

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REAPERTURA DE UNA PEDAGOGÍA DEL DERECHO NATURAL

Francesco Gentile*

Universidad de Padua

«Quien, ante el eterno problema de lo que hay detrás del derecho positivo, sigue buscando una respuesta, no hallará la verdad absoluta de una metafísica, ni la justicia absoluta de un derecho natural. Quien levanta ese velo sin cerrar los ojos se ve mirado fijamente por los ojos abiertos de par en par de la cabeza de Gorgona del poder».

La que podríamos considerar más franca e incondicional declaración de rendición del positivismo jurídico, suscrita por uno de sus más radicales y refinados cultores de todos los tiempos, Hans Kelsen, autor de la *Reine Rechtslehre*, contiene –si bien de manera inconsciente y ciertamente involuntaria– la más ingenua admisión de la valfa del derecho natural.

De hecho, para no vernos obligados a reducir el derecho a una máscara de la voluntad del más fuerte, para no tener que considerar al jurista como mera enzima del poder dominante, es menester reconocer «detrás» –en el sentido de «más allá»– del derecho impuesto por el poder del Estado, «la justicia de un derecho natural». Queda luego por ver que ésta sea absoluta. ¡Implícitamente, tal vez sin ser consciente de ello y sin quererlo, esto es lo que sin embargo afirma el «geómetra del derecho»!

El indica además dicho «geómetra», con paradójica claridad, la naturaleza del saber a través del cual puede abordarse ese derecho que –«detrás» en el sentido de «más allá»– del derecho positivo impide la reducción de éste a máscara del poder, garantizando así su justicia. Trátase de un saber «metafísico», que la tradición filosófica del pensamiento clásico nos amonesta para que lo entendamos no como un saber ajeno o, peor aún, antitético a la experiencia, sino como un saber que se sitúa más allá del saber convencional y operativo de las ciencias, un saber dialéctico y sustancial, cuyo objetivo es la verdad, *metá tá*

* Traducción castellana del original italiano de Ugo Pagallo. Revisión de Miguel Ayuso.

physiká. ¡Que después esta verdad resulte «absoluta», es el «geómetra del derecho» quien lo dice!

Empero, de las palabras de Kelsen, antimetafísico y antiiusnaturalista en permanente acto de servicio, aflora sobre todo el reconocimiento de que el hombre no puede dejar de interrogarse acerca de lo que hay detrás del derecho positivo. De forma que, incluso si tuviera que concluir con amargura, desolado, que no existe más que la sarcástica risa del rostro de la Gorgona, lo que permanece como algo irrefutable es que el derecho positivo demanda por sí solo una justificación. Naturalmente.

En esta mi breve intervención acerca de *La pedagogía del derecho natural*, me propongo en primer lugar desenmascarar las contradicciones lógicas mediante las cuales la teoría positivista del derecho ha desterrado el problema de la justificación de la obligación jurídica, por su inconsciente rechazo a responder convenientemente a una profunda instancia que el mismo derecho positivo y su teorización llevan implícita. En este sentido, mi propósito es «integrar» la teoría positivista, recuperando su instancia escondida, u olvidada, consistente en justificar naturalmente el derecho impuesto por el Estado.

En segundo lugar, me propongo explorar la que en mi opinión constituye la vía actual del derecho natural, que debe liberarse de la imagen de «duplicado» del derecho positivo, como si fuera un «código natural» duplicado del «código civil»; imagen que la literatura jurídica de nuestro tiempo, con imaginación tan abstracta como abstrusa, ha ido configurando, llegando a contar a veces con la aportación de autores que hacen profesión de iusnaturalismo, siendo en realidad iuspositivistas de reemplazo.

Y ello en plena y sustancial sintonía con Juan Vallet de Goytisolo, quien con «navaja» más afilada que la de Ockham ha escrito: «El derecho natural clásico no fue ni pretendió ser un orden de normas autónomas, separado del derecho positivo, como un modelo ideal, sino algo vivo que existía enlazado con el derecho positivo; y aún hoy sigue siendo algo operante en cuanto no se le impida aflorar».

