

UNA VISIÓN RENOVADA DE LA TRADICIÓN CLÁSICA

POR

MIGUEL AYUSO (*)

1. Razón, orden y verdad

Se debe a Danilo Castellano una excelente trilogía dedicada a la racionalidad, el orden y la verdad de la política (1). En efecto, la política está ligada a un modo de entender y usar la razón, que no es la geométrica de Descartes o la totalizante y “justificadora” de Hegel: la racionalidad de la política consiste sobre todo en el descubrimiento de su naturaleza y su fin, que es hacer posible no sólo la vida sino la vida buena, esto es, la vida plenamente realizada (2). Coincide, por eso, con su humanidad o con su eticidad, pues no es posible gobernar sin saber cuál es el bien del hombre,

(*) El Seminario de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que preside don Juan Vallet de Goytisolo y coordina el profesor Miguel Ayuso, en colaboración con el Consejo de Estudios Hispánicos “Felipe II” y la Unión Internacional de Juristas Católicos, celebró el pasado día 8 de abril sesión pública para discutir el tema “Orden ético y derecho”, a partir del volumen del mismo título –recientemente aparecido– del profesor Danilo Castellano. Participaron en el mismo los profesores Joaquín Almoguera (Universidad de Comillas), Miguel Ayuso, Consuelo Martínez-Sicluna (Universidad Complutense), José María Sánchez (Universidad de Sevilla) y Juan Fernando Segovia (CONICET y Universidad de Mendoza). Tras las palabras del profesor Castellano se abrió un interesante coloquio entre los asistentes. *Verbo* publica ahora, con gran gusto, la mayor parte de las intervenciones (N. de la R.).

(1) En las notas siguientes se encuentran las referencias. En español han visto la luz muchas de las páginas del profesor Castellano, en buena parte en la misma sede que acoge estas notas, la revista *Verbo*. Algunas de las más destacadas se han reunido en el volumen *La naturaleza de la política*, Scire, Barcelona, 2006.

(2) ID., *La razionalità della politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1993.

de todo hombre, común a todos. Por ahí aparece el problema fundamental de la experiencia política, el del ordenamiento (3), que ni la ideología (punto de vista particular que pretende dar forma al caos de los conflictos interindividuales) ni la “politología” (cálculo aséptico y distante que busca organizar objetivamente las interferencias sociales) pueden resolver, y ni siquiera plantear, puesto que es un tema filosófico por excelencia: requiere una toma de posición dialéctica, con argumentos, acerca de la “positividad” de los entes, esto es, de la verdad, que en el ámbito de la praxis debe ser aplicada con prudencia, o sea, considerando atentamente las circunstancias (4).

Lo que, en cambio, no quiere decir que haya una doble verdad, metafísica y política, teórica y práctica, fractura que algunas escuelas, incluso con apariencia de tomistas, han reforzado erróneamente en los últimos decenios.

2. Moral y derecho: una visión panorámica

Tras la citada trilogía indagó, ya en sede jurídica, el racionalismo de los derechos humanos, que constituyen una suerte de antifilosofía político-jurídica de la modernidad (5). Y, ahora, en el último de sus libros, publicado primeramente en español (aunque es previsible que vea la luz también en italiano) se centra en la relación entre el orden ético y el derecho (6).

Ha sido frecuente el tratamiento de la cuestión a partir de la comparación del derecho con la moral. Se han sostenido, así, en la modernidad, tesis que (en la línea de Thomasio y de Kant) separan derecho y moral, junto a otras que (en el surco de Hegel) absorben la moral por el derecho (o, mejor, por la ley). Y no ha dejado de recordarse la tesis clásica que considera el orden jurídico como parte subordinada del orden moral, pero inconfundible

(3) ID., *L'ordine della politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1997.

(4) ID., *La verità della politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2002.

(5) ID., *Razionalismo e diritti umani. Dell'anti-filosofia politico-giuridica della modernità*, Turín, 2003. Hay versión castellana, Madrid, 2004.

(6) ID., *Orden ético y derecho*, Madrid, 2010.

con él, en tanto en cuanto el bien común —que es la pauta específica de aquél— no puede imponer toda la realización coactiva de cualquier parte del orden moral si con ella puede ocasionar como consecuencia práctica un mal mayor (7).

Esta última doctrina es la que se halla magníficamente compendiada en la obra de Santo Tomás de Aquino y del padre Francisco Suárez.

El primero distingue entre los fines de la ley divina y los de la humana, entre preceptos y mandatos y, finalmente, entre preceptos *moralia* y *iudicialia*. En efecto, el fin de la ley humana es la tranquilidad temporal de la comunidad política, para lo que cohibe los actos exteriores en aquello que puede alterarla, mientras que la ley divina mira a conducir los hombres a la felicidad eterna, lo que impide cualquier pecado (sea acto exterior o interior): lo que basta para la perfección de la ley humana no es suficiente, en cambio, para la perfección de la ley divina (8). Los preceptos de la ley humana, además, se ordenan a regir la comunidad de los hombres, que se relacionan por actos exteriores regidos por la justicia. Por eso la ley humana no impone preceptos sino actos de justicia y si alguna cosa manda de las otras virtudes es bajo razón de justicia. Pero la comunidad que rige la ley divina es de los hombres en orden a Dios e impone así preceptos de todos aquellos actos por los que los hombres se ponen en comunicación con Dios, respecto de todas las virtudes, sean propiamente preceptos o consejos (9).

El segundo comienza recordando la regla general de la conjunción del derecho y la moral: las leyes civiles no sólo mandan lo recto en materia de justicia, sino también en materia de otras virtudes morales, al tiempo que prohíben los vicios contra las todas las virtudes, pues distinguiéndose las especies de éstas por sus objetos no hay ninguno que no pueda referirse al bien común (10).

(7) Puede verse una presentación sintética de todas estas posturas en el texto de Juan VALLET DE GOYTISOLO, “De la virtud de la justicia a lo justo jurídico”, en el volumen *En torno al derecho natural*, Madrid, 1973, págs. 65 y sigs.

(8) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, I-II, q. 98, a. 1, resp.

(9) *S. th.*, I-II, q. 100, a. 2, resp.

(10) FRANCISCO SUÁREZ, *De legibus*, l. III, cap. XII, 6.

Ahora bien, sobre esta regla, deben afirmarse también algunas salvedades. La primera concierne a la transformación en deber moral, aun siendo en principio moralmente indiferentes, de la realización o abstención de los actos ordenados por el derecho (11). Otras, por su parte, tienen que ver con los casos en que la ley no debe imponer la realización de actos virtuosos ni prohibir ciertas obras malas, bien por tratarse de actos meramente internos (12), bien al tratarse de actos muy difíciles o de consejo (13). Y es que los actos de virtud pueden ser materia de la ley humana cuando sea moralmente necesario para un buen fin de la ley y muy útil para el bien común y acomodado a la comunidad de los hombres y a su facultad ordinaria (14). No puede, pues, la ley prohibir todos los vicios contra todas las virtudes (como la fornicación simple no escandalosa ni nociva), ni siquiera en materia de la justicia lo prohíbe todo (como el engaño en las compras no más allá de la mitad o sin enorme lesión) (15). En ocasiones deben permitirse algunos males cuando se temen mayores males por el riguroso castigo de ellos (16).

3. Orden ético y derecho en la visión de Danilo Castellano

El libro del profesor Danilo Castellano se inserta en esta tradición que acabamos apretadamente de reseñar. Pero, sin embargo, replantea el asunto de modo original al subrayar no sólo lo que diferencia al derecho de la moral a partir de su consideración como parte de ella, sino el ligamen natural y por ello necesario que existe entre ambos. Se trata, pues, me parece, de un matiz determinado por el diferente contexto cultural. El pensamiento de Santo Tomás y aun –en este punto– el de Suárez, a partir de lo apenas discutido en su tiempo (antes de la instalación del paradig-

(11) *De legibus*, l. I, cap. X, 3.

(12) *De legibus*, l. III, cap. XIII, 1.

(13) *De legibus*, l. III, cap. XII, 10.

