

LAS TRIBULACIONES DE LA CONSTITUCIÓN

Miguel Ayuso*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El constitucionalismo. 3. El constitucionalismo racionalizado. 4. El neoconstitucionalismo. 5. Entre el neoconstitucionalismo y el posconstitucionalismo. 6. La disolución del constitucionalismo.

1. INTRODUCCIÓN

La naturaleza humana se desarrolla en la historia, de manera que, frente a la vieja y falsa controversia entre naturaleza e historia, el derecho natural clásico fue capaz de conjugar lo permanente de sus principios con lo histórico de sus aplicaciones¹. Y armonizar así los inmutables principios del derecho natural con las mudables aplicaciones de la historia a través del derecho positivo, complemento de aquel, que constituye además su fundamento².

Pero la historia no incide por igual en todas las realidades humanas. Si nos referimos a las políticas, encontramos que la comunidad política o el gobierno son realidades permanentes, mientras que el Estado o la Constitución se hallan ligadas a un contexto concreto fuera del cual no son concebibles. El Estado, por ejemplo, es el Estado *moderno*, que nació en el siglo XVI para poner fin a la anarquía producida por las guerras de religión³. Y la Constitución se definió en su momento auroral por la ideología liberal surgida del ambiente cultural de la Ilustración, con la garantía de los derechos y la separación de poderes como pilares⁴. Podríamos añadir aún a los anteriores la democracia, forma de gobierno vista por lo general

*Universidad Pontificia Comillas (Madrid).

¹Véase AA.VV., *El derecho natural hispánico*, Madrid, Escelicer, 1973, que recoge las actas de las I Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, organizadas por el profesor Francisco Elías de Tejada y celebradas en Madrid entre los días 10 y 15 de septiembre de 1972.

²Alain Sériaux, *Le droit naturel*, 2ª ed., París, PUF, 1993, 55 y ss.

³Álvaro D'Ors, *Una introducción al estudio del derecho*, 8ª ed., Madrid, Rialp, 1989, 118. Véase Miguel Ayuso, *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 1998.

⁴Danilo Castellano, *Costituzione e costituzionalismo*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 47 y ss. (hay edición castellana contemporánea, Madrid, Marcial Pons, 2013).

con desconfianza a lo largo de los siglos y convertida en cambio a partir del siglo XVIII en el fundamento del gobierno⁵.

Es cierto, por seguir ahora el orden inverso, que con frecuencia se hace pasar el segundo de los sentidos de la democracia a través del primero⁶. Como que, en lo que toca a la Constitución, hay quien ha hablado de Constitución e incluso de constitucionalismo antiguos⁷. Finalmente, respecto del Estado, la literatura política más difundida lo ha extendido a cualquier momento de la historia⁸. Anacronismos en el mejor de los casos, pues en otros puede hablarse propiamente de contrabando intelectual al servicio de finalidades operativas. Otra cosa es que en los tres casos exista un uso anterior al *moderno*, más o menos difundido, pero entre ambos media un abismo, el que separa la clasicidad y la modernidad.

En relación con la Constitución, que es el tema concernido en estas páginas, es conveniente distinguir el sentido lato, que identifica Constitución con la ley fundamental de una comunidad, del estricto que añade a esta la ideología liberal⁹. En puridad la acepción estricta es la originaria, mientras que la lata surgió de una generalización producida por la inestable experiencia política del siglo XIX. En efecto, tras la revolución liberal, el liberalismo doctrinario, de un lado, y el marxismo, de otro, contribuyeron a que en Europa la idea constitucional se difuminara, mientras en los Estados Unidos de América se conservaban sus elementos nucleares. Solo entrado el siglo XX, con las Constituciones de después de la Primera Guerra Mundial y, sobre todo, después de la Segunda, con el constitucionalismo racionalizado y las Constituciones en serie, volvió el sentido primigenio, si bien con notables influencias del modelo norteamericano. A los dos ejes antes mentados se sumó por lo tanto un tercero, el de la supremacía normativa de la Constitución por medio del control constitucional de las

⁵Danilo Castellano, *Introduzione alla filosofia della politica. Breve manuale*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, 105 y ss. (hay edición castellana contemporánea, Madrid, Marcial Pons, 2021).

⁶Es el caso del libro del conocido helenista español Francisco Rodríguez Adrados, *Historia de la democracia. De Solón a nuestros días*, Madrid, Ediciones Temas de Hoy, 1997, que acomuna ambas experiencias. En sentido opuesto, Jean Madiran, *Les deux démocraties*, París, NEL, 1977, quien subraya la radical heterogeneidad entre ambos.

⁷Alcanzó fama en tal sentido el libro de Charles H. MacLlwin, *Constitutionalism: ancient and modern*, ed. revisada, Nueva York, Ithaca, 1947, y últimamente el de Maurizio Fioravanti, *Costituzione*, Bolonia, Il Mulino, 1999. Aunque es más chocante el primero, por referirse al constitucionalismo, que el segundo, que lo hace a la Constitución. Puede verse en contra Miguel Ayuso, *Constitución. El problema y los problemas*, Madrid, Marcial Pons, 2016 (hay edición italiana, *Costituzione. Il problema e i problemi*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019).

⁸Es el caso, por ejemplo, de Theodor Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, Leipzig, S. Hirzel, 1874, o de Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 4 vols., Berlín, Weidmann, 1868-1913. Frente a ellos, se ha afirmado la historicidad estricta del Estado por Carl Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt, 1938.

⁹Así pasa en algunos de los sentidos, aunque no en los más importantes, enumerados por Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Munich-Leipzig, Duncker und Humblot, 1928.

leyes, que dio lugar primeramente a los llamados tribunales constitucionales y más adelante a la aplicación judicial de la Constitución¹⁰. Ese modelo del constitucionalismo racionalizado todavía conocerá profundas transformaciones en la forma de gobierno y en el sentido de los derechos, llegándose a hablar de un neoconstitucionalismo, que más bien parecía un posconstitucionalismo, e incluso ha saltado por los aires en los últimos tiempos de resultados de la llamada emergencia sanitaria¹¹.

De todo ello vamos a tratar sucintamente.

2. EL CONSTITUCIONALISMO

Cuando los revolucionarios franceses estamparon en el artículo 16 de su declaración *de intenciones* que no había Constitución donde no estuvieran garantizados los derechos individuales y determinada la separación de poderes¹², probablemente estaban lejos de comprender de forma cabal el significado de su afirmación. Porque no se trataba simplemente de ceñir el fenómeno constitucional a unas exigencias más o menos fundadas, sino de dar en verdad a luz la ideología constitucionalista. De ahí que se haya podido decir que el derecho constitucional es el “derecho natural del Estado moderno”¹³. El constitucionalismo no es otra cosa, consiguientemente, que la *ideología* de la Constitución liberal¹⁴, esto es, la doctrina que sufre el espejismo de pretender controlar el poder, y en exclusiva, tanto a través de la técnica de su “separación” geográfica, como en virtud de unos derechos del hombre tutelados por la ley, de la que en la práctica dependen, y que finalmente se reducen al ejercicio de la libertad negativa, esto es, sin regla¹⁵.