Y en radical polémica con la posición descrita por Norberto Bobbio en un pasaje hartamente conocido: «Ante el enfrentamiento de las ideologías soy iusnaturalista, respecto al método soy positivista, por lo que se refiere a la teoría del derecho no soy ni lo uno ni lo otro». Expresión ésta, a mi juicio, de un marasmo intelectual en el que se pierde lo positivo del positivismo y lo justo del iusnaturalismo, abriendo el paso a un nihilismo sin posibilidades de salida, más desolador aún, si cabe, que la pesadilla kelseniana de la que hemos partido.

Pero vayamos con orden...

Las dificultades que el «geómetra del derecho» encuentra incluso a la hora de pronunciar el nombre del derecho natural se derivan de que este derecho conjugaría dos entidades que en su opinión se excluyen o, con mayor exactitud, que resultan ajenas y antitéticas entre sí: el derecho y la naturaleza.

Para el «geómetra del derecho», naturaleza y derecho designan dos mundos separados e incomunicados. Y ello no es más que el reflejo de un prejuicio más radical, en virtud del cual existiría una separación neta entre lo que hace referencia al ser y lo que atañe al deber-ser (entre *is* y *ought*, entre *Sein* y *Sollen*). En otras palabras, como ha escrito Sergio Cotta, para el «geómetra del derecho» la existencia estaría escindida en dos ámbitos carentes de comunicación: «el de la verdad sin praxis y el de la praxis sin verdad». Por otra parte, ¿no se remonta tal vez a Hobbes, con su idea de la separación entre la naturaleza como «tiempo de la guerra» y el Estado como «tiempo de la paz», la convicción —muy de moda hoy en día— de que *auctoritas, non veritas, facit legem*?

Podríamos notar, por cierto, una paradoja, igualmente en la obra de Kelsen. El prejuicio que queda descrito está tan arraigado en el subconsciente del «geómetra del derecho», que cuando éste configura, siquiera por absurdo, un derecho natural, como acontece en la *Reine Rechtslehre*, lo construye siguiendo la pauta del derecho positivo, como un código natural duplicado del código civil, que como deber-ser sería válido por su referencia formal a la voluntad legislativa de Dios, y cuya efectividad estaría garantizada por el poder de Dios. O, por hablar de manera kelsenianamente correcta, por la amenaza de la sanción de Dios al eventual transgresor. En otras palabras, y por absurdo, el derecho natural, si existiera, no formaría parte de la naturaleza; su estatuto en calidad de deber-ser nada tendría en común con el estatuto de la naturaleza en cuanto ser.

Por esta razón, hoy en día, todo discurso, toda pedagogía acerca del derecho natural no puede partir más que de la superación de esta escisión. Y ello, por otra parte, no puede realizarse con la mera sustitución de un prejuicio como el de la escisión por otro prejuicio, el de la continuidad o de la deducción del derecho positivo del natural. Trátase en cambio de reconocer de manera dialéctica de qué forma la idea de escisión ha ido arraigando en la mentalidad «geométrica», conviviendo contradictoriamente con el eterno problema de «qué hay detrás del derecho positivo». Y ello es posible, a nuestro juicio, reconstruyendo la forma con que las ciencias modernas, y con ellas también la «geometría del derecho» como ciencia, miran a la naturaleza y establecen las que por ello mismo se definen como leyes naturales.

Excluyendo, con Galileo Galilei, *il tentare l'essenze*, el científico moderno representa la naturaleza mediante las figuras hipotéticas de la geometría, construyendo así un sistema de relaciones y por tanto de leyes cuya comprobación no busca por el camino de la adecuación a las esencias —camino que él mismo se

ha cerrado de manera previa— sino mediante su funcionalidad instrumental respecto a los objetivos operativos previamente fijados. Resultaría interesante reflexionar acerca de la definición hobbesiana de las leyes científicas como *Phantasmata sensus et imaginationis*. Bástenos con la impresión...