(14) *De legibus*, l. III, cap. XII, 13.

(15) *De legibus*, l. III, cap. XII, 11.

(16) *De legibus*, l. III, cap. XII, 13.

ma de la modernidad), ponen el acento en donde era más fácil que arraigase el error y, en este caso, en el de la distinción (que no separación) necesaria. Danilo Castellano, bien agudamente, por su parte, insiste en las dimensiones de la misma realidad que hoy parecen menos claras o que son radicalmente cuestionadas.

Lo afirma discretamente hacia el final de la introducción (17), al destacar que aunque sus páginas no nacen “contra”, en polémica, sino “a favor”, con intención constructiva, lo cierto es que “rechazan” absolutamente, en primer lugar, la tesis de que el derecho sólo puede ser una imposición o constricción, por lo que hay que contentarse con derechos arbitrarios expresión de la necesidad de que exista un derecho: éste, al contrario, es un “dato” anterior al Estado y a toda convención social, pues es una exigencia del hombre y de la sociedad, constituye la *condicio sine qua non* de la comunidad política y no puede reducirse a un conjunto de reglas exteriores y heterónomas meramente impuestas. También “rechazan”, a continuación, la reducción del derecho a formalismo, que identifica el objeto de la ciencia jurídica con el procedimiento o, mejor, que hace de la “metodología” el contenido del derecho (18).

Vuelve a proponer, pues, una vía “clásica” para la consideración del derecho, de sus problemas y de su metodología. Aunque no esté de moda en la época de la muerte decretada de todas las esencias, la política y el derecho no pueden ser abandonados a la opinión mudable ni al arbitrio caprichoso de quien tiene el poder: “Requieren, por el contrario, esfuerzo para la indagación de su fundamento, que representa también su legitimación. El poder político y el jurídico exigen, por tanto, individuar su naturaleza. El formalismo, en efecto, no les basta: solamente la individuación de su esencia (y, por tanto, de su fin) constituye el criterio (que es criterio intrínseco) para su ejercicio legítimo” (19).

(17) Danilo CASTELLANO, *Orden ético y derecho*, cit., págs. 13 y sigs.

(18) A este respecto, distingue CASTELLANO entre esta reducción del derecho a método, que repudia, y la metodología como camino para alcanzar el derecho, es decir, como filosofía del derecho propiamente hablando. Y personifica esta segunda posición en nuestro querido Juan VALLET DE GORTISOLO. Cfr. *Orden ético y derecho*, cit., pág. 14.

(19) *Orden ético y derecho*, cit., pág. 15.

Y en el seguimiento de esta vía que reconoce la existencia del orden, ético y jurídico, y no sólo el sistema o el nihilismo, encuentra la prueba de que el orden jurídico no puede ser “constituido” arbitrariamente en la propia legislación y, destacadamente, en los Códigos civiles y penales. A través de una serie de ejemplos hace emerger cómo no sólo el derecho positivo no puede ignorar la ética, sino que –al contrario– está caracterizado intrínsecamente por ella, si bien obviamente dentro de los límites inherentes a la justicia, que es una de las cuatro virtudes cardinales pero no agota toda la ética: valgan, dentro del derecho civil, la rescisión de los contratos o el enriquecimiento sin causa, o –en lo que hace al derecho penal– la omisión del deber de socorro o el abandono de familia (20).

4. Constitucionalismo y laicidad

Si nos trasladamos al ámbito del derecho constitucional acrece sin duda, en cambio, el esfuerzo dialéctico (en sentido clásico) para hallar esa esencial caracterización del derecho por la moral. Se debe ello, como también explica el autor, a que en el constitucionalismo se encuentra reforzada la instancia racionalista presente también sin embargo en los códigos, a los que por cierto está alcanzando igual y crecientemente en los últimos tiempos el “efecto irradiante” del constitucionalismo (21). Y es que el constitucionalismo es la doctrina que separa política y moral, es la doctrina que funda (que pretende fundar) el ordenamiento jurídico sobre la soberanía (esto es, en última instancia, sobre el poder desnudo, ni político ni jurídico), es la doctrina que “tutela” los derechos del hombre en cuanto asume y revindica la “libertad negativa” (es decir, la libertad sin regla o sin otra regla que ella misma), es la doctrina que sueña “controlar” el ejercicio del poder a través de la técnica de su “separación” geográfica (22).

(20) *Orden ético y derecho*, cit., pág. 89 y sigs.

(21) Tiene el autor la amabilidad de citar sobre el asunto mi “La Costituzione fra neocostituzionalismo e postcostituzionalismo”, publicado en *La Facoltà di Giurisprudenza della Università di Udine. Dieci anni*, Udine, 2009, págs. 63 y sigs.

(22) *Orden ético y derecho*, cit., pág. 99.

La volatilización del sistema y su rápida transición hacia el nihilismo campante unifica de nuevo en nuestros días, sin embargo, el panorama del derecho privado de matriz tradicional con el del derecho público de raíz constructivista y en el fondo utópico. Y, pese a todo, la juridicidad y el orden moral, aun azotados por las olas, son rocas que resisten (23).

En este contexto, uno de los problemas más interesantes que aborda el autor es el de la imposible neutralidad del ordenamiento jurídico, postulada por la “laicidad”, sea ésta “excluyente” o “incluyente”, “dos formas aparentemente opuestas pero unidas por un positivismo sustancial que presenta viejos y nuevos problemas al ordenamiento jurídico” (24). La primera es la vía francesa, del estatismo que privilegia la identidad colectiva; mientras que la segunda es la americana, del individualismo que se contenta con un “orden” modular (25).

Demuestra Castellano, a este propósito, que la laicidad concluye en un callejón sin salida y que, lejos de resolver ningún problema, los agrava. La laicidad “incluyente”, además, en la que algunos han querido ver la superación de la “excluyente” (también conocida como “laicismo”), sin embargo, se revela —dice nuestro autor— todavía más absurda que ésta, pues ni siquiera busca la (falsa) solución “ideológica”, que conservaba un aspecto “positivo” frente al nihilismo político y jurídico al que conducen el relativismo y el subjetivismo. Anota, a continuación, las contradicciones radicales en que incurre la versión “incluyente”: que no puede admitir ningún ordenamiento (salvo el que se basa en el consenso y, por lo mismo, inútil); que está destinada a la parálisis, puesto que un ordenamiento que se base sobre la “libertad negativa” representa la negación de sí mismo; que la tutela de opciones contradictorias constituye la premisa de conflictos incurables. De ahí la conclusión: “La *laicidad*, por tanto, tal y

(23) *Orden ético y derecho*, cit., pág. 37.

(24) *Orden ético y derecho*, cit., pág. 38.

(25) Al tema ha dedicado el autor un interesante libro, algunos de cuyos capítulos están escritos largo tiempo atrás, lo que demuestra aún más su lucidez, pues la tendencia que apuntaban se ha exasperado en los últimos años. Cfr. *L'ordine politico-giuridico "modulare" del personalismo contemporáneo*, Nápoles, 2007.

como actualmente se presenta, no puede dar respuesta a los problemas que la experiencia plantea. Ella, por lo mismo, es ‘el problema que el *laicismo* encuentra y no resuelve, incluso que no puede resolver si antes no niega las premisas desde las que actúa. La *laicidad*, sobre todo la incluyente, por tanto, en última instancia, es incompatible con todo ordenamiento jurídico” (26).

No puedo alcanzar mayor acuerdo con las tesis sostenidas en este volumen, sea en la parte que se corresponde directamente con el título, sea con las que dedica al constitucionalismo o a la laicidad. Estas últimas, particularmente, resultan esclarecedoras y gratificantes. Pues no es frecuente encontrar la clarividencia para individuar las causas de los problemas presentes y menos aún la valentía para sostener la verdad contra viento y marea. Por todo ello merece nuestro agradecimiento el profesor Danilo Castellano, catedrático y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Udine, académico honorario de esta Real de Jurisprudencia y Legislación y director del Centro de Estudios Políticos del Consejo de Estudios Hispánicos “Felipe II”.

(26) *Orden ético y derecho*, cit., págs. 57-58, 58.