¹⁰La síntesis, más entusiasta que aséptica, es de Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.

¹¹Véase Miguel Ayuso, *De la crisis a la excepción* (y vuelta), Madrid, Marcial Pons, 2021.

¹²Pues no es otra cosa en puridad la llamada Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789. El artículo citado reza así: *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation de pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*

¹³Es la sabia caracterización de Pietro Giuseppe Grasso, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 23 y ss. Entre quienes han advertido con mayor claridad la importancia de la misma se encuentra Dalmacio Negro, *Sobre el Estado en España*, Madrid, Marcial Pons, 2007, 46. Ricardo Dip, por su parte, ya desde el título, ha realizado una traslación respecto del asunto que aquí nos interesa: “Neoconstitucionalismo, derecho natural da pós-modernidade”, *Anales de la Fundación Elías de Tejada* (Madrid), n.13 (2007), 193 y ss.

¹⁴Se remite a Miguel Ayuso, *El ágora y la pirámide*, Madrid, Criterio Libros, 2000, capítulo 2, para un mayor desarrollo de la cuestión (hay edición italiana, Turín, Giappichelli, 2004).

¹⁵La explicación, bien precisa, es de Danilo Castellano, *Costituzione e costituzionalismo*, cit., 33 y ss.

En lo que se refiere al primero de los temas, por su origen histórico ha podido pensarse que el constitucionalismo surgió de la lucha contra el absolutismo estatal de forma monárquica, cuando en realidad procedía más bien de una nueva concepción de hombre y la sociedad engendrada por la modernidad¹⁶. La soberanía, esto es, la afirmación y reivindicación de la libertad negativa del Estado moderno, pasará de su encarnación en la persona del rey a la “nación” primero y el “pueblo” después, dando lugar a nuevas y más radicales formas de absolutismo. Pues, de un lado, el de las monarquías venía sujeto por múltiples mediaciones religiosas e institucionales de naturaleza tradicional, mientras que el de la “nación” era en el fondo el de una clase y el del “pueblo” encarnaba una abstracción, aún más peligrosa que la de la pura oligarquía, ya que puesta la voluntad general como fuente del poder y del “derecho” se tornaba en instancia última e inapelable.

En la revolucionaria declaración de derechos de 1789 ya coexistía la afirmación del principio de la libertad individual con el principio igualitario de la soberanía nacional o popular (que no son además equivalentes): “El artículo 2 mira al ciudadano singular y el 6 a la mayoría numérica. La libertad mantenida en el artículo 2 supone una barrera protectora; la mayoría teorizada en el artículo 6 es capaz de desbordar por definición toda suerte de barreras. Son cosas diametralmente opuestas por más que se las mezcle a pocos renglones dentro de la misma pomposa Declaración de derechos del hombre abstracto revolucionario. La causa histórica de que las Declaraciones acojan en su seno posiciones tan contrarias está en la doble paternidad de la ideología liberal, de un lado desbordada de absolutos políticos lindantes con la mística, en la concepción rousseauiana, de mayoría que legisla; de otro atenido al mecanismo para procurar contenerla en sus linderos. La primera tendencia rousseauiana reclamaba la paternidad espiritual en el pensamiento abstracto de la Enciclopedia; la segunda era el resultado del equilibrio de frenos y contrapesos observado por Montesquieu en Inglaterra y desde la realidad inglesa constituido por él para teoría de validez universal []. Las dos paternidades dieron nacimiento al híbrido contradictorio de 1789”¹⁷.

El paso del constitucionalismo liberal al democrático, que sin dejar de ser liberal profundizaba el principio igualitario, reforzó –a partir del presupuesto de que toda ley emana de la voluntad popular– la opresión de la mayoría y, de resultas, hizo más necesario el recurso a la división del poder, para que –según la explicación de Montesquieu– “por dispo-

¹⁶José Pedro Galvão de Sousa, *Poder, Estado, Constitución. Hacia un derecho político realista*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

¹⁷Francisco Elías de Tejada, “Construcción de la paz y asociaciones intermedias”, en AA.VV., *Derecho y paz*, Madrid, CSIC, 1968, 83-84.

sición de las cosas el poder frente al poder”¹⁸. Se trata, en todo caso, de una ilusión, que la experiencia de más de dos siglos ha desmentido¹⁹. La unidad del poder del Estado no podía compadecerse con la tal separación o división, expresiones que además no son sinónimas²⁰, sino que se ha visto el predominio del legislativo en el parlamentarismo o del ejecutivo en el presidencialismo, sin olvidar el que se ha dado en llamar “gobierno de los jueces”²¹.

En relación con el segundo asunto, el de los derechos, la ideología revolucionaria que está en la base del constitucionalismo, lejos de limitar el ejercicio del poder, contribuyó en realidad a su acrecentamiento, pues –ya desde sus orígenes– “aunque el valor que ostenta el *prius* ontológico sean los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, se piensa que *su efectiva realización depende de la previa intervención del poder*”²². Si la primera parte de esta afirmación es discutible, por la naturaleza de la “fundamentación” (o más bien de la “falta de fundamentación”²³) de los derechos apodados más adelante de “fundamentales”, la segunda resulta en cambio incontrovertible. Porque cabe preguntarse, en primer lugar, por

¹⁸Montesquieu, *L'esprit des lois* (1748), libro XI, cap. IV. Algunos autores (por ejemplo Fioravanti) han sostenido que el derecho público europeo se afirmó entre los siglos XIX y XX en oposición al principio democrático de la soberanía popular. Danilo Castellano, en cambio, piensa lo contrario, por más que reconozca que la democracia moderna no había encontrado todavía su pleno desarrollo. El poder constituyente, afirma, nació democrático y no liberal (Danilo Castellano, *Costituzione e costituzionalismo*, cit., 36). No es de echar al olvido la condición de historiador del primero y de filósofo del segundo, a la hora de examinar la diferencia de juicio.

¹⁹Baste recordar Marcel de la Bigne de Villeneuve, *La fin du principe de séparation des pouvoirs*, París, Sirey, 1934, o Álvaro D'Ors, *Nueva introducción al estudio del derecho*, Madrid, Civitas, 1999, §23.

²⁰Véase Juan Vallet de Goytisolet, “La independencia de la función judicial y la pretendida separación de poderes”, *Verbo* (Madrid), n. 309-310 (1992), 1017-1044. Donde plantea como problema previo la cuestión semántica de si se trata de separación, división, distribución, no confusión, equilibrio o contrapeso de poderes. También la explicación singular de Antonio García-Trevijano, *Frente a la Gran Mentira*, Madrid, Espasa Calpe, 1996, 267 y ss.