Pues bien, en términos rigurosamente científicos, la naturaleza, como sistema geoméricamente definido de relaciones y por consiguiente de leyes, constituye para el científico moderno un instrumento cuya finalidad es alcanzar unos objetivos operativos previamente supuestos por él como condición de su puesta en actividad y a cuya determinación permanece totalmente ajeno. Por otra parte, este sistema geoméricamente definido de relaciones y por tanto de leyes no lo confunde el científico con la naturaleza en sí. Pensemos en la que los físicos han dado en llamar «desustanciación del universo físico». Pero pensemos sobre todo en la fórmula inventada en perspectiva geométrica por los padres del positivismo jurídico: la fórmula del «estado de naturaleza». Empleando las palabras de Rousseau, «un estado que no existe (...), que tal vez nunca existió (...) y que probablemente nunca existirá», y cuya noción sin embargo resulta oportuno construir para poder manejarse convenientemente en el estado en el que se vive.

Ninguna confusión pues entre la «naturaleza», el ser en sí, y el «estado de naturaleza», abstracta construcción de la ciencia en general y específicamente de la ciencia jurídica *more geometrico constructa* en función de objetivos operativos previamente determinados y fuera de su alcance.

Por muy someras y esquemáticas que sean, estas sencillas consideraciones epistemológicas nos permiten poner de relieve cómo la idea de escisión entre naturaleza y derecho, que condiciona el desarrollo histórico de las «geometrías legales» modernas, impulsándolas a eludir el problema de la justificación de las leyes que sin embargo ineludiblemente se plantea en su interior, es fruto de un equívoco de corte racionalista, el mismo que insidia a toda ciencia cuando ésta no se encuentra adecuadamente sostenida por la toma de conciencia filosófica de su propia convencionalidad, cuando se olvida de la primordial renuncia a *tentar l'essence* y de la opción por un saber totalmente instrumental.

Mientras la conciencia filosófica de la convencionalidad y operatividad de la «geometría legal» permanece despierta, no es dado confundir el «estado de naturaleza» —construcción hipotética elaborada en función operativa del científico del derecho— con la «naturaleza», o esencia del hombre. Por ello, las deducciones que de ahí se obtienen en relación con el origen pactado de la sociedad, con la convencionalidad del derecho, denominado «positivo» porque impuesto por la voluntad del soberano, y más genéricamente con el vuelco de la condición de vida del hombre en el ámbito del ordenamiento jurídico respecto a la anarquía de la condi-

ción individual, tienen como único y exclusivo referente el hipotético –y por tanto no-real, sino convencional– «estado de naturaleza». En otras palabras, el derecho, desde el punto de vista científico, sería alternativo no ya a la «naturaleza» como esencia del hombre, sino al «estado de naturaleza», protocolo convencional de todas las geometrías, legales o no. Pero hay más.

Una reflexión más atenta, basada en la intuición de Francis Bacon, según el cual *natura non nisi parendo vincitur*, no podría dejar de acarrear el reconocimiento de que el objetivo de poner orden en las relaciones intersubjetivas mediante el derecho positivo, expresión de la voluntad soberana del «estado civil», antitéticamente a la anarquía individualista del «estado de naturaleza», según el dictado de la «geometría legal», se alcanza en la medida en que se haya respetado de alguna manera la «naturaleza» del hombre, su esencia natural, que por lo tanto no sólo no puede considerarse escindida por el derecho positivo, sino que constituye su base sustancial, garantizando al mismo tiempo su eficacia operativa. ¡*Natura non nisi parendo vincitur!*

No cabe duda de que de esta forma el «geómetra del derecho» se vería abocado a la aporía, por utilizar una expresión socrática, al haber estructurado el sistema jurídico como antítesis del «estado de naturaleza» del hombre, pero haciendo depender la eficacia operativa de tal sistema de su funcionalidad respecto a la «naturaleza» del mismo hombre.

