «segundo grupo» escapar de la teoría del «Leerlauf», es decir, escapar de las garras del puro principio de legalidad.

«Garantía institucional»: la expresión se presta a una «utilización anfibológica», y de hecho tal ha sido su destino. Por «garantía institucional» se entienden dos cosas muy diferentes, sin que con frecuencia se sea consciente de ello (55). De un lado, «garantía institucional» es la institución o el instituto mismo objeto de la garantía; de otro, «garantía institucional» es la determinada garantía de que se dota a la institución o al instituto en cuestión. Al primero, a falta de expresión mejor, lo llamaremos «significado sustantivo» y al segundo «significado adjetivo». Pero primero es el primero.

(52) *Ibidem*, p. 201.

(53) R. THOMA, «Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen», en *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung* (Hrsg. v. H. C. NIPPERDEY), Berlín, 1929, vol. 1, pp. 5 y ss.

(54) «Ein Vordringen des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung.» CARL SCHMITT, «Zehn Jahre Reichsverfassung» (1929), en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit. nota 1, p. 34.

(55) Tal parece ser el caso de P. HÄBERLE, cit. nota 27, pp. 234-238.



Lo primero, en efecto, es el *descubrimiento* en la «Segunda parte» de la Constitución de una pluralidad de instituciones o institutos cuya existencia y mantenimiento la Constitución ha pasado a garantizar. Su concreta identificación es variable y su deslinde respecto de los derechos fundamentales esencialmente fluido. Unos son de derecho privado, y los más caracterizados serían el matrimonio, la familia, la propiedad, la herencia. Otras son de derecho público, y de nuevo las más caracterizadas serían la autonomía local, el régimen de la función pública, la libertad de enseñanza como base de un «derecho fundamental de la Universidad». SCHMITT reservaría la expresión «garantías de instituto» para los primeros, y el de «garantías institucionales» para las segundas. Otras distinciones no hacen ahora al caso (56).

La primera formulación parece haber sido la de MARTIN WOLFF, al destacar en la propiedad su carácter de «garantía de instituto» (57). El dato es de importancia porque pone de manifiesto, primero, la estrecha conexión material con los derechos y, segundo, el objetivo perseguido: si el constituyente ha pretendido realizar una «operación de salvamento» al incorporar (*verankern*) a la Constitución determinados institutos, dicha pretensión resultaría ilusoria si en definitiva el respectivo precepto constitucional no vinculase en modo alguno al legislador. De lo que se trata, pues, es de salvar la normatividad del precepto sobre la base de identificar un contenido institucionalizado social e incluso jurídicamente reconocido. En 1928, CARL SCHMITT generaliza el concepto en su *Teoría de la Constitución* en la forma de «garantías institucionales» (58), madurando su reflexión sobre ellas en sus trabajos de 1931, *Derechos de libertad y garantías institucionales de la Constitución del Reich*, y de 1932, *Derechos fundamentales y deberes fundamentales* (59).

Para que haya «garantía institucional» o «de instituto» lo primero que tiene que haber, pues, es una institución, un instituto. Escribe SCHMITT:

«Una garantía institucional presupone evidentemente una institución, es decir, un *establecimiento* (*Einrichtung*) de carácter jurídico-público formado, organizado y, por tanto, diferenciado» (60).

(56) *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*, cit. nota 1, pp. 149 y ss.

(57) *Ibidem*, p. 160.

(58) «Ich habe den Begriff der institutionellen Garantie in meiner Verfassungslehre (1928, S. 117) aufgestellt...», *ibidem*, p. 143.

(59) Cit. notas 1 y 51.

(60) *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*, cit. nota 1, p. 149.

Sustituyendo la referencia al derecho público, tendríamos una noción equivalente de garantía de instituto.

SCHMITT intentaría distinguir entre aquellas garantías que, por insertarse en el tipo de Constitución de que se trate, serían perfectamente legítimas (*Verfassungsgarantie*), y aquellas otras que sólo persiguen con su incorporación a la Constitución la protección frente al legislador ordinario (*Verfassungsgesetzliche Garantie*). En todo caso, reconoce el carácter tendencialmente conservador de lo existente inherente a las garantías institucionales (61). Para SCHMITT, una garantía institucional no es un derecho fundamental, pero sí es con frecuencia un elemento complementario, un «añadido» al mismo (garantías conexas o complementarias).

Contempladas en su significado sustantivo, resulta necesario, en el contexto de esta exposición, hacer la siguiente observación respecto de las garantías institucionales: las «garantías institucionales», o bien carecen de sustantividad o bien carecen de legitimidad constitucional. Las garantías carecen de sustantividad en todos aquellos casos en los que no son sino otra manera de concebir o comprender, ya sea a un derecho (propiedad), ya sea a un elemento de la estructura política (autonomía local). Las garantías carecen de «legitimidad» desde una concepción material de la Constitución cuando lo único que se proponen es elevar el rango normativo de cualesquiera contenidos no referidos ni a la estructura política ni a los derechos.