²¹El término se aplicó en algún momento a los Estados Unidos de América, si bien fue acuñado en francés. Véase Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, París, Giard, 1921. Su subtítulo, expresivo, reza así: “L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois”.

²²Lo ha destacado Juan de la Cruz Ferrer, “La concepción del poder y de la separación de poderes en la Revolución francesa y en el sistema constitucional norteamericano”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Madrid), n. 20 (1989), 258 y ss.

²³Falta de fundamentación presentada en ocasiones como un mérito: recuérdese lo que cuenta Maritain respecto de la discusión en la Comisión de la UNESCO de la que formaba parte (“Estamos de acuerdo tocante a estos derechos, pero con la condición de que no se nos pregunte el porqué”) y que le lleva a sostener la tesis absurda –explicitada por Bobbio– de que es preferible olvidar su fundamento y concentrarse en sus garantías. Cfr. Jacques Maritain, “Introducción”, en VV.AA., *Los derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva Declaración universal reunidos por la UNESCO*, Ciudad de Méjico-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, 15; Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990, 16.

el poder que la Asamblea quería limitar y que no es otro –la investigación más sumaria así lo exhibe– que el poder regio en el *ancien régime* más que el poder político genéricamente considerado. Pero es que luego, además, la ley vino a prevalecer sobre el derecho previamente definido, por lo que a través de la “legislación”, o del legalismo, los derechos más que “reconocidos” pasaron a ser “conferidos”. Así pues, el constitucionalismo se ha revelado en su aplicación histórica más una regla “para” el poder que “contra” el poder.

Finalmente, en nuestros días, ha de tenerse en cuenta que, sin haber perdido su naturaleza de doctrina estatista y, por lo mismo, positivista, el permisivismo moral reinante –tolerado cuando no abiertamente fomentado por los Estados– lleva a la reivindicación de unos falsos derechos respecto a los cuales el poder del Estado no se considera afectado²⁴, por lo que no existe ese enfrentamiento, por ejemplo, con el “derecho” al aborto o al “matrimonio” homosexual. Lo mismo puede decirse de los corolarios de la “libertad de conciencia” o en la dogmática de la “libertad de expresión”²⁵. Pero sobre esto habremos de volver luego.

3. EL CONSTITUCIONALISMO RACIONALIZADO

Será en el siglo XX cuando se desarrollen las consecuencias del constitucionalismo, en un proceso de racionalización que se extenderá una vez más de modo mimético, elaborándose las constituciones en serie. El término escogido, en todo caso, no podía ser más acertado, toda vez que fue la matriz racionalista del constitucionalismo la que sobre todo se vio fortalecida²⁶.

La ideología constitucionalista, recogida en un documento que contiene el contrato social, se hacía en verdad constituyente. Lo político se

²⁴Puede verse un desarrollo más amplio en el capítulo III de mi libro *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, cit. Así como la explicación teórica de Danilo Castellano, *Razionalismo e diritti umani. Sulla anti-filosofia politico-giuridica della modernità*, Turín, Giappichelli, 2003 (hay edición castellana, Marcial Pons, 2004).

²⁵Cfr. Miguel Ayuso, “El derecho a la información: sujeto, objeto y límites”, *Verbo* (Madrid), n. 391-392 (2001), 85 y ss., y también Miguel Ayuso (ed.), *Estado, ley y conciencia*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

²⁶La difusión del término “*parlamentarisme rationalisé*”, luego ampliado como constitucionalismo racionalizado, se debe a Boris Mirkin-Guetzevitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, París, Giard, 1931. En Italia lo recogió Costantino Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cuya primera edición, de 1949, se presenta todavía en forma de apuntes de las lecciones, mientras la segunda –ya totalmente rehecha– es de 1952. Hemos consultado la 9ª, Padua, CEDAM, 1975, vol. I, 569 y ss. En España, en el decenio de los treinta, ya lo había sometido a crítica aguda Eugenio Vegas Latapie, *Romanticismo y democracia*, Santander, Aldus, 1938.

tornaba, según una frase famosa, constitucional²⁷. De otro lado, al poner en su origen un “poder constituyente”²⁸ al que, además, se atribuye la “soberanía”²⁹, no salía del voluntarismo, el constructivismo y, a la postre, el utopismo. Finalmente, en el formalismo del (pretendido) “derecho puro”, la Constitución se convertía incluso en la *norma normarum*, no tanto en el sentido de la norma jerárquicamente más importante, sino en el de condensado de la juridicidad, subrogado en definitiva de la naturaleza de las cosas³⁰.

De lo anterior se desprende derechamente un cambio de gran trascendencia. La Constitución comenzó organizando los poderes del Estado, a partir del “principio” fundamental de su “separación”, pero hoy busca más bien modificar la entraña de la sociedad. Es el curso del racionalismo, que al inicio acantonaba una realidad todavía renuente a someterse a su férula, pero que el discurrir del tiempo ha ido haciendo más y más fluida y por lo mismo moldeable por un “pensamiento” políticamente siempre más activo. La sustitución del derecho por la legislación, monopolizada además por el Estado, también ha tenido en ello su parte, pues el Estado no legisla para la sociedad sino para aproximarla a él³¹.

Se ha podido escribir, así, que en un esquema de interpretación histórica la directriz residiría en “la progresiva intensidad de la acción racional del poder en la configuración de los órdenes constitucionales”. Lo que quiere decir que las constituciones, concebidas como un plan de organización política y social, serían obra de un poder político en vista de transformar el orden existente en función de principios ideológicos. Transformación que “no debe entenderse limitada a la organización misma del poder, sino que penetra en toda la estructura del orden social: desde la organización del poder a la organización de la sociedad”³². Y es que fenómeno característico del panorama constitucional desde la Revolución

²⁷Es el juicio famoso de Gioele Solari, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Turín, Giappichelli, 1962, 65.

²⁸Véase Pietro Giuseppe Grasso, *Il potere costituente e le antinomie del diritto costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2006, y Miguel Ayuso (ed.), *El problema del poder constituyente. Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

²⁹Sobre el asunto puede acudirse a Francesco Gentile, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milán, Giuffrè, 1984, y Danilo Castellano, *Introduzione alla filosofia della politica. Breve manuale*, cit., cap. VI. También Miguel Ayuso, “Soberanía o subsidiariedad”, *L'Ircocervo* (Padua), a. 18, n. 0 (2019), 1-6.

³⁰Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Viena, Franz Deuticke, 1960, en particular V, 34 y 35. A cuenta de la “pureza” kelseniana se iba a separar el derecho de la realidad, mientras que se iba a entregar a la ideología. Para la versión castellana, *Teoría pura del derecho*, Ciudad de México, UNAM, 1979.