Lo que sucede sin embargo, es que, precisamente por este inesperado descubrimiento, larvadamente percibido por los positivistas, quienes sintieron la necesidad de extender su atención «de la estructura a la función» del derecho sin por otra parte sacar de ello las debidas consecuencias, abre la búsqueda al problema de la conexión entre naturaleza y derecho. Y ello no por una opción gratuita, o ideológica, tal y como diría Bobbio, sino por una necesidad intrínseca del mismo discurso científico. Y al mismo tiempo, debido a tan inesperado descubrimiento, queda manifiesta la inadecuación que supone encarar dicho problema mediante un método hipotético-deductivo como el de las ciencias. En efecto, sería pura fantasía pensar deducir mecánicamente el derecho positivo de un presunto derecho natural, o pensar juzgar apodóticamente las leyes impuestas por la voluntad soberana partiendo de la base de un modelo natural de derecho, definido además Dios sabe cómo. De aquí la necesidad de ir más allá, *metá tá*, siguiendo la buena regla dialéctica de la que habla Platón en el Político, en virtud de la cual «ante cosas que tienen algo en común entre ellas no hay que dejar de examinarlas antes de haber distinguido, en el ámbito de dicha comunidad, todas las diferencias que constituyen la especie, y, por otra parte, ante las diferencias de todo tipo que pueden percibirse en una multitud, no hay que desanimarse y apartarse de ellas antes de haber comprendido en una sola semejanza todos los rasgos de parentesco que esconden y haberlos recogido en la esencia de un género».

Obligada resulta pues ser la vía del reconocimiento dialéctico de la naturaleza del hombre con todo lo que le es propio, empezando por la disposición a «poner orden» en la propia vida y en las relaciones con los demás, como base y fundamento del carácter obligatorio de toda norma, incluida la que nos llega a través del derecho positivo.

Sólo para tener una impresión, me atrevería a sugerir que prestáramos atención al empleo como sinónimos –recurrente en el lenguaje común– de los adjetivos «natural», «normal» y «común». De hecho, es la naturaleza lo que los hombres tienen en común, y mediante ella se comunican, incluso bajo esa forma especial de comunicación a través de las normas que se manifiesta en el ordenamiento jurídico de las relaciones intersubjetivas.

Lo dicho puede bastar para explicar lo que concebía al decir que «integraría» la teoría positivista, obligándola a recuperar la instancia –instancia que le es propia– de justificar naturalmente el derecho positivo. Y ello para confirmar el aserto de que el derecho natural actúa «en cuanto no se le impida aflorar».

En la segunda parte de mi intervención me propongo explorar la que, a mi juicio, puede considerarse la vía actual del derecho natural, y en este sentido la actual «pedagogía del derecho natural». Y ello no porque juzgue inadecuadas o superadas otras vías más ilustres y significativas, cuyo eco por otra parte fácil será percibir; sino porque, al no poder concebirse el derecho natural más que como algo vivo, «enlazado con el derecho positivo», no sabría hablar de él más que refiriéndome directamente a nuestra experiencia jurídica de europeos de finales de milenio, experiencia que me parece caracterizada por algo nuevo que va afirmándose: el principio de subsidiariedad.

Desde que apareció en el artículo 3B de las Disposiciones que modifican el Tratado de institución de la Comunidad Económica Europea para crear la Unión Europea –según lo acordado en Maastricht en febrero de 1992–, el principio de subsidiariedad ha alcanzado una notoriedad más amplia y un crédito más extenso respecto a los que tenía cuando era tan sólo un punto crucial (*gravissimum*) de la doctrina social de la Iglesia católica.

Por su ubicación entre las disposiciones que regulan la intervención de la Comunidad y de los Estados nacionales europeos en la actividad productiva, el principio de subsidiariedad se concibe en la mayor parte de los casos como un principio económico, que atañe en especial a la política económica y social de las instituciones públicas. Reflexionando con mayor tino, se trata de una distorsión, y ésta no exenta de malicia.

