

MIGUEL AYUSO

**CONSTITUCIÓN
EL PROBLEMA
Y LOS PROBLEMAS**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	19
1. PERSPECTIVA.....	19
2. RECAPITULACIÓN	20
3. CONTENIDO	22

CAPÍTULO 1

EL PROBLEMA DE LA CONSTITUCIÓN ENTRE NEO-CONSTITUCIONALISMO Y POST-CONSTITUCIONALISMO

1. CONSTITUCIÓN, DERECHO CONSTITUCIONAL Y CONSTITUCIONALISMO	25
2. CONSTITUCIONALISMO, DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO.....	27
3. CONSTITUCIÓN DEL ESTADO Y CONSTRUCTIVISMO SOCIAL.....	28
4. ¿SEPARACIÓN DE PODERES?	30
5. UN ESCOLIO SOBRE EL «JUDICIALISMO».....	32
6. EL FUNCIONALISMO FEDERALISTA.....	33
7. CONSTITUCIONALISMO Y PERSONALISMO.....	35
8. NEO Y POST-CONSTITUCIONALISMO	36

CAPÍTULO 2

EL PROBLEMA DEL LENGUAJE POLÍTICO

1. INTRODUCCIÓN.....	39
2. ABUSO DE LENGUAJE Y ABUSO DE PODER.....	40
3. IDEOLOGÍA Y REALIDAD EN EL LENGUAJE POLÍTICO	41
4. CONCLUSIÓN.....	43

CAPÍTULO 3

EL PROBLEMA DE LA IDEOLOGÍA CONSTITUCIONAL

1. INTRODUCCIÓN.....	45
2. LA IDEOLOGÍA DEL CONSTITUCIONALISMO	45
3. HACIA ALGUNAS CONCLUSIONES	49

CAPÍTULO 4

EL PROBLEMA DEL SISTEMA

1. INTRODUCCIÓN.....	53
2. RACIONALISMO Y CODIFICACIÓN.....	53
3. CÓDIGO Y CONSTITUCIÓN	56
4. CONCLUSIÓN.....	59

CAPÍTULO 5

EL PROBLEMA DEL ORDEN Y EL ORDENAMIENTO

1. UNA INTRODUCCIÓN QUE ES UNA RECAPITULACIÓN.....	61
2. UNA EXPLICACIÓN <i>AUTOREVOLE</i>	62
3. UNA APLICACIÓN EN SEDE CONSTITUCIONAL	64
4. UNA CONCLUSIÓN (POR LO MENOS UN INTENTO).....	68

CAPÍTULO 6

**EL PROBLEMA DE LA UNIDAD Y LA PLURALIDAD
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

1. INTRODUCCIÓN.....	71
2. ¿PLURALIDAD O UNIDAD EN EL ORDENAMIENTO?.....	72
3. BUSCANDO LA SOLUCIÓN EN OTRO PLANO.....	76

CAPÍTULO 7

EL PROBLEMA DE LA FUNCIÓN Y EL MÉTODO

1. INTRODUCCIÓN.....	79
2. LA FUNCIÓN DEL DERECHO RESPECTO A LOS CUERPOS SOCIALES.....	80
3. CONCRETANDO ESE «OTRO» PLANO.....	84
4. EL FORALISMO.....	89

CAPÍTULO 8

EL PROBLEMA DE LA IDENTIDAD Y LA INTEGRACIÓN

1. UNA RELACIÓN AMBIGUA.....	91
2. CONSTITUCIONALISMO, IDENTIDAD E INTEGRACIÓN.....	93
3. PERSONALISMO CONTEMPORÁNEO Y PLURALISMO.....	94
4. FEDERALISMO Y SUBSIDIARIEDAD.....	95

CAPÍTULO 9

EL PROBLEMA DE LA LEY

1. DE LA CRISIS DEL DERECHO A LA CRISIS DE LA LEY.....	97
2. LA EQUIVOCIDAD DE LA LEY: DE LA LEY CLÁSICA A LA MODERNA.....	98
3. LA CRISIS DE LA LEY MODERNA.....	100
4. DE LA LEY MODERNA A LA DES-REGULACIÓN POSTMO- DERNA.....	102

CAPÍTULO 10

EL PROBLEMA DE LOS PRINCIPIOS

1. INTRODUCCIÓN.....	105
2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	105
3. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y SABERES JURÍ- DICOS.....	107
4. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GE- NERALES DEL DERECHO: ¿NOVACIÓN O DILUCIÓN?	110