³¹Juan Vallet de Goytisoló, “Los dogmas políticos vigentes”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (Madrid) n. 81 (2004), 267 y ss. Es uno de los *leit-motiven* de la obra política del maestro español.

³²Luis Sánchez Agesta, *Curso de derecho constitucional comparado*, 5ª ed., Madrid, Editorial Complutense, 1980, 27.

francesa hasta nuestros días fue “la tensión e inadecuación entre el medio social y poderes relativamente artificiosos”. De ahí que el poder se haya ido atribuyendo la facultad de reformar a través de la ley el mismo orden social: “El germen de racionalismo revolucionario o reformador sembrado por el pensamiento político del siglo XVIII, tiende a transformar y configurar el orden social, no por un crecimiento o evolución de fuerzas sociales espontáneas, sino por una voluntad operante según esquemas de organización racional. La coherencia entre organización del poder y constitución social se ha alterado hasta casi invertirse la relación. El poder no solo no se presenta como una emanación de la comunidad que rige, sino que tiende a conformarla de acuerdo con sus principios. El primado de la voluntad de poder sobre la constitución social, que es uno de los caracteres de nuestro tiempo, ha quebrado el hilo de una tradición histórica forjadora de instituciones, y en cierta manera todo orden constitucional contemporáneo se manifiesta como un proyecto racional de constitución, no solo de las instituciones que encarnan el poder político, sino de la misma entraña del orden social. La coherencia, relativa coherencia, de la unidad del orden aparece creada desde el poder, como realización de un plan, que ordinariamente refleja y desenvuelve los principios de una ideología política. Nunca el pensamiento ha sido tan activo políticamente como en nuestros días”³³.

Tan evidente se ha hecho lo anterior que el “positivismo crítico” ha debido reaccionar poniendo límites al campo del “constructivismo”, a través de recursos como, por ejemplo, las llamadas “garantías institucionales y de las instituciones”³⁴. Mientras el “tribunal de la praxis” ha exhibido cómo la fusión entre Estado y sociedad conduce paradójicamente a la emergencia de una serie de poderes, denominados “sociales”, en puridad “independientes”, que vienen a socavar finalmente al Estado³⁵. La corrupción difundida en todas las latitudes así lo demuestra³⁶.

La incidencia de este proceso de racionalización en los ámbitos de la separación de los poderes y la garantía de los derechos es de relieve.

³³*Ibid.*, 27-28.

³⁴Distingue Carl Schmitt las “garantías institucionales” (*institutionellen Garantien*), que protegen regulaciones de derecho público como la autonomía local, de las “garantías de las instituciones” (*Institutsgarantien*), que aseguran la permanencia de instituciones de derecho privado, como la propiedad, la libertad contractual, la herencia o el matrimonio. Véase Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., 170 y ss.; y “*Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*” (1931), hoy en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlín, Duncker und Humblot, 1958.

³⁵Véase la reconstrucción que he ofrecido en mi libro *El Estado en su laberinto. Las transformaciones de la política contemporánea*, Barcelona, Scire, 2011, cap. 4.

³⁶Alejandro Nieto, *El desgobierno de lo público*, Barcelona, Ariel, 2008, donde revisa otras descripciones suyas precedentes. También, en un ámbito más amplio, Miguel Ayuso, “Las causas de la corrupción y la crisis contemporánea”, *Ius Publicum* (Santiago de Chile), n. 40 (2018), 33-51.

Y conviene dejar escueta nota. De un lado, en el seno del parlamentarismo, se vio la necesidad de ajustar la forma de gobierno por razón de los cambios institucionales. Fue el reforzamiento del gobierno, que asumió la iniciativa legislativa y, en algunos casos, la propia legislación, como en los casos de delegación y urgencia. También las técnicas de la investidura o la moción de censura constructiva. Y la recepción de los partidos políticos como corporaciones de derecho público. Finalmente, la difusión de los Tribunales Constitucionales, que juzgan primero de la constitucionalidad de las leyes y más adelante van ampliando sus competencias³⁷. En el presidencialismo, por su parte, el inmenso crecimiento de papel de los presidentes y de la vasta burocracia de que se rodea ha alterado el equilibrio fundacional³⁸. Del lado de los derechos, finalmente, pueden colacionarse la atribución del conocimiento de su vulneración a los Tribunales Constitucionales, el acceso a los tribunales de justicia de las normas constitucionales como accionables y la multiplicación de los llamados “derechos sociales”³⁹.

4. EL NEOCONSTITUCIONALISMO

El constitucionalismo racionalizado, tal y como surgió tras la Segunda Guerra Mundial, al tiempo que desarrollaba coherentemente la ideología del primer constitucionalismo, tras las sabidas vacilaciones del siglo XIX, no había en cambio desarbolado totalmente las resistencias del orden natural. La pretensión de prescindir totalmente de este se había iniciado, sin duda, con la de condicionar el derecho privado partiendo del público y de constituir –como se ha dicho– no solo el Estado sino también la sociedad. Pero solo con su prolongación en el que se ha dado en conocer como neoconstitucionalismo se ha avanzado decididamente en la consecución de su objetivo.

Los ámbitos en que esta línea se ha concretado son muchos, pero cabe limitarse tan solo a los de mayor relieve. Del lado de la organización de los poderes quizá se trate, otra vez, del despliegue creciente de los Tribunales Constitucionales y de su interrelación con los ordinarios, así como con frecuencia también de la federalización territorial⁴⁰. Mientras

³⁷Louis Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, París, PUF, 1986, ofrece una buena síntesis, aunque dentro de los límites del comparatismo.

³⁸Thomas Molnar, *Le modèle défiguré. L'Amérique de Tocqueville à Carter*, París, Presses Universitaires de France, 1978.

³⁹Cfr. Juan Fernando Segovia, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2004, y Ricardo M. Dip, *Los derechos humanos y el derecho natural*, Madrid, Marcial Pons, 2009, cap. III.

⁴⁰Federalización como proceso que no coincide exactamente con el Estado federal como forma de Estado. El tránsito, en cuanto a este, del llamado “dual” al conocido como

que, en cuanto a los derechos, el “personalismo” ha venido a volatilizar el ordenamiento jurídico (un ordenamiento que –no lo olvidemos– ya no era funcional al orden).

