

Orden jurídico. El mito de la unidad y jerarquía normativas¹

Legal system. The mith of normative hierarchy

LEONARDO AUGUSTO SCHONFELD²

RESUMEN

Se aborda en este artículo una crítica al concepto de orden jurídico como se entiende desde el normativismo iuspositivista, dada su incapacidad para explicar los sistemas de gobierno federales y la convivencia de distintos órdenes regulatorios no estatales. Se propone una visión del orden jurídico a la luz del Principio de Subsidiariedad como sustituto del concepto de unidad de orden normativo y al de competencias como sustitutos del concepto de jerarquía.

Palabras clave: federalismo, orden jurídico, jerarquía, normativismo.

ABSTRACT

This article deals with a critique of the concept of legal system as understood from the iuspositivist and normativist theory, given its inability to explain federal government systems and the coexistence of different non-state regulatory orders. A vision of the legal system is proposed in light of the Principle of Subsidiarity as a substitute for the concept of unity of normative order and that of competences as substitutes for the concept of hierarchy.

Keywords: federalism, legal system, hierarchy, normativism.

¹ El presente trabajo forma parte de una investigación más extensa desarrollada en el marco del Vicerrectorado de Investigación de la Universidad Católica Argentina.

² Abogado, Investigador de la Universidad Católica Argentina. Profesor de Filosofía del Derecho, Introducción al Derecho y Argumentación Jurídica en la Facultad Teresa de Ávila de la U.C.A.

1. Introducción

El objeto de este trabajo es demostrar que el concepto de derecho como *conjunto ordenado de normas* no solo es atentatorio contra las instituciones políticas de un país federal, sino que además implica una propuesta puramente virtual que no coincide con las realidades empíricas. A medida que uno observa el fenómeno jurídico, se puede afirmar que ahí hay normas, pero ellas están muy lejos de constituir un *orden*. Gentile (2008) ha destacado que tal visión -que gráficamente califica de Geometría Legal-, implica la asunción por parte de la ciencia jurídica, de ciertos postulados ideológicos apriorísticos que nos llevan a ver en la experiencia jurídica lo que sabemos que no está:

la Norma Fundamental, para Kelsen, no es puesta sino presupuesta. Constituye el a priori de la Geometría Legal, cuya tarea es, precisamente, la de representar como organizadas en un sistema ordenado, sobre la base de una convención y, por tanto, convencionalmente, las Soll-normen establecidas por el soberano sin límites y sin condiciones, cuanto menos de orden y de sistematicidad (Gentile, 2008, p.29).

Tal concepción no solo se nos presenta como una tentativa de hacer comprensible la realidad. Si solo fuera ello el problema no sería tan grave, y quedaría como una teoría falseable por su incapacidad para explicar acabadamente el fenómeno jurídico en toda su plenitud. El problema es que mediante tal concepción del derecho se da por supuesta una cosmovisión política³ que atenta contra la organización federal de gobierno y con una sana concepción de las relaciones de poderes en una república. En efecto, uno de los pilares de la concepción de la geometría legal propia del normativismo es el de la unidad del ordenamiento jurídico. Tal idea no puede explicar la multiplicidad y las complejas relaciones de poder y competencias que se establecen en los países con organización federal. Por su parte, tampoco puede explicar satisfactoriamente las relaciones entre los poderes de los estados organizados a modo de república, ya que -tal como sostiene Bobbio (2017), según veremos-, una de las tesis básicas del iuspositivismo normativista es la idea de la primacía de la ley, en desmedro de los demás poderes del estado en su rol creador de derecho. De hecho, como se demostrará, el normativismo de la geometría legal termina dando el sustento científico al postulado político jacobino de que el juez es un mero autómatas esclavo del legislador, cercenándole cualquier función creadora de derecho y controlándolo mediante creaciones jurídicas como el recurso de casación, para garantizar una única interpretación de la ley tomando como base la voluntad del legislador -al menos esa fue la génesis de dicho recurso en el Consejo de Estado francés luego de la Revolución-.

La tarea de demostrarlo no es tan difícil como puede parecer, bastando para ello el análisis de la historia jurídica previa al nacimiento de los Estados modernos, pues fueron estos los que comenzaron la centralización de las facultades de normación, arrogándose un derecho único y absoluto a legislar que antes poseían las comunidades políticas menores. Por su parte, tomando a las normas existentes como material empírico, es decir, viendo las normas tal cual están dadas, basta con leer los textos constitucionales para que -liberados del prejuicio del normativismo geométrico- podamos ver que hay otro modo de explicación posible de la validez de las normas que no sea la idea de jerarquía. A medida que observemos la organización jurídico-política argentina veremos que los criterios de *competencia* y de *subsidiariedad* son las verdaderas claves para explicar la validez del conjunto normativo que rige efectivamente en nuestro país.

Entendemos que el tema tiene consecuencias en dos lugares: por un lado, la fundamentación filosófico-política acerca del federalismo. Por otro, y a consecuencia de lo anterior, la elaboración de una teoría general del derecho compatible con esos postulados federalistas. Tal teoría general del derecho tiene que comenzar por cuestionar el postulado básico de todo normativismo iuspositivista, consistente en afirmar

³ VIGO (2016) p. 9 resalta cómo influyó el modelo jacobino francés en los modelos de enseñanza del derecho en las academias argentinas.

no solo la asimilación del derecho con la norma, sino incluso con la norma estatal y que tales normas forman un conjunto ordenado y coherente de normas, sistematizados mediante el principio de jerarquía normativa, formando así una unidad.

A partir de allí, se sigue la necesidad de revisar el tema del método de aplicación del derecho, dado que si el derecho ya no está contenido solo en la norma, debemos descartar varios tópicos comúnmente aceptados respecto del rol del juez: modelo dogmático de la interpretación, teoría del silogismo judicial, etc. Por nuestra parte, y sin pretender entrar en el desarrollo, entendemos que en lo metodológico la ciencia jurídica debe admitir su carácter aporético, respecto a lo cual las teorías de la argumentación y la corriente hermenéutica han dado ya los primeros pasos –aunque no se han encargado de derribar los presupuestos iuspositivistas del modo como aquí se hace, reduciendo sus aportes solo al tema del método–.

Asimismo, una vez derribada la idea del orden jurídico como un todo ordenado y jerarquizado de normas, es una consecuencia necesaria que se aborde el tema de las fuentes del derecho, lo que reclama indagar el verdadero estatus normativo de la costumbre y la revalorización de la jurisprudencia como fuentes. Tocante a la costumbre, el principal problema a resolver es el de la legitimidad del paso de lo fáctico a lo jurídico. Se trata de explicar cómo es lógicamente posible que una situación fáctica, aún cuando sea contraria a la norma, genera derechos y deberes. En cuanto a la jurisprudencia, si bien algo comenzamos a decir en otro lugar (Schonfeld, 2019), todavía queda mucho por escribir sobre la revalorización de la tarea del juez y la posibilidad de admitir que el juez también crea derecho, no en el sentido kelseniano – como acto de aplicación de una norma que crea otra norma-, sino como verdadera facultad autónoma del poder judicial por ser una parte del gobierno, y que el Aquinate, al definir la ley, llama “aquel que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad” (De Aquino, I-II 90 art. 4), todo ello apelando a la idea rectora de *competencia*.

En estas líneas solo podremos desarrollar sucintamente el camino hacia la consideración del derecho como un fenómeno estatal y centralizado y esbozaremos algunos lineamientos de la propia postura, desde la cual entendemos que se puede explicar coherentemente el fenómeno jurídico tal como nos aparece en la experiencia.

Desde lo histórico y político-filosófico, solo haremos en los siguientes párrafos una apretada síntesis. En segundo término y ese es el objeto principal de este trabajo, está el problema de la ciencia jurídica de corte normativista, su crítica y, por último, la propuesta de elementos superadores de tales visiones, a la luz de los principios de subsidiariedad y competencias funcionales como fundamento de validez formal.