CAPÍTULO 11

EL PROBLEMA DE LA FORMA Y EL FUNDAMENTO

1. INTRODUCCIÓN.....	117
2. ¿HA EXISTIDO LA DEMOCRACIA?.....	117
3. ¿EXISTE LA DEMOCRACIA?	119
4. ¿PUEDE EXISTIR LA DEMOCRACIA?.....	122
5. ¿HAY UNA BUENA DEMOCRACIA?	126

CAPÍTULO 12

EL PROBLEMA DE LA LIBERTAD

1. INTRODUCCIÓN.....	131
2. LAS LIBERTADES CONCRETAS EN EL ORDEN CRISTIANO...	133
3. LA AFIRMACIÓN DE LA LIBERTAD ABSTRACTA DEL RA- CIONALISMO.....	136

CAPÍTULO 13

EL PROBLEMA DE LOS DERECHOS

1. LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN LAS DECLARACIONES DE DERECHOS Y LAS CONSTITUCIONES	141
2. LAS METAMORFOSIS DE LOS DERECHOS HUMANOS	145
3. LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL POST- CONSTITUCIONALISMO.....	149

CAPÍTULO 14

EL PROBLEMA DEL PODER CONSTITUYENTE

1. LAS FUENTES DEL DERECHO.....	155
2. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.....	157
3. LAS FUENTES DE LA CONSTITUCIÓN.....	159
4. LOS ORÍGENES INTELECTUALES DEL PODER CONSTITUYENTE.....	160
5. EL PODER CONSTITUYENTE EN LAS REDES DE LA SOBERANÍA.....	163
6. EL SUJETO DE LA SOBERANÍA Y LA REPRESENTACIÓN.....	164
7. EL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y SUS LÍMITES.....	166
8. EL PROBLEMA DEL PODER CONSTITUYENTE.....	169

CAPÍTULO 15

EL PROBLEMA DEL DERECHO NATURAL Y DIVINO

1. INTRODUCCIÓN.....	171
2. LOS «VALORES» DEL CONSTITUCIONALISMO.....	171
3. LA ESCUELA CATÓLICA.....	175
4. EL MATRIMONIO Y EL MATRIMONIO CANÓNICO.....	177
BIBLIOGRAFÍA.....	179
ÍNDICE ONOMÁSTICO.....	193

INTRODUCCIÓN

1. PERSPECTIVA

La ideología constitucional dominante en el siglo pasado gravitó alucinada en torno de la obra de Hans Kelsen. El profesor austriaco fue sobre todo un lógico, como demuestra el hecho de que quienes se remiten a sus ideas las hayan explotado sobre todo en el terreno de la lógica de las normas. Su sistema, pretendidamente puro, esto es, cerrado al «derecho natural», se simboliza en la pirámide, que no es acaso monumento funerario. La observación más elemental evidencia, sin embargo, que ese «sistema», actuado a través de una verdadera «geometría legal», no acertó a fundar convincentemente la construcción, pendiente, en suma, de la última revolución que ha triunfado, de la Gorgona del poder. Como no es fácil sostenerle a ésta la mirada mucho tiempo, por las ventanas, cuando no por sus grietas, comenzaron a colarse los «valores» que había arrojado por la puerta. Pero la Constitución material, complementaria cuando no opuesta a la formal, no pasó de la consideración de las fuerzas políticas (los partidos), en realidad pseudo-fundantes, o a lo más del contexto sociológico.

Ese positivismo (aparentemente) abierto, el de Carl Schmitt, otro nombre mítico, si bien esta vez —para muchos— maldito, resultó a la postre más agudo que el clausurado, aunque —tras un fulgor tan brillante como pasajero— declinara rápidamente por mor de las ortodoxias celosamente custodiadas por la inquisición kelseniana. Una consideración más penetrante y cuidadosa, en todo caso, nos descubriría una oposición entre ambas versiones quizá menos tajante que la presentada en la vulgata académica.

Esa disyunción que la sociología aprehende, sin embargo, dista de agotar un venero tan rico y tan necesitado de discernimiento, por la ganga abundante que acompaña al metal precioso (o menos). Añádese, para tal fin, un segundo estrato, el de la teoría, si se toma el término en sentido estricto, es decir, como elaboración general y abstracta del «dato sociológico» o como sistema inducido por la efectividad¹. En ese orden observamos cómo, si permanecemos con KELSEN, a partir de unos principios que desempeñan el papel de axiomas, ha de procederse deductivamente; mientras que, si nos transbordamos a SCHMITT, los principios alcanzan contenido variable, asumiendo un significado u otro en función del momento histórico. Lo que en KELSEN es interpretación se torna en SCHMITT narración, aunque —en lo que hace a la hermenéutica— aquél evolucionase hacia los tipos abiertos mientras éste se afincaba en un sentido innovativo con el ejercicio de un poder político como clave. Un segundo salto nos conduce derechamente a la filosofía (que no es sustituible por la teoría), traspasada por una instancia de verdad más que de método, y a la que no basta la existencia de algo, pues busca su justificación.

En las páginas que siguen se ha aplicado a la Constitución este triple enfoque. Así, partiendo de una consideración técnica (sociológica hemos dicho antes, pues para los efectos que aquí nos interesan son intercambiables), se avanza luego derechamente por la senda de la teoría y se aborda con decisión, para terminar, la penetración filosófica de la Constitución. Ésta es la que se presenta como el problema de la Constitución, que se desborda en los problemas que la misma exhibe tanto en su historia como —sobre todo— en nuestros días. Pero no se espere sin embargo un discurso lineal. Los estratos están mezclados, pues la teoría y finalmente la filosofía emergen de la presentación sociológica.

2. RECAPITULACIÓN

Quien esto escribe viene emborronando páginas desde hace más de treinta y cinco años. Su quehacer se ha contraído a tres ámbitos distintos, aunque no necesariamente siempre distantes.

El primero, ubicado formalmente en la historia del pensamiento político, en particular del que cabe calificar de tradicional (mejor que «tradicionalista»), no sólo ha dado lugar a tres libros, sino también a un centenar de artículos. Los libros se han ocupado de la obra de Vicente MARRERO, Fran-

¹ D. CASTELLANO, *La naturaleza de la política*, Barcelona, Scire, 2006, introducción.

cisco ELÍAS DE TEJADA y Rafael GAMBRA, acompañados luego de la edición digital de la obra completa de los tres y, en los dos últimos, de trabajos colectivos sobre los mismos². Si pasamos a los artículos, han desfilado los nombres clásicos de Edmund BURKE, Juan DONOSO CORTÉS, Marcelino MENÉNDEZ Y PELAYO, Juan VÁZQUEZ DE MELLA o Charles MAURRAS. También los más recientes de Eugenio VEGAS LATAPIE, Juan VALLET DE GYTISOLO, Álvaro D'ORS, Leopoldo Eulogio PALACIOS o Francisco CANALS, entre los españoles peninsulares. Y los de Osvaldo LIRA, Rubén CALDERÓN BOUCHET, Alberto WAGNER DE REYNA, Vicente UGARTE DEL PINO, Jorge SILES SALINAS, José Pedro GALVÃO DE SOUSA, Luís CORSI OTÁLORA, Frederick D. WILHELMSSEN, entre los españoles de Ultramar³. Más en general, para cerrar este elenco, los de Jean OUSSET, Marcel DE CORTE, Jean MADIRAN, Gustave THIBON, Thomas MOLNAR o Melvin BRADFORD. Pero también otros han considerado el asunto de un modo temático, sea en su conjunto (el pensamiento tradicional hispánico y el carlismo en particular), sea en algunas de sus ideas centrales (la unidad católica, la virtud de la piedad patriótica, la monarquía tradicional y el foralismo)⁴.

En el segundo, que se encuadra en la filosofía jurídico-política, cabe distinguir una línea centrada en los estudios de derecho natural y otra desvuelta en la indagación de la naturaleza del Estado y su situación existencial presente. Respecto a los primeros, amén del impulso de lo que ELÍAS DE TEJADA llamó el «derecho natural hispánico», he organizado

² Las monografías son: *La obra de Vicente Marrero vista por la crítica*, Las Palmas de Gran Canaria, Sociedad de Amigos del País, 1990; *La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada*, Madrid, Fundación Elías de Tejada, 1994; *Koinós. El pensamiento político de Rafael Gamba*, Madrid, Speiro, 1998. La edición digital de sus obras ha tenido lugar dentro de la colección de polígrafos de la Fundación Ignacio Hernando de Larramendi. Finalmente, en cuanto a las obras colectivas, deben mencionarse: *Francisco Elías de Tejada: figura y pensamiento* (Madrid, Editorial Complutense, 1995) y *Comunidad humana y tradición política. Liber amicorum de Rafael Gamba* (Madrid, Actas, 1998). Si bien en la primera no consta que la edición de la obra corrió a cargo, como fue, de quien firma estas líneas, por decisión no sólo arbitraria sino injusta del profesor Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE, director de la colección «Maestros Complutenses de Derecho» en la que se publicó.

³ No parece razonable referir aquí esos buenos cuarenta estudios y notas, hoy accesibles fácilmente, pues la referencia de la mayoría de ellos se encuentra en la red. Y que quizá debiera reunir en un volumen.

⁴ Tampoco vamos a citar todos ellos. Si bien cabe mencionar el volumen *Las murallas de la Ciudad. Temas de pensamiento tradicional hispánico* (Buenos Aires, Nueva Hispanidad, 2001) y dos opúsculos: *Qué es el Carlismo. Una introducción al tradicionalismo hispánico* (Buenos Aires, Ediciones de la Academia, 2005) y *Carlismo para hispanoamericanos. Fundamentos de la unidad política de los pueblos hispanos* (Buenos Aires, Ediciones de la Academia, 2007).

hasta cuatro jornadas internacionales en la senda de las que el polígrafo extremeño convocó en 1972⁵, y me he ocupado de las distintas perspectivas del derecho natural (ontológica, axiológica y metodológica), de las relaciones entre el derecho natural y el positivo, amén de otros temas monográficos⁶. En cuanto a la segunda, iniciada a fines del decenio de los años ochenta del pasado siglo, se ha concretado singularmente en tres monografías, una de ellas ya traducida al portugués y en curso de verterse al francés⁷, así como una cuarta centrada en el «Estado» católico, traducida al italiano⁸.

El tercero y último se ha volcado sobre el derecho público y, particularmente el constitucional, desde un ángulo problemático más que dogmático, por lo mismo convergente con el terreno anterior. A una monografía inicial sobre el problema de las fuentes, con referencia a la legitimidad⁹, traducida al francés, y a otra de lectura crítica de la Constitución española vigente¹⁰, estampada en italiano, se suman no menos de veinte artículos, con frecuencia procedentes de ponencias y comunicaciones a congresos nacionales e internacionales.

3. CONTENIDO

El autor se ha decidido a revisar y reunir muchas de estas páginas que completan esa visión de la Constitución y el constitucionalismo, de modo que este libro completa y perfila, al tiempo que generaliza, el anterior sobre el texto de 1978.

⁵ He curado también la edición de las II, III y IV Jornadas Hispánicas de Derecho Natural: *El derecho natural hispánico: pasado y presente* (Córdoba, Caja Sur, 2001), *Cuestiones fundamentales de derecho natural* (Madrid, Marcial Pons, 2009) y *El bien común. Cuestiones actuales e implicaciones político-jurídicas* (Madrid, Itinerarios, 2013). Y estoy preparando la de las V, recién celebradas en Ciudad de México.

⁶ Me limito a remitir a las actas, también editadas a mi cuidado, del V Congreso Mundial de la Unión Internacional de Juristas Católicos: *Utrumque ius. Derecho, derecho natural y derecho canónico* (Madrid, Marcial Pons, 2014).

⁷ *¿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) y *El Estado en su laberinto. Las transformaciones de la política contemporánea* (Barcelona, Scire, 2011).

⁸ *La constitución cristiana de los Estados* (Barcelona, Scire, 2008).

⁹ *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad* (Madrid, Marcial Pons, 2001).

¹⁰ *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española* (Madrid, Criterio, 2000).

Que se trata también de una visión o lectura problemática del fenómeno constitucional se anuncia ya desde el título, que menciona *el* problema y *los* problemas. Se aborda en primer lugar la conexión del problema de la constitución (y, *a fortiori*, del constitucionalismo) con los distintos problemas en que se concreta. Para, a continuación, desgranar éstos: el del lenguaje político moderno, la ideología constitucional, el sistema (racionalista), el orden (y el ordenamiento), la unidad y pluralidad (del ordenamiento), la función y el método, la identidad y la integración, la ley, los principios, la democracia (la forma y el fundamento), la libertad, los derechos y el poder constituyente. No están, claro es, todos los posibles, si bien el elenco reviste cierta significación. Finalmente se torna sobre *el* problema, a través del derecho natural y el derecho divino, por medio de los ejemplos de la escuela católica y el matrimonio canónico.

Aunque algunos temas se entrecruzan inevitablemente, no siendo fácil su consideración separada, se ha buscado esforzadamente presentarlos de modo conciso y diferenciado. También siguiendo un cierto orden en su «declinación». Ello ha obligado a reelaborar muchas páginas, para evitar excesivas reiteraciones. Aunque no todas, lo que habría sido amén de imposible inconveniente para la comprensión de lo que se desea transmitir. El resultado, por modesto que sea, creemos reviste un cierto interés para quien no se contente con transitar los caminos trillados y busque hallar nuevas sendas (por escarpadas que fueren) en la persecución de la verdad.

CAPÍTULO 1

EL PROBLEMA DE LA CONSTITUCIÓN ENTRE NEO-CONSTITUCIONALISMO Y POST-CONSTITUCIONALISMO

1. CONSTITUCIÓN, DERECHO CONSTITUCIONAL Y CONSTITUCIONALISMO

Cuando los revolucionarios franceses estamparon en el art. 16 de su declaración de intenciones¹ que no había Constitución donde no estuvieran garantizados los derechos individuales y determinada la separación de poderes, 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 a la luz en verdad a la ideología constitucionalista.

Sí, el derecho constitucional es el «derecho natural del Estado moderno»². Y el constitucionalismo no es otra cosa que la *ideología* de

¹ Pues 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*».

² Es la sabia caracterización de P. G. GRASSO, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 23 y ss. Entre quienes han advertido con mayor claridad la importancia de la misma se encuentra D. NEGRO, *Sobre el Estado en España*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 46. Ricardo DIP, por su parte, ya desde

la Constitución liberal³. Aunque se pueda hablar en sentido amplio de Constitución, refiriéndola a prácticamente todo tiempo y lugar⁴, lo que cabría denominar como «constitución antigua», quizá sea preferible reservar su uso para el contexto *ideológico* de la revolución liberal, como «constitución moderna», esto es, tomándola como un concepto histórico (que no puede predicarse, en consecuencia, de cualquier tiempo y lugar) y encerrándola en unas premisas teóricas bien precisas. De constitucionalismo, en cambio, sólo se debiera hablar en el contexto de la Constitución liberal, como el presupuesto de lo que hoy se entiende por Constitución, que la trasciende y pretende fundarla. No hay, pues, un constitucionalismo antiguo por oposición a otro moderno⁵. Y el constitucionalismo 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 (que no son sino derechos subjetivos), 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 regla⁶.

En nuestros días, y pese a que las premisas anteriores continúan operantes, puede apreciarse una notable evolución. Así, algunos creen vislumbrar un nuevo constitucionalismo. Otros, directamente divisan un post-constitucionalismo. En lo que sigue, de modo sucinto, van a observarse, en primer lugar, las líneas de evolución del problema. Para concluir, acto seguido, con un intento de caracterización sintético.

el título, ha realizado una traslación respecto del asunto que aquí nos interesa: «Neoconstitucionalismo, derecho natural de la pós-modernidad», *Anales de la Fundación Elías de Tejada* (Madrid), núm. 13 (2007), pp. 193 y ss.

³ En *El ágora y la pirámide*, cit., capítulo 2, he desarrollado un poco más la cuestión. Puede verse también el capítulo 3 de este libro.

⁴ Así pasa en algunos de los sentidos, aunque no en los más importantes, elencados por C. SCHMITT en su *Verfassungslehre*, publicada originalmente en 1928, y de la que puede verse la versión castellana, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982.

⁵ Frente al conocido título del libro de Ch. H. McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern*, New York, Cornell University Press, 1940.

⁶ La explicación, bien precisa, es de D. CASTELLANO, *Constitución y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2013. Ambos aspectos de la ilusión constitucionalista debieran ser más ampliamente tratados. Baste a los efectos que aquí interesan, respecto de la primera parte, recordar la crítica de M. DE LA BIGNE DE VILLENEUVE en *La fin du principe de séparation des pouvoirs*, Paris, Sirey, 1934, o las consideraciones de Á. D'ORS en *Nueva introducción al estudio del derecho*, Madrid, Civitas, 1999, § 23. En cuanto a la segunda, por su lado, lo ha destacado J. 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), núm. 20 (1989), pp. 258 y ss. Véase también el capítulo 13 de este libro.