Los Tribunales Constitucionales, en efecto, que en un primer momento se limitaron al control de la constitucionalidad de las leyes, según la ortodoxia kelseniana, pronto fueron asumiendo nuevas funciones que, en su desarrollo, iban a potenciar la Constitución más allá incluso de lo que había supuesto la racionalización inmediatamente precedente⁴¹. Los conflictos entre órganos constitucionales o, en los Estados compuestos, los regionales, añaden no poco relieve a dichos Tribunales Constitucionales. Aunque, sobre todo, la tutela de los derechos llamados ya “fundamentales”, en una apertura de signo americano, que le permitieron transformar de raíz la interpretación y aplicación de la legislación ordinaria. Y guiar a los jueces ordinarios por esa senda. El que se ha bautizado como “activismo” judicial, de origen estadounidense, ha sido protagonizado entre nosotros generalmente por los Tribunales Constitucionales, sin perjuicio de que los Tribunales Supremos se hayan sumado más pronto que tarde a la tendencia. Eso ha llevado a la politización (*rectius* ideologización) de su función, toda vez que los magistrados de los Tribunales Constitucionales deben ser para el constitucionalismo –antes que juristas– “políticos”, esto es, intérpretes y guardianes de una ideología⁴². Algo similar se traslada a los jueces ordinarios, sobre todo en su cima, los Tribunales Supremos, pues su elección por los “politizados” Consejos del Poder Judicial marca también a los designados con el sello de la ideología⁴³. Así pues, al igual que la Constitución desplazó a la ley, la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales está desplazando a las constituciones⁴⁴. La interpretación se torna novación (si no auténtica creación) cuando aunque permanezca

“cooperativo”, lo hace notar. Así como el funcionalismo federalista practicado en el seno de la Unión Europea. La referencia, clásica, es a Carl J. Friedrich, “Federal Constitutional Theory and Emergent Proposals”, en Arthur W. Macmahon (ed.), *Federalism: Mature and Emergent*, Nueva York, Russell & Russell, 1955.

⁴¹Miguel Ayuso, “¿Un tribunal constitucional internacional? Una visión problemática”, *Notandum* (Oporto), n. 41 (2016), 53-58. La primera parte hace un repaso sintético de la evolución de la justicia constitucional.

⁴²Miguel Ayuso, *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, cit., 239 y ss. Desde el ángulo político puede verse la crítica relativamente temprana de Gonzalo Fernández de la Mora, *Los errores del cambio*, Barcelona, Plaza y Janés, 1987, 128 y ss.

⁴³Andrés de la Oliva, “La demolición de la Administración de Justicia en la futura Constitución de 1978”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* (Madrid), n. 2-3 (1978), 399-431. Ensayo profético y sin contemplaciones de uno de los maestros del Derecho procesal. Aunque referida a España, puede extenderse sin dificultad a otros países, pues no debe olvidarse que el modelo tiene origen en Italia y poco menos que se ha universalizado. Para una síntesis, Miguel Ayuso, “El desgobierno de los jueces”, *Revista de Derecho Público* (Santiago de Chile), n. 81 (2014), 13 y ss.

⁴⁴Miguel Ayuso, *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001 (hay edición italiana, Giffone Valle Piana, Ripostes, 2018; y anterior francesa, París, Hora Decima, 2008).

su letra se traiciona la Constitución. No se trata, claro está, de aquellos casos en que la finalidad corrige la literalidad, pues estamos en presencia de una aplicación de la *ratio* una vez elucidada; sino de aquellos otros en que una razón distinta viene a imponerse so capa de interpretación evolutiva o sistemática. Problema hermenéutico que abre otro sustancial, donde los altos tribunales ejercen un poder “político”⁴⁵.

Otro eje de importancia viene dado por la internacionalización y aun mundialización del constitucionalismo, en buena medida merced a los derechos humanos. Ambos fenómenos son perfectamente diferenciables, aunque presenten algún nexo entre sí. La internacionalización de los derechos humanos completó el proceso de su anterior constitucionalización, abriendo los ordenamientos al derecho internacional según la última fase del pensamiento de Kelsen. Pero “la internacionalización del problema no representa su solución”, de manera que “la globalización del *iuspositivismo* no puede ser su misma *justificación*”⁴⁶. Las modernas Declaraciones internacionales y supranacionales se superponen hoy a las Constituciones, que a su vez prevén esta agregación, creando en ocasiones dificultades de articulación. Debe subrayarse, en este punto, que la idea de unos derechos del género humano, que no es nueva, reviste en nuestros tiempos rasgos peculiares. Las nociones de género humano y de dignidad de la humanidad, lejos de ser universales como en la doctrina cristiana, en la nueva era se convierten en cosmopolitas. En fin, el modelo contemporáneo de la protección de los derechos humanos, sin romper con la noción racionalista de la dignidad del hombre⁴⁷, considerado en su individualidad, la sitúa en el ámbito de un concepto no solo más extenso (el de humanidad) sino incluso más abstracto, ya que la abstrae de la sociabilidad natural de los hombres (que viven en una estructura de relación con otros individuos y diversos cuerpos sociales), de la forma histórica de las asociaciones humanas (incluidas las naciones), de la actualidad de las generaciones humanas (pues refiere también los derechos tutelables a las generaciones futuras), del territorio nacional (*rectius* de las fronteras estatales) y aun del propio Estado⁴⁸. Una consecuencia inevitable de ese

⁴⁵En relación con la experiencia de los Estados Unidos de América resulta bien interesante la síntesis, no solo descriptiva sino problemática, de Christopher Ferrara, “Las “uniones del mismo sexo” y el problema del positivismo legal: una perspectiva desde los Estados Unidos”, en Miguel Ayuso (ed.), *Estado, ley y conciencia*, Madrid, Marcial Pons, 2010, 89 y ss. Donde aborda el problema del “originalismo” y el “democratismo” de la jurisprudencia apodada conservadora, frente al “axiologismo (por erróneo que sea) de la “liberal”. Desde un ángulo general, véase una vez más Danilo Castellano, *Costituzione e costituzionalismo*, cit., cap. IV.

⁴⁶Danilo Castellano, *Razionalismo e diritti umani*, cit., 96-98.

⁴⁷Cfr. Álvaro D’Ors, “La llamada “dignidad humana””, *La Ley* (Buenos Aires), año XLV, n. 148 (1980), 1 y ss.

⁴⁸Ricardo Dip, *Los derechos humanos y el derecho natural*, cit., 110. También Álvaro D’Ors, *Bien común y enemigo público*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

paradójico cosmopolitismo abstracto y no universal va a ser la fragmentación que a no mucho tardar hemos de examinar.