2. El Orden Jurídico y la jerarquía. Sus fundamentos políticos

El estudio de la realidad política europea no puede soslayar dos puntos de inflexión históricos: uno de ellos es la desaparición del Imperio Romano y el consiguiente emerger de pequeños focos de gobiernos de tipo feudales que dieron lugar a las monarquías europeas. El otro punto de quiebre es la pérdida de la unidad espiritual de Europa a partir de la Reforma Protestante, que significó una exaltación de los poderes monárquicos, los que a partir de ella no fueron solamente políticos sino que implicó además, en el caso de grandes naciones europeas como Alemania, Holanda e Inglaterra, la asunción por parte del monarca de poderes religiosos como cabeza de las iglesias nacionales. Cabe pues, distinguir las monarquías medievales, con un poder muy relativo, sin aparatos burocráticos estatales de las monarquías absolutas que aparece junto con la consolidación del Estado moderno.

En el caso de las monarquías anteriores al S. XVI, el poder jurídico-político del monarca encontraba sus contrapesos reales en los distintos sectores de poder de la comunidad política, ya sean estratos sociales como la nobleza y el clero, como las distintas regiones en las cuales el poder abstracto del soberano se veía limitado por las concretas atribuciones y ascendencia que nobles y feudales tenían sobre las poblaciones concretas⁴. Asimismo, el poder de los nobles y señores feudales hallaba su limitación en el cuasi sacro derecho consuetudinario y en la existencia de gremios y corporaciones, instancias comunitarias que tenían sus propios fueros y reglamentos, que no provenían de modo alguno de la autoridad del monarca y que este, en casi todos los juramentos de coronación de los reinos europeos, prometía defender y respetar.

La acción política medieval,

Se erige con la gloriosa herencia de la tradición clásica, griega y romana, y el fermento del Cristianismo sobre los jóvenes pueblos bárbaros... Consistía en una unidad totalizadora de los aspectos de la vida humana, cuya clave de bóveda era lo religioso... Tal unidad, sin embargo, no destruía los caracteres diferentes y las estructuras autónomas de sus componentes... Por eso era una verdadera universitas, es decir, una unidad de lo diverso. (Lamas, 1990, p.63).

Precisamente dado el carácter realista de la conformación política medieval, esta no se asentó nunca sobre sistemas políticos ideados en probeta, como si fuera fruto de una ideología desligada de la realidad. Muy por el contrario, la vida social medieval partía del mejor y más sano principio de la política: las agrupaciones de personas son entes naturales que los hombres buscan, también naturalmente, para lograr perfecciones que por sí mismos no podrían alcanzar. La idea central que aquí se plasma es la de la solidaridad y la cooperación, más que la de subordinación o jerarquía.

En el segundo período, que se inicia con la Reforma Protestante, está signado por el surgimiento y consolidación de los Estados Nacionales y las monarquías absolutas. La situación *de iure* cambió de la *suprema potestas* medieval o *sacralidad del derecho monárquico*, a la idea protestante del *origen divino del poder de los reyes*, en virtud del cual el rey era la instancia suprema de la cual emana toda norma y a la cual puede apelarse y cuyo poder deriva directamente de Dios, idea esta que –aunque nominalmente se parece a la *suprema potestas*, no son lo mismo–. En los hechos, a diferencia de las monarquías medievales, la descentralización política fue perdiendo vigor, abriendo paso a una administrativización y burocratización de las monarquías, asumiendo ahora un rol más legisferante que de mero gobierno administrativo. Cabe notar con Lamas (1990) que fueron la propia nobleza y la monarquía quienes sembraron la simiente de su propia perdición, cuando la nobleza dejó de ser rural, asentándose en las cortes ciudadanas, alejándose del contacto con los poblados que gobernaban, pasando de ser verdadera *nobleza* a una mera aristocracia devenida en oligarquía. Al respecto, son llamativas las observaciones que Ortega y Gasset (2010) realiza:

Rememórese lo que era el Estado a fines del Siglo XVIII en todas las naciones europeas. ¡Bien poca cosa!. El Estado de aquellas épocas “apenas si tenía soldados, apenas si tenía burócratas, apenas si tenía dinero”. Había sido fabricada en la Edad Media por una clase de hombres muy distintos de los burgueses: los nobles, gente admirable por su coraje, por su don de mando, por su sentido de responsabilidad. Sin ellos no existirían las naciones de Europa (p.165).

⁴ Así, señala Ahrens (1945) p. 268, hablando del imperio carolingio: “Según la antigua organización, el reino de los francos constaba de cantones (Gauen), cada uno de los cuales, por regla general, se hallaba presidido por un conde (Graf, grafo, comes, y también judex), nombrado por el rey y destinado a administrar justicia y cuidar del ejército (Grafenbann). Cada condado se dividía en centenae, cuyo jefe llevaba el nombre de centenarius, tunginus, Hunnen; las centenas en marcas (marcae), campos (Fluren), comarcas (Gemarkungen), cuyos habitantes constituían con su jefe una comunidad municipal”.

En todos los imperios, como en las monarquías medievales previas a la aparición del Estado Moderno y a creación de los conceptos fundantes de la mentalidad jerarquizante, centralista y unificadora, solo había *potestas, supremacía*. Pero nunca se pensó en *unidad normativa* ni *jerarquía*. Tales conceptos son hijos de la modernidad.

Este cambio de paradigma, de la descentralización político-jurídica propia de las monarquías medievales a la centralización jerárquica y burocratizada de las monarquías absolutas, tuvo en Bodino y Maquiavelo a sus grandes teóricos sistematizadores⁵, el primero en lo atinente al fundamento teórico del poder absoluto y el segundo en lo que hace a la faz práctica de su puesta en marcha.

Bodino es, sin dudas, el gran filósofo de la jerarquía y la soberanía: “La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república” (2011, p.47). Es en el politólogo francés que la soberanía encuentra su concepto basal en la jerarquía, esto es, la no dependencia de ningún otro poder superior:

Es necesario que quienes son soberanos no estén de ningún modo sometidos al imperio de otro y puedan dar ley a los súbditos y anular o enmendar las leyes inútiles; esto no puede ser hecho por quien está sujeto a las leyes o a otra persona (Bodino, 2011, p.52).

Así, se ha dicho respecto del pensamiento bodiniano que

El poder de mando es público o particular y el primero puede ejercerse con soberanía o bien de un modo legítimo. El poder de mandar con soberanía es absoluto e infinito, el poder legítimo de mandar está sujeto a las leyes, es un poder legal. El poder de mando del Estado bien ordenado es poder de mandar con soberanía (Conde, 1935, p.71).

Una vez confundidos los conceptos de Estado y Comunidad, y siendo algo casi evidente o, al menos, admitido por la enorme mayoría, que la comunidad política tiene un derecho a organizarse mediante leyes, se seguiría que la Comunidad, ahora devenida en Estado, es quien tiene derecho a legislar soberanamente:

Soberanía es poder de mandar, mandar es poder de dar ley, la sanción es la fuerza de la ley. Soberanía es, pues, poder de sancionar las leyes. Como mandar y obedecer son términos antagónicos, el poder de mandar excluye el deber de obedecer. El Soberano no puede estar sujeto a las leyes. (Conde, 1935, p.73).

La significación de este párrafo es especialmente gravitante para el objeto del presente artículo, en la medida en que Bodino sostiene expresamente que el soberano no puede estar limitado de modo alguno. En tal sentido, los países organizados bajo la noción de confederación suponen una soberanía en el Estado federal, pero tal órgano se encuentra limitado en sus atribuciones por las normas preexistentes que en ejercicio de la autonomía se dieron los Estados miembros de la confederación. Si se acepta como verdadera la afirmación bodiniana tendremos problemas serios en sede teórica para comprender las atribuciones y competencias que se distribuyen entre el Estado federal y los Estados miembros.

Ahora bien, si Maquiavelo fue quien inventó el Estado con todas las herramientas de dominación, es con Bodino que se termina de lograr el objetivo. A la pura facticidad y realismo con que Maquiavelo presenta al Estado, Bodino le agrega el sustento jurídico. Se produce a partir del politólogo francés una asimilación

⁵ No podemos dejar de hacer notar el rol que le cupo a Grocio en esta faena, quien en pleno auge de la reforma protestante fue el filósofo que justificó una nueva concepción de las relaciones internacionales, creando la primera versión laicista del Derecho Natural, con la intención de poder superar las diferencias religiosas que habían surgido a partir de la Reforma entre los países de Europa.

total y absoluta entre el Estado y legitimidad: “El poder de mandar con soberanía es absoluto e infinito, el poder legítimo de mandar está sujeto a las leyes, es un poder legal. El poder de mando del Estado bien ordenado es poder de mandar con soberanía” (Conde, 1935, p.71).

Con el racionalismo se produce el traspaso del orden objetivo al subjetivo. La realidad jurídica tal como se la concebía en los filósofos clásicos y medievales, era una realidad objetiva y exterior, fundada en un orden social también objetivo y exterior. El derecho y las leyes eran una expresión de ese orden objetivo. Una vez que, como vimos, la Reforma protestante comienza el proceso de ruptura del orden social cristiano-europeo, hubo que crear un nuevo orden. Pero este nuevo orden no era ya natural, objetivo y real. Ese nuevo orden nacería de los consensos de las naciones dispersas y auto-recluidas en porciones de tierra cuyas fronteras comenzaron a delimitarse con todo rigor, pasando de los estatutos jurídicos personales a los estatutos jurídicos territoriales, en los que la voluntad del soberano establecía el orden autoritativamente.

En resumen, el derecho que regía hasta el comienzo de la modernidad era una legislación pluridimensional, descentralizada, no estatal, de base consuetudinaria y en el que el monarca se presentaba como el garante y custodio de esos ámbitos de regulación, los que juraba aplicar y respetar celosamente. En la modernidad, a partir del S. XVI, por mérito de los conceptos de soberanía, Estado y jerarquía, el poder se fue concentrando en los aparatos de poder, centralizando la legislación y dejando cada vez más débiles a las fuentes de derecho que no provengan de los poderes centrales, llegando en sus casos más extremos a no reconocer otro derecho que no gozara del reconocimiento estatal⁶. Tal como sostiene Calvo García “con la codificación culmina el proceso de ‘estatalización’ del derecho” (1994, p.63).

3. La Jerarquía normativa como presupuesto científico

A los efectos de dar un fundamento científico a los postulados políticos antes señalados, a lo largo del S. XIX y comienzos del XX se han desarrollado tres ideas centrales en todas las variantes del iuspositivismo normativista, a saber: El principio según el cual el juez solo aplica la ley (modelo dogmático de la interpretación); el principio de que solo la ley de origen parlamentario es verdadero derecho, en desmedro de las demás fuentes y el principio de jerarquía, que entiende que al derecho como un conjunto de normas ordenadas jerárquicamente.

En estos párrafos abordaremos solo la última de las cuestiones, pues el espacio para un trabajo de estas características no permite abordarlos a todos.

Las explicaciones que frecuentemente se dan respecto a la existencia y al modo de ser del ordenamiento jurídico están signadas, según puede observarse en la mayoría de la bibliografía, por el principio según el cual el ordenamiento jurídico es un conjunto sistemáticamente ordenado de normas. El principal criterio sistematizador de las normas es el de jerarquía. En el presente apartado expondremos a algunos de los autores más relevantes, la mayoría de ellos de filiación iuspositivista-normativista, que echan mano a la idea de jerarquía para la explicación del origen y el orden de las normas jurídicas. A modo de observación previa, queremos hacer notar que la idea de orden jerárquico no solo se utiliza como criterio sistematizador u ordenador (que sería solo una cuestión de método) sino que incluye, y esto es lo que más nos interesa, una explicación del ser mismo de la norma, de su existencia, en fin, de su validez, a partir de la idea de

⁶ Así, la redacción originaria del Artículo 17 del Código Civil Argentino, de clara inspiración francesa en este punto, establecía que “Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos”.

jerarquía. La jerarquía, pues, tendría una función no solo metodológica (ordenar las normas del sistema) sino también constitutivo-ontológica (las normas derivan su existencia o validez, de otras jerárquicamente superiores).

Cabe aclarar que las explicaciones del sistema jurídico como una organización normativa a modo de un todo jerárquico son una nota típica de los positivismos de base filosófica racionalista-idealista, en lo que podría llamarse el positivismo continental-europeo (con las precisiones conceptuales que más abajo se harán). En cambio, las vertientes positivistas de corte pragmático-utilitaristas y empiristas parten precisamente de la negación misma de la idea de validez y, en tal sentido, carece de interés teórico el problema de la validez, reconduciéndose el problema en términos de vigencia o eficacia (Ross, 1997, p.61). En tal planteamiento iuspositivista de corte realista, a diferencia de lo que acontece con los iuspositivismos normativistas, la jerarquía normativa cumple un rol muy menor y no le serían aplicables las críticas que aquí se trabajan. En efecto, “el empirismo o realismo jurídico se dirige en primer lugar contra la pretensión de la dogmática de elaborar una ciencia del derecho como sistema deductivo. De ahí sus violentos ataques contra toda sistematización” (Alchurron y Bulygin, 1998, p.91). Como puede colegirse, el objeto de análisis crítico de estas páginas está constituido por el iuspositivismo entendido en el primer sentido, esto es como una teoría del orden jurídico constituido a modo de un sistema de normas jerárquicamente organizadas.

Esos conceptos de jerarquía, sistema y orden, han sido las columnas vertebrales de las teorías normativistas. Si los analizamos en particular y en el contexto en que los autores los usan, puede verse que operan más como presupuestos ideológicos que como afirmaciones basadas en la observación de los hechos. Así, Rodríguez Molinero, por ejemplo, al hablar de la unidad del ordenamiento jurídico, y luego de pulverizar como un “burdo italianismo” al mismo concepto de “ordenamiento”, sostiene que

Es necesario afirmar la unidad del orden jurídico en cuanto totalidad. Para explicar de una manera gráfica esta unidad del orden jurídico, sin negar su procedencia de diversas fuentes, se suele recurrir a una representación **vertical** de su estructura normativa. Para mayor claridad se distinguen al efecto una serie de planos o niveles en los que se ubican las normas jurídicas. Esta imagen y esta idea suponen que hay unas normas jurídicas que, bien por su importancia como sustentadoras de todo el orden jurídico, bien por su origen o por el sujeto que las crea, tienen un **rango superior** a las demás. Esto ocasiona en la práctica una **escala o gradación** ascendente o descendente según se las ponga en relación comenzando por las de menor rango o las de mayor rango (Rodríguez Molinero, 1999, p.80)⁷

Sin lugar a dudas, uno de los principales expositores de esta postura es el austríaco Hans Kelsen junto con su posterior seguidor, Norberto Bobbio. En lo esencial, ambos comparten la misma visión jerarquizante y unitaria del sistema jurídico.

Para el fundador de la escuela de Viena, la norma tiene un rol explicativo-conceptual que confiere sentido objetivo (jurídico) a la conducta de otro sujeto, sin la cual esta conducta solo podría considerarse desde un punto de vista naturalístico-causal, sin sentido jurídico alguno. Cuando la conducta de un sujeto es precisamente un acto de normación, es decir, cuando la conducta de ese sujeto consiste en querer (sentido subjetivo) que otro realice determinada acción, entonces aquella norma (superior) será considerada como constitutiva de la juricidad de esta última, convirtiendo el sentido puramente subjetivo de normación en un sentido objetivo de normación.

⁷ No deja de asombrarnos cómo el mismo autor admite que la pluralidad de fuentes complica gravemente la comprensión del orden jurídico como una unidad, sin embargo “pese a todo ello es necesario afirmar la unidad del orden jurídico...” – Rodríguez Molinero (1999) p. 183-. En otros términos, no entendemos por qué se hace necesario afirmar algo que contraría la evidencia de las observaciones.

Esta posición kelseniana se apoya en un presupuesto fundamental sin el cual su posición carecería de asidero alguno. Este presupuesto es que las conductas, entendidas desde el punto de vista empírico o fenoménico, no poseen significación jurídica. No hay cosas esencial o naturalmente jurídicas. Toda juricidad es algo añadido, a modo de accidente, a una sustancia que en sí no tiene nada de jurídico ni anti-jurídico. Nótese la diferencia que existe entre la dicotomía *jurídico –antijurídico* y *jurídico-no jurídico*. La diferencia no es menor. Desde el punto de vista lógico, lo jurídico y lo antijurídico pertenecen al mismo género y guardan entre ellos una relación de *contrariedad*, mientras que lo jurídico y lo no jurídico tiene razón de *contradicción*. Con la dicotomía pretendemos resaltar que tanto la juricidad como la antijuricidad solo son posibles, en el pensamiento del austríaco, en mérito a la significación que la norma le dé a esa conducta, pero en todo caso, ambas son conductas relevantes para el derecho. Mientras que la distinción de jurídico-no jurídico delimita el ámbito de la ciencia del derecho de cualquier otra rama del conocimiento, de tal manera que lo no-jurídico no es lo antijurídico sino simplemente lo meta-jurídico o extra-jurídico y, por ello, irrelevante para la ciencia jurídica

No hay, pues, juricidad hasta que una norma válida refiera su contenido a esa conducta. Esta concepción encuentra su raíz y sustento filosófico en la metafísica kantiana, de la cual Kelsen es heredero. En efecto, la materia (en nuestro caso, la conducta) se nos presenta a los sentidos de una manera completamente informe, siendo el intelecto (en nuestro caso, el creador de la norma) quien aporta la característica formal y determinante de esa materia informe y determinable. Por su parte, la norma puede verse como un acto de voluntad dado que, como el intelecto no está determinado por una verdad previa (óptica, esencial) de la conducta, el creador de ella se vuelca de una manera voluntaria y libérrima por la conducta que más le plazca. En otros términos, una conducta será jurídicamente relevante cuando sea objeto de la voluntad de quien se dirige a esa conducta, ya sea prohibiéndola, ordenándola o simplemente permitiéndola y, a su vez, tal referencia a la acción es puramente voluntaria e irracional, ya que, para el austríaco, no es posible justificar racionalmente los juicios de valor ni, por ende, las elecciones que realiza quien crea una norma.

Bobbio, por su parte, define clara y expresamente el ordenamiento jurídico a partir del principio de Soberanía:

Con la expresión demasiado genérica ‘poder soberano’ se hace referencia al conjunto de órganos por medio de los cuales se crea un ordenamiento normativo, se conserva y se aplica, y el ordenamiento mismo establece cuáles son esos órganos. Si es verdad que un ordenamiento se define mediante la Soberanía, también es cierto que la soberanía en una determinada sociedad se define por medio del ordenamiento jurídico... Decir que la norma jurídica es la norma dictada por el poder soberano, equivale a decir que una norma jurídica es aquella que forma parte de un ordenamiento determinado. La soberanía caracteriza, no una norma, sino un ordenamiento, es decir, caracteriza la norma solo en cuanto es considerada como parte de un ordenamiento (Bobbio, 2007, p.148).

Al respecto, cabe hacer dos observaciones, a saber: la primera de ellas es que en el texto citado, Bobbio recurre a un argumento circular en la medida en que define al ordenamiento a partir de la soberanía y luego, sin más, pasa a afirmar que es el ordenamiento quien define a la soberanía. La segunda observación, que nos parece más gravitante, es que el argumento de Bobbio es contradictorio. Solo unos renglones más arriba, al definir al derecho lo hace por identificación con la idea de ordenamiento jurídico y hace suya la tesis de que el derecho se define como “conjunto de normas que se hacen valer por medio de la fuerza, es decir, que es un ordenamiento normativo con eficacia reforzada” (Bobbio, 2007, p.147). Pero si las cosas son así, si el concepto de derecho solo se llena con la idea de eficacia y de fuerza y esta eficacia en el uso de la fuerza es asimismo lo que define al poder soberano, no pasamos del plano de las apreciaciones

puramente fácticas, en una identificación del derecho con el mero hecho: “La eficacia es el fundamento mismo de la validez” (Bobbio, 2007, p.151).

Tal contradicción está presente asimismo en el pensamiento kelseniano, en la medida en que –aceptada la idea *a priori* de la *Grundnorm*– el fundamento último de un sistema jurídico no es más que la eficacia proveniente de ser victoriosa la revolución y cambio de un orden jurídico. Esta revolución y cambio, si siguiéramos la lógica con la que Kelsen pretende explicar todo el orden jurídico, debería aparecer como el hecho antijurídico por antonomasia. Lejos de ello, Kelsen termina aceptando que tal acto de fuerza sostenida es la que confiere validez al sistema. No podemos dejar de hacer notar el cambio abrupto que se produce en el seno mismo de la teoría del austríaco: de la validez fundada en normas pasa, sin más, a fundar la validez en el hecho de la fuerza victoriosa. Solo basta contrastar lo dicho con dos textos de la misma obra:

la norma fundante que constituye el fundamento de validez de un orden jurídico se refiere solo a la constitución que es el fundamento de un orden coactivo eficaz. Solo cuando el comportamiento efectivo de los hombres corresponde, en grandes rasgos y por lo común, al sentido subjetivo de los actos dirigidos hacia él, es reconocido ese sentido subjetivo como su sentido objetivo, y esos actos son interpretados como actos jurídicos (Kelsen, 1982, p. 60)

Esta idea se reafirma luego del siguiente modo:

Con la adquisición de eficacia de la nueva constitución se ha modificado la norma fundante básica, es decir, se ha modificado el presupuesto bajo el cual tanto el hecho constituyente, como los hechos realizados, conforme a la constitución, de producción y aplicación de normas jurídicas, pueden ser interpretadas (Kelsen, 1982, p. 218).

Considerando el concepto de unidad del ordenamiento jurídico, Bobbio hace propio el planteamiento geométrico legal de Kelsen, con su recurso explicativo de los planos de producción normativa en forma piramidal o escalonada. En tal argumentación, el profesor italiano nos deja más que claro que su concepto de orden jurídico, además de estar sustentado por la noción de fuerza o sanción, se organiza jerárquicamente, al modo de una milicia:

El cabo recibe órdenes del sargento, el sargento del teniente y este del capitán, y así hasta llegar al general; en un ejército se habla de unidad de mando porque la orden del cabo puede provenir del general. El ejército es un ejemplo de estructura jerárquica. Y así es el ordenamiento jurídico (Bobbio, 2007, p.165).

La imposibilidad de la teoría de Bobbio para fundamentar la coexistencia de autonomías en un Estado federal, es patente:

No es difícil encontrar ejemplos de ordenamientos con más planos, como sería el caso de los Estados federales, en los que a más del poder legislativo del Estado federal, hay también un poder legislativo, subordinado a aquél, atribuido a los Estados miembros (Bobbio, 2007, p.167).

De más está aclarar que en una organización política federal los sistemas jurídicos están *coordinados*, no *subordinados*.

Por su parte, el profesor italiano sostiene que “tanto el ejercicio del poder negocial como el ejercicio del poder jurisdiccional están limitados por el poder legislativo, y este, a su vez, está limitado por el poder

constitucional” (Bobbio, 2007, p.167). Otra vez vemos que la geometría legal recurre a una idea reduccionista y falsa de la función jurisdiccional y del poder negocial de los particulares. Reduccionista porque consiste en ver en el juez un mero autómatas ejecutor de órdenes; y falsa pues no puede explicar satisfactoriamente el rol que le cabe al juez en su tarea de control sobre los legisladores. El esquema explicativo de Bobbio solo es aplicable a aquellos países que tienen un control de constitucionalidad al estilo francés, de primacía de la legalidad, propio de un Estado Legal de Derecho, pero es absolutamente insuficiente para aquellos Estados, como el argentino, que adoptan un sistema de contralor al estilo norteamericano, propio de un Estado Constitucional de Derecho. En nuestro país los jueces controlan a los legisladores, no a la inversa, como se desprende el planteo normativista y geométrico de Bobbio y Kelsen.

Tal pensamiento normativista de Kelsen ha influido enormemente en la consideración del orden jurídico como un conjunto de normas ordenadas jerárquicamente. Por su parte, Bobbio hace explícita una idea que se encontraba latente en el profesor austríaco: la idea de la subordinación y la analogía de la gradación normativa con un sistema militar de rangos superiores e inferiores. Tal idea fue primeramente un ideal político nacido de la Francia revolucionaria, como también vimos, en cuya planificación política habría de idearse un mecanismo de primacía de la ley, entendida como expresión de la voluntad de una nación soberana, única y última autoridad que suplantaría el viejo régimen monárquico. Para garantizar la centralidad del poder legisferante y que este quedara solo en manos del legislador popular, el pensamiento jacobino ideó un mecanismo para controlar jueces, a los cuales solo se les permitía interpretar la norma de manera exegética y con la voluntad del legislador como único criterio interpretativo tolerado. Para evitar desviación, creó además el recurso de casación, a cargo de un único órgano nacional encargado de controlar que los jueces no se aparten de la única interpretación posible de la ley (de ahí el efecto unificador de la jurisprudencia que trae consigo dicho recurso).

Como hemos desarrollado en otro lugar (Schonfeld, 2019), el pensamiento revolucionario francés creó el modelo llamado Estado de Derecho Legal, lo que trae consigo innumerables consecuencias para la teoría general del derecho.

El hecho es que tal Estado de Derecho Legal fue exportado por influencia de las conquistas de Napoleón a casi todos los rincones de la Europa continental, creando así la falsa idea de que el modelo del Estado de Derecho Legal es el propio de la Europa continental, como si nunca hubiera tenido otro. Tal afirmación es altamente cuestionable. Hasta comienzos del S. XIX, si bien las monarquías europeas ya habían adoptado un modelo estatal de organización política, todavía se mantenían los derechos forales y regionales, siendo la centralización más *administrativa* que *legisferante*. Hasta comienzos del S. XIX los países europeos tenían aún como principal fuente del derecho a las costumbres locales, las reglamentaciones de los gremios, las prerrogativas forales, etc. En definitiva, había una enorme libertad y pluralidad de fuentes normativas. El rey era sí la última instancia de decisión, pero no era el único órgano de creación normativa. Este es el cambio que se produjo por influjo del racionalismo jacobino francés del que debe tomarse nota.

El influjo que tuvo el pensamiento propio del Estado de Derecho Legal se impuso no solo políticamente sino que se fue abriendo, casi sin excepciones, un lugar en las universidades y en los colegios, estos últimos monopolizados ahora por el Estado y mediante los cuales se impartían los nuevos dogmas revolucionarios, donde el más importante era la idea de la soberanía popular y que la ley es expresión de tal soberanía. Desde lo político, Larenz se ha ocupado de destacar, al igual que Schmitt, que el positivismo “movió en esta dirección por haber coincidido con la necesidad de seguridad de la sociedad liberal burguesa” (Larenz, 2008, p.66) que “si el positivista invoca la ley como norma, su seguridad y firmeza no es otra que la seguridad y firmeza de la legalidad del estado legislativo que se impuso en el siglo XIX” (Schmitt, 1996, p.43).

Vemos así cómo, en el nacimiento del positivismo normativista, están presentes los pilares que fueron fundados en la Francia de la Escuela Exegética, y que más tarde la ciencia jurídica de corte positivista retoma, avala, fortalece y les presta un soporte científico.

En el modelo científico-jurídico que se va forjando en el S. XIX hay una reducción de la ciencia jurídica al examen, síntesis y sistematización de los conceptos jurídicos, los que no se extraían –a excepción de la Escuela Histórica– de la operatividad real del derecho pluridimensionalmente considerado sino, solo del dato legal, aspirando a una explicación universal a partir de la abstracción de aquellos elementos que, por vía de autoridad, provenían de la autoridad del legislador. Tal actitud vino acompañada y potenciada, en el tránsito filosófico del S. XIX, la influencia del romanticismo alemán y la exaltación hegeliana del Estado como un Absoluto.

Estas concepciones científicas, más allá de los ribetes propios que tuvo en el caso alemán por influjo de la filosofía hegeliana, estuvieron influenciadas, como filosofía de base, por dos corrientes, a saber: por un lado, el idealismo kantiano y, por otro, el empirismo de corte sociologista.

Tal como señala Larenz, caracterizando el pensamiento jurídico del S. XIX:

la sociología aparecía como el instrumento político de lucha de la concepción del mundo materialista y marxista. Pero incluso allí donde no se dio este paso, se intentó referir las potencias espirituales a los procesos psicológicos del hombre individual en los que aquellas se presentan, y «explicarlas» de esta suerte psicopsicológicamente. Pero quien no quisiese abandonar todo pensamiento de un más alto valor de la vida humana, tendría que huir de la realidad entendida al modo positivista y refugiarse en un reino del pensamiento «puro», del «puro» deber ser, de las «puras» normas desligadas de toda realidad: en el normativismo ético y jurídico (Larenz, 2008, p.66).

Desde el Idealismo kantiano, pues, se entendía que el material jurídico dado por vía de autoridad, como mero fenómeno, requiere la racionalización posterior para otorgarle su formalidad jurídica. Por el lado del Empirismo, resulta claro que tal ley era entendida como un hecho empírico: la voluntad, órgano del cual emana la ley para esa corriente, es un hecho constatable por la experiencia. Por ello, no hay racionalidad en sí misma en la norma.

Estos dos pilares del pensamiento normativista llegaron su paroxismo en la *Teoría Pura del Derecho* de KELSEN. En efecto, una conducta –aún la conducta de dar una norma– no tendrá significación jurídica sino por otra norma que le conferirá a esa conducta tal significación. No hay juricidad sin norma y no hay norma sin voluntad. Recuérdese que para Kelsen la norma implica siempre un querer, un acto de la voluntad:

Aquel que ordena o autoriza, quiere; aquel que recibe la orden, o al que se da el permiso o la autorización, debe. En esto la palabra ‘deber’ es utilizada aquí en un significado más extenso que el usual. Conforme a los usos corrientes lingüísticos, un “debe” solo tiene correspondencia con el ordenar algo; el “está permitido”, con una permisión; el “puede”, con una autorización. Aquí, empero, designaremos con “deber” el sentido normativo de un acto orientado intencionalmente al comportamiento de otro (Kelsen, 1982, p.19).

Hasta ahí la fenomenología de la norma. Pero tal querer, como mera voluntad, solo logrará convertirse en norma por mérito a otra norma, de la cual obtiene su significación jurídica.

Las teorías jurídicas que pretendieron superar al normativismo no han abordado el tema que aquí se trata, a excepción la hermenéutica jurídica. Con todo, entendemos que tal corriente no aborda exactamente el

mismo tema que se plantea aquí. Los aportes de la hermenéutica están dirigidos mayormente al *problema del método* de aplicación de la ley, aportes que entendemos son valiosísimos en la medida en que mediante ellos podemos *volver a la realidad jurídica* del fenómeno de aplicación e interpretación del derecho, tal como se nos presenta en la experiencia, superando el presupuesto científico-ideológico de que el juez solo realiza una tarea de subsunción lógica del caso en la norma.

La corriente hermenéutica no da tratamiento al tema que aquí se propone, que es fundamentalmente el otro mito del normativismo iuspositivista: el del orden jurídico como un orden jerárquico de normas, aunque sí pensamos que los aportes al método de aplicación del derecho que aquella propone son más conciliables con nuestra tesis.

El planteo geométrico-jerarquizante del normativismo implica una absoluta tergiversación de los principios políticos más elementales que rigen las confederaciones y los imperios:

“una norma del derecho internacional general faculta a un individuo, o a un grupo de individuos, con fundamento en una constitución eficaz, a producir y aplicar un orden coactivo normativo, en tanto gobierno legítimo; esa norma legitima así al orden coactivo, para el dominio territorial en que cuenta con fáctica eficacia, como orden jurídico válido” (Kelsen, 1982, p.226).

Si bien el tema del federalismo no puede ser abarcado en este artículo, debemos resaltar que precisamente el principal elemento de crítica a la geometría legal viene dado por su intrínseca incapacidad para explicar la realidad jurídico-política de las naciones y menos aún de las naciones que se unen bajo formas federativas⁸. El texto recién citado pone de relieve una idea básica: los órdenes jurídicos nacionales son válidos *porque una norma del derecho internacional faculta a ese grupo a dictarse normas*. Tal concepción, conocida como *monismo* en la teoría del Derecho Internacional Público, es absolutamente contraria no solo a la naturaleza de las comunidades organizadas, sino que además implica una teoría unitaria del orden jurídico incompatible con el más elemental concepto de federalismo.

4. Elementos de la propia postura: Subsidiariedad Política y Validez Jurídica por competencia

Es importante distinguir entre los términos sociabilidad y politicidad, pues de dicha distinción se seguirá una desmitificación importante a los efectos de esta tesis, a saber: la identificación conceptual entre comunidad política y Estado, para lo cual el Principio de Subsidiariedad Política es de primerísima importancia.

Así, conviene distinguir, pues, entre sociabilidad y politicidad. La politicidad es una tendencia natural a la cual el hombre tiende como a su plenitud, mas ello deviene con posterioridad a la sociabilidad y con gran esfuerzo y creación humana. Distinguir entre sociabilidad y politicidad es algo equivalente a distinguir el hambre y una fábrica de alimentos. El hambre mueve al hombre a buscar alimentos. La fábrica es la fuente

⁸ El caso de la Unión Europea y la influencia que el normativismo geométrico ha implicado en la pérdida de soberanía de los Estados miembros, es puesta de relieve por Gentile (2008) p. 83: “Hoy, en el amanecer del Tercer milenio, renunciando, como vimos a la soberanía y confiándose de algún modo al principio de subsidiariedad, los Estados miembros están preparando el proceso de la recomposición de la unidad europea, mediante la institucionalización de la Comunidad Económica Europea, primero, y de la Unión Europea, después; y ¿quién sabe de qué en el futuro!”. En Argentina, Sagües (2007) interpreta el principio federal de gobierno mediante una visión jacobina que termina tergiversando el concepto, hablando de las provincias como “*poderes constituyentes pero constituidos*”.

de esos alimentos. Del mismo modo, la sociabilidad es el motor natural de las relaciones intersubjetivas que generan las relaciones jurídicas más elementales. Pero al ser esas relaciones insuficientes para el pleno perfeccionamiento humano es que el individuo busca la inserción en sociedades mayores hasta llegar a la polis. Este es el sentido que, según entiendo, cabe darle a las palabras de un texto de indudable ortodoxia tomista, a saber:

El hombre, además de ser naturalmente sociable, es naturalmente socio. O sea, por el solo hecho de haber tenido existencia en el género humano, todos los hombre han nacido socios, miembros necesarios de una sociedad que trasciende su libre arbitrio...[sin embargo] muchos sustituyen la sociabilidad por la politicidad, y dicen que el hombre es naturalmente político... No tenemos el coraje de decir que el hombre es un animal político; nos limitamos a decir que es animal sociable y socio (Graneris, 1977, p.156).

Como extensión de los conceptos de sociabilidad y politicidad, tampoco es viable la asimilación entre los conceptos de comunidad política y Estado. No realizar tal distinción supone, al menos, una exageración de la teoría aristotélica de la sociabilidad humana. Tal exageración se funda en una defensa que el realismo jurídico clásico quiso hacer de la comunidad política como ente natural frente al individualismo liberal. Pero tal defensa ha llevado a muchos seguidores del pensamiento aristotélico-tomista, a predicar del *Estado* lo que los clásicos predicaban del *gobierno* de la comunidad política. Pero ambos conceptos Estado y gobierno de la comunidad política son claramente distintos: el primero es el aparato jurídico artificial con el que la modernidad centralizó y monopolizó la producción jurídica, mientras que el segundo es una extensión natural de las inclinaciones naturales del hombre, que se torna necesaria para una ordenada convivencia en aras del bien común.

Sin intentar conciliar posiciones con las explicaciones contractualistas, que ven al Estado como ente absolutamente artificial, tampoco debemos caer en el error de atribuir el concepto de comunidad política a la realidad que hoy llamamos Estado. Justamente uno de los grandes errores que se han imputado a la filosofía realista, incluso desde algunos autores tomistas, es creer que el Estado es un ente tan natural como la sociedad, como un producto de esta, como una necesidad natural. En torno a ello cabe la distinción antes mencionada.

En efecto, el Estado si bien nace de una inclinación natural, no deja de tener algo de artificial, en el sentido de que es, al menos, contingente. Esta contingencia se puede predicar tanto respecto de su existencia misma como de la forma que toma. Es decir, el Estado es contingente porque puede no existir y es contingente que haya tomado esta forma de administración de las cosas comunes.

Aquí se encuentra, según creo, el germen o semilla de muchas malas interpretaciones del pensamiento aristotélico-tomista y que desde ópticas liberales le hayan atribuido ser una teoría política totalitaria. Así, cabe destacar que dicha exageración, que contribuye a una mentalidad legalista y de geometría legal, no responde al pensamiento clásico. Estas pruebas emanan de los tópicos y principios universalmente reconocidos como propios de la teoría política aristotélica, tales como el principio de subsidiariedad, la distinción entre lo justo legal y lo justo natural, la positividad y subordinación lógica de la justicia distributiva y legal respecto a la sinalagmática.

El principio de subsidiariedad parece ser uno de los que más claramente demuestran la accesoriedad del Estado y su carácter lógicamente posterior a las sociedades intermedias. En efecto, este principio nos constriñe a admitir que solo les cabe a las sociedades mayores la regulación de la vida social para aquellas

cuestiones a las que el individuo o los grupos intermedios no pueden dar respuestas satisfactorias. Esto, además está decirlo, es una verdad sostenida insistentemente desde la Doctrina Social de la Iglesia⁹ y supone

La existencia de grupos, asociaciones o cuerpos asociativos 'menores' (de un ámbito determinado, singular y menor) y 'mayores', con un campo de acción más amplio, extenso, general. Pues bien, él consiste en la función de ayuda, auxilio o refuerzo que pesa sobre las asociaciones o entidades 'mayores' respecto de las que son 'menores', a fin de posibilitar no solo su actividad, sino incluso su existencia (Soto Kloss, 2005, p.329).

Ahora bien, las entidades sociales y agrupaciones son, pues, anteriores a la existencia del Estado. Y como no puede haber asociaciones de personas sin normas jurídicas que las regulen, resulta patente que la validez de las normas de esas agrupaciones y sociedades no puede nunca derivar de la autoridad de las comunidades mayores ni, mucho menos, del Estado.

Partiendo, pues, del principio de subsidiariedad, debemos afirmar que son las comunidades menores las que se van insertando en sociedades mayores para la búsqueda y consecución de mayores perfecciones. Tal afirmación tiene claras implicancias para una teoría del derecho, a saber:

a) El derecho de las comunidades menores no depende del reconocimiento de las mayores en las que se insertan: Tal afirmación supone una *anterioridad lógica y cronológica* de las normas que regulan la vida de las comunidades menores (familia, asociaciones, gremios, provincias, regiones). Estas comunidades menores tienen derechos anteriores a la creación de cualquier sociedad mayor en la que se inserten, incluso el Estado. Esto es así pues solo afirmando un orden jurídico previo a las comunidades mayores es que estas pueden constituirse, precisamente derivando su juricidad de la existencia y validez del aquel orden jurídico previo por el cual las comunidades menores delegan facultades y competencias en las sociedades mayores en las que se insertan. Schmitt considera que tal concepción clásica y tradicional de las comunidades políticas fue destruida por la modernidad con la aparición del Estado:

Con la caída de los múltiples órdenes feudales y del pensamiento del orden correspondiente, aparece desde el siglo XVI el orden estatal como un orden único que absorbe los demás órdenes... Con el aparece el gran Leviatán como devorador de los demás órdenes. Desplaza o relativiza las tradicionales comunidades feudales, estamentales y eclesiásticas, los grados jerárquicos y los derechos adquiridos, desplaza todo derecho de resistencia fundado en aquellos órdenes preestatales, monopoliza el derecho en el legislador estatal y pretende construir el orden estatal desde el individuo, es decir, a partir de una tabula rasa, de una nada de orden y comunidad. El «pacto» que engendra el Estado, más exactamente, el «consenso» de individuos, solo es posible gracias a un garante soberano del orden así fundado, es decir, solamente es posible por el Estado, cuyo poder nace, a su vez, de ese consenso (Schmitt, 1996, p.46).

Cabe poner de relieve que tal visión política creadora del Estado moderno tiende, a la par que a un democratismo individualista -que invoca y consagra abstractas libertades en sus constituciones-, a destruir las libertades concretas con las que las comunidades menores creaban sus propios derechos y estatutos. Se trata, para decirlo sin ambigüedades, de una expropiación del poder regulatorio de la conducta por parte del aparato estatal creado por la burguesía, en detrimento ya no de las monarquías -como se pretende justificar en el discurso- sino de las comunidades menores. El jacobinismo francés llevó esto al extremo, derogando mediante la ley *Le Chapelier* de 1791, los gremios, asociaciones y cualquier instancia que pretende regular la conducta social de un grupo de personas con intereses afines y plasmados en las

⁹ Tal doctrina ha sido sistemáticamente por la Iglesia Católica desde el magisterio de León XIII (1891) en la encíclica *Rerum Novarum* n. 23.

asociaciones y sus estatutos. Toda creación normativa sería, a partir de allí, emanación de un único órgano central de base democrática que expresaría la única voluntad general. No hay derecho fuera del Estado. Tal idea se extendió incluso a las otras fuentes del derecho, donde la costumbre solo sería una fuente en la medida en que la ley lo autorizara y la jurisprudencia ya no sería creadora del derecho sino solo una expresión concreta del mandato legal, para lo cual Montesquieu ideó la metáfora del juez como *boca inanimada de la ley*, postulado político que, como vimos, luego el positivismo terminó por fundar científicamente mediante el modelo dogmático de la interpretación.

En nuestra propuesta la situación es la inversa que la que se produjo en los modelos estatistas centralizados liberales: entendemos que las normas que dan las comunidades mayores son válidas porque fueron dictadas por un órgano competente, cuya competencia viene dada precisamente por la delegación que la comunidad inferior hizo respecto de la mayor, en base a las propias competencias y derechos que tenían, previamente, esas comunidades menores.

b) El derecho es un fenómeno que debe buscarse en las reglas escritas y no escritas (tanto consuetudinarias como naturales) que regulan la vida de esas comunidades intermedias.

c) La tarea de los jueces no es, pues, aplicar normas dadas por vía de autoridad, sino resolver las aporías (problemas) jurídicos, los que no vienen calificados desde la norma, sino por su materialidad jurídica ínsita. Tal tarea supone una distinción entre juricidad y legalidad, entre derecho y ley. Lo jurídico viene dado por la existencia de un conflicto o problema entre dos sujetos que disputan intereses o prerrogativas en base a un título, natural o positivo. Así el juez procederá de modo dialéctico y tópico, intentando buscar la solución razonable y justa al conflicto. Para tal tarea, la norma –legal, jurisprudencial, consuetudinaria, etc- es solo uno de los tantos tópicos a los cuales el juez puede recurrir para dar solución al caso, pero de ningún modo debe pensarse que es la norma la que califica o juridiza una pretensión.

d) En los países con tradición jurídico-política federal, la subsidiariedad reclama que el poder tanto legisferante como de gobierno, esté lo más cercano posible a las células más pequeñas del entramado social, comenzando por los municipios, para luego pasar a las provincias y por último al gobierno federal. Tal impronta tiene como consecuencia que la titularidad de aquellos poderes implica el reconocimiento de las autonomías que les son inherentes. Por su parte, la relación entre los órdenes jurídicos menores y los mayores en los que aquellos se insertan supone un reparto de *competencias* claramente definido, el que opera como *límite al poder de las comunidades mayores*. Este es el punto donde mayor gravitación tiene la crítica al modelo de jerarquías normativas propuesto por el positivismo legalista: en esta última visión, como pudimos demostrar más arriba, se parte de la idea de que el poder se encuentra en un único órgano central y que, por vía de delegación o referencia normativa (así lo explica Kelsen, cuando sostiene que una norma es válida porque otra norma superior se refiere a ella con su contenido, otorgándole la validez (Kelsen, 1892, p.22), las normas creadas por los inferiores obtienen su validez de aquellos órganos superiores. En el mejor de los casos, dicha visión verá en las legislaciones de las comunidades menores un ejercicio de normación delegado por las instancias jerárquicamente superiores (*el sargento y el cabo*, en el ejemplo de Bobbio, como pudimos ver más arriba). Tal postura, lejos de poder explicar satisfactoriamente el fenómeno político de la federación, implica una tendencia, por la propia lógica interna de sus ideas, a desnaturalizar –cuando no a destruir– las comunidades organizadas de modo federal, a través de una mitificación y sobrevaloración de los poderes del gobierno central en desmedro de las autonomías de las comunidades políticas menores.

En lo estrictamente filosófico-político, tal teoría jurídica implica un cercenamiento de las verdaderas libertades que los ciudadanos tienen para crear normas jurídicas mediante las agrupaciones políticas

naturales y mediante las costumbres, en una casi deificación de una supuesta voluntad general expresada solo por un poder central, al cual los gobiernos federados deben pleitesía precisamente por ser considerado el poder normativo *jerárquicamente superior*.

En lo que respecta a la teoría general del derecho, tal visión científica termina siendo una herramienta para la convalidación de aquella tergiversada visión política. Adoptando tales modelos científicos explicativos y a fuerza de repetición, cualquier alumno aprende como muletilla desde primer año de la carrera de Derecho que, en caso de colisión de normas, la norma superior deroga la inferior. Tal principio, además de ser constitucionalmente falso, es una idea que opera como presupuesto ideológico deformador de la realidad. Tal principio solo sería aplicable en un modelo político unitario –aunque en rigor tampoco explicaría satisfactoriamente las soluciones a las antinomias–, pero sería absolutamente inaplicable en un sistema federal de gobierno.

Respecto a la positividad y subordinación lógica de la justicia distributiva y la legal, ello es así pues al consistir la primera en el reparto de cargas, bienes y honores desde la comunidad política hacia sus miembros, este reparto puede darse solo de dos maneras posibles: o bien la comunidad reconoce derechos de los cuales el individuo ya se halla en posesión, o bien los constituye. Si se los reconoce, es evidente que el acto de reconocimiento es ontológica y lógicamente posterior a la posesión del derecho. Pero si hay derecho hay comunidad de personas, dado que el término derecho reclama alteridad. Luego es evidente que el acto de reparto desde la comunidad política es posterior al establecimiento de relaciones sociales. En otros términos: no hay derecho sin relaciones sociales, pero puede haberlo sin relaciones políticas. Lo que hace a la existencia de derecho es la sociedad, no el Estado. Si, por el contrario, aceptáramos que el acto de reparto no reconoce sino que constituye al derecho del individuo y las comunidades menores, los que serían otorgados por el Estado, se estaría frente a la negación de los derechos fundamentales, los que serían solo gracias y no verdaderos derechos.

Considerando la justicia legal, la existencia un ente colectivo portador de derechos es algo un tanto difícil de explicar y, en todo caso, su existencia es también lógicamente posterior a las relaciones de justicia sinalagmática. En efecto

La justicia, dice [Santo Tomás], debe rectificar las acciones humanas que son para con otro. Mas las acciones son de los supuestos [esto es, la persona]...[y] bien sabido es cómo la definición más repetida y generalmente aceptada por el Santo es la fórmula recibida de Boecio: *Rationalis naturae individua substantia*, una substancia individual de naturaleza racional o intelectual (Urdánóz, 1956, p.204).

Pero el Estado no es substancia, pues pertenece a la categoría accidental de relación. Luego, parecería que el Estado no puede ser sujeto de derechos, como lo requeriría la idea de justicia legal. Y ello es expresamente afirmado por el citado comentarista quien luego de rechazar las posiciones organicistas extremas que ven al Estado como un ente real al modo de un organismo biológico y los que ven al Estado como una mera ficción jurídica, afirma la teoría tradicional, a saber:

Son las personas físicas o individuos humanos, miembros del cuerpo social, los verdaderos sujetos de derecho, tanto individuales como sociales. Solo los hombres, los gobernantes, que encarnan la autoridad, o los súbditos, serán los responsables, los que reciben y dan efectividad a todos los derechos y deberes de un todo social (Urdánóz, 1956, p.208).

Sin embargo, cabe aclarar que la subordinación de la que venimos hablando es meramente ontológica y lógica. De ello no debe derivarse que el individuo y sus derechos sean anteriores a la sociedad ni que la

comunidad política sea simplemente una herramienta útil, pues desde el punto de vista de su bondad, es evidente que aquello que procura el bien del todo, como lo hace la justicia distributiva, es más perfecto que lo que solo procura el bien de la parte. Y en tal sentido, la justicia distributiva y la legal son más perfecta que la sinalagmática en tanto buscan un bien mayor *inclusivo del bien de las personas individuales*.

El alcance de las afirmaciones anteriores solo pretende poner de resalto que el derecho no reclama necesariamente la existencia del Estado, pero sí de una comunidad de personas.

Un elemento que consideramos cercano a nuestra postura es lo que Schmitt denomina *pensamiento del orden concreto* o *konkretes ordnungdenken*, quien, al igual que Gentile¹⁰ desarticula el idealismo del pensamiento normativista kelseniano:

Pero también la expresión «orden jurídico» admite lógica y literalmente que, partiendo de la noción de orden concreto, el derecho no se conciba como «regla jurídica», sino que más bien se defina a partir de una idea propia de «orden», y se supere así la apropiación normativista de la noción de derecho y la conversión del orden jurídico en una simple regla jurídica. Para el modo de pensar jurídico del orden concreto, el «orden», también el jurídico, no es considerado ante todo como una regla o una suma de reglas, sino que, por el contrario, la regla se concibe únicamente como un elemento e instrumento del orden. De ahí que el pensamiento de normas y reglas sea solo una parte restringida, y precisamente derivada, de la total y plena temática de la ciencia jurídica (Schmitt, 1996, p.11).

Rodríguez Molinero parece sostener la tesis contraria a Graneris y a la que aquí se sustenta. En tal sentido, sostiene que los conceptos de Sociedad y Estado se identifican hasta entrado el S. XVIII. Así, según su postura, será la Revolución Francesa la que independiza el concepto de Sociedad del de Estado, dejando para la primera la idea de un “conjunto de ciudadanos que simultáneamente conviven en el territorio de un Estado y que como tal constituyen una unidad, cuyos intereses no solo no coinciden, sino que muchas veces son opuestos a los intereses de la organización política o Estado” (Rodríguez Molinero, 1999, p.44). Entendemos que aquí el autor citado cae en el error denunciado por Graneris cuando sostiene que en la filosofía medieval no había identificación entre los conceptos de Estado y Sociedad, y que cuando los medievales alababan al Estado se referían en realidad a la Comunidad política. La identificación conceptual entre Estado y Comunidad política es, verdaderamente, fruto de la modernidad, y precisamente por ello Graneris critica a quienes se hacen eco de la identificación citando, a su juicio ignorantemente, a los autores medievales. Dicho en otros términos, no debe, en opinión de Graneris que compartimos, citarse a los medievales como si estos alabaran el modelo de Estado que surge luego del Renacimiento y que se consolida en la Revolución Francesa.

5. Conclusiones

Entendemos que la enseñanza del derecho como un conjunto ordenado y sistematizado de normas responde a un simplismo conceptual que, lejos de ser ingenuo, fue una exigencia propia de los principios políticos que la modernidad fue gestando. Tales principios suponen una expropiación –tanto en la teoría como en la práctica– del natural derecho a gobernarse por parte de los ciudadanos. La noción de autarquía, puesta ya

¹⁰ En términos muy similares expresa el italiano: “En efecto, no se puede sostener la función supletoria, auxiliar y subsidiaria, del ente público, de su política económica, de su derecho, sancionado mediante la ley, expresión de la voluntad soberana, si no se reconoce previamente que el ordenamiento económico y jurídico de las relaciones interpersonales comienza antes e independientemente de la legislación estatal” (GENTILE, 2008, p. 82)

de relieve por Tomás de Aquino (S. Th. I-II, Q. 90, art. 3), suponía un derecho efectivo y operativo de las comunidades a darse sus normas. La modernidad, por el contrario, arrebató tal derecho a las comunidades intermedias y a los súbditos y lo trasladó a los órganos deliberativos de las democracias modernas que, a partir de allí, solo se expresaría mediante el Estado. Por nuestra parte, entendemos que el principio de subsidiariedad explica de un modo más real y acabado la intrincada red de pesos y contrapesos que supone la vida en común, no en el sentido conflictivista-marxista, sino partiendo de la idea de que el diseño de lo que conviene hacer y prohibir en procura del bien común tiene una naturaleza problemática y prudencial. La búsqueda de los mejores medios para el logro del bien común supone una participación activa por parte de los actores comunitarios, los que de un modo natural van expresando en normas las exigencias que aquel bien supone.

Por su parte, vimos cómo el normativismo geométrico-legal estatista, propio de las filosofías racionalistas, ven en las normas una especie de plan creado en el laboratorio de los poderes del Estado, quien se nos presenta así como único custodio y guardián del bien común, ahogando de ese modo, todas las instancias menores de regulación de la conducta humana. Tal visión jerárquica del derecho, *more geométrico constructo*, se presenta como una justificación teórica de un modelo político propio de la modernidad, pero, como pudimos ver, se tornan ineficaces a la hora de justificar la existencia de normas que, aunque no estatales, son realmente vigentes y eficaces, tales como la costumbre, los contratos y las regulaciones de las comunidades intermedias.

Somos conscientes que la fundamentación de la tesis que aquí se sostiene requiere estudios posteriores, siendo la pretensión de este artículo solo poner de resalto las incongruencias científicas de la geometría legal y su incapacidad para explicar el fenómeno jurídico tal como se nos presenta en los países con una constitución política federal y tal como podemos verlo operativo en la experiencia jurídica, en la que, lejos de reducirse el derecho a un conjunto ordenado de normas, vemos un entramado de reglas humanas y positivas de distinta índole y de diversas fuentes no estatales.

Como debe haberse notado, no se realizó un estudio crítico del positivismo en tanto este niega la existencia de derechos naturales, sino que la crítica se enfoca primero y principalmente a demostrar que la versión normativista y jerarquizante del derecho no explica el derecho real, el que es y tal cual es.

Bibliografía citada

- AHRENS, E. (1945) *Historia del Derecho* (Buenos Aires, Editorial Impulso).
- ALCHURRON, C. y BULYGIN, E. (1998) *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas* (Buenos Aires, Editorial Astrea).
- BODINO, J. (1997) *Los Seis Libros de la República*. (Madrid, Editorial Tecnos).
- CALVO GARCÍA, M. (1994) *Los Fundamentos del Método Jurídico*. (Madrid, Editorial Tecnos).
- CONDE, F. (1935) “El pensamiento político de Bodino”, en *Anuario de historia del derecho español*, N° 12, pp: 5-96.
- GENTILE, F. (2008) *Ordenamiento Jurídico. Entre Virtualidad y Realidad*. (Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino).
- GRANERIS, G. (1977) *Contribución Tomista a la Filosofía del Derecho*. (Buenos Aires, EUDEBA)
- DE AQUINO. T. (1956) *Summa Theologie*. (Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos).

- KELSEN, H. (1982) *Teoría Pura del Derecho*. (México D.F, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México).
- LAMAS, F. (1990) *Ensayo Sobre el Orden Social*. (Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino).
- LARENZ, K. (2008). *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*. (Madrid, Editorial Reu).
- ORTEGA y GASSET, J. (2010) *La Rebelión de las Masas*. (México D.F, Editorial La Guillotina).
- RODRIGUEZ MOLINERO, M.(1999) *Introducción a la Ciencia del Derecho*. (Salamanca, Editorial Librería Cervantes).
- ROSS, A. (1997) *Sobre el Derecho y la Justicia*. (Buenos Aires, EUDEBA).
- SAGÜES, N. (2007) *Elementos de Derecho Constitucional*. (Buenos Aires., Editorial Astrea).
- SCHMITT, C. (1996) *Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia Jurídica*. (Madrid: Editorial Tecnos).
- SCHONFELD, L. (2019) “Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional en el Derecho Argentino. Implicancias para la Teoría General del Derecho” en *Ars Boni et Aequi*, Vol. 15, Num 2, pp. 114-130. Disponible en <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/361/334>
- SOTO KLOSS, E. (2005) “El Principio de Subsidiariedad” en *El Derecho Natural en la Realidad Social y Jurídica*. (Santiago de Chile, Universidad Santo Tomás).
- URDANOZ, T. (1956) “Introducción a la Cuestión 57”, *Summa Theologiae*, T. VIII, (Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos).
- VIGO, R. (2016): *El Estado de Derecho Constitucional y Democrático* (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones).