

AYUSO TORRES, Miguel, *Constitución. El problema y los problemas*, Madrid, Marcial Pons, 2016, 198 pp.

De que la Constitución sea un fenómeno problemático parece no existir duda. Buena parte de las manifestaciones relacionadas con el así denominado “movimiento social” suponen reivindicaciones constitucionales, ya sea para reemplazar su texto por otro acorde a sus intereses, ya para engrosar un cada vez más extendido catálogo de derechos y garantías, pues se asume que esa inclusión constitucional comporta la solución universal a los problemas o la cristalización indispensable de deseos o aspiraciones individuales o colectivas. Las razones de este malestar social son ciertamente muchas, y algunas de ellas provocadas o, al menos, instrumentalizadas por fuerzas extrínsecas. La indagación teórica sobre este fenómeno también ha sido abundante, de suerte que la creciente literatura producida al respecto en los últimos años es variada y con distintos enfoques. Como telón de fondo subyace, además, la posmodernidad con todas sus características y dificultades. Sin embargo, en alguna medida, dichas razones son la reacción frente a un problema subyacente e ignorado que la propia solución buscada no hace sino agudizar, el cual se sitúa a medio camino entre el derecho y la política, porque resolver los desajustes sociales merced a una radicalización del ámbito de cobertura de la Constitución no mejora lo que cabría considerar como una nueva “cuestión social”; antes bien, los profundiza, puesto que el problema es en realidad estructural y no meramente coyuntural. Así pues, dar una adecuada respuesta a esos problemas comienza por cuestionarse el modelo desde una perspectiva basal, asumiendo que el texto constitucional no es la expresión de un consenso preexistente, sino la decisión voluntarista de conformar el orden social bajo determinados parámetros ideológicos, con el consiguiente sacrificio de la propia tradición histórica. Esto, que ya era constatable con los primeros textos constitucionales surgidos a fines del siglo XVIII, se hace aún más patente en la actualidad,

RESEÑAS

merced a la sociedad líquida y el Estado débil que caracterizan la posmodernidad.

El nuevo libro del profesor Miguel Ayuso Torres (Universidad Pontificia de Comillas de Madrid), conocido por su dilatada producción en torno a la historia del pensamiento político, la filosofía política y el derecho público en clave problemática, ayuda a explicar el porqué de esos problemas y deja entrever las soluciones mediante el rescate de lo que podríamos denominar una teoría jurídica del sentido común, que se asienta en la naturaleza de las cosas y en la reflexión forjada de la contemplación atenta de lo que ocurre en la vida social, sin descuidar la necesaria trascendencia. En otras palabras, el suyo es un pensamiento en torno al derecho (ese sempiterno arte de lo justo e injusto), verticalmente orientado hacia una doble apertura, una trascendente y otra de captación social, que huye de las vanas teorizaciones. De ahí que el resultado tenga un evidente sabor tópico y no geométrico, como lo muestra el regreso que hace al problema inicial hacia el final del libro para abordarlo ahora desde sus causas primeras (el siempre controvertido derecho natural), pero esta vez mediante dos cuestiones de implicancia práctica (la escuela católica y el matrimonio religioso). Por usar la expresión de Juan Vallet de Goytisolo (1917-2011), a la que el propio autor recurre en dos ocasiones, se trata de una travesía por el océano del derecho natural y de gentes, sorteando el archipiélago de leyes y costumbres surgidos, para dar respuesta a problemas sociales concretos, aunque sin dejar de observar el amplio firmamento que se extiende sobre este navegante jurídico y que le permite orientarse y no perder el rumbo por la senda de la justicia. El resultado de este recorrido, fruto de treinta y cinco años de reflexión y escritura, es el libro de 198 pp. que aquí se reseña, cuya lectura guarda la amenidad y sugerencia del ensayo, sin que el texto descuide el rigor académico del que dan cuenta la extensa bibliografía utilizada (pp. 179-192) y los autores citados a través de sus páginas (pp. 195-198).

La obra tiene, además, el carácter de un maduro trabajo de síntesis y reordenación de las ideas que se han expuesto en otras sedes, pues el propio autor explica que ella pretende completar y perfilar, al tiempo que generalizar, lo previamente dicho sobre la Constitución Española de 1978. De esta manera, el nuevo libro pretende sa-

REVIEW ESSAYS

cludirse del evidente localismo que tiene una visión problemática de una particular Constitución (en este caso la española, surgida como expresión de la transición posfranquista), para mostrar el problema (y los problemas) que entraña el constitucionalismo como fenómeno que excede el terreno de lo estrictamente jurídico y se proyecta sobre la forma de ordenación de la sociedad, el cual oscila entre la radicalización (el neoconstitucionalismo) y el agotamiento (el postconstitucionalismo) de sus propios postulados. Porque Constitución y constitucionalismo son una misma realidad, mirada desde perspectivas distintas: la primera comporta una suerte de derecho natural del Estado moderno, y la segunda expresa la ideología de ese mismo Estado. Siendo así, hay que buscar la verdadera faz de dicho Estado (de esa Gorgona del poder a la que el propio Ayuso dedicó otra de sus obras hace algunos años) para comprender la raíz del problema. El Estado que hoy se desafía no es ya el surgido de la fragua revolucionaria dieciochesca, sino el Estado del neoliberalismo triunfante tras la caída de los principales socialismos reales: “el Estado llamado pluralista, el Estado que, habiendo perdido su dimensión moral y dejado de ser el lugar de concentración estable de las instituciones y los ciudadanos, se ha convertido en el lugar mismo del desorden” (p. 83). Tras este diagnóstico en que muchos convergen, es en las soluciones donde las respuestas se bifurcan. Entre ellas, la propuesta por Ayuso es ciertamente sugerente.

Como ya lo anuncia el propio título, el relato argumental de la obra que se reseña es simple: la Constitución depara un gran problema y otros menores, todos ellos relacionados entre sí y que son concreción del primero. El problema central o primario es la Constitución en sí misma o, mejor dicho, la conformación de la sociedad a partir de un constructivismo voluntarista y utópico, donde el propio texto resultante comporta un condensado de juridicidad (como sucedáneo de la antigua legitimidad) que reemplaza la naturaleza de las cosas e impone un proyecto vital predeterminado. Por eso, es cierta la frase que señala que con la modernidad la cuestión política se vuelve constitucional, porque es la Constitución la que se endereza a prefigurar desde entonces la discusión política. La sociedad ya no se organiza orgánicamente desde abajo, estableciendo sus fueros y distinguiendo las funciones como resultado de una natural

RESEÑAS

evolución histórica, sino de manera descendente, partiendo de una separación de poderes y el reconocimiento de unos derechos y garantías fundados en el ámbito de la libertad negativa que se quiere asegurar (al individuo primero, a los colectivos después) frente al Estado. La Constitución no es, ni puede ser, un texto neutro, pues es el precipitado del democratismo rousseauiano, el absolutismo hobbesiano y el liberalismo lockeano, todos hijos de una mentalidad común que abreva en la Ilustración racionalista. Por eso, ella se convierte en el instrumento de concreción del contrato social, asegurando los derechos subjetivos que surgen de la alienación hecha por los ciudadanos a favor de la voluntad general, y determinando así una división de poderes que acaba por racionalizar la vida política y, de paso, da lugar a más organismos destinados a controlar ya la función de la propia administración, ya la correspondencia de las leyes con un texto constitucional que se torna cada vez más envolvente, con eficacia vertical y horizontal. El fenómeno se hace todavía más radical cuando la Constitución no es ya funcional a la práctica política, primando siempre un “Estado en forma”, por usar el lenguaje portaleano, sino que se convierte en el reflejo programático de una planificación global, sea del signo que fuere.

A partir de este problema que presenta la Constitución, y con ella el constitucionalismo y sus secuelas (el neoconstitucionalismo y el postconstitucionalismo), se suceden otros más concretos: el lenguaje político moderno, la ideología constitucional, el sistema, el orden, la unidad y la pluralidad, la función y el método, la identidad y la integración, la ley, los principios, la democracia, la libertad, los derechos, el poder constituyente y el derecho natural. A estos problemas el autor dedica separadamente un capítulo independiente, cada uno de los cuales se cierra con una pequeña conclusión que recapitula las ideas expuestas y sirve de engarce con el desarrollo del siguiente. Por cierto, la importancia de estos problemas no es coincidente, pues algunos tienen una dimensión más general (como ocurre con la cuestión del lenguaje político, la ideología constitucional, la identidad e integridad, la forma y el fundamento, y la libertad) y otros son de una índole más estrictamente jurídica (como acaece con los problemas del sistema, el orden y el ordenamiento, la unidad y pluralidad de este último, la función y el método, la ley,

REVIEW ESSAYS

los principios, los derechos humanos, y el derecho natural). Sin embargo, el principal de ellos, y con el cual todos los demás se conectan, es el que atañe al poder constituyente (capítulo catorce), pues ahí reside la validación del nuevo orden y sus posibilidades de reforma. Eso explica que sea uno de los más extensos del libro y que en él se traten distintos aspectos del problema, desde las fuentes del derecho hasta el poder de reforma constitucional y sus límites, pasando por la interpretación de la Constitución y el sujeto de la soberanía y la representación.

Como resulta indudable por las materias abordadas, los capítulos tienen una extensión diversa, lo que no implica que la exposición de aquellos más breves sea meramente esquemática o carezca de consistencia. Todos ellos son proporcionales en razón del objetivo propuesto por el autor para el argumento del libro, que es resaltar el carácter problemático de la Constitución y los demás problemas que de ahí derivan. En algunos casos, pues, la brevedad se explica por el particular problema abordado, que se trata sólo desde la faceta que interesa, sin pretender agotar la cuestión. De igual forma, en otros capítulos la extensión se justifica por la propia complejidad del análisis.

Esto último sucede, por ejemplo, con el capítulo once, dedicado a la democracia como forma y fundamento de la Constitución. Ahí el autor se interroga sobre si ha existido la democracia, si ella existe en la actualidad, si puede en verdad existir y, finalmente, si cabe hablar de una buena democracia, sin desconocer el dato evidente de que todo poder político requiere de una cierta participación de los gobernados. La cuestión reside en la manera en que se concreta esa participación, asegurando una verdadera correspondencia entre las decisiones públicas y las necesidades sociales. Las preguntas son muy pertinentes, porque hay quienes pregonaron con arrogancia que la historia había alcanzado su consumación con la extensión por todo el mundo de la democracia liberal (con el capitalismo como su correspondiente sistema económico) u otros que postulan una radicalización de ella como solución a los problemas sociales, ahora concebida como participativa y ya no sólo representativa. La pregunta es de gran pertinencia, porque se endereza a demostrar que la democracia es uno de los mitos que construyó la modernidad y

RESEÑAS

que en sí misma conduce a efectos contrarios a los que supuestamente genera. Con este fin, Ayuso se sirve de la conocida definición del presidente Abraham Lincoln (1809-1865), según la cual la democracia es el gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo, para demostrar que ella se caracteriza en realidad por cálculos de corto plazo y donde las decisiones provienen de las minorías que mandan, principalmente organizadas como partidos políticos, convertidos en las nuevas oligarquías constitucionales a las que poco importa el bien común. De la mentada definición queda, entonces, sólo la primera parte, aunque dicha nota no sea propia de la democracia, porque todo gobierno es del pueblo: se trata de dirigir siempre una comunidad determinada y no otra cosa. A fin de cuentas, la concepción de democracia impulsada por el constitucionalismo acaba produciendo el efecto contrario al que apunta: atomiza al individuo frente al Estado, privándolo de las protecciones que le brindan los cuerpos intermedios, de suerte que promueve el individualismo político como su propio sustento. Por eso, no es casual que la subsidiaridad como principio del orden social se presente hoy amputada, refiriendo sólo su dimensión negativa. Esto se debe a que el Estado neoliberal no desea la formación de una comunidad forjada por lazos emocionales y de actividad que entraña deberes recíprocos, sino la simple coexistencia basada en una sociedad de derechos en la que cada individuo ha alienado parte de su libertad a favor del poder soberano. Lo mismo cabe decir del olvidado principio de totalidad, su necesario complemento, que pierde substancia bajo esta nueva conformación de la sociedad. La razón es muy simple de comprender: el principio de totalidad enuncia que el ciudadano se debe a la sociedad, como la parte se ordena al todo, siendo el bien de esta última (el cada vez más tergiversado bien común) siempre mayor y más perfecto que el bien individual.

El libro no se extiende, empero, sobre la configuración de la igualdad que va aneja al constitucionalismo, y que da sentido a la hasta ahora dñada de Agustín Squella Narducci, publicada por la editorial de la Universidad de Valparaíso (*Igualdad*, 2014; *Libertad*, 2017). La libertad negativa, como reconocimiento meramente formal de la eliminación de aquellas barreras de acceso a la propiedad, el ejercicio del comercio y la expresión de ideas, va aparejada de la igualdad

REVIEW ESSAYS

negativa, vale decir, aquella declaración de que todos los hombres nacen iguales en dignidad y derechos, sin que importe más que esa apariencia. En realidad, la igualdad comporta la identidad de atribuciones entre seres semejantes (Arist., *Pol.*, VII, 134, 1132b) y, como tal, se conecta con la justicia y sus distintas funciones en el orden social. Por eso, Jorge Millas (1917-1982) calificaba la justicia como acción igualadora. Olvidado este engarce, tanto la libertad negativa como la igualdad negativa acaban siendo unas especies de dones dispensados por el poder de turno para que las masas, satisfechas con ellos, pierdan el anhelo de la justicia real, esa que consiste en dar a cada uno lo suyo. Sin ella, el orden humano no adquiere verdadera existencia social y sólo cabe hablar, con Ortega y Gasset, de muchedumbre.

Aunque la visión problemática propuesta por Ayuso se refiere a la Constitución, ella se predica en realidad de todo el derecho, si bien con distintos matices, comprendiendo así tanto el derecho público como el privado, lo que viene explicado en el capítulo cuarto a propósito del problema del sistema. Cuando se refiere a esta división, la cual se aborda en relación con la función del derecho respecto de los cuerpos sociales (capítulo séptimo), el autor acude al criterio orsiano de caracterizar el derecho público como un sistema de situaciones, vale decir, de ubicaciones en las hipótesis previstas por las normas estatales, mientras que el derecho privado comporta un sistema de relaciones o nexos creados por la autonomía de la voluntad. Uno y otro se ven afectados por la nueva mentalidad en torno al derecho, que desplaza la función de cohesión que éste despeña y la existencia de un orden centrado en deberes (esos servicios socialmente exigibles en los que insistía especialmente el último D'Ors), para entronizar en su lugar la idea de legalidad enraizada en la voluntad estatal. De donde se sigue que la ley no sea ya una ordenación racional dada para el bien común (Thom. Aquin., *Summa Theol.*, I-II, q. 90, a. 4 in c.), sino la manifestación de la voluntad soberana que busca concretar los propósitos constitucionales y cuya validez se juzga según su correspondencia con esa propia Constitución (artículo 1o. del Código Civil chileno). El centro de gravedad se desplaza, entonces, del saber socialmente reconocido (*potestas*) al poder constitucionalmente impuesto (*auctoritas*), a la vez que el fin

RESEÑAS

del derecho deja de estar radicado en el bien común y pasa al texto constitucional como sistema cerrado de legitimación. Sin embargo, los efectos de esta nueva mentalidad no son iguales en una y otra parcela del derecho, por más que el método de racionalización (el código y la Constitución como textos de fijación) sean coincidentes. La razón es que ninguna revolución, por fuerte que sea, es suficiente para cambiar de inmediato el derecho privado, que está basado en la justicia conmutativa, mientras que un nuevo régimen político necesita del derecho público como mecanismo de validación, incluso en medio de una revolución todavía no concluida, puesto que la bondad (derivada del bien común) genera desconfianza.

En suma, la obra aquí reseñada resulta de interés para cualquier interesado en el derecho como expresión de un orden social basado en la justicia, cualquiera sea su disciplina concreta de dedicación. El único requisito es que el lector deje por un momento los afanes que impone el lidiar cotidianamente con un cúmulo de normativa de carácter técnico en permanente mutación y se anime a cuestionar sus propias certezas. De esa manera, podrá acercarse al derecho con curiosidad y sincero espíritu crítico, y quizá hasta consiga hacerse por primera vez las preguntas que siempre depara este arte de lo justo y lo igual. De ser así, el libro habrá cumplido esa finalidad mayéutica que indudablemente tiene, haciendo aflorar la verdad a través de las propias respuestas.

Jaime ALCALDE SILVA*

* Profesor asistente de Derecho Privado, Pontificia Universidad Católica de Chile.