

ORDEN Y ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

POR

MIGUEL AYUSO

SUMARIO: 1. Una introducción que es una recapitulación.—2. Una explicación *autorevole*.—3. Una aplicación en sede constitucional.—4. Una conclusión (por lo menos un intento).

1. Una introducción que es una recapitulación

Santo Tomás de Aquino —lo ha recordado Juan Vallet en su intervención inicial— dedicó una *quaestio* de la primera parte de su suma de teología a si existe un orden universal en la Creación ínsito en las cosas: “Algunos filósofos antiguos negaron el gobierno del mundo, afirmando que todas las cosas sucedían por casualidad. Pero esto es claramente insostenible, pues el orden del universo manifiesta a las claras que el mundo está gobernado, cifrándose la perfección última de cada cosa en la consecución de su fin, lo que —en ese sentido— requiere su gobierno”. Gobierno que es, principalmente, “el plan de la gobernación, que es la providencia propiamente dicha” (1).

(1) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. th.*, I, q. 103, 1. Es buena ocasión para festejar la reciente conclusión de la magna obra de nuestro común maestro JUAN VALLET DE GOYTISOLO, quien a lo largo de casi veinte años ha regalado a la comunidad científica siete mil páginas cuajadas en reelaboración de una metodología de la ley, de la determinación del derecho y de su ciencia expositiva y explicativa. Aunque no haya alcanzado a su completamiento, por haberse cerrado antes, es de rigor remitir al monumental estudio de ESTANISLAO CANTERO, *El concepto de derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de Juan Vallet de Goytisolo*, Madrid, 2000. Ruego se me disculpe la referencia a la nota por mí redactada, y estampada en *Razón Española* (Madrid), n.º 112 (2002), con motivo de la aparición de la última monografía.

Ese orden, que refulge de modo admirable en la síntesis tomista, es el que golpeó de muerte, sea en su inteligencia que en su operatividad, la extraña mezcla nominalista de —al decir de Etienne Gilson (2)— empirismo y teologismo. Y sus secuelas protestantes, absolutistas y liberales. Y es el que la filosofía cristiana, entre contaminaciones y oscuridades, buscó preservar, y el magisterio pontificio se empeñó (según los casos) en restaurar e instaurar. José María Petit y José Joaquín Jerez, respectivamente, lo han puesto en evidencia.

La batalla, sin embargo, lejos de haber concluido, se sigue librando encarnizadamente. En el terreno teórico y en el práctico. En especial hemos prestado atención a este último, particularmente en lo que concierne al ámbito político y jurídico. En tal sentido, Danilo Castellano ha abordado la íntima conexión del derecho con el orden ético, mostrando que aquél no puede construirse arbitrariamente, sino por relación con éste, como prueba la propia legislación, incluso la que (de propósito o no) se pretenda más alejada de la moral: el derecho positivo no solamente no puede ignorar la ética, sino que está caracterizado intrínsecamente por ella, aun en los límites inherentes a la justicia, una solo (aunque no cualquiera) entre las virtudes morales. Por su parte, Joël-Benoît d'Onorio, ha seguido un camino semejante (aunque la terminología empleada en algún caso lo pueda oscurecer) en sede política. Permítaseme ahora, concluyendo, prolongar el cuadro sintéticamente trazado. Con una referencia primera a la relación entre orden y ordenamiento jurídico. Y otra última al llamado ordenamiento constitucional.

2. Una explicación *autorevole*

En efecto, a partir de ciertos rastros presentes en los ordenamientos jurídicos hodiernos, y en puridad en los de todo tiempo, es posible concluir el fracaso de la que el profesor Francesco

(2) ETIENNE GILSON, *The Unity of Philosophical Experience*, Londres, 1938.

Gentile desde hace años viene llamando la “geometría legal” (3) respecto de su pretensión de constituir sistemas “autoreferenciales”, herméticamente cerrados al “derecho natural”.

En un celebrado volumen, a propósito precisamente de situar el ordenamiento jurídico entre la “virtualidad” y la “realidad”, observaba que “el ordenamiento jurídico, construido según los canones de la geometría legal como *conjunto ordenado de normas*, no es un sistema de *Soll-normen*, es decir de leyes asumidas como expresión de una voluntad soberana, que por definición es gratuita, incondicionada y, por lo tanto, extraña a cualquier idea de orden, sino más bien es un sistema de *Soll-sätze*, es decir de representaciones convencionales de normas, elaboradas por la ciencia jurídica sobre la base del presupuesto de la norma fundamental. ¡Gracias a la *Grundnorm*! Lo que significa que el ordenamiento jurídico no es real sino puramente virtual. No corresponde a algo substancial, sino que viene a ser más bien una construcción artificial” (4).

No le pasa inadvertido a Gentile el reconocimiento de su observación anterior por los propios cultores del geometrismo. Así, por ejemplo, cita un párrafo bien significativo de Di Robilant: “El hecho de que las teorías del ordenamiento estén formuladas con el lenguaje de la experiencia común ha inducido a sus autores a creer que han desarrollado un discurso descriptivo de la realidad; en otras palabras, que han indicado cómo son efectivamente las cosas. En realidad, a la luz de una meta-ciencia, liberada del obsequio a posiciones transmitidas ya sólo por tradición, la teoría del ordenamiento constituye un intento de *ordenar* fenómenos de la realidad observados —podríamos decir con Popper— con ojos impregnados de teoría: es decir un intento de ordenar los fenómenos *como si* constituyeran un ordenamiento” (5).

Lo que lleva a Gentile a comentar así estas afirmaciones tan elocuentes como comprometidas: “Si tratamos de averiguar el sig-

(3) Cfr. FRANCESCO GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milán, 1983.

(4) ID., *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padua, 2000, págs. 8-9.

(5) Cfr. ENRICO DI ROBILANT, “Intervento”, en *Atti del 10. Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia giuridica e politica*, Milán, 1976, págs. 94-7.

nificado propio de la expresión ‘meta-ciencia’, que podría significar una ciencia de las ciencias, que se coloca aún en el ámbito del saber convencional y operativo de las geometrías, pero que también podría indicar una forma diferente del saber, no-hipotético y substancial, relativo a la estructura y a las funciones de la misma geometría, poniendo así filosóficamente el problema de su valoración crítica. Pero limitémonos a comprobar que de esta manera se evidencia nítidamente el carácter artificial y abstracto de la geometría legal y su producto, el *ordenamiento jurídico* como *sistema ordenado de normas*, su falta de correspondencia con un orden real, su convencionalidad, siendo el resultado de una sistematización puramente hipotético-deductiva. Como si fuese un orden...” (6).

De donde todavía se desprende una importante cuestión respecto de las relaciones entre el ordenamiento jurídico virtual, creado por el científico del derecho sobre la base de la norma fundamental, y lo que Di Robilant llama “el conjunto de fenómenos de la realidad”, con expresión ambigua y sin embargo significativa, pues puede referirse bien el conjunto de los mandatos desordenados que proceden de la voluntad incondicionada del soberano, bien el conjunto de los comportamientos personales que se cruzan por entre la intrincada red de relaciones que existen entre quienes conviven en una comunidad: “Ahora bien, hay que aclarar esta ambigüedad porque, con el carácter meramente operativo de la relación entre el ordenamiento jurídico virtual y el ‘conjunto de los fenómenos de la realidad’, una cosa es sostener que el ordenamiento virtual sea funcional al conjunto de los mandatos del soberano, considerados *como si* constituyeran un conjunto ordenado, y, por lo tanto, que éste sea instrumental al sometimiento de los subditos al poder del soberano, y otra afirmar, en cambio, que el ordenamiento jurídico virtual resulte funcional a la organización de los comportamientos individuales y, específicamente, a la superación de su tumultuoso enlace, siendo su fin el de establecer un orden justo entre los sujetos que conviven en la comunidad política, un orden para ellos conveniente, un orden adecuado a su naturaleza humana. Una cosa es, en resumidas

(6) FRANCESCO GENTILE, *op. ult. cit.*, págs. 9-10.

cuentas, considerar el ordenamiento jurídico como instrumento de *control social*, y otra es considerarlo como modalidad de *comunicación civil*. Esto no quiere decir que no se dé entre las dos posibilidades conexión alguna, puesto que la primera, la del ordenamiento jurídico funcional al poder del soberano, puede considerarse, como lo ha sido por las geometrías legales, una modalidad de ejecución de la segunda, la del ordenamiento jurídico funcional a la institucionalización de un orden justo entre los que componen la comunidad política. Aunque no se pueda decir inmediatamente de tal relación, ni que la agote, ni que sea cierta, puesto que no es posible sostener que el orden justo entre los que componen la comunidad política se pueda perseguir exclusivamente sin error alguno sólo mediante el ejercicio del poder por parte del más fuerte” (7).

3. Una aplicación en sede constitucional

Tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado podrían ponerse muchos ejemplos de cómo los ordenamientos jurídicos que hemos llamado “autofundados”, “autorreferenciales”, en suma, “geométricos” o “virtuales”, no pueden en múltiples ocasiones prescindir de la ética o de la política, renunciando a su pretendida “pureza”, como también se ven forzados a recurrir a categorías que no han creado, poniendo en entredicho por lo mismo su “clausura”. Danilo Castellano, en su ponencia, nos ha ofrecido algunos ejemplos interesantes, en sede de la legislación civil y la penal. Aquí, sin embargo, simplemente voy a referirme, y bien brevemente, al ámbito de las constituciones, donde también se produce el fenómeno, si bien —por la singular naturaleza del derecho constitucional— de manera más limitada. Por algo se ha dicho que, aun siendo codificación y constitucionalismo fenómenos históricos con una impronta teórica racionalista común, en el segundo se evidencia más netamente

(7) *Id.*, *ibid.*, págs. 11-12.

que en la primera las deficiencias y las consecuencias de ese sustrato teórico (8).

Pensemos en la cuestión de la persona, de la que nos hemos ocupado en otras ocasiones, cuya profundización filosófica no es en absoluto extraña al derecho, que no debe quedar indiferente ante la misma. Y es que en el ámbito del ordenamiento jurídico-político surgen actualmente, favorecidas por el progreso científico y tecnológico, controversias de notable relevancia que no pueden ser resueltas con un entendimiento empírico, dogmático-positivista o ideológico de la persona humana. En efecto, debates como los del aborto, la eutanasia, la ingeniería genética o los trasplantes de órganos, exceden de lo que el derecho positivo puede fijar. De ahí el recurso al “empirismo” o a la “fenomenología”, que concluye paradójicamente en el “idealismo” o la “ideologización”, al verse obligados a dar definiciones propias de la persona (9).

Lo mismo podría decirse del matrimonio, que hoy las legislaciones cada vez con más frecuencia intentan extender a relaciones entre personas del mismo sexo. Pero es que el matrimonio, como la propiedad, el contrato o la responsabilidad son y no pueden ser sino preconstitucionales, pues las constituciones no los crean, sino que los hayan en la naturaleza, de donde los toman, de modo que el buen sentido acierta a distinguir cuando son deformados o pervertidos en un uso puramente constructivista.

Carl Schmitt, a través de la doctrina de la “garantía de las instituciones” (10), contribuyó a destacarlo, aun cuando su posteridad

(8) BERNARDINO MONTEJANO, *Ideología, racionalismo y realidad*, Buenos Aires, 1981, págs. 151 y sigs. Puede verse, igualmente mi “Código y Constitución: de la intención revolucionaria a la ejecución ambivalente”, en DANILO CASTELLANO (ed.), *L'Europa e la codificazione*, Nápoles, 2005, págs. 29 y sigs.

(9) Cfr. MIGUEL AYUSO, *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, Madrid, 2000, capítulo 3; DANILO CASTELLANO, “Il problema della persona umana nell'esperienza giuridico-politica: (I) Profili filosofici”, in *Diritto e società* (Padua), n.º 1/1988.

(10) Distingue SCHMITT entre “garantías institucionales” (*institutionellen Garantien*), que protegen regulaciones de derecho público como la autonomía local, de las “garantías de las instituciones” (*Institutsgarantien*), que aseguran la permanencia de ins-

más cercana a nosotros parezca haberlo echado al olvido, hasta el punto de aparecer con frecuencia lo constitucional como cabalmente lo contrario de lo político. Quizá también en este punto el constitucionalismo postmoderno, al hilo del ocaso del Estado, muestre actualizadas todas las potencialidades disolventes del moderno, pero sin ninguno de los frenos todavía en éste operantes (11).

4. Una conclusión (por lo menos un intento)

Frente a ello el ejercicio de la razón política, como “inteligencia de la justa medida”, va desvelando un orden que trasciende los distintos ordenamientos y que, en última instancia, remite a la verdad (12). Por ahí se supera la viciada consideración del ordenamiento desligado del orden, al tiempo que se recupera la auténtica que los liga entre sí y finalmente con la verdad. Pues no puede haber ordenamiento que no sea funcional al orden, pues si es ordenamiento no puede sino ser producto de una ordenación, y ambos carecen de sentido real sino por relación a un orden que buscan actualizar a través de un movimiento. En este sentido el constitucionalismo se aproxima más bien a un “pseudo-ordenamiento”, cuando no propiamente a un “contra-ordenamiento”. Ese es el “constitucionalismo real”, no hay otro. Cuando los bienpensantes de siempre (civiles, eclesiásticos o mediopensionistas) buscan refugio en el “patriotismo constitucional” o en la “laicidad constitucional” (13), o destruyen o (a lo sumo) aran en el mar.

tituciones de derecho privado, como la propiedad, la libertad contractual, la herencia o el matrimonio. Cfr. CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928, págs. 170 y sigs.; ID., “*Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*” (1931), hoy en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlín, 1958.

(11) Cfr. MIGUEL AYUSO, *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Madrid, 1996; ID., *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, Madrid, 2005.

(12) DANILO CASTELLANO, *La verità della politica*, Nápoles, 2002.

(13) Cfr. MIGUEL AYUSO, respectivamente, “Qué Constitución para qué Europa”, *Verbo* (Madrid), n.º 435-436 (2005); ID., “La ambivalencia de la laicidad y la permanencia del laicismo: la necesidad de reconstituir el derecho público cristiano”, *Verbo* (Madrid), n.º 445-446 (2006), págs. 421-430.

Otra cosa distinta es la (necesaria) evolución a peor: desde premisas erróneas suelen concluirse falsedades. Salvo *per accidens*. Y son accidentes que, quizá por desgracia, pero también por lógica, no suelen ocurrir. Hay que afirmarse, por el contrario, en la exposición serena de la verdad, que refleja el orden, y es trascendental del ser, así como en la acción prudente que se sigue de éste. Lo demás, confiamos, *verbum Domini*, ha de dársenos por añadidura.