Pues la Constitución es el Parlamento y son los derechos. Reducir la Constitución material al parlamento, es decir, a la estructura democrática del poder, aunque sea como estructura democrática «asegurada», resulta tan incompleto como reducirla a los derechos, sobre la base de convertir a éstos en una especie de «constitución de la constitución». Pero la Constitución no es nada más. Cuando a través de las garantías constitucionales, en su significado sustantivo, se pretende incorporar un *tertium genus* de contenido apriorísticamente genérico (o incluso incorporar este elemento a los derechos), no sólo se va hacia una «formalización» de la Constitución, que la deja reducida a una simple categoría de acogida de cualesquiera contenidos normativos, que pasan a imponer pro futuro toda la fuerza pasiva de la norma constitucional. Se produce algo bastante peor, cual es la «descompensación» del parlamento dentro de la Constitución. Los derechos debieran ser el único «contrapeso» legítimo del parlamento.

Lo segundo. Lo segundo es el significado adjetivo o instrumental, es decir, la concreta garantía de la que se pretende dotar a ese instituto o institución

---

(61) *Ibidem*, p. 155.

previamente identificados. En este significado, garantía institucional y garantía de instituto son evidentemente lo mismo.

¿En qué consiste esta concreta garantía? Lo vamos a decir muy sencillamente: «Garantía institucional» en su significado adjetivo es lo mismo que «contenido esencial»; un «contenido esencial» *avant la lettre*, porque entonces no existía como tal, y ello es así porque el «contenido esencial» es precisamente una derivación de la «garantía institucional» en su significado adjetivo.

Veamos lo que dice HANS TOMA: «Las reiteradamente mencionadas garantías de instituto son prohibiciones dirigidas al legislador, jurídicamente eficaces, de rebasar en la conformación de un instituto aquellos límites extremos, más allá de los cuales *el instituto como tal* quedaría aniquilado o desnaturalizado.» Y más claramente aún: «Con frecuencia quiere la Constitución dotar incondicionadamente de fuerza constitucional... al instituto mismo, es decir, a un mínimo de aquello que constituye su esencia» (62).

Es decir: una vez «identificado» un instituto es posible conceptualmente aislar una imagen del mismo sustraída a la disponibilidad del legislador. La «garantía institucional» permite así lo que no parecía posible para los derechos: fijar los límites de la intervención del legislador en la configuración de los derechos, los «límites de los límites».

¿Esto qué supone para los derechos? Pues muy simple: que para que un derecho pueda ver preservado algún contenido frente al legislador tendrá que conseguir *presentarse* como instituto; sólo en la medida en que quepa elaborar un «contenido institucional» del derecho será éste, por así decir, *parlamentsfest*, resistente al parlamento.

SCHMITT hará un interesante intento de extender de forma general la protección de la garantía institucional a los derechos en forma de lo que podríamos llamar una «garantía institucional en negativo». La idea de SCHMITT es la de que es posible identificar una imagen arquetípica de las distintas leyes reguladoras y limitadoras del ejercicio de los derechos y libertades. Así tendríamos lo que sería un «instituto normativo», es decir, un tipo de norma identificable que permitiría apreciar la ilegitimidad constitucional de aquellas leyes de desarrollo de un derecho que no se correspondieran con ese arquetipo (63).

En definitiva sería el constituyente de 1949 el que diera el último paso. Y de forma bastante interesante en las dos Alemanias. El constituyente occidental al garantizar el «contenido esencial» de los derechos (64); el consti-

(62) Cit. nota 53, pp. 30 y 33.

(63) Cit. nota 1, p. 166.

(64) Art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn: «En caso alguno puede un derecho fundamental verse afectado en su contenido esencial.» Cfr. I. DE OTTO, «La regu-

tuyente oriental, al garantizar «el derecho como tal» (65). Pero este último no estaba en condiciones de dictar una «constitución normativa».

Esta historia termina, así, con los artículos 1 y 19 de la Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949. En ellos se contiene, de forma ejemplar, lo que hoy es «el derecho de los derechos fundamentales»: la vinculación general, la eficacia directa, el contenido esencial, la tutela judicial. Ninguna de estas garantías constaban expresamente en las Constituciones americanas del setecientos, ni han sido introducidas con posterioridad. Lo cual nunca ha impedido que los derechos significaran allí todo eso. Con ello se cumple, una vez más, lo que parece una «ley natural» de los derechos: nacidos ellos mismos como reacciones concretas a situaciones históricas concretas, también su propio derecho, el «derecho de los derechos» aparece como respuesta a una determinada vivencia histórica. Esta exposición debiera haberlo ilustrado.

---

lación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en L. MARTÍN-RETORTILLO e I. DE OTTO, cit. nota 3, pp. 93 y ss. La tesis sostenida en las páginas 100 y siguiente es distinta de la que aquí se desarrolla.

(65) Art. 49 de la Constitución de la República Democrática Alemana: «Siempre que esta Constitución permita la limitación de uno de los precedentes derechos fundamentales por medio de una ley, o reserve su conformación concreta a una ley, el derecho fundamental como tal (*als solches*) no podrá verse afectado.»