Por ahí ha apuntado el campo de los derechos llamados fundamentales, en el que se da también una línea de continuidad entre el neoconstitucionalismo y la etapa anterior del constitucionalismo racionalizado. Los derechos, es cierto, se pueden comprender en el seno de tres tradiciones distintas, a saber, la liberal, la democrática y la social. Sin embargo todas ellas responden a una matriz común, la del racionalismo político y social que es la base del liberalismo. Y que hoy encontramos exasperado en el seno de la ideología personalista. En efecto, la cuestión político-jurídica nodal y permanente, principalmente después del cristianismo, de la persona humana, ha sufrido un giro radical (e incluso una “heterogénesis de los fines”) con las vicisitudes de la modernidad y su mutación postmoderna. De un lado, la persona ha sido –de hecho– disuelta, al ser reducida a “acontecimiento” o a “proyecto”. De otro, junto a lo anterior, también se han desvirtuado el fundamento y la razón de la política y el derecho. Así, tras la crisis de la modernidad “fuerte”, se ha creído posible legitimar el Estado y el ordenamiento jurídico transformándolos, en primer lugar, en “objetividad” al servicio total de la voluntad de la persona y, después, asignándoles la función “mediadora” que exige el llamado “republicanismo global”. Lo institucional se identifica, así, con un “orden modular”, que de cuando en cuando permite tejer una red (que se compone y descompone al gusto), que representa una nueva forma de “positividad” del nihilismo político-jurídico contemporáneo, incompatible no solo con las doctrinas clásicas, sino también con el viejo contractualismo⁴⁹.

Ese parece ser el signo dominante del nuevo constitucionalismo en relación con los derechos humanos o fundamentales. Que ya no crean tanto un ámbito de libertad individual frente al Estado, cuanto se convierten en “valores” que invaden las relaciones entre particulares y a cuyo servicio se pone el propio ordenamiento jurídico estatal⁵⁰. Que a partir del “efecto irradiante” de la libertad de conciencia aseguran el libre desarrollo de la personalidad virtualmente, por lo menos, nihilista⁵¹. Todo ello en nombre de la “dignidad de la persona”, pero de una persona que no es la “sustancia individual de naturaleza racional”, metafísicamente fundada,

⁴⁹Danilo Castellano, *L'ordine politico-giuridico “modulare” del personalismo contemporaneo*, Nápoles, Edizioni Scientifihe Italiane, 2007.

⁵⁰La concepción dual del Tribunal Constitucional Federal Alemán, al que han seguido otros como el español, se halla anticipada *modo suo* en la conocida doctrina del *double standard* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Cfr. Francisco Fernández Segado, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid), n. 9 (1993), 199 y ss.

⁵¹Lo he abordado sucintamente en las páginas finales del libro *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del Derecho público en la era de la globalización*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

y de una dignidad que no deriva de ser aquella “lo más perfecto en toda la naturaleza”⁵², sino de una “moral del bien congénito”, que emprende la defensa de la dignidad (ontológica) del hombre, pero desvinculándolo de su origen divino⁵³. Pese a quienes se empeñan en descubrir en ella una música tomista, la canción es de indiscutible progenie kantiana.

5. ENTRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL POSCONSTITUCIONALISMO

Ha llegado el momento de abordar la cuestión del derecho (y, de los derechos, sobre todo de los denominados “humanos”) en el tiempo más radicalmente contemporáneo. Que ha sido caracterizado, desde hace decenios, como posmodernidad⁵⁴; y que, últimamente, desde el ángulo jurídico, como acabamos de ver, ha sido calificado de neoconstitucionalismo.

Lo primero que llama la atención es la asimetría: posteridad en un caso, novación en el otro. ¿Por qué? En primer término, no parece que el término postmodernidad se utilice unívocamente. Ya que, si de un lado, indica lo que sigue a la modernidad, en otras parece referirse a una relación dialéctica más que temporal respecto de aquella. Y, así, la postmodernidad puede concebirse como una modernidad radicalizada, decadente o incluso insurgente. Hipermodernidad en el primero de los casos, pues los caracteres de la ideología de los tiempos modernos (donde la axiología prima sobre la cronología) vienen a exacerbar los que marcaron a estos. Y, en efecto, en algunos terrenos, es como si se hubiera producido una aceleración y las consecuencias se extrajeran con toda lógica de premisas que hasta el presente no se habían tomado totalmente en serio. Sin, embargo, al mismo tiempo, no pueden sino subrayarse otros fenómenos que apuntan más bien al desleimiento de sus rasgos identificadores: en la tardomodernidad los productos “fuertes” de antaño se sustituyen por los subrogados “débiles” de hogaño. Aunque también se observan trazos en los que el perfil adquiere contornos de resistencia en una suerte de contramodernidad (que, como todo fenómeno puramente reactivo, se subordina a lo que se opone)⁵⁵. No sería imposible discernir efectos singulares para cada una de las tres tendencias indicadas, aunque entre

⁵²La primera definición procede, como es sabido de Boecio, *De duabus naturis*, mientras que la segunda observación es de Santo Tomás de Aquino, *S. th.*, I, q. 29, a. 3.

⁵³El análisis, finísimo, es de Leopoldo Eulogio Palacios, “El humanismo del bien congénito”, *Revista de Estudios Políticos* (Madrid), n. 110 (1960), 87 y ss.

⁵⁴Juan Fernando Segovia, *De la modernidad a la posmodernidad. Una visión católica*, Madrid, Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II, 2021.

⁵⁵Remito a Miguel Ayuso, “¿Política postmoderna?”, en Juan Carlos Moreno Romo (ed.), *Modernidad, postmodernidad, hipermodernidad*, Ciudad de Méjico, Fontamara, 2020, 153-167.

ellas prime en verdad su imbricación hasta el punto de que es esa suerte de carácter inextricable el que signa al postmodernismo.

Se ha subrayado muy pertinentemente que la ficción del consenso sobre la que se afirmó el constitucionalismo, tanto el originario como sobre todo el racionalizado, haya ido desapareciendo con el neoconstitucionalismo. Porque ese consenso, que explicitaba el contrato social, tiende a desaparecer en cuanto regla trascendente de la voluntad de los asociados. Y las Constituciones se convierten en “pactadas”, no en el sentido de los viejos pactos medievales⁵⁶, y obviamente tampoco en el del contractualismo, sino en el de que la voluntad de las partes, es decir, la voluntad como su unión, es condición para la reforma e interpretación de la Constitución⁵⁷. De donde derivan notables problemas, pues si esta es el resultado de un acuerdo contingente y siempre evolutivo, ¿cómo imponerla a quien no ha participado o no pudo hacerlo sin hacer de ella una norma heterónoma? ¿Y qué hacer con las minorías o los disidentes? Surge por ahí el pluralismo originario en el constitucionalismo estadounidense, adoptado *modo suo* por las Constituciones tardorracionalizadas⁵⁸ y por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales. Pluralismo entendido como multiplicidad de derechos creados por el ordenamiento positivo. Lo que significa que los derechos se hacen depender de las fuerzas “políticas” que logran imponerse y que el “balance” de los derechos no es sino el “balance” de fuerzas, haciéndose por tanto “compromiso” o mero equilibrio entre poderes efectivos: la única base en la que se apoyaría la legitimidad del ejercicio del poder a través del “derecho”, comprendido el constitucional, sería el propio poder. El pluralismo así entendido lleva consigo la revisión de la definición de la soberanía propia de la modernidad “fuerte” no tanto de manera sustancial como formal. Invierte la relación Estado/ciudadano, pero no sale de la soberanía misma, si bien hace más difícil el gobierno. El derecho constitucional, disuelta la “geometría legal”⁵⁹, pierde un mínimo de certeza jurídica y se sociologiza. Y la Constitución, de regla

⁵⁶Juan Vallet de Goytisolo, “Del pacto político de F. Eiximenis al contrato social de J. J. Rousseau”, en *Más sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1979, 144-149.

⁵⁷Véase Danilo Castellano, *Costituzione e costituzionalismo*, cit., 24 y ss., al que sigo a continuación, añadiendo algunas notas.

⁵⁸Respecto del pluralismo estadounidense, véase Frederick D. Wilhelmsen, “El derecho natural en el mundo anglosajón del siglo XX”, en AA.VV., *El derecho natural hispánico*, cit., 209-229. Y de su traslación al mundo europeo, Miguel Ayuso, “Pluralismo y pluralidad ante la filosofía jurídica y política”, en AA.VV., *Homenaje a Juan Bms. Vallet de Goytisolo*, vol. 5, Madrid, Consejo General del Notariado, 1988, 7-30.

⁵⁹La expresión, que se remonta al napolitano de edad española Giambattista Vico, ha sido explorada y tematizada por Francesco Gentile, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, cit., y *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padua, CEDAM, 2000 (hay edición castellana, Madrid, Marcial Pons, 2001). Véase, en este sentido, Miguel Ayuso (ed.), *Dalla geometria legale-statalistica alla riscoperta del diritto e della politica. Studi in onore di Francesco Gentile*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

para la sociedad, pasa a ser instrumento para la realización de cualquier proyecto (como sostiene el constructivismo) o de cualquier compromiso (como sostiene la politología): “El pluralismo de los ordenamientos jurídicos originarios comporta, a su vez, una imposible *combinación* de las *rationes* político-jurídicas. Representa la premisa para la disolución de todo ordenamiento jurídico-constitucional, sustituido por las medidas contingentes tomadas sobre la marcha e impuestas como prescripciones normativas constitucionales”⁶⁰.

Es natural, pues, que se produzca una fragmentación creciente en el seno de un ideal que apuntaba a lo universal y que ha de contentarse en cambio con la uniformización. Que no es lo mismo. Y no resulta contradictorio. Los derechos humanos, en la fase débil de la modernidad, se han convertido en un ariete contra la irrefragabilidad de la ley y la estabilidad del Estado. A la implosión sufrida por lo que hace un siglo parecía sólido si no inconvertible han coadyuvado varias tendencias entre las que ocupó un puesto no menor lo que se ha dado en llamar multiculturalismo. Que, en sus variadas formas, sostiene que de una manera o de otra todas las culturas y las religiones son igualmente valiosas, por lo que hay que crear simplemente un marco neutro de coexistencia. Eso son los juegos, presididos por reglas formales; o las sociedades mercantiles, regidas por la voluntad de los socios.

Pues bien, ese relativismo cultural, en la práctica, resulta funcional a la homogeneización que el desarraigo de nuestros días potencia. Y sobre el que se sitúan los derechos humanos, reducidos a pretensión individual o colectiva. Es el horizonte del liberalismo, incluida la versión comunitarista. En realidad la discrepancia reside en “una polémica interna a la *Weltanschauung* racionalista de la política, compartida –aunque pueda parecer paradójico– por los liberales norteamericanos contemporáneos y por los “comunitaristas”: “Los liberales, en efecto, tienden a identificar la justicia con el reconocimiento, la garantía a veces es la protección de los solos derechos entendidos modernistamente, esto es como meras pretensiones subjetivas de instaurar el orden que cada uno retiene preferible para sí: una especie de anarquía protegida por el derecho positivo. Es el modo de entender el derecho, en particular el derecho subjetivo, de derivación protestante, reforzado por la Ilustración y la Revolución francesa. Si la justicia consistiese en eso sería ciertamente un obstáculo a la vida de la comunidad, cuyo bien, sin embargo, no puede consistir en cualquier proyecto de vida compartido con el que se identifica por los comunitaristas la ‘vida buena’. El bien, de hecho, sería en este caso un mero *flatus vocis*, una expresión puramente nominalista aunque con efectos fuertemente condicionantes. El bien no puede ser identificarse con cualquier elección u opción aunque fuere colectiva. La historia demuestra

⁶⁰Danilo Castellano, *Costituzione e costituzionalismo*, cit., 31.

que muchas identidades colectivas han obrado elecciones equivocadas en diversos sectores y a distintos niveles. El bien debe encontrar un fundamento verdadero, no convencional, pues no se basa en la representación colectiva sino que, al contrario, es representación de lo que es y no de lo que se imagina. En otras palabras, exige la justicia como una de sus condiciones y no como un obstáculo. El *comunitarismo*, por ello, se confunde al erigir la contraposición entre la justicia y el bien. Se confunde, no obstante, porque parte de una premisa errada y porque se subordina, aunque oponiéndose, al liberalismo o al neoliberalismo que se propone –y cree– combatir⁶¹.

6. LA DISOLUCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO

Hemos visto en lo anterior cómo la evolución del constitucionalismo apuntaba a su disolución. Esto es, que el neoconstitucionalismo se tornaba posconstitucionalismo. La crisis producida por la pandemia de Coronavirus no ha hecho sino acelerar y desenmascarar el proceso⁶².

¿Qué ha sido del dogma de la separación de poderes sobre el que se basa el constitucionalismo? ¿Qué ha sido del parlamentarismo? Asambleas representativas clausuradas, o casi, disminuidas en sus funciones por lo menos en la mayor parte de los lugares. Sustituidas por “gobiernos” que, mucho allá de ser poderes ejecutivos, pero sin dejar de ser en todo caso simples administradores, actúan con frecuencia fuera del marco constitucional, porque se han visto obligados a hacerlo. ¿Qué ha sido de la autodeterminación personal y sus consecuencias siempre más desarrolladas? De un plumazo la hemos visto reducida a su mínima expresión, salvo en lo que toca a la ideología radical, otro mimbres del plexo dominante en nuestro tiempo⁶³. Así, la situación ha servido para “concienciar” a las poblaciones y, en ocasiones, avanzar prácticas de eutanasia, cuyo proyecto de ley –en España por ejemplo– se depositó en el Congreso pocas semanas antes del estallido de la epidemia, sin que esta detuviera su camino.

Algunas voces han denunciado que estaríamos ante la incoación de un proceso de naturaleza totalitaria. Debería ser cosa sabida, en primer lugar, que la anarquía suele dejar paso a la tiranía y que, en el seno de la

⁶¹Danilo Castellano, “De la comunidad al comunitarismo”, *Verbo* (Madrid), n. 465-466 (2008), 491-492, y Miguel Ayuso, “Las metamorfosis de la política contemporánea: ¿disolución o reconstitución?”, *Verbo* (Madrid), n. 465-466 (2008), 513 y ss.

⁶²Miguel Ayuso, “Una crisis que deja al descubierto la crisis: sobre el coronavirus y sus secuelas”, en Lucio Franzese y Antonio Incampo, *Potere e libertà al tempo delle emergenze*, Bari, Cacucci, 2021, 69-82.

⁶³Rudi Di Marco, *Autodeterminazione e diritto*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, y Miguel Ayuso (ed.), *La autodeterminación. Problemas jurídicos y políticos*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

política *moderna*, no hay incompatibilidad teórica entre totalitarismo y democracia, como formas de ella⁶⁴. Como, a continuación, que colectivismo e individualismo coexisten desde hace decenios en los regímenes políticos occidentales, y más en general en todo el mundo⁶⁵. También, a continuación, es fácil de entender que ese contexto facilita la toma de algunas medidas como las que hemos visto en este período. Sin embargo, criticar –justamente– el posible exceso o la inconveniencia de una decisión concreta no quita la cuestión de principio: la potestad política no es ajena a la intervención en materia sanitaria cuando se halla en riesgo la salud “pública”⁶⁶. Es cierto que la estatización de la sanidad, bajo la etiqueta de la socialización de la medicina, contra el recto funcionamiento del principio de subsidiariedad⁶⁷, juega negativamente en este punto. Pero solo la ideología liberal niega que la autoridad política pueda legítimamente tomar medidas para atajar una epidemia.

En ese sentido, es conveniente examinar, para distinguir, qué se esconde bajo esa denuncia de intervención totalitaria. Pues en muchos casos podemos encontrar, sobre todo, una aplicación del liberalismo (en su versión estricta o en la conservadora) más que una protesta contra el estatismo. Al margen, en todo caso, de que lo ocurrido haya sido aprovechado para poner en marcha procesos que puedan ser ilegítimos⁶⁸. Otra cosa, claro está, es cómo se ha instrumentado ese deber de los gobiernos de establecer normas sanitarias (como las cuarentenas, etc.). Lo que nos lleva a la oportunidad de las mismas. Puede discutirse el encierro prolongado, sin término definido, además, acompañado de la paralización de buena parte de las actividades económicas, con base científica discutible y quizá decidido de manera no suficientemente meditada. Que ha llevado a algunos a hablar de experimento social dirigido al lanzamiento de un cientismo tecnocrático conectado indudablemente con un propósito tendencialmente (por lo menos) totalitario. Pero es difícil negar, primero, la intensidad infecciosa del virus, y la saturación de los servicios sanitarios de

⁶⁴Miguel Ayuso, *La cabeza de la Gorgona*, Buenos Aires, Nueva Hispanidad, 2001, cap. III.

⁶⁵Danilo Castellano, *Introduzione alla filosofia della politica*, cit., 129: “El colectivismo, conservado incluso por los que se proclaman ‘liberales’, niega hasta la libertad que el liberalismo persiguió. Se ve obligado a agigantar, además, la burocracia que simultáneamente es opresiva y dañosa: opresiva para el ciudadano y dañosa por los tiempos que impone así como por los costes que supone. Se ve obligado también a usar de la política como mero poder, prosiguiendo así el camino emprendido por la modernidad. El colectivismo, finalmente, ha llevado a una heterogénesis de los fines más evidente y grave que la alcanzada por el liberalismo, como demuestra la ‘lectura’ atentamente de la experiencia político-social de nuestro tiempo”.

⁶⁶Danilo Castellano, *Politica. Parole chiave*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, cap. 3 (hay edición castellana, Madrid, Dykinson, 2020).

⁶⁷Felipe Fernández Arqueo [Alberto Ruiz de Galarreta Mocoroa], “La socialización de la medicina”, *Verbo* (Madrid), n. 145-146 (1976), 769-778.

⁶⁸Miguel Ayuso, “Derecho, religión y pandemia. Una nota de urgencia”, *Verbo* (Madrid), n. 585-586 (2020), 389-396.

urgencia que produjo, incluso en países con excelentes sistemas sanitarios. De algún modo los gobiernos reaccionaron tarde y con notoria torpeza, en ocasiones irresponsablemente incluso, sin una orientación claramente definida. En resumen, la función gubernativa se ha visto reforzada, más allá –mucho más allá– de la teoría política del liberalismo, que ha sido superada en la praxis incluso por gobiernos que entienden (erróneamente) encontrar su legitimación en la doctrina y el ordenamiento liberales⁶⁹.

El mundo conservador tampoco ha acertado con frecuencia a divisar la *heterogénesis de los fines* que se estaba produciendo ante sus ojos: “Se han podido leer, en efecto, declaraciones coherentes con las doctrinas liberales, pero alejadas, muy alejadas, de la doctrina clásica del gobierno. Se ha reivindicado, por ejemplo, el primado absoluto de la Constitución incluso contra el derecho natural, reivindicación que manifiesta de por sí la aceptación del positivismo jurídico. Se ha polemizado contra la Revolución francesa, aceptando sus principios simultáneamente y no dándose cuenta de que algunas de las elecciones revolucionarias eran (y son) signo de la imposibilidad de eliminar absolutamente las exigencias del orden natural (aunque se justifiquen mal y se apliquen peor). Se ha hablado de totalitarismo a propósito de las limitaciones impuestas, sin distinguir entre imposición arbitraria e imposición determinada por razones sanitarias. Se ha exaltado al individuo contra la comunidad y, en todo caso, contra los derechos de otros individuos. Se ha llegado a sugerir la ‘desobediencia civil’, no impuesta por el respeto de una ley que está inscrita en el orden de las ‘cosas’, sino como ‘vía’ para el ejercicio de los derechos concebidos como pretensiones. Signo de una confusión difundida y dictada principalmente por una cultura conservadora que lleva fácilmente a confundir el conservadurismo con la tradición. También por ello se hace necesaria una reflexión sobre estos temas que ayude a comprender diferencias sustanciales que no siempre se entienden”⁷⁰.

Estamos, pues, ante una situación que, aunque incoada desde hace decenios, se ha visto intensificada por los acontecimientos de los últimos años. Tanto en la relación de los poderes entre sí cuanto en la operatividad de los derechos se han asentado prácticas que puede resultar difícil revertir. Más aún cuando, como hemos dicho, coronan procesos que ya estaban en acto.

⁶⁹Daniele Mattiussi, “Sobre algunas cuestiones poscoronavirus”, *Verbo* (Madrid), n. 587-588 (2020), 629 y ss.

⁷⁰*Ibid.*