Efectivamente, el Tratado invoca la subsidiariedad no ya en relación con la política económica de la Comunidad —que como es sabido está encomendada a la Comisión—, sino para definir las competencias de la Comunidad, y especialmente para delinear las modalidades de integración entre las intervenciones comunitarias y las de cada Estado miembro. Por ello, si el campo o el marco de referencia de la disposición son económicos, es decir, las intervenciones públicas en la actividad productiva, su contenido específico consiste en la regulación de las relaciones entre sujetos de derecho —y habría que precisar: de derecho público— como la Comunidad Económica Europea y los distintos Estados nacionales que forman parte de aquélla. Y ello, por otra parte, desde una perspectiva definida vagamente, pero de manera no equívoca, por la fórmula de la superación de éstos y de aquélla por parte de la Unión Europea. No se le escapan, pues, a quien no sufra de distorsiones visuales de origen ideológico, la naturaleza y la valía eminentemente jurídicas del principio de subsidiariedad, destinado a establecer el criterio de intervención de la entidad mayor —en el sentido de «más grande»—, en este caso la Comunidad Económica Europea, «sólo y en la medida en que los objetivos de la acción propuesta no puedan ser realizados de manera suficiente, debido a las dimensiones o efectos de la misma acción, por la entidad menor, en el sentido de “más pequeña”, en este caso los distintos Estados nacionales».

De esta forma se sienta el principio —totalmente nuevo y a mi juicio revolucionario— de la pluralidad de las fuentes normativas, por lo menos en el ámbito de las intervenciones públicas en economía, sobre la base no ya de competencias abstracta y convencionalmente definidas —es decir, sobre la base de competencias puramente formales—, sino en función de la adecuación efectiva y real de la actuación a la consecución del objetivo previamente determinado.

En otras palabras, la competencia de las instituciones públicas está determinada por su capacidad real de alcanzar los objetivos comunitarios, por lo que la menor resulta titular, original e incuestionable, de la acción o actuación —como queramos llamarla— siempre y cuando sea lo suficientemente adecuada con vistas a la consecución del objetivo. En caso contrario, es decir en caso de inadecuación de la institución, por subsidiariedad, de forma auxiliar (*subsídium* = auxilio, ayuda) e integrativa (*integrum* = entero), está llamada a intervenir la mayor, cuya competencia queda pues determinada por su capacidad real de alcanzar el objetivo más y mejor que pudiera hacerlo la menor. Por otra parte, la misma definición de las instituciones como mayores y menores sobre la base del principio de subsidiariedad, depende no ya de parámetros abstractos y convencionales, sino de aquello que se define textualmente como «dimensión», así como de los «efectos» de la actuación, es decir, por algo extremadamente concreto, en el sentido de «sustancial».

Llegados a este punto, huelga señalar que nos encontramos en las antípodas del formalismo jurídico propio de las «geometrías legales». E igualmente el hecho de que el principio jurídico de la subsidiariedad, al introducir *ratione substantiæ* el criterio de la pluralidad de las fuentes normativas, resquebraja e incluso anula el principio de soberanía, que constituye la sólida base y el centro neurálgico del sistema jurídico de corte positivista. Precisamente en relación con este hecho irrefutable quisiera proponer dos observaciones con el fin de poder concluir exponiendo esquemáticamente las razones por las que creo que el principio de subsidiariedad, que ha entrado ya incluso formalmente en los sistemas legales de los Estados nacionales europeos, reabre hoy el problema de la relación entre derecho y naturaleza, constituyendo la nueva vía de la «pedagogía del derecho natural».

Formularé la primera observación planteándome una pregunta. ¿Por qué algunos Estados nacionales europeos han juzgado conveniente proceder a la ratificación del Tratado de Maastricht mediante un referéndum popular, sin juzgar suficiente —como para los demás tratados internacionales— la ley ordinaria?

La respuesta requeriría, para ser completa y definida, aclaraciones analíticas acerca de las distintas situaciones constitucionales. Pero para los objetivos de mi razonamiento será suficiente considerar que la innovación introducida por la subsidiariedad, elevada a principio general del derecho comunitario por el Tratado de Maastricht, no ha sido considerada en continuidad, o en sintonía, si así se prefiere, con el sistema jurídico definido por la soberanía del Estado nacional; muy al contrario, ha aparecido —tal vez de manera oscura— como un principio alternativo, si no antitético, al sistema existente, y destinado por ello inevitablemente a determinar antes o después la superación de dicho sistema. Por ello, la ratificación del Tratado de Maastricht, que implicaba la aceptación del principio de subsidiariedad, no podía realizarse más que mediante un procedimiento, incluso formal, de modificación del ordenamiento constitucional acerca del cual todos los ciudadanos debían expresar su voto.

