

DERECHO PÚBLICO Y DERECHO NATURAL

Miguel Ayuso

Universidad Pontificia Comillas de Madrid

1. Me propongo en este papel, destinado a las II Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, y Dios sabe la emoción con que lo dirijo, repasar un haz de temáticas iuspublicísticas actuales desde el prisma perenne del derecho natural hispánico, esto es, del del derecho natural católico históricamente raigado en la tradición de las Españas.

2. Una primera –y preliminar– serie de consideraciones debe dedicarse a la distinción entre derecho público y privado. Desde luego que no se trata de referir en detalle los avatares que ha conocido, como no es del caso recordar las distintas críticas que le han enderazado los que la niegan o repasar los diversos criterios en que la fundan los que la sostienen¹. Bastará, para lo que es el centro de nuestro interés en este papel, con rastrear dos pistas de la doctrina española hodierna.

3. El maestro Juan Vallet de Goytisolo, en páginas desprovistas de toda pretensión y sin embargo –o por lo mismo– de alto valor significativo, ha centrado muy adecuadamente la distinción entre el derecho público y el privado en el modo de realizar el derecho. Así, si habitualmente se considera que el derecho público regula la organización y el régimen de los órganos oficiales y el derecho privado la de las personas y los órganos sociales espontáneos, matiza Vallet que cuando

¹ Cfr. FEDERICO DE CASTRO, *Derecho civil de España*, 2ª ed., tomo I, Madrid, 1949, págs. 66 y ss. Para una visión más próxima a nuestros días puede acudirse a las páginas inteligentes –aunque no por ello indiscutibles– de MICHEL TROPER, «La distinction droit public-droit privé et la structure de l'ordre juridique», en su volumen *Pour une théorie juridique de l'Etat*, París, 1994, págs. 183 y ss., y en el mundo hispano FÉLIX ADOLFO LAMAS, *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, 1991.

son los mismos órganos de las administraciones territoriales (estatales, regionales o locales) o corporativas los que realizan el derecho directamente, nos hallamos en la esfera del derecho público; mientras que cuando las normas jurídicas se dirigen y el cumplimiento del derecho se encomienda a los particulares, y sólo represivamente intervienen los tribunales de justicia para decidir lo que es justo en caso de contienda o para imponerlo en el de violación, nos hallamos en el campo del derecho privado propiamente dicho. Añadiendo –lo que tiene un enorme interés para nosotros– que la determinación del ámbito en el que puede y debe realizarse el derecho directamente por los organismos públicos sólo puede establecerlo «el orden natural, el derecho natural»².

4. El profesor Alvaro d'Ors, por su parte, tras una reconstrucción cuidadosa de la cuestión en las fuentes romanas, observa que si originariamente la diferencia entre *ius publicum* y *ius privatum* dependía tan sólo del hecho de la *publicatio* o no de las fuentes que constituían el *ius*, el exclusivismo posterior de la legislación pública y de la jurisprudencia –en virtud del *ius publice respondendi*– determinaron la traslación de su centro de gravedad hacia una distinción de objetivo de las normas jurídicas, todas ya públicas, para concluir viéndose una diversidad de objeto entre uno y otro derecho³. Ahora bien, una distinción esencial de tales materias, aunque cómoda en términos didácticos viene a resultar científicamente insostenible. Más bien, opina nuestro autor, son dos posiciones –lo que nos devuelve al texto famoso de Ulpiano: *duae sunt positiones...*– ante la experiencia jurídica: la que contempla el derecho como una «relación» patrimonial creada por la autonomía privada y la que lo hace como una «situación» determinada por la voluntad pública que se impone en forma de ley.

5. De cada una de las dos opiniones sucintamente referidas –en buena medida compatibles– cabe extraer importantes corolarios. Así, el profesor d'Ors observa el carácter perenne de la distinción entre el derecho público y el privado, pues «siempre hay conflictos que, por el interés social que reportan, deben regirse por normas imperativas, así como hay una gran parte de la vida jurídica que necesita para su existencia de una autonomía, que la misma ley no puede nunca suprimir

²Cfr. JUAN VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del derecho civil*, 2ª ed., Barcelona, 1973, págs. 92-93.

³Cfr. ALVARO D'ORS, «De la "privata lex" al derecho "privado" y al derecho civil», en su volumen *Papeles del oficio universitario*, Madrid, 1961, págs. 243 y ss.

del todo, ya que este mismo respeto por la autonomía privada es de interés social, como toda libertad razonable es de interés social»⁴. No obstante, aunque perenne, la diferenciación no puede resultar precisa, pues depende de la preponderancia, respecto a cualquier materia, de la consideración legal o de la de derecho no legislado. He ahí el porqué de la reducción progresiva del ámbito del derecho privado hoy perceptible, ya que el legalismo moderno –cada vez más intenso– ofrece por lo mismo cada vez menos espacio a la idea de relación.

Vallet, por su parte, ha insistido en la necesidad de que el derecho privado y el público respondan a unos mismos principios, con la consiguiente imposibilidad de considerar las distintas ramas del derecho como compartimentos estancos: «Imposibilidad porque el concepto fundamental del derecho y las formas de interpretarlo (...) deben ser generales para todas las ramas. De lo contrario, si el campo del derecho privado gravita en determinados principios, pero en cambio el derecho administrativo y el derecho fiscal giran en torno de ideas básicas absolutamente distintas, sobre conceptos jurídicos diferentes, habría que aceptar que el derecho privado concluiría, como en muchas latitudes lleva camino de terminar, reducido a un pequeño ámbito en el que se hallaría acorralado, como una especie a extinguir».

6. Pero los juicios recién consignados fincan en una concepción filosófica determinada, en la que el derecho natural –explícitamente en un caso, implícitamente en el otro– ha hecho acto de presencia, y por lo mismo opuesta a la dominante en el universo político-jurídico de la modernidad y sus derivaciones postmodernas. Por eso, no estará de más dejar algunos minutos en el empeño de evidenciarlo, comenzando por divisar éste antes de remontarnos a aquélla.

El profesor Francesco Gentile, en una obra extraordinariamente sugestiva, ha analizado las relaciones entre lo privado y lo público en el contexto de la que –recogiendo una fórmula hobbesiana– denomina «geometría legal» propia del pensamiento moderno⁵. En efecto, desde el contractualismo, esas categorías aparecen fruto de una reflexión conducida en modo hipotético-deductivo y aplicada con finalidad operativa. Con el término privado se designa, así, la disposición de cada individuo a considerarse desvinculado de cualquier regla, en cuanto sometido exclusivamente a su propia voluntad y único juez de sus acciones. Residiendo lo público inicialmente en la zona en que –merced a los múltiples

⁴ID., *Una introducción al estudio del derecho*, 8ª ed., Madrid, 1989, págs. 61-62.

condicionamientos recíprocos—ningún individuo puede pretender ser considerado solo, único e independiente, «tierra de nadie» que circunscribe los distintos predios privados, como expresa con nitidez el artículo 4 de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* de 1789; para, más adelante, y dada la inviabilidad de una tal definición por el carácter subjetivo del criterio según el cual cada individuo juzga dañosas para sí las acciones ajenas y nocivas en relación a los otros las propias, se abre paso una concepción de lo público como sujeto distinto de los individuos, equidistante entre ellos y por eso en condiciones de dirimir sus controversias: es el «hombre artificial» hobbesiano, esto es, la *persona civitatis*, la persona del Estado⁶, que reproduce en su nivel la unicidad de lo privado por medio de la soberanía estatal. De ahí la conclusión del profesor patavino: «Entre lo privado y lo público, así entendidos, no se puede establecer una relación dialéctica. Es decir, no se les puede considerar distintos realmente, ya que tienen una estructura idéntica, la de la pretendida unicidad, y sin embargo no tienen nada en común porque, siendo *per se* únicos, se excluyen recíprocamente»⁷.

7. Pero a la anterior aproximación, típica de la «razón de Estado» moderna, el profesor Gentile opone la «inteligencia política» clásica. Así, el carácter problemático de la experiencia política viene de la parcial comunicabilidad e incomunicabilidad de los elementos del grupo, de manera que la inteligencia política de cada uno se realiza en el reconocimiento —en términos dialécticos— de lo que tienen en común y también de lo que les diversifica, esto es, en el reconocimiento de la comunidad a la que pertenecen. Y es que la tarea de lo político no consiste sino «en garantizar la comunidad, que es propiamente la unidad orgánica de la pluralidad de sujetos distintos y diversamente agregados, para la que vale todavía la definición ciceroniana de *res publica*»⁸. Precisamente por eso, por su función orientadora del bien común y por la estructura dialéctica de su reconocimiento, no puede entenderse de manera abstracta e hipotético-deductiva la ciencia de lo polí-

⁵ Cfr. FRANCESCO GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, 2ª ed., Milán, 1984, *passim*. Una aplicación concreta de los criterios del profesor Gentile puede verse en LUCIO FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*, Padua, 1998.

