

DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO NATURAL CLÁSICO

UNA PROBLEMATIZACIÓN DE LA EXPERIENCIA POLÍTICO-JURÍDICA
CONTEMPORÁNEA

POR

DANILO CASTELLANO (*)

Giovanni Cordini ha escrito que el presente libro de Miguel Ayuso (que ahora viene publicado en italiano) "reconstruye con lúcido análisis y con profundidad de pensamiento los [...] radicales] desarrollos de orden histórico-institucional que han afectado a la España moderna y [...] reseña las correspondientes circunstancias constitucionales que han presidido la transformación del régimen franquista en la actual monarquía constitucional de orientación partido-parlamentaria" (1).

Bastaría esto para justificar su traducción: en seis meditados capítulos, en efecto, el trabajo ilustra a los estudiosos y, más en general, al lector, los problemas de fondo que la Constitución española de 1978 ha tratado de resolver (sin conseguirlo) y las

(*) La editorial jurídica G. Giappichelli, de Turín, en la colección "Formas y realidad en la experiencia jurídica", que dirigen los profesores Mario Bortolissi y Umberto Vincenti, de la Universidad de Padua, y Danilo Castellano, de la de Udine, acaba de editar la traducción italiana, de Giancarlo Ricci, del libro *El ágora y la pirámide: una visión problemática de la Constitución española*, Criterio-Libros, Madrid, 2000, de nuestro colaborador Miguel Ayuso. El prólogo y el cuidado de la edición han corrido a cargo del profesor Danilo Castellano, queridísimo colaborador de nuestra redacción. Reproducimos, en versión castellana de A. S., y con título redaccional, el prólogo del profesor Castellano (n. de la r.).

(1) G. CORDINI, reseña en *Il Politico* (Pavía), a. LXVI, n. 2, mayo-agosto 2001, pág. 356.

cuestiones político-jurídicas que ha dejado de considerar por causa del constructivismo que, como a todas las otras constituciones —en la terminología de Boris Mirkine-Guétzévitch— hechas en serie, la preside.

Hay, sin embargo, otras razones, bajo algún aspecto todavía más interesantes, que aconsejan la traducción italiana de este libro de Miguel Ayuso.

La primera viene dada de la original, argumentada y radical crítica a que el autor somete la Constitución española (que ha cumplido en diciembre de 2003 los veinticinco años) desde las sólidas bases de la filosofía (clásica o perenne), que los constitucionalistas generalmente consideran elemento perturbador para y en sus construcciones geométricas. En otras palabras, incluso quien advierte la necesidad de trascender la norma positiva para comprenderla adecuadamente [e inevitablemente usa criterios que no puede encontrar en la misma norma, porque ésta los requiere (2)], con frecuencia renuncia a “leer” de manera verdaderamente problemática el “dato” normativo: si existen problemas, éstos se ven como “internos” al sistema, y nunca como problemas del sistema en cuanto que tal. Miguel Ayuso, por contra, al considerar el articulado de la Constitución de 1978, hace emerger, con los problemas “internos” y a través de los problemas “internos”, los que son problemas “de fondo” que todo jurista debería valorar atentamente. Pues no bastan las “opciones” sin argumentos para legitimar un ordenamiento jurídico o una Constitución. La opción sin pruebas, en efecto, es inidónea a cualquier legitimación, pues le es intrínsecamente ajeno el criterio de la verdad, o —en nuestro caso— el principio de la juridicidad, que —contrariamente a lo que escriben diversos juristas, incluso de primer orden (3)— no puede ser individuado en un

(2) Véanse, sobre la cuestión, sobre todo las páginas que Waldstein dedica a los elementos prepositivos del derecho positivo para la comprensión y aplicación del mismo (cfr. W. WALDSTEIN, *Saggi sul diritto non scritto*, Cedam, Padua, 2002, págs. 11-38).

(3) Generalmente los juristas usan “principio” como sinónimo de “punto de vista” o de “opción”, cuya realización viene demandada por la coherente interpretación/aplicación del derecho positivo. A título de ejemplo, puede considerar-

punto de vista o en una asunción: el principio, hablando propiamente, es lo que consiente "leer" en su totalidad la experiencia (en nuestro caso la experiencia jurídica) de forma no contradictoria. No son suficientes para ello —y Ayuso lo demuestra con claridad— ni siquiera las identidades histórico-sociológicas que incluso a los iuspositivistas inteligentes parecen, sin embargo, bastar a los efectos de fundar el poder constituyente (4). Estas identidades, aunque útiles para el ordenamiento jurídico, son en último análisis manifestaciones de mero poder. El poder, sin embargo, no puede legitimarse a sí mismo (5). Ayuso lo demuestra en las páginas de su trabajo. Particularmente, por ejemplo, en el capítulo V, reflexionando sobre el "poder" de los magistrados, para el que no es suficiente la por otra parte necesaria legalidad.

La segunda razón (en realidad la tercera, si se considera como primera la contenida en el juicio de Giovanni Cordini), que aconseja la traducción italiana de este libro, procede del hecho de que Miguel Ayuso es un estudioso que se distingue en el ámbito de la cultura iuspublicística española no sólo por la seriedad y profundidad, sino antes y sobre todo por la originalidad (no buscada) de su pensamiento. Él debe ser considerado el continuador (o al menos uno de los más significativos continuadores) de una "escuela" filosófico-jurídica que España, en el intento de adecuarse rápidamente a las doctrinas iusfilosóficas y hegemónicas, busca olvidar y marginar, "rompiendo" así la continuidad de la tradición clásica y perdiendo la propia identidad. Miguel Ayuso, crecido en la escuela de Rafael Gambra en filosofía (6), de Francisco Elías de Tejada en filosofía del dere-

se lo escrito por L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padua, 1991, pág. 562, y todavía más explícitamente M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Giuffrè, Milán, págs. 54 y sigs.

(4) Véase, como ejemplo, la obra de C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Munich-Leipzig, 1928, *passim*.

(5) Para consideraciones sobre el argumento se remite a D. CASTELLANO, *La verità della politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2002, particularmente págs. 17 y sigs.

(6) A Rafael Gambra ha dedicado M. AYUSO el interesante volumen *Koinós. El pensamiento político de Rafael Gambra*, Speiro, Madrid, 1998.

cho (7) y de Juan Bms. Vallet de Goytisolo en el derecho (8), continúa una tradición en la enseñanza y en la investigación, hoy ciertamente minoritaria, pero no por eso inactual. Él se revela como continuador de esta "escuela" sobre todo en la valorización del derecho "foral" (peculiaridad española, aunque destinado a ser cuando menos un redimensionamiento de la expansión del iuspositivismo en acto) y del derecho natural clásico. En la estela de Elías de Tejada, que impulsó hace algunos decenios el renacimiento del derecho natural clásico (9), Ayuso se ha empeñado en la recuperación de un camino que parecía haberse interrumpido (10).

No sólo. Se ha empeñado en demostrar que, por una parte (y la de mayor peso), el derecho constitucional es pretensión y producto del racionalismo, sin que —por otra— pueda prescindir totalmente en la realidad del derecho natural clásico.

En lo que toca al primer aspecto, Miguel Ayuso evidencia la doble contradicción de la ideología del constitucionalismo: la pretensión de condicionar y ordenar incluso el derecho privado partiendo del público (constituido éste, además, sobre la base de un poder privado) y la aporía que se ve obligado a afrontar y que viene dada por la construcción del derecho, de todo el derecho, sobre la base del derecho constitucional, definido como "político" no en cuanto intrínsecamente ligado a la naturaleza y al fin

(7) El autor se ha ocupado ampliamente del pensamiento iusfilosófico de Elías de Tejada. Véase, sobre todo, la obra de M. AYUSO, *La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada*, Fundación Francisco Elías de Tejada y Erasmo Pèrcopo, Madrid, 1984.

(8) Sobre la figura, obra y pensamiento de este gran jurista español contemporáneo, véase E. CANTERO, NÚÑEZ, *El concepto de derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de Juan Vallet de Goytisolo*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2000.

(9) Véase la documentación en el volumen de las actas de las primeras jornadas hispánicas dedicadas al derecho natural clásico: *El derecho natural hispánico*, P. Puy (ed.), Escelicer, Madrid, 1973.

(10) Como documenta el volumen de las actas de las segundas jornadas hispánicas, dedicadas al derecho natural clásico, en ellas participaron estudiosos de todo el mundo. Véase *El derecho natural hispánico*, M. AYUSO (ed.), CajaSur, Córdoba, 2001.

de la comunidad política, sino en cuanto "construido" sobre fundamentos ideológicos (que no son filosóficos) y a través de la afirmación de una ideología (11). Este es uno de los problemas de fondo del constitucionalismo, que emerge en toda evidencia cuando se considera la cuestión del poder decisorio de los Tribunales constitucionales, cuyos magistrados —para el constitucionalismo— antes que "juristas" deben ser "políticos", esto es, intérpretes y guardianes de una ideología.

Por lo que se refiere al segundo aspecto, se registra que ni siquiera el derecho que por su origen y desarrollo parece el más alejado del derecho natural clásico, esto es, el derecho constitucional, puede "construirse", como erróneamente pretende, autónomamente, esto es, sobre "bases" exclusivamente positivistas. Lo demuestran también, en parte, las páginas del trabajo ahora traducido. Bastaría considerar, por ejemplo, la cuestión de la representación política, sobre la que el autor centra su atención en el capítulo IV.

Ayuso distingue, justamente, entre representación tradicional y representación moderna. Esta última muestra su radical contradicción cuando pretende ser representación sin vínculo de mandato. Ayuso pone muy bien en evidencia el problema, considerando los muchos aspectos bajo los que debe ser analizado. Personalmente creemos que la representación política moderna puede darse, en realidad, solamente como mandato; cosa que, como acaba de decirse, se niega generalmente en las normas constitucionales. Ciertamente es paradójico, pero si se asume como postulado la "soberanía" (entendida filosóficamente), ten-

(11) El racionalismo político-jurídico, en efecto, sostiene que los individuos, asociándose, "crean" el derecho; y, al someterse, instauran el poder político (piénsese en Althusius y Pufendorf, por ejemplo). Del contrato, por tanto, derivaría sea el derecho privado como el derecho público, como explica por ejemplo Matteucci (cfr. N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, Il Mulino, Bolonia, 1993, pág. 118), el cual, sin embargo, no considera suficientemente que en último análisis, la ficción del contrato comporta una consecuencia inevitable: es lo público lo que en esta perspectiva constituye lo privado, porque éste encuentra origen y "justificación" (irracional) en el poder definido (convencionalmente y, por tanto, arbitrariamente) político.

dría razón Rousseau cuando afirma que quien delega abdica (12). La voluntad, en cuanto voluntad, no admite ser representada sino con los vínculos del mandato. Sobre la base de los presupuestos de la teoría política contractualista se puede representar, de hecho, sólo una voluntad expresa, no una voluntad expresable. El constitucionalismo (moderno) se ve forzado, por ello, entre Escila (admitir que el representante es un mandatario) y Caribdis (admitir que el representante... se representa a sí mismo y no a la nación, partido, pueblo, etc.). La representación política, pues, para ser posible, exige que se abandone el postulado de la soberanía (ligado a la "concepción" moderna y gnóstica de la libertad como libertad negativa o como mero poder) y que se reconozca la racionalidad (entendida clásicamente) como fundamento de la misma representación política. En otras palabras, ésta sólo es posible a condición de que el bien, regla de la libertad, sea de cada uno y de todos.

Como se desprende de este (en verdad demasiado) breve apunte, el problema que pone la representación política termina por someter a discusión los mismos presupuestos del constitucionalismo (moderno). El cual, para no permanecer prisionero de las propias aforías, se ve obligado a acoger (y acogiendo lo niega a sí mismo) lo que pretendía negar. Es la contradicción en que cae necesariamente el racionalismo político-jurídico.

No es sino un ejemplo. Miguel Ayuso, en efecto, al examinar en el libro (que ahora se ofrece en traducción italiana) seis cuestiones fundamentales del constitucionalismo, hace brotar otras que pueden ser "vías" para volver a pensar las premisas de la *modernidad* jurídica a fin de abandonar definitivamente su absurdidad.

El hecho de que el derecho constitucional no pueda prescindir totalmente del derecho natural clásico induce a concluir que la cultura jurídica española ha cometido un error teórico [consecuencia al tiempo de una asunción (la propia del positivismo jurídico) y de una opción (la de adecuarse a la cultura europea

(12) Cfr. J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1. III, c. XV.

continental hegemónica)] al sustituir la definición con que antes venía indicado el derecho constitucional (derecho político) por otra nueva (derecho constitucional). No es cuestión de palabras. Bajo la diversa terminología, en efecto, residen dos modos distintos de "concebir" el derecho constitucional (y, más en general, el mismo derecho): si se usa *derecho constitucional* se evidencia también —lo notó a propósito del Estado moderno Gioele Solari (13)— que político y constitucional serían la misma cosa; si —por el contrario— se usa la definición de *derecho político*, se niega la artificialidad de lo político, se excluye que éste nazca de una elección voluntaria (esto es, con el contrato), se sostiene que de constitución se puede y debe hablar sobre todo como *politela*, esto es, como "estructura y propiedades esenciales" de la comunidad política, como diría Ayuso. Es la antítesis de cuanto afirma la Revolución francesa y la célebre Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

Miguel Ayuso es un *constitucionalista*, ante todo como estudioso y docente de derecho constitucional (disciplina que enseña con prestigio en la Universidad Comillas de Madrid). Es un constitucionalista, después (y sobre todo), en cuanto asentado sobre la verdad de la política (el genitivo es objetivo). La cuestión de la verdad de la política despunta también en la que, por ejemplo, De Maistre llamaba constitución natural, no escrita, de un pueblo (14). Es por eso que es un jurista en el sentido clásico. Lo demuestra su amplia producción científica, alejada de los tecnicismos geométricos, de la hermenéutica de las normas ligadas únicamente a la situación, de la concepción puramente procedimental del derecho: el derecho, también el constitucional, no es para Miguel Ayuso un juego (aunque riguroso), sino una cuestión seria, muy seria.

(13) Cf. G. SOLARI, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Giappichelli, Turín, 1962, pág. 65.

(14) Véanse, a este propósito, las páginas de la obra de J. DE MAISTRE, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines*, Lyon, 1807.

De todo esto es demostración el libro *El ágora y la pirámide*, que —estamos seguros— contribuirá a provocar intelectualmente a aquellos que se sirven de la inteligencia sobre todo para pensar, y luego para obrar (15).

(15) Es conocida la tesis, absurda e inhumana, sostenida por algunos estudiosos contemporáneos: *primum facere, deinde philosophari*. Desarrollando premisas (operativas) propuestas por Maritain y acogidas (teóricamente) por Bobbio, algunos sostienen que es bueno que el obrar preceda al pensar (cfr., por ejemplo, A. PAPISCA, "I diritti umani come diritti universali", en AA.VV., *Diritti dell'uomo e leggi (in)umane*, Edizioni Messaggero, Padua, 1998, pág. 34). Se asiste así al triunfo del irracionalismo (nihilista) que caracteriza parte de la experiencia jurídica, política y ética de nuestro tiempo. Miguel Ayuso no sólo cree que deba valer lo contrario (es decir, *primum philosophari, deinde facere*), sino que opone al irracionalismo del iuspositivismo (sea cual sea la forma bajo la que se manifieste y se imponga) las exigencias de la racionalidad de lo justo también en sede iuspublicista.