La Italia de los escamoteos optó por la vía del artículo 11 de la Constitución, una especie de ganzúa que abre todo tipo de puertas. Pero no vale la pena perder tiempo en ello.

Lo que quiero decir es que la introducción del principio de subsidiariedad implica necesariamente la superación del principio de soberanía en la definición del ordenamiento jurídico. Prueba de ello es que los más avisados —a la par que cultos— juristas europeos han intuido que el Tratado que lo introducía acabaría por revolucionar el ordenamiento constitucional del Estado, y necesitaba por ello una ratificación extraordinaria con el mismo alcance que el voto para una nueva Constitución. Y ello aunque en el estado actual de la cuestión pueda parecer que el principio de subsidiariedad valga tan sólo para definir las

relaciones entre cada Estado y la Comunidad en campo económico productivo. ¿Pero es ésta la realidad?

En este trance puede socorrernos la segunda observación, que atañe a lo que podríamos definir como un fenómeno de metamorfosis.

Los expertos en política internacional, atentos a las maniobras entre bastidores de las convenciones oficiales, no han dejado de señalar que el principio de subsidiariedad han querido incluirlo en el texto del Tratado de Maastricht sobre todo los representantes de los Estados más celosos de su soberanía nacional, pues se le considera como la última defensa que podía oponer un Estado miembro a la interferencia de la Comunidad en la jurisdicción doméstica.

No hay duda de que, en parte, esto es así. Pero sólo en parte, y sobre todo desde una perspectiva puramente conservativa y de retaguardia. En efecto, si se considera que con la ratificación del Tratado el principio de subsidiariedad ha pasado a formar parte, incluso formalmente, del sistema jurídico de los Estados nacionales que lo han firmado, forzoso es reconocer que el criterio de la pluralidad de las fuentes normativas que el Tratado vehicula se ha vuelto de alguna manera vinculante, aunque tan sólo fuera en parcial competencia con el criterio de la unicidad de la fuente normativa, predicado sobre la base del principio de soberanía por el positivismo jurídico. Una confirmación de todo ello puede hallarse, sorpresivamente, en los más recientes avatares jurídicos italianos. Entre los temas de la frustrada reforma de la Constitución ha aflorado, de forma particularmente significativa, el de la subsidiariedad, invocado por los más innovadores de los «constituyentes» para establecer una especie de nueva jerarquía en la producción de las normas, distribuida entre ayuntamientos, provincias, regiones y Estado conforme del criterio de la funcionalidad sustancial con vistas a la consecución de los objetivos comunitarios. Empero, más radicalmente, lo que se proponía era sostener la primacía de aquello que —con desafortunada expresión— se definía como lo «privado» frente a lo «público», designando en realidad de tal forma el predominio de la autonomía personal de cada quien sobre la heteronomía abstracta del colectivo en el proceso de ordenamiento jurídico de las relaciones intersubjetivas.

En resumidas cuentas, por una suerte de «heterogénesis de los fines», el principio de subsidiariedad tan desafortunadamente invocado con vistas a la protección de la soberanía del Estado nacional frente a la Comunidad Económica Europea, se ha revelado —y está destinado a revelarse aún mucho más— como algo que trastoca los esquemas conforme a los cuales se ha desarrollado por lo general la experiencia jurídica continental desde la época de la Revolución Francesa y especialmente desde la aparición del Código Napoleónico. Y ello introduciendo como determinante en la calificación jurídica del ordenamiento no tanto —y de todas formas no sólo— el criterio formalista de la compe-

tencia, sino el criterio sustancial de la funcionalidad, es decir de la aptitud de los instrumentos a la persecución de los objetivos comunitarios y de la adecuación de éstos a la naturaleza humana. Casi una *adequatio rei et legis*. Tanto como para poder creer que estamos en vísperas de una superación de la «virtualidad» del sistema legal de corte modernamente geométrico y próximos a la recuperación de la «naturalidad» del ordenamiento jurídico de las relaciones interpersonales, de hechuras clásicamente dialécticas.

Un poco de cultura jurídica y una atención menos superficial a la matriz histórica del principio de subsidiariedad habrían podