

EL ESTADO DE DERECHO Y SUS METAMORFOSIS

Miguel Ayuso

1. Estado, Constitución y Estado de derecho: la ideología constitucionalista

El Estado de Derecho, de una parte, es una especie del género estatal, ligado de otra parte a la Constitución, esto es, al Estado constitucional.

El Estado, como es sabido, no se confunde con la comunidad política natural, sino que es una forma política moderna y artificial (1). Caracterizado por la soberanía, comienza como el de las monarquías absolutas, para para pasar al liberal y, sucesivamente, el democrático y el social (2). Si bien a veces se habla, en su desarrollo, de Estado social y democrático de derecho, en el que la evolución se presenta en otros términos respecto de la recién recordada (3).

La Constitución es también un fenómeno que pertenece estrictamente a la modernidad (4). Resulta canónico el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del

(1) Al Estado del Estado he dedicado un cierto número de páginas, por lo que espero se me disculpe la autocita: cfr. Miguel Ayuso, *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo* (Madrid, Speiro, 1996), *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización* (Madrid, Marcial Pons, 2005), *El Estado en su laberinto. Las transformaciones de la política contemporánea* (Barcelona, Scire, 2011) y *¿El pueblo contra el Estado? Las tensiones entre las formas de gobierno y el Estado* (Madrid, Marcial Pons, 2022).

(2) En la doctrina española la explicación clásica es la de Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución española*, Madrid, Editora Nacional, 1980, cap. 3. El Estado de derecho es el liberal, al que se suma la democracia política por medio del sufragio universal, todavía en el siglo XIX, añadiéndose en el XX los derechos sociales.

(3) Centrándonos de nuevo en la doctrina local, puede verse una construcción diferente de la anterior en Ángel GARRORENA, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1984. El Estado burgués es transformado primeramente por el Estado social y más adelante por el social y democrático caracterizado por el pluralismo.

(4) Remito a mi *Constitución. El problema y los problemas*, Madrid, Marcial Pons, 2016 (hay edición italiana, Nápoles, ESI, 2019).

Ciudadano: «*Toute société dans laquelle la séparation de pouvoirs n'est pas déterminée ni la garantie de droits assurée n'a point de Constitution*». El constitucionalismo, pues, no es sino la ideología de la Constitución liberal, esto es, la doctrina que sufre la ilusión de pretender controlar el poder exclusivamente tanto a través de la técnica de su «separación» geográfica como en virtud de los derechos del hombre protegidos por la ley, de la que dependen en la práctica, reducidos al ejercicio de una libertad negativa, es decir, sin regla (5). Esa es la razón por la que se ha dicho que el derecho constitucional es el «derecho natural del Estado moderno» (6).

El Estado moderno, a través de la Constitución moderna, se convierte en Estado de derecho, esto es, la fase estrictamente liberal del Estado moderno. Que ha conocido, a continuación, transformaciones importantes en los últimos siglos y, en particular, durante los últimos años.

En lo que toca a la separación de poderes, su origen histórico pudo llevar a pensar que el constitucionalismo habría nacido contra el absolutismo estatal bajo forma monárquica, mientras que en realidad brotó de una nueva concepción del hombre y de la sociedad engendradas por la modernidad. La soberanía, es decir, la afirmación y la reivindicación de la libertad negativa, pasará de encarnar en la persona del rey a desencarnarse en la «nación» primero y el «pueblo» después, dando lugar a nuevas formas siempre más radicales de absolutismo (7). Pues, de un lado, el de

(5) Danilo CASTELLANO, *Introduzione alla filosofia della politica. Breve manuale*, Nápoles, Edizioni Scientifiche, 2020, pp. 134 y ss. Hay edición castellana contemporánea. Así como, del mismo autor, *Costituzione e costituzionalismo*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013. También hay edición castellana, en el mismo año.

(6) Es la sabia caracterización de Pietro Giuseppe GRASSO, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 23 y ss. Ricardo DIP, por su parte, ya desde el título, ha realizado una traslación respecto del asunto que aquí nos interesa: «Neoconstitucionalismo, direito natural da pós-modernidade», *Anales de la Fundación Elías de Tejada* (Madrid), n.13 (2007), pp. 193 y ss.

(7) Resulta conveniente problematizar desde el ángulo filosófico el concepto de soberanía. Véase Francesco GENTILE, «Introduzione al Convegno», en Danilo CASTELLANO (ed.), *L'Europa dopo le sovranità*, Nápoles, 1999, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 11-21. Y mi «Soberanía o subsidiariedad», *L'Ircovervo* (Venecia), n. 18 (2019), pp. 1-6.

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.

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 disposición de las cosas el poder frene al poder» (8). Se trata, en todo caso, de una ilusión, que la experiencia de más de dos siglos ha desmentido (9). La unidad del poder del Estado no podía compadecerse con la tal separación o división, expresiones que además no son sinónimas (10), 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» (11).

(8) MONTESQUIEU, *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 (Maurizio FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 53 y ss). 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., p. 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.

(9) Baste 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.

(10) Véase Juan VALLET DE GOYTISOLO, «La independencia de la función judicial y la pretendida separación de poderes», *Verbo* (Madrid), n. 309-310 (1992), pp. 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, pp. 267 y ss.

(11) El término se aplicó en algún momento a los Estados Unidos de América, si bien fue acuñado en francés. Véase Édouard LAMBERT, *Le Verbo*, núm. 615-616 (2023), 551-566.

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*» (12). Porque, en primer lugar, el poder que la Asamblea quería limitar era más el poder regio en el *ancien régime* 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 afectado (13), 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 la dogmática de la «libertad de expresión» (14).

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».

(12) Lo 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), pp. 258 y ss.

(13) Puede verse un desarrollo más amplio en el capítulo III de mi libro *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, Madrid, Criterio, 2000 (hay edición italiana, Turín, Giappichelli, 2004). 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).

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

2. La racionalización del constitucionalismo

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 fortalecida (15).

La ideología constitucionalista, recogida en un documento que contiene el contrato social, se hacía en verdad constituyente. Lo político se tornaba, según una frase famosa, constitucional (16). De otro lado, al poner en su origen un «poder constituyente» (17) al que, además, se atribuye la «soberanía» (18), 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 cosas (19).

(15) La difusión del término «*parlamentarisme rationalisé*», luego ampliado como constitucionalismo racionalizado, se debe a Boris MIRKINE-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, pp. 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.

(16) Es el juicio famoso de Gioele SOLARI, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Turín, Giappichelli, 1962, p. 65.

(17) Véase Pietro Giuseppe GRASSO, *Il potere costituyente 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.

(18) Sobre el asunto puede acudir 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», *loc. cit.*

(19) Hans 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.

Se trata de 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 él (20).

El fenómeno característico del panorama constitucional desde la Revolución 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: «Nunca el pensamiento ha sido tan activo políticamente como en nuestros días» (21).

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» (22). 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

(20) Juan VALLET DE GOYTISOLO, «Los dogmas políticos vigentes», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (Madrid) n. 81 (2004), pp. 267 y ss. Es uno de los *leit-motiven* de la obra política del maestro español.

(21) Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Curso de derecho constitucional comparado*, 5ª ed., Madrid, Editorial Complutense, 1980, pp. 27-28.

(22) Distingue 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., pp. 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.

vienen a socavar finalmente al Estado (23). La corrupción difundida en todas las latitudes así lo demuestra (24).

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. 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 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 competencias (25). En el presidencialismo, por su parte, el inmenso crecimiento de papel de los presidentes y de la vasta burocracia de que se rodean ha alterado el equilibrio fundacional (26). 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» (27).

3. El neoconstitucionalismo

El constitucionalismo racionalizado, tal y como surgió tras la II Guerra Mundial, al tiempo que desarrollaba cohe-

(23) Véase la reconstrucción que he ofrecido en mi libro *El Estado en su laberinto. Las transformaciones de la política contemporánea*, cit., cap. 4.

(24) Alejandro 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), pp. 33-51.

(25) Louis FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, París, PUF, 1986, ofrece una buena síntesis, aunque dentro de los límites del comparatismo.

(26) Thomas MOLNAR, *Le modèle défiguré. L'Amérique de Tocqueville à Carter*, París, Presses Universitaires de France, 1978.

(27) Cfr. 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.

rentemente 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 éste se había iniciado, sin duda, con la de condicionar el derecho privado partiendo del público y de constituir –como se ha dicho– no sólo el Estado sino también la sociedad. Pero sólo 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 sólo 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 territorial (28). Mientras 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 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 precedente (29). Los conflictos entre órganos constitucionales o, en los Estados compuestos, los regionales, añadían 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

(28) Federalización como proceso que no coincide exactamente con el Estado federal como forma de Estado. El tránsito, en cuanto a éste, del llamado «dual» al conocido como «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.

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

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 ideología (30). 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 ideología (31). Así pues, al igual que la Constitución desplazó a la ley, la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales está desplazando a las constituciones (32). La interpretación se torna novación (si no auténtica creación) cuando aunque permanezca 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» (33).

(30) Miguel AYUSO, *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, cit., pp. 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, pp. 128 y ss.

(31) Andrés 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), pp. 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), pp. 13 y ss.

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

(33) En relación con la experiencia de los Estados Unidos de América resulta bien interesante la síntesis, no sólo descriptiva sino problemática,

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. 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.

4. Entre el neoconstitucionalismo y e 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 posmodernidad (34); 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. Hiper-modernidad 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 éstos. Y,

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*, cit., pp. 89 y ss. Donde aborda el problema del «originalismo» y el «democratismo» de la jurisprudencia apoyada conservadora, frente al «axiologismo (por erróneo que sea) de la «liberal». Desde un ángulo general, véase una vez más Danilo CASTELLANO, *Constituzione e costituzionalismo*, cit., cap. IV.

(34) Juan Fernando SEGOVIA, *De la modernidad a la posmodernidad. Una visión católica*, Madrid, Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II, 2021.

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 talmente 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 tardo-modernidad 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 contra-modernidad (que, como todo fenómeno puramente reactivo, se subordina a lo que se opone) (35). No sería imposible discernir efectos singulares para cada una de las tres tendencias indicadas, aunque entre 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, hay 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 medievales (36), 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 Constitución (37). De donde derivan notables problemas, pues si ésta 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

(35) Remito a Miguel AYUSO, «¿Política postmoderna?», en Juan Carlos MORENO ROMO (ed.), *Modernidad, postmodernidad, hipermodernidad*, Ciudad de Méjico, Fontamara, 2020, pp. 153-167.

(36) Juan 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, pp. 144-149.

(37) Véase Danilo CASTELLANO, *Costituzione e costituzionalismo*, cit., pp. 24 y ss., al que sigo a continuación, añadiendo algunas notas.

constitucionalismo estadounidense, adoptado *modo suo* por las Constituciones tardo-racionalizadas (38) 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» (39), pierde un mínimo de certeza jurídica y se sociologiza. Y la Constitución, de regla 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» (40).

(38) Respecto 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., pp. 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. Villet de Goytisolo*, vol. 5, Madrid, Consejo General del Notariado, 1988, pp. 7-30.

(39) La expresión, que se remonta al napolitano de edad española Giambattista Vico, ha sido explorada y tematizada por Francesco GENTILE, *Intelligenza politica e ragioni 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-statualistica alla riscoperta del diritto e della politica. Studi in onore di Francesco Gentile*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

(40) Danilo CASTELLANO, *Costituzione e costituzionalismo*, cit., p. 31.

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 inmovible han coadyuvado varias tendencias entre las que ocupa 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 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– combatir» (41).

5. 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 proceso (42).

¿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

(41) Danilo CASTELLANO, «De la comunidad al comunitarismo», *Verbo* (Madrid), n. 465-466 (2008), pp. 491-492, y Miguel AYUSO, «Las metamorfosis de la política contemporánea: ¿disolución o reconstitución?», *Verbo* (Madrid), n. 465-466 (2008), pp. 513 y ss.

(42) Miguel 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, pp. 69-82.

plexo dominante en nuestro tiempo (43). Así, la situación ha servido para «concienciar» a las poblaciones y, en ocasiones, avanzar prácticas de eutanasia.

Algunas voces han denunciado que estaríamos ante la incoacción 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 política *moderna*, no hay incompatibilidad teórica entre totalitarismo y democracia, como formas de ella (44). Como, a continuación, que colectivismo e individualismo coexisten desde hace decenios en los regímenes políticos occidentales, y más en general en todo el mundo (45). 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» (46). Es cierto que la estatización de la sanidad, bajo la etiqueta de la socialización de la medicina, contra el recto funcionamiento del principio de subsidiariedad (47), juega negativamente en este punto. Pero sólo la ideología liberal niega que la autoridad política pueda legítimamente tomar medidas para atajar una epidemia.

(43) Rudi DI MARCO, *Autodeterminazione e diritto*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, y Miguel AYUSO (ed.), *La autodeterminación. Problemas jurídicos y políticos*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

(44) Miguel AYUSO, *La cabeza de la Gorgona*, Buenos Aires, Nueva Hispanidad, 2001, cap. III.

(45) Danilo CASTELLANO, *Introduzione alla filosofia della politica*, cit., p. 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».

(46) Danilo CASTELLANO, *Política. Parole chiave*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, cap. 3 (hay edición castellana, Madrid, Dykinson, 2020).

(47) Felipe FERNÁNDEZ ARQUEO [Alberto RUIZ DE GALARRETA MOCOROA], «La socialización de la medicina», *Verbo* (Madrid), n. 145-146 (1976), pp. 769-778.

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 ilegítimos (48). 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 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 liberales (49).

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.

(48) Miguel Ayuso, «Derecho, religión y pandemia. Una nota de urgencia», *Verbo* (Madrid), n. 585-586 (2020), pp. 389-396.

(49) Daniele Mattiussi, «Sobre algunas cuestiones poscoronavirus», *Verbo* (Madrid), n. 587-588 (2020), pp. 629 y ss.