⁶ Cfr. THOMAS HOBBS, *Leviathan*, Londres, 1651, cap. XVI.

⁷ FRANCESCO GENTILE, *op. cit.*, pág. 14.

⁸ ID., *op. cit.*, págs. 51-52. La referencia a Cicerón debe entenderse hecha a *De Republica*, I, 39. El propio Gentile ha glosado muy pertinentemente esa definición en su ensayo «Le condizioni della “res publica”», en el volumen de Danilo Castellano (ed.), *La decadenza della Repubblica e l'asenza del politico*, Bolonia, 1995, págs. 125 y ss.

tico, sino como «actitud concreta de percibir, cada vez, lo conveniente, lo oportuno y lo necesario para la vida equilibrada de la comunidad»⁹.

He ahí el foco desde el que debe abordarse la distinción entre el derecho público y el privado, tal y como lo presentaban Vallet y d'Ors, y he ahí también la clave para acceder a la comprensión de los corolarios que de la misma brotan y que también hemos examinado. Porque nos hallamos en los antípodas de contractualismo, individualismo y estatismo. Porque, por lo mismo, la autonomía privada brota de una concreta consideración –filosófica– de las relaciones humanas, como la intervención pública se funda en el bien común. Por eso aparecía la referencia al derecho natural, ya que sólo admitiendo su existencia, con los correspondientes resortes metafísicos y jurídicos capaces de mantener las respectivas zonas de influencia de lo privado y lo público, apoyado en la existencia de cuerpos sociales básicos que sirvan de cauce de la socialidad humana al tiempo que puedan frenar la omnipotencia del Estado, se podrá hallar la armonía: «La persona no es la antítesis de la sociedad. No debe haber contraposición entre persona y sociedad, sino delimitación de esferas de competencia. Fijado ese equilibrio, la determinación de las esferas de competencia fundamentalmente corresponde al derecho natural, que debe fijar las respectivas esferas del derecho público y del derecho privado»¹⁰.

No se oculta la importancia extraordinaria que esto tiene tanto para las personas, como para las familias y los distintos cuerpos sociales, al no resultar indiferente que exista un derecho que imponga sus límites y su respeto, a que –por el contrario– sea el Estado quien, adueñándose del derecho, señale unas líneas fronteras que podrá marcar donde quiera. Y es que si siempre resulta difícil el respeto del derecho por parte del poder, lo es menos cuando opera la convicción, tanto en gobernantes como en gobernados, de la primacía del derecho; mientras que acrece cuando éste es considerado sólo como una autolimitación que los gobernantes se imponen, pero sin que dimanen de principios superiores al Estado¹¹. Esa es la aporía del Estado de derecho, en el cual incluso el soberano está sujeto a la ley, pero para el que no hay ley que no pueda, con las debidas formas, revocar¹². Concepción que ha sido precisamente la que ha conducido al acorralamiento del derecho privado y, a la postre, a la crisis primero del derecho y luego de la propia

⁹ FRANCESCO GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, cit., pág. 52.

¹⁰ JUAN VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, pág. 92.

¹¹ Cfr. ID., *op. cit.*, pág. 91.

¹² Cfr. FRANCESCO GENTILE, *op. ult. cit.*, págs. 13-14. Cfr., también, DANILO CASTELLANO, *La razionalità della politica*, Nápoles, 1993, págs. 67 y ss.

ley¹³. El inolvidable profesor José Pedro Galvão de Sousa podía afirmar por ello que «sin derecho natural no hay verdadero Estado de derecho»¹⁴.

8. El último desarrollo nos abre un eje que podemos seguir al objeto de adelantar el objetivo que persiguen estas páginas. Nos hallamos, pues, ante una relación –la del derecho público y el privado– «oscilante», cuya concreta modulación debe ser determinada por el derecho natural, esto es, lo que es justo atendida la naturaleza de la cosa y de las cosas. También ha aparecido de lo anterior la realidad del «bien común» como criterio de recta articulación de lo «público» y lo «privado». Merece la pena, por consiguiente, llegados a este punto, y antes de referir algunas de las concretas temáticas en que cabe enfocar «el derecho público a la luz del derecho natural», dejar alguna consideración, todavía general, a esas referencias al derecho natural y al bien común.

El que puede llamarse realismo jurídico clásico, renovado en nuestros días por la obra de Michel Villey¹⁵, y en el mundo hispánico por Juan Vallet de Goytisolo¹⁶ –al margen de las precisiones y complementos que éste ha realizado a aquél–, parte de que las relaciones entre las personas y la autoridad de los poderes deben apoyarse necesariamente en una fuente anterior y superior para tener justificación. Como la revelación divina calla en casi todo lo concerniente al orden temporal, hay que buscar en la naturaleza, que es obra de

¹³ Cfr. MIGUEL AYUSO, «Leyes humanas y naturaleza de las cosas», *Verbo* (Madrid) n° 349-350 (1996), págs. 1055 y ss.

¹⁴ JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA, *Direito natural, direito positivo e Estado de direito*, San Pablo, 1977, págs. 125 y ss. En este mismo sentido pueden sumarse las aportaciones de FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, «El Estado de derecho desde la tradición de las Españas», *Hora Presente* (San Pablo) n° 24 (1978), págs. 159 y ss, y JUAN VALLET DE GOYTISOLO, «El Estado de derecho», *Verbo* (Madrid) n° 168 (1978), págs. 1035 y ss. Finalmente puede verse el volumen colectivo *El Estado de derecho en la España de hoy*, Madrid, 1996.

¹⁵ Cfr. MICHEL VILLEY, *Philosophie du droit*, 2 volúmenes, París, 1975 y 1979, entre su vasta bibliografía. La cito a continuación por su versión castellana, Pamplona, 1979 y 1981. Puede verse una brillante caracterización de la originalidad del maestro francés en la ponencia presentada a las I Jornadas Hispánicas de Derecho Natural por su discípulo, prematuramente fallecido hace unos años, GUY AUGÉ, «El derecho natural en la Francia del siglo XX», publicada en las actas correspondientes, *El derecho natural hispánico*, cit., págs. 231 y ss.

¹⁶ Desde los años sesenta se puede percibir el influjo de la obra de Villey sobre el gran jurista español, el más fiel, al tiempo que el más original, de sus seguidores en nuestro ámbito cultural. La tesis de RENATO RABBI-BALDI, *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Pamplona, 1990, sin embargo, omite tal reconocimiento al tiempo que realiza otros que arrojan luz sobre la razón de la omisión. Cfr., por ejemplo, y entre tantas muestras, JUAN VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del derecho civil*, 1ª ed., Barcelona, 1963, y últimamente, *Metodología de la determinación del derecho*, 2 volúmenes, Madrid, 1994 y 1996.

Dios, el orden que ésta, conforme al plan divino, pueda contener. Y esa es la única posibilidad sólida que nos queda, pues si no existe orden natural tampoco podrá existir justicia, al quedar sin objeto, por encima de la voluntad que se imponga¹⁷.

Es sabida la insistencia villeyana en la definición del derecho, en indicativo, como justo medio en las cosas, proporción de cosas repartidas entre personas, objeto de la justicia particular, que excluiría a la justicia general del ámbito del arte jurídico –no desde luego de su incidencia importantísima sobre el mismo–, situándola en el campo de la moral¹⁸. Vallet, sin embargo, en una visión más omnicomprendiva, entiende que si bien tiene la justicia general una dimensión eminentemente moral, no deja por ello de presentar una faz plenamente jurídica, que resalta notablemente en su pauta específica, el bien común. En efecto, la justicia general, como pauta jurídica, se distingue de la justicia particular cuando no viene referida a personas individualmente consideradas, sino al bien común, en cuanto le corresponde –en una relación inversa a la justicia distributiva– ordenar al bien común las cosas que son de las personas particulares¹⁹. Bien es cierto que, a poco que se repare, del fondo que late en la exposición del profesor parisino despunta una orientación muy cercana a la del académico español. Así, Villey, tras los pasos de Aristóteles, afirma que el derecho sólo se ejerce en una ciudad organizada, pues sólo en la ciudad hallamos unas relaciones entre –los cabezas de familia– quienes «son suficientemente “otros”, y sin embargo suficientemente “amigos”, para que la proporción y la repartición de sus bienes exteriores puedan ser definidas entre ellos, para que se observe entre ellos esa relación que constituye la esencia del derecho en su sentido estricto»²⁰. Y esa ciudad organizada a la que sólo es dado conocer el orden jurídico reclama una armonía entre las personas individualmente consideradas y la sociedad en que éstas conviven. Así, desde un prisma jurídico muy cercano a cuanto venimos diciendo, escribe en un texto muy luminoso: «Es un juego de azar fundar el derecho, sistema de relaciones entre los hombres, en el individuo aislado, es decir, fundarlo en la negación

¹⁷ Cfr. JUAN VALLET DE GOYTISOLO, *Qué es el derecho natural*, Madrid, 1997.

¹⁸ Cfr. MICHEL VILLEY, *op. cit.*, volumen I, págs. 73 y ss.

¹⁹ Cfr. JUAN VALLET DE GOYTISOLO, «De la virtud de la justicia a lo justo jurídico», en su volumen *En torno al derecho natural*, Madrid, 1973, págs. 165 y ss; ID., «Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino», en el volumen colectivo *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Madrid, 1976, págs. 711 y ss; ID., *Metodología de las leyes*, Madrid, 1991, págs. 227 y ss. Resultan de gran interés, a este respecto, las consideraciones de GUIDO SOAJE, «Sobre la politicidad del derecho», *Boletín de Estudios Políticos* (Mendoza) n° 9 (1958), págs. 42 y 85.

²⁰ MICHEL VILLEY, *op. cit.*, pág. 99.

del derecho. Cuadratura del círculo, pues a partir del individuo, a partir de su derecho subjetivo, no se hallará más que el anarquismo y la ausencia de orden jurídico, o más bien, contradiciéndose a sí mismo, a partir del individuo se fabricará a su imagen el individuo artificial, el monstruoso Leviathan que aplasta a los verdaderos individuos»²¹.

9. Pero también ha salido en lo anterior, y de modo recurrente, la referencia al bien común. En la publicística contemporánea, y en un palenque propiamente dialéctico –en sentido clásico–, quizá fuera el profesor flamenco trasplantado al Canadá francófono Charles de Koninck quien con más vigor, es posible que por las propias exigencias de la polémica, subrayara en los años cuarenta que no es un bien ajeno, erigido como un ser singular que domina a los restantes, sino el mejor bien de las partes que de él participan²². Es lo que el profesor Danilo Castellano viene recordando últimamente en oportunísima crítica del personalismo –y he ahí el lazo que aún a los dos autores citados en un arco de cincuenta años–, al definir el bien común como el bien de todo hombre en cuanto hombre y, en cuanto bien de todo hombre, común a todos los hombres: el bien que la comunidad política debe, por ello, perseguir²³.

De Koninck ya observó –lo que entonces había de resultar sin el menor género de dudas escandaloso– que el personalismo, en su falseamiento de la noción de bien común, concluía por hacer suya la noción totalitaria del Estado: en efecto, bajo los regímenes totalitarios el bien común se había singularizado, oponiéndose como singular más potente a unos singulares pura y simplemente sometidos; perdida su nota distintiva y tornado extraño, se subordinaba a ese monstruo de moderna invención que es el Estado, no –desde luego– entendido como comunidad o ciudad, sino erigido en una suerte de persona física²⁴. En nuestros días –y sin que el anterior análisis haya dejado de mostrarse como correcto–, la dinámica que ha conducido de la modernidad a la postmodernidad, o si se prefiere, a la sustitución de las ideologías «fuertes» por sus derivados «débiles», permite precisar mejor las consecuencias implicadas en el per-

²¹ Cfr. ID., *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit*, París, 1975, pág. 676. Sobre la traslación de la concepción villeyana al derecho público puede verse mi estudio «Un aporte para la reorientación del derecho público», *Cuadernos de Pensamiento* (Madrid) n° 10 (1996), págs. 149 y ss.

²² Cfr. CHARLES DE KONINCK, *De la primauté du bien commun contre les personalistes*, Montreal, 1943. Me he referido a la famosa polémica de De Koninck con Eschmann, con Maritain al fondo, en mi libro *Koinós. El pensamiento político de Rafael Gamba*, Madrid, 1998.

²³ Cfr. DANILO CASTELLANO, *L'ordine della politica*, Nápoles, 1997, pág. 34.

²⁴ Cfr. CHARLES DE KONINCK, *op. cit.*, I.3.

sonalismo contemporáneo. En este sentido, el profesor Castellano ha podido cerrar el círculo divisado por De Koninck, pues, exiliado del horizonte moderno el «bien común», e instaurada la contraposición entre lo público y lo privado, si en una primera fase se redujo aquél a puro «bien público», virtualmente totalitario, en otra posterior –la más rabiosamente coetánea– se ha concluido por asignar al «bien privado» un primado sobre éste. Se ha llegado, así, a la afirmación de lo público exclusivamente en función de lo privado y a la reducción del Estado a instrumento para alcanzar cualesquiera instancias individuales. En definitiva, a la decadencia del Estado moderno y a la volatilización de la política²⁵.

10. Recapitulemos. Hablar de bien común levanta hoy obstáculos difícilmente superables entre los que no es el menor el esfuerzo por restablecer un conjunto de significaciones comprensibles más allá de las ambigüedades creadas por el lenguaje político de la modernidad. Si, aceptándolas, tomamos la cuestión de la totalidad, que surge en la historia del pensamiento como resultado de la discusión filosófica sobre la naturaleza de la relación social, vemos –por encima de las múltiples respuestas históricamente comprobables– la permanencia del problema del sentido de la unidad de lo comunitario frente a la diversidad de lo individual.

Así, como hemos recordado en otras ocasiones siguiendo al profesor Zuleta²⁶, en primer término encontramos la perspectiva de la metafísica clásica, que es en la que estamos moviéndonos, y para la que totalidad y subsidiariedad como principios normativos aparecen forzosamente implicados, en tanto que el primero remite a la naturaleza de ese todo que es la relación social, mientras que el segundo se refiere a las relaciones dinámicas que median entre el todo y sus partes. El punto de partida es metafísico y no meramente empírico, al existir un orden del ser, en el que se funda todo deber, y en el que yace, concebido como comunicación, el lazo social. La sociedad viene a ser así, consiguiente-

²⁵ Cfr. DANILLO CASTELLANO, *op. ult. cit.*, págs. 43 y ss.; ID., *La decadenza della Repubblica e l'assenza del politico*, cit., introducción. Mi libro *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Madrid, 1996, 2ª ed., Madrid, 1998, es en buena parte una explanación de tal proceso.

²⁶ Cfr. ENRIQUE ZULETA, «El principio de subsidiariedad en relación con el principio de totalidad: la pauta del bien común», en el volumen colectivo *El principio de subsidiariedad*, Madrid, 1982, págs. 111 y ss. También ha profundizado la cuestión en sus ensayos «Thomas Hobbes y la moderna idea de totalidad social», *Verbo* (Madrid) nº 195-196 (1981), págs. 561 y ss.; «Razón y totalidad. Notas sobre la noción moderna de consenso social», *Verbo* (Madrid) nº 197-198 (1981), págs. 855 y ss.; «Razón y comunidad. Notas desde una lectura actual de Aristóteles», *Persona y Derecho* (Pamplona) nº 10 (1983), págs. 135 y ss.; además de su volumen *Razón política y tradición*, Madrid, 1982.

mente, una realidad accidental de naturaleza relacional resultante del proceso de actualización de la persona, excluyente tanto de su consideración como agregado de individuos, cuanto de la contraposición individuo-sociedad. De ahí que constituya para el hombre un complemento perfectivo y, en este sentido, un medio para su dignificación. De ahí también que se articule como sociedad de sociedades que difieren entre sí según su grado y orden respectivos. Es, pues, una lógica de la totalidad como pluralidad –que no es el pluralismo del que pronto hablaremos–, que remite a conceptos fundamentales tales como comunidad, autonomía, descentralización, jerarquía natural, tradición, lealtad, localismo, personalización y, finalmente, subsidiariedad.

Frente a la misma aparece la solución moderna, que excluye por principio la consideración de la subsidiariedad, contemplada como un pseudo-problema derivado de incorporar al análisis elementos no verificables científicamente y, en consecuencia, racionalmente impertinentes. Parte entonces de una «deconstrucción» de la realidad, operada por la razón en su búsqueda de elementos simples y evidentes, aptos por tanto para operar como axiomas de base para una recomposición sistemática de la totalidad social. Agregado mecánico, aunque convencional en el acto que lo origina, posee en cambio la necesidad de una hipótesis lógica, a través de la cual resulta pensable una sociedad despojada de toda sustancia comunitaria. Es, en conclusión, una lógica de la totalidad como unidad, y sus desarrollos giran en torno de ideas tales como asociación, igualdad, individualismo, progreso, cosmopolitismo, etc.

11. La conclusión se alza neta: la problemática del bien común carece de sentido en un contexto ideológico presidido por la idea moderna de totalidad y su concreción en la soberanía, resultando indiferente, a este respecto, si su concreción es «garantista», «promotora» o propiamente «totalitaria»; al tiempo que sólo puede comprenderse desde una lógica de la pluralidad en la que posee sentido preciso la analogía del todo y las partes y para la que resulta impensable la dicotomía individuo-Estado, mejor aún, individuo-comunidad política²⁷. La relación entre el derecho público-derecho privado, reflejo jurídico de la que posee como polos lo público y lo privado, yace pervertida por el contractualismo bien en su versión «fuerte» o en sus derivados «débiles», como ilustra el proceso que de la modernidad ha conducido a la postmodernidad, mientras que sólo en el bien común –pauta de la justicia general jurídica, indisolublemente

²⁷ Cfr. MIGUEL AYUSO, «Bien privado, bien público y bien común. Una relectura desde el derecho constitucional», en el volumen de Danilo Castellano (ed.), *Europa e bene comune oltre moderno e postmoderno*, Nápoles, 1997, págs. 137 y ss.

ligado a la realidad del derecho natural y orillado cuidadosamente en dicho tránsito— puede encontrar cabal fundamento.

12. Bueno será, tras haber situado las categorías del derecho público y el privado, en su relación oscilante determinada por el derecho natural, y prestando atención a la pauta del bien común como criterio central, aplicar tales parámetros a los fenómenos más relevantes de la experiencia jurídico-política de hoy. A comenzar por el que quizá unifica, en su diversidad, el panorama: la crisis del Estado.

De una visión clásica de la totalidad como la que acabamos de ilustrar sintéticamente se desprende el reconocimiento del papel central del Estado —de un Estado que no es el Estado moderno, y al que incluso según las particulares preferencias terminológicas puede negarse tal término, denotativo en exclusiva de la forma política de la modernidad— en el fortalecimiento y progreso de las condiciones de la vida en sociedad. Pues, en el esquema clásico, lejos de consistir en un artificio útil o en un guardián del libre juego de las leyes de la economía, es la forma histórica que reviste el poder como principio de orden y unidad de la sociedad política. Si en nuestros días ha llegado a presentarse ante nosotros como tendencialmente totalitario, no se ha debido al efecto de una dirección equivocada de los asuntos públicos o de una secreta conspiración universal, ni es reflejo de una especial decadencia moral de las élites occidentales, ni siquiera finalmente de una tendencia permanente de las sociedades humanas: «Lo es más bien como resultado de esa lógica de la totalidad como unidad que subyace a la historia del poder en la modernidad. Prueba de ello es que la afirmación de la totalidad en términos de dominio despótico sobre la existencia personal acontece tanto en los sistemas políticos autoritarios como en los autodenominados pluralistas; tanto en los intentos de uniformización y militarización de la vida política como en los de reintegración del orden perdido a través de la ficción del pacto social»²⁸.

Ese estatismo, originado por una noción de Estado que se concibe como instancia separada de la vida social²⁹, es quizá el fenómeno que ha cruzado la modernidad, caracterizándola desde el ángulo político. Bien mirado, sin embargo, la observación más cuidadosa no descubriría —desde hace algunos dece-

²⁸ ENRIQUE ZULETA, «El principio de subsidiariedad en relación con el principio de totalidad: la pauta del bien común», *loc. cit.*, págs. 132-33.

²⁹ Cfr. FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, «La familia y el municipio como bases de la organización política», en el volumen colectivo *El municipio en la organización social*, Madrid, 1971, págs. 23 y ss.

nios— que las sociedades marcharan hacia la absoluta estatización, sino que más bien detectaban una firme deriva hacia formas de uniformización y masificación de la vida social en las que la lógica moderna de la totalidad permitía prever la instauración de formas de dominación seguramente peores que las existentes y en las que se divisaba como posible incluso que el propio Estado— nación, instrumento principal a la sazón y aun en la actualidad de dicho proceso, terminara siendo su víctima tanto como los cuerpos intermedios y demás formas de sociabilidad natural que han venido —y en buena parte por su mano— padeciéndolo desde antiguo. Así hemos visto al coloso estatal sufrir en su seno, conjugándolas, dos tendencias de sentido inverso que si, por un lado, llevaban al aumento de sus gastos, atribuciones, competencias y patrimonio; por el otro, inducían una no menos sustancial pérdida de su autoridad³⁰. En efecto, la evolución política contemporánea ha venido signada por la coincidencia de la hipertrofia de las funciones estatales con el crecimiento de gran variedad de formas de resistencia y crítica al poder estatal, al tiempo que con el declinar de la confianza popular en la validez de las instituciones y, en especial, los cauces de la representación política. La posterior disolución a que estamos asistiendo, tras el espejismo del «fin de la historia», producto del derrumbamiento del «socialismo real», ha venido a confirmar sin la menor sombra de duda la apreciación de que la noción falsa de totalidad habría ido apurando todos los desenvolvimientos de su lógica interna, desplazando incluso al Estado, al confinarle a la situación de forma anacrónica y superada de organización del poder político en cuanto ha dejado de ser útil o ha ofrecido resistencias impensadas a la masificación dirigida y uniformizada de la sociedad.

Desde un prisma tal, la verdadera faz del «Estado mínimo», hoy tantas veces propugnado tras la crisis del Estado del bienestar como su alternativa, es, pues, el «Estado débil»³¹. Pues no es el Estado subsidiario, respetuoso de la recta constitución social y supletivo allí donde ésta aparece insuficiente. Ni siquiera el Estado que, aun sin alcanzar lo anterior, retrocede —¿cómo? ¿con qué consecuencias?— de zonas que nunca debió invadir. Es el Estado del neoli-

³⁰ Marcel de la Bigne de Villeneuve ya había observado a partir de los años veinte de este siglo que si, en una primera contradicción íntima, el individualismo, incluso mitigado, conducía derechamente al estatismo —el Estado originariamente «policía» se desarrollaba alcanzando formas congestivas con extraordinaria rapidez—, en otro milagro absurdo, el Estado todopoderoso por comparación con el individuo aislado, en realidad sufría una debilitación pavorosa para el ejercicio de sus funciones propias. Cfr. su *Traité générale de l'Etat*, tomo I, París, 1929, págs. 164 y ss, y *La crise du sens commun dans les sciences sociales*, París, s. f., págs. 51-52.

³¹ PIETRO GIUSEPPE GRASSO, «Il “patrimonio” del diritto costituzionale nell'Europa di oggi», en el volumen de Danilo Castellano (ed.), *L'Europa e il diritto*, Nápoles, 1989, pág. 109, ha escrito inteligentemente que «tenemos al mismo tiempo demasiado y demasiado poco Estado, siempre en el punto equivocado».

beralismo, esto es, 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. En el inteligente diagnóstico del profesor Thomas Molnar, la «cosa pública» ya no es ni una cosa ni una realidad: se encuentra fragmentada, teórica y prácticamente, en tantas opiniones como espíritus, habiendo llegado a convertirse en lo que de ella percibían los ideólogos: violencia institucionalizada para unos, expresión de los intereses burgueses para otros, distribuidor de larguezas para los más y salteador de caminos para casi todos. Si ha sobrevivido se debe sólo a los grandes feudalismos interesados en disimularse detrás del Estado, al igual que algunos grandes señores se escondían detrás de la corona: «Los feudalismos modernos aceptan entrar en simbiosis con el Estado y unir su burocracia a la de él, con el fin de constituir ese inmenso Estado tutelar descrito por Tocqueville, entidad monstruosa que no se percibe en ningún lugar porque su presencia se halla en todas partes. Estado frágil y todopoderoso, coloso de pies de barro, presa de no importa qué minoría actuante y prevaleciente que hace suyo —como ya lo constató Burckhardt— el programa de cada uno sin contentar a nadie. Su debilidad para afrontar las situaciones concretas —¿cómo iba a hacerlo, asociando la fuerza y la agresividad con el poder?— multiplica las burocracias, porque es más fácil acallar un problema que resolverlo. Esa es, justamente, la situación del ciudadano del Bajo Imperio, que recibe antes al bárbaro que al recaudador de impuestos»³².

En éstas estamos, ante una en apariencia inexorable crisis del Estado, pero de la que —entre signos contradictorios que he tratado de articular en uno de mis últimos empeños³³— lo más palmario y por ende preocupante viene a ser el derrumbamiento no de las estructuras gastadas de la modernidad sino los cimientos perennes de la sociabilidad connatural al hombre. Una vez más queda al descubierto la dialéctica de modernidad y postmodernidad...

13. La crisis del Estado, recién apuntada en su globalidad a vuela pluma, presenta un correlato inmediato en sede de derecho público: se trata de la constitución y sus mutaciones. No en vano G. Solari expuso que en el mundo moderno el problema de político se tornaba constitucional³⁴. Inexorabilidades del

³² THOMAS MOLNAR, «Ideología y pensamiento de derechas», en el volumen colectivo *Convivencia y respeto social*, volumen III, Madrid, 1980, págs. 419 y ss.

³³ Cfr. MIGUEL AYUSO, *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, cit., *passim*.

³⁴ Cfr. GIOELE SOLARI, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Turín, 1962, pág. 65.

abandono de la politicidad natural del hombre y su subrogación por instrumentos varios.

a) Para comenzar, es conocida la polisemia del término constitución³⁵. En un sentido amplio toda sociedad –análogamente a los organismos vivos– tiene su constitución, sea cual sea el régimen adoptado³⁶. En una segunda acepción menos amplia, la constitución se identifica con la ley fundamental de la comunidad política –del Estado, en la terminología de los iuspublicistas estatistas–, eso sí, sea cual sea su forma³⁷. En tercer lugar, más estricto, viene a designar un contrato –al menos tácito– entre los gobernantes y gobernados, por el cual aquéllos tienen limitados sus poderes y deben reconocer a éstos ciertos derechos o libertades: la constitución se sitúa, pues, en función del movimiento ideológico primero y político después de la Ilustración y de las Revoluciones inglesa, americana y francesa³⁸. Finalmente, en un sentido estrictísimo, sobrepuesto al inmediatamente anterior, restringiéndolo, desde luego matizándolo y quizá alterándolo, se entiende que la salvaguarda de la libertad política a que la constitución se dirige sólo se alcanza cuando existe un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes³⁹.

b) Son las dos últimas acepciones las que merecen que nuestra atención en este punto. Desde luego, en la penúltima no se trata sólo de que recoja la estructura jurídico-política básica; se trata de que ese conjunto de normas fundamentales obedezca a un «proyecto racional» y en orden a proteger ciertos «valo-

³⁵ Cfr. JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA, «Remarques sur l'idée de Constitution et la signification sociologique du droit constitutionnel», *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* (Tubinga), vol. 16 (1971).

³⁶ Cfr., para el caso bien conocido del vizconde Louis de Bonald, LEOPOLDO EULOGIO PALACIOS, «Bonald o la constitución natural de las sociedades», *Revista de Estudios Políticos* (Madrid) n° 45 (1949), págs. 55 y ss.

³⁷ Cfr. CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, Munich, 1928, parágrafo 5.

³⁸ Pese a la discusión suscitada sobre la continuidad o ruptura entre las distintas revoluciones, y cualesquiera que sean las singularidades de la experiencia inglesa y americana, me parece que frente a los distingos enderezados a separar las distintas revoluciones, es posible, en cambio, subrayar lo que de común presentan, cual ramas de un mismo árbol, diferentes tan sólo según las circunstancias locales y el temperamento de las naciones. Cfr. THOMAS MOLNAR, «La Revolución francesa y los Estados Unidos», *Aportes* (Madrid) n° 12 (1989-1990), págs. 30 y ss. Para la tesis opuesta, a mi juicio infundada, pese a tener notables valedores, cfr., en general, ERIC VOEGELIN, *The New Science of Politics*, Chicago, 1952; para el mundo inglés, ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Madrid, 1992; y en cuanto al universo estadounidense, WILMOORE KENDALL, *The Basic Symbols of the American Political Tradition*, Washington, 1970; RUSSELL KIRK, *The Roots of American Order*, Washington, 1992; MELVIN BRADFORD, *Original Intentions: On the Making and Ratification of the United States Constitution*, Athens, 1993.

³⁹ Cfr. MICHEL TROPER, «Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit», en su volumen *Pour une théorie juridique de l'Etat*, cit., págs. 203 y ss.

res»: la constitución –el constitucionalismo– no es neutra, sino que es fruto de la ideología liberal, adviniendo el instrumento de concreción del contrato social, con la pretensión de racionalizar la vida política para garantizar los derechos de los ciudadanos⁴⁰. Paralelamente a como en el derecho privado el paso de la «compilación» a la «codificación» trascendió lo puramente técnico, para entrañar una diferencia de grado, el constitucionalismo supuso para el derecho público también algo más que una mejora formal. Lo que ocurre es que, tanto en Francia como en España, la codificación fue realizada por juristas que conocían bien las tradiciones jurídicas respectivas, al mismo tiempo que las instituciones civiles, por su misma naturaleza, brotan inmediatamente del medio social, a la sazón todavía cristiano, paliándose de este modo los efectos nocivos que hubiera podido producir, mientras que las constituciones modernas por fuerza habían de resultar exasperadamente ideologizadas y postizas⁴¹. De ahí vinieron, especialmente en España, las resistencias al fenómeno constitucional, que lo eran a la revolución liberal.

Fue posteriormente cuando este concepto originario de constitución –que, como es evidente, no era formal, sino, en un sentido, material–, por obra de distintos factores, se difuminó en los países continentales, derivando progresivamente en una acepción formal, y conservándose intacto su acervo tan sólo en el mundo anglosajón. Por un lado, el impacto de la crítica marxista, de manera paradójica iba a contribuir a la mentada formalización: si las libertades reconocidas en las constituciones liberales eran puramente «formales», y si había que superarlas por otras auténticamente «reales», las constituciones que acogieran éstas, por tanto diferentes esencialmente de aquéllas, también se adscribirían a tal etiqueta, contribuyendo a desplazar su ceñido contenido. Por el otro lado, la deriva pronto iniciada en el constitucionalismo, por virtud del liberalismo doctrinario, hacia posiciones de «soberanía compartida» del parlamento con el rey, también extraería el concepto de Constitución de su significado prístino, extendiéndolo a otras realidades. En este nuevo contexto, sólo –en un primer momento– con la recuperación del carácter normativo de la constitución, obra del aporte kelseniano y –posteriormente– con la apertura del ordenamiento a ciertos «valores» más allá del estricto positivismo, se llegará tras la segunda guerra

⁴⁰ Cfr. PIETRO GIUSEPPE GRASSO, «Stato moderno e diritto costituzionale prodotti della secolarizzazione», en el volumen de Danilo Castellano y Giovanni Cordini (eds.), *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, Milán, 1994, págs. 321 y ss.; MIGUELAYUSO, «Orígenes filosófico-jurídicos de la Revolución francesa», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Madrid) n° 20 (1989), págs. 201 y ss.

⁴¹ Cfr. JUAN VALLET DE GOYTISOLO, «Influjo de la Revolución francesa sobre el derecho civil. Su incidencia en la codificación española», *Anuario de Derecho Civil* (Madrid), tomo XLII, fascículo II (1989), págs. 261 y ss.; MARCEL DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *L'activité étatique*, París, 1954, págs. 398-399.

mundial a una situación de nuevo concorde con los orígenes del fenómeno constitucional⁴².

c) La irrupción del kelsenianismo –llegamos pues a la cuarta acepción o estrictísima de las que antes veíamos– iba a tener relevantes consecuencias en este universo constitucional escindido en los bloques anglosajón y continental. Pues aun partiendo de principios típicamente continentales –estatismo, positivismo y no judicialismo⁴³–, su construcción estaba llamada a alterar la fisonomía de las constituciones europeas. Las constituciones kelsenianas se caracterizan por el positivismo, por su aplicabilidad inmediata –son *normae normarum*, reguladoras de la producción de las restantes y cúspide de sus respectivos ordenamientos– y porque, sin ser judicialistas, al prever el examen de la constitucionalidad de las normas –encargado a órganos no judiciales, pero con formas y procedimientos judiciales, esto es, a los tribunales constitucionales–, dan en la judicialización de la vida política. Esta descripción muestra a las claras cómo las constituciones kelsenianas, en especial tras la segunda guerra mundial, aunque por causas y vías bien diferentes, han concluido en unos resultados próximos a los obtenidos por las anglosajonas. Así, al ser alegables ante los jueces ordinarios, en cuanto normativas y directamente aplicables; así, al judicializar la vida constitucional, primero por el Tribunal Constitucional, pero más adelante por los propios tribunales ordinarios, en cuanto recogen y exhiben los criterios de aquél; así, finalmente, al difuminarse las fronteras entre el derecho constitucional y el privado, aunque no porque el derecho privado juridifique a la constitución, sino, al revés, porque el derecho privado queda «constitucionalizado» al recibir su sentido y legitimidad de la constitución⁴⁴.

Sin embargo, a poco que se medite lo anterior, aparecen, junto con los logros hoy tan frecuentemente exaltados, riesgos palmarios⁴⁵. En especial, se evidencia el «formalismo» que, lejos de superar, el kelsenianismo depura y culmi-

⁴²Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», en el vol. de Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría (eds.), *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1980. A la vista de la explicación dada, hay que relativizar el esquema del ilustre iuspublicista, influido –me parece– por la convicción de que sólo el control de la constitucionalidad de las leyes, y eminentemente el judicial, garantizan la libertad política, haciendo imposible el despotismo. Desde un ángulo distinto, cfr. también ALEJANDRO NIETO, «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *Revista de Administración Pública* (Madrid) n° 100-102 (1983), págs. 371 y ss.

⁴³Cfr. ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT, *Lecciones de teoría constitucional*, Madrid, 1987, pág. 5.

⁴⁴Cfr. PIETRO GIUSEPPE GRASSO, «Il “patrimonio” del diritto costituzionale nell’Europa di oggi», cit., págs. 104 y ss.

⁴⁵Cfr. PABLO LUCAS VERDÚ, *La Constitución en la encrucijada: Palingenesia iuris politici*, Madrid, 1994.

na. La constitución no es una pura norma jurídica, sino que tiene una naturaleza compleja en la que su componente política no es despreciable. Más aún, despreciarla es poner en la penumbra cuál es el verdadero origen de las constituciones, por supuesto extrapositivo, y muchas veces simple muestra de la última revolución que ha triunfado⁴⁶. En países que no se han distinguido precisamente por la estabilidad constitucional, la anterior observación calza aún más puntos: la pretensión de reducir el derecho constitucional al formalismo jurídico positivo –se ha observado con acierto– la consigue quien puede y no quien quiere⁴⁷. Pero es que, además, si al destacar la constitución como cúspide del ordenamiento se hiciera referencia sin más a la jerarquía formal de las leyes, no habría nada que objetar. Cuestión distinta –pues presenta gran calado– de si se quiere decir que el derecho privado carece de autonomía respecto de la constitución: lo que significa un desbordamiento del propio concepto de constitución, esto es, el paso, como ha escrito Sánchez Agesta, de la organización del poder político a la regulación del orden social⁴⁸. La experiencia inglesa, tan diferente en su significado, no se puede traspolar sin hacer profunda injusticia al sistema positivizado y estatizado del derecho público continental.

14. Las transformaciones del concepto de constitución, en su prolongación en la teoría de las fuentes, nos acercan al proceso que de la crisis del derecho ha conducido a la crisis de la ley⁴⁹.

A una época sellada por el imperio majestuoso de la ley parece haber sucedido desde hace tiempo otra que se interroga y duda sobre la centralidad de esta categoría. Así, no sería difícil referir antecedentes que se remontan a los años treinta, y no sólo por autores «sospechosos» como nuestro siempre recordado Eugenio Vegas Latapie⁵⁰, sino también por otros en absoluto enfrentados con la corriente central de los acontecimientos, como Georges Burdeau, que habló de *le dépérissement de la loi*, esto es, del «debilitamiento de la ley»⁵¹. En puridad,

⁴⁶ Cfr. JUAN VALLET DE GOYTISOLO, «El Estado de derecho», cit., págs. 1035 y ss. La ilustración práctica reciente puede verse en el volumen colectivo, igualmente citado, el *El Estado de derecho en la España de hoy, passim*.

⁴⁷ Cfr. ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT, *op. ult. cit.*, pág. 8.

⁴⁸ LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Curso de derecho constitucional comparado*, Madrid, 1980, págs. 27 y ss.; JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA, *A historicidade do direito e a elaboração legislativa*, San Pablo, 1970, capítulo V.

⁴⁹ Cfr. MIGUEL AYUSO, «Leyes humanas y naturaleza de las cosas», cit., págs. 1058 y ss.

⁵⁰ Cfr. EUGENIO VEGAS LATAPIE, *Romanticismo y democracia*, Santander, 1938.

⁵¹ Cfr. GEORGES BURDEAU, «Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français», *Archives de Philosophie du Droit* (París), 1939, págs. 7 y ss.

a la «crisis del derecho», que inauguró el predominio de la impostación jurídica moderna, agnóstica y consecuentemente voluntarista, ha terminado por suceder la «crisis de la ley»⁵², tanto más significativa en cuanto que ésta había quedado como el último residuo —es cierto que desnaturalizado y degradado, pero aún operante— de aquél.

La presente crisis de la ley surge precisamente de haberse apurado las premisas filosóficas que alumbraron su versión moderna o, por decirlo de otro modo, asistimos en nuestros días, según el epocal signo postmoderno, a la disolución de la ley moderna en su versión «fuerte» y a su sustitución por sus derivados «débiles»⁵³. Desde un ángulo teórico-conceptual, la ley parlamentaria se halla, por mor de los tribunales constitucionales, ante continuos constreñimientos para acomodarse a la Constitución, y, merced a la expansión del gobierno, en una defensiva permanente. Sin olvidar el vacío jurídico creado por la reciente ola de des-reglamentación de los años ochenta. Pero también, desde el ángulo práctico, han de tenerse presentes los que el administrativista Sebastián Martín Retortillo ha calificado de «mal decir» y «mal hacer» de las leyes⁵⁴. Esto es, la incorrección en la expresión y en la técnica a que responden y que redundan, a no dudarlo, no sólo en su correcto conocimiento, sino también en su adecuado cumplimiento.

Puede resultar útil comenzar por examinar el nivel teórico, recién apuntado, de la crisis de la ley parlamentaria. Primeramente, no pueden en absoluto obviarse las hondas transformaciones, a las que acabamos de hacer referencia que nos hace gracia de una insistencia mayor, que supuso la adopción por los sistemas continentales legalistas del control de la constitucionalidad de las leyes. A continuación, no debe ponerse entre paréntesis la transformación del parlamentarismo, en su versión denominada «racionalizada», con la asunción del protagonismo político por parte del gobierno, paralelo al retraimiento del parlamento. Las hondas transformaciones políticas, sociales, económicas, culturales y aun tecnológicas militaron de forma convergente en una alteración de los supuestos constitucionales sobre los que se asentaba el parlamentarismo originario. Así, el panorama actual aparece presidido por la preponderancia del gobierno —y no sólo contemplada cuantitativamente, sino también cualitativamente— en la iniciativa legislativa, las excepciones de creciente importancia al mono-

⁵² Cfr. ALVARO D'ORS, «Los romanistas ante la crisis de la ley», en su volumen *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Roma-Madrid, 1973, págs. 1 y ss.

⁵³ Cfr. MIGUEL AYUSO, «Principios generales del derecho, derecho natural y Constitución», en el volumen colectivo *Los principios generales del derecho*, Madrid, 1993, págs. 109 y ss.

⁵⁴ Cfr. SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO, «El buen hacer de las leyes», *ABC* (Madrid) de 16 de noviembre de 1995.

polio del parlamento en la producción de normas con rango de ley mediante la generalización de los decretos-leyes y los decretos legislativos, y aun más profundamente la propia alteración del juego de los poderes producto de factores tales como la industrialización, la sociedad de masas o los partidos políticos⁵⁵.

Pero también merece la pena internarse en el terreno práctico. En primer lugar, ha de destacarse la proliferación legislativa, de la que ha manado de modo necesario su inestabilidad. Georges Déherme, en los años treinta, señalaba que en Francia se habían promulgado desde la Revolución más de doscientas cincuenta mil leyes⁵⁶. Y el profesor Marcel de la Bigne de Villeneuve precisaba: «En dos años, la Constituyente había confeccionado dos mil quinientas setenta y siete leyes. En un año, la Legislativa aprobó mil setecientos doce. El primer Imperio acusó un ligero retroceso, pues sólo llegó a diez mil textos. Pero la Restauración promulgó treinta y cinco mil; Luis Felipe, treinta y siete mil; la efímera segunda República, doce mil cuatrocientos; el segundo Imperio, cuarenta y cinco mil. Desde 1870 a 1914, la tercera República elaboró cien mil. Y la cuarta marcha por el mismo camino que su predecesora, con una media anual de dos mil quinientos»⁵⁷. Proceso, podemos añadir, en absoluto detenido, antes bien, exasperado en los años más próximos a nosotros. Piénsese no sólo en la legislación estatal, sino también en la autonómica y hasta en la comunitaria, como a efectos simplemente formales muestra el crecimiento elefantiásico del «Aranzadi».

Pero el alto grado de «movilización» o «motorización» a que con carácter permanente están sometidas nuestras leyes determina igualmente la improvisación y el apresuramiento en su elaboración. ¿Se ha pensado seriamente —por limitarnos a algunos ejemplos referidos a España y de gran relevancia por su incidencia destacadísima en la justicia penal y la actuación administrativa— en cuáles iban a ser las consecuencias del llamado «procedimiento abreviado» de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o de la *soi-disant* Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común? Y eso que se trata de leyes de naturaleza procedimental y, por tanto, organizatoria. ¿Qué no ocurrirá con las que inciden sobre derechos materiales? Juan Vallet ha escrito que las normas producen siempre efectos reflejos y reacciones sociales que deben preverse antes de su promulgación. Más que su contenido interesa la reacción que pueden provocar en el cuerpo social. Así, las protecciones excesivas, fruto muchas veces de aplicar princi-

⁵⁵ Cfr., como síntesis, ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT, *Lecciones de teoría constitucional*, cit., págs. 113 y ss.

⁵⁶ Cfr. GEORGES DÉHERME, *Démocratie et sociocratie*, París, 1936, pág. 224.

⁵⁷ MARCEL DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *L'activité étatique*, cit., pág. 319.

pios de justicia distributiva a situaciones de justicia conmutativa o general, se suelen volver en perjuicios para los futuros componentes del sector protegido: la protección de los inquilinos de ayer, ejemplificaba Vallet en los sesenta, hace desaparecer el inquilinato hoy, y requiere que se promuevan grandes beneficios inmediatos para que se construya, aunque sea para vender por pisos. La presión fiscal y laboral, por otro lado, pasada cierta medida, hace huir el ahorro de las inversiones socialmente beneficiosas (industria, agricultura, construcción, etc.) y lo empuja hacia la especulación, más difícil de controlar, lo que a la larga ocasiona malos resultados económicos y, desde luego, produce efectos desmoralizadores; o bien, paso a paso, esa presión y el esfuerzo por mantenerla deslizará hacia el totalitarismo, la irresponsabilidad tecnocrática y la pérdida de todo estímulo personal⁵⁸.

La improvisación y el apresuramiento, en ocasiones, no se contraen sólo a los efectos, sino a la propia técnica legislativa. Por eso, transcurrido muy poco tiempo desde su publicación, a veces sólo unos meses, han de ser modificadas. Algún caso paradigmático hay, aunque parezca increíble, de proceder a su modificación incluso antes de comenzar su vigencia. El caso más reciente es el de la famosa «ley del jurado», Ley Orgánica 5/95, de 22 de mayo, que prevenía en su disposición final una *vacatio legis* de seis meses, a salvo ciertas excepciones, y que antes de transcurrir dicho plazo ha conocido ya la modificación de importantes aspectos en ella contenidos por medio de la Ley Orgánica 8/95, de 16 de noviembre. Al señalar esta reforma que entraría en vigor al día siguiente de su publicación, esto es, sin haber comenzado su vigencia la reformada, podría pensarse en que al producirse esto último se derogaría precisamente la reforma. La causa, tanto en el caso utilizado como en otros que podrían colacionarse, radica en que escapan de estas leyes supuestos omitidos y que deberían comprender, en definitiva por mala factura.

Ahora bien, una inestabilidad como la recién contemplada en nuestra práctica reciente no es sino el síntoma de la inmoralidad de la ley. En efecto, si la ley se reduce a no ser más que una regla técnica, si abandona la búsqueda de lo que constituye el bien de la comunidad política, se convierte en inmoral. Inmoralidad que no radica tanto, según la observación del profesor Michel Bastit, en la falta de respeto a una ley natural de la que debería deducirse, como en perder la mira de lo que constituye el bien común de la comunidad a la que pretende imponerse. Pues entonces impera solamente en virtud de la voluntad de legislador, detrás de la que no es difícil percibir los intereses particulares, convirtiéndose el poder en algo más y más pesado, que justifica la revuelta. Se llega así,

⁵⁸ Cfr. JUAN VALLET DE GOYTISOLO, *En torno al derecho natural*, cit., pág.166.

concluye, y es buena conclusión también para el objetivo que buscamos en este epígrafe, al cuadro paradójico de una ley progresivamente invasora e impotente al tiempo. Parece albergar la pretensión de cubrir la totalidad de las relaciones entre los ciudadanos, sustituyendo las regulaciones de los particulares e imponiendo a los jueces sus soluciones. Al tiempo, sin embargo, es cada vez menos obedecida y su prestigio se disuelve en la inestabilidad, la injusticia y, en fin, la revuelta⁵⁹.

15. Para cerrar el bloque dedicado al constitucionalismo pueden enfocarse ahora –por más que levemente– una serie de cuestiones que se remontan a una causa común aunque presenten singularidad propia y no permitan un tratamiento excesivamente simétrico⁶⁰. Así, y ya ha aparecido por entre las páginas anteriores, el orden constitucional continúa reflejando las premisas politológicas de la modernidad en su vertiente «fuerte», por más que sea posible detectar en él síntomas de su modalidad «débil», que adquieren toda evidencia cuando de la teoría pasamos a la praxis. Así lo demuestran a las claras la apertura de los ordenamientos a los «valores»; las transformaciones del Estado de derecho, caracterizado como «social y democrático de derecho»; la configuración de los «derechos fundamentales»; la articulación de la «división de poderes»; la significación de la representación política; o la operatividad del principio de subsidiariedad. En todos estos campos podemos rastrear la bipolaridad que evidencian las constituciones. Y en todo caso, el bien común y la concepción de la política en cuyo seno se ha forjado brillan por su ausencia. Repasémoslo brevemente en aquellos campos.

16. El artículo 1.1 de la Constitución española proclama que el «Estado social y democrático de derecho» en que España se constituye propugna como valores superiores de su ordenamiento «la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político». Si hacemos caso de autor tan significado como Peces-Barba, tal precepto rompería «la tradicional dialéctica Derecho natural-Derecho positivo que parecía condenar a la cultura jurídica moderna a un callejón sin salida, a través de una correcta formulación de la relación Poder-Derecho y de una positivización de los contenidos éticos o de justicia que el Poder pretende realizar a través del Derecho y que son los valores superiores»⁶¹. Y a

⁵⁹ Cfr. MICHEL BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, París, 1990, págs. 12 y ss.

⁶⁰ Cfr. MIGUEL AYUSO, «Una introducción a la postmodernidad jurídico-política desde el derecho constitucional», *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol* (Valencia) nº 18-19 (1997), págs. 5 y ss.

⁶¹ GREGORIO PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Madrid, 1984, págs. 12-13.

la hora de explicar los rasgos de tales valores, consigna que presentan carácter normativo; que expresan la moralidad mayoritariamente aceptada en el ámbito cultural y en el momento histórico en el que se sitúa la Constitución; que no se agotan en su contenido normativo, sino que realizan una función crítica y de presión social sobre la parte ya positivizada; que su fundamento, racional e histórico, representativo del juicio del legislador constituyente ratificado en referéndum, se convierte en un consenso básico; que su dimensión de totalidad hace de ellos elementos de identificación y contraste del sistema político; que son guía y límite para la interpretación y el desarrollo del ordenamiento⁶².

En verdad que un planteamiento como el anterior trasciende el puro normativismo en un positivismo con ciertas correcciones sociológicas, todas por supuesto relativistas. En este sentido acredita, aunque el formalismo no haya desaparecido, un desplazamiento desde los ordenamientos jurídicos concebidos exclusivamente en clave formalista a otros capaces de acoger otros aspectos de la realidad. La aparición del «pluralismo» como uno de los términos determinantes de la *wertordnung* indica a las claras, por contra, la dirección de tal transformación. Pues lejos de tratarse de la antigua «pluralidad social» consustancial a la lógica clásica de la totalidad, se trata de un pluralismo ideológico que contribuye eficazmente a la inestabilidad y arroja fuera de sí los auténticos bienes de la comunidad, al minar las bases de la convivencia.

Podríamos decir, por tanto, que al igual que el liberalismo es en buena medida la negación de la libertad, también el pluralismo se halla lejos de la pluralidad⁶³. Y es que la respuesta democrática al problema de la tensión entre, por un lado, la necesidad del cuerpo social de articularse en función de un impulso directivo central y, por otro, preservar la tendencia hacia la divergencia propia de las voluntades e intereses individuales, de acuerdo con los presupuestos antropológicos optimistas que están en su base, se asentó en una explicación de psicología social: la institucionalización del poder que da nacimiento al Estado es «un acuerdo sobre el acuerdo», un fenómeno psicológico global, de idéntica naturaleza a la de la voluntad general que lo produce. Hoy puede verse que el *agreement on fundamentals*, propio sobre todo del constitucionalismo anglosajón, ha sido objeto de un proceso de secularización idéntico al que sirvió de fuerza motriz para el desplazamiento revolucionario del antiguo régimen en el plano político, dando lugar a un verdadero *disenso* sobre las bases de la convi-

⁶² Cfr. ID., *op. cit.*, págs. 41 y ss.

⁶³ Cfr. MIGUEL AYUSO, «En torno al pluralismo político y cultural», en el volumen colectivo *Breve diagnóstico de la cultura española*, Madrid, 1992, págs. 213 y ss.

vencia política⁶⁴. Como ha notado Castellano, la explicación ha de buscarse en el personalismo como individualismo exasperado, que hace desaparecer a la persona; en la concepción «politológica» del Estado, que lleva a la reducción del derecho a fuerza; y en la visión «negativa» de la libertad inherente a la democracia⁶⁵.

La eclosión de «objecciones de conciencia» y no «de la conciencia», en las que es precisamente la conciencia la que se esfuma, es –lo hemos visto al tratar de la crisis de la ley– sólo una muestra más de una insolidaridad social creciente que comienza a alcanzar dimensiones pavorosas⁶⁶. Por no pasar revista a otros fenómenos conexos –las inmigraciones masivas, la expansión de las sectas, la drogadicción o la pornografía– que, en la radicalización del discurso de la multiculturalidad y del antirracismo, no pueden ser abordados y menos aún solucionados desde un palenque absolutamente relativista. Como he escrito en otro lugar, durante mucho tiempo los Estados democráticos articularon una ortodoxia pública liberal, pero que –de modo quizá incoherente con los propios basamentos filosóficos– retrocedía ante ciertas consecuencias derivadas de la asunción de un pluralismo radical. Hoy, por contra, el estallido de la cultura laica dominante sólo conduce a desatar fuerzas centrífugas y no a reconstruir los cimientos de una sociedad⁶⁷.

17. En dependencia estrecha de lo anterior, los derechos fundamentales, por obra de la construcción pluralista-relativista, sufren una exasperación individualista. Se ha dicho que una de las características de los derechos humanos, tal y como aparecen consagrados por la Revolución francesa, es su enfrentamiento respecto de la sociedad política, del Estado, o cuando menos generar la polarización Estado-derechos humanos. Así nacieron en la Asamblea y así han llegado hasta nuestros días como un *desideratum* individualista en oposición a un Estado que es concebido como enemigo, y frente al cual se erigen los derechos del hombre como único baluarte que le defienda. Sin embargo, tal enfrentamiento aparente debe ser reconsiderado a la luz de otros factores. Así, los re-

⁶⁴ Cfr. ENRIQUE ZULETA, «Razón y totalidad. Notas sobre la noción de consenso social», *loc. cit.*, pág. 880.

⁶⁵ Cfr. DANILO CASTELLANO, *La razionalità della politica*, cit., pág. 40

⁶⁶ Cfr. ESTANISLAO CANTERO, «La objeción de conciencia al servicio militar», en el volumen colectivo *Guerra, moral y derecho*, Madrid, 1994, págs. 257 y ss. Se trata de la misma distinción que el magisterio de la Iglesia trazó entre la «libertad de conciencia» y la «libertad de las conciencias», aquella condenable al tiempo que ésta respetable, y hoy muchas veces lamentablemente confundidas.

⁶⁷ Cfr. MIGUELAYUSO, «Romanticismo y democracia desde la crisis política contemporánea», *Verbo* n° 329-330 (1994), pág. 1053.

volucionarios no van a limitar el ejercicio del poder, sino que lo acrecientan, lo que hace que –según opina el profesor De la Cruz–, 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* »⁶⁸. Cantero, por su parte, encuentra que si la primera parte de esta afirmación es discutible, la segunda resulta incontrovertible. Porque cabe preguntarse, en primer lugar, por el poder que la Asamblea quería limitar y que no es otro –la investigación más sumaria así lo exhibe– que el poder real más que el poder político genéricamente considerado. Pero es que luego, además, la ley vino a prevalecer sobre el derecho previamente definido. 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 se no se considera afectado, por lo que no existe ese enfrentamiento (por ejemplo, el derecho al aborto o el derecho a la homosexualidad)⁶⁹. Lo mismo puede decirse de los corolarios de la «libertad de conciencia», en los términos vistos, o en la dogmática de la «libertad de expresión». Pero un mayor desarrollo de esta cuestión nos conduciría demasiado lejos⁷⁰.

18. Acaban de surgir, anudadas a las anteriores consideraciones sobre los valores superiores del ordenamiento jurídico y los derechos fundamentales, diversas temáticas que también conocen en nuestros días el impacto transformador de la inflexión modernidad-postmodernidad, con las consiguientes repercusiones sobre la concepción del bien común, eclipsado cuando no exiliado del universo mental hodierno. En particular, la representación y la división de poderes –pues la teoría de las fuentes ya ha sido objeto de consideración aparte–, aunque al hilo de su exposición brotarán también las ya anotadas del Estado de derecho y el principio de subsidiariedad. Con lo que el cuadro quedará completo.

⁶⁸ 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), págs. 258 y ss.

⁶⁹ Cfr. ESTANISLAO CANTERO, *La concepción de los derechos humanos en Juan Pablo II*, Madrid, 1990, págs. 26 y ss.

⁷⁰ Cfr., en particular, MIGUEL AYUSO, «Los derechos fundamentales en la Constitución española», en el volumen de Danilo Castellano (ed.) *I diritti umani tra giustizia oggettiva e positivismo negli ordinamenti giuridici europei*, Nápoles, 1995, págs. 65 y ss.

En lo que hace a la primera, procede proseguir las reflexiones sobre el consenso en el punto donde antes las dejamos. Porque la elucidación de la idea representativa democrática introdujo en la idea del consenso una matización que, prolongada hasta nuestros días, ha concluido por constituir uno de los elementos de fractura del Estado moderno. Se trata de la distinción entre «consenso social», esto es, el que se manifiesta con ocasión de la formación de la comunidad política en el pacto originario y se perpetúa a través del hecho social de la persistencia en el tiempo de dicha comunidad, y «consenso político», concretado a través del juego de los mecanismos de la participación y el sufragio: «El consenso social sería la base sobre la cual resulta posible la vida democrática. Esta, a su vez, implicaría una actualización permanente del consenso político, a través del voto, la actividad legislativa, los acuerdos interpartidistas, las consultas populares, las propias reformas del sistema a partir de sus mecanismos institucionales, etc. El consenso social se referiría a los valores fundamentales que se comparten; el consenso político a la actualización de los mismos mediante la práctica cotidiana de la vida democrática»⁷¹. En todo caso, no carece de interés retener que dicho consenso, en cualquiera de las modalidades referidas, presenta una base voluntarista, pues se trata de algo «construido» —el resultado de un acto de voluntad fundadora y constituyente—, y no «dado», que se percibe a través del análisis y la reflexión acerca de la realidad social.

A la larga, y es a lo que íbamos, el punto más fuerte de la teoría democrática, pero también su debilidad íntima, reside precisamente en la distinción teórica y convergencia práctica de las nociones de consenso social y político. Hoy, dicha convergencia ha comenzado a hacer agua ante el paso de la exigencia democratizadora del plano político al plano social. El consenso político, en efecto, ya no tiene por objeto la utilización del Estado para administrar o proteger la sociedad —actualizando así un consenso social básico—, sino su utilización para transformar de raíz a la sociedad misma. Y la versión cotidiana del consenso —acuerdos entre las fuerzas políticas, por encima de los reglamentos parlamentarios, y con más trascendencia— es la paradójica demostración del disenso en los fundamentos. En dicho tránsito la teoría de la representación no puede sino naufragar, salvando dificultosamente los restos, ya que son cada vez más las cuestiones respecto de las que se reclaman formas diversas —formales o informales— de participación directa, desde el referéndum a la mitificación de las encuestas⁷².

⁷¹ ENRIQUE ZULETA, *loc. ult. cit.*, pág. 881.

⁷² Cfr. GONZALO FERNÁNDEZ DE LA MORA, «Neocorporativismo y representación política», *Razón Española* (Madrid) n° 16 (1986), págs. 133 y ss; JOSÉ ZAFRA VALVERDE, «La idea representativa», *Razón Española* (Madrid) n° 12 (1985), págs. 8 y ss.

19. Las transformaciones del Estado de derecho enlazan también por esta vía, surgiendo nuevas exposiciones frente a las hace tiempo triunfantes. Según éstas, el esquema dialéctico avanzaría según un eje de proyección articulado en torno de las categorías Estado de derecho-Estado democrático-Estado social, en la que la primera supondría el imperio de la ley, la segunda el sufragio universal y la tercera el intervencionismo. Las tensiones, en esta perspectiva, se producirían, por un lado, entre la democracia y los derechos de las minorías, y por otro, entre el intervencionismo y la legalidad. Hoy, en cambio, en otra visión que se mueve entre los dos extremos del hilo por que discurre este papel, es el Estado social el que queda superado por el democrático, ya que aquél se manifiesta plagado de compromisos de clase y ambivalencias, desde el socialismo al reformismo neocapitalista del «Estado del bienestar», en el que éste termina engullendo a aquél; mientras el Estado democrático, recogiendo los aportes de la radicación popular de la soberanía, de la concepción pluralista de la sociedad y de la visión participativa del proceso político, vira hacia unos objetivos críticos llamados a cuajar en una «visión avanzada» que conduce «la izquierda», esto es, el socialismo maquillado de «autogestionario» y convertido en su fondo en «radical». La Constitución española de 1978, por ejemplo, que utiliza la fórmula compleja «Estado social y democrático de derecho» y que en el preámbulo pone entre sus objetivos el de «establecer una sociedad democrática avanzada», ha sido objeto de interpretaciones contrapuestas en este sentido, tanto en el terreno de la implicación recíproca de los términos como en el de la sucesión dialéctica de tipos de Estado⁷³.

20. Una última palabra sobre el principio de subsidiariedad. Ha quedado dicho antes que su intelección, en cuanto se articula con el de totalidad en la pauta del bien común, sólo es posible en el seno de la lógica clásica de la totalidad, de manera que la modernidad lo ha arrumbado, aunque no haya resultado en absoluto unívoco ese su desconocimiento, moviéndose entre el Estado garantista, el promotor e incluso el providencia. En buena medida el proceso ha gravitado en torno de la llamada «socialización de los servicios públicos» y de la suerte de la libertad que le acompaña. Pues, en un primer momento, todavía la sociedad posee los mecanismos adecuados para atender a muchas de las necesidades sociales, con apenas intervención estatal: en el Estado garantista la revolución es ideológica y moral más que social. En un segundo momento, el Estado promotor y en su exasperación el llamado Estado-providencia, se empieza a propiciar la socialización de los servicios públicos, basándose en un proceder lógico que consiste en definir,

⁷³Cfr., por todos, ANGEL GARRÓRENA, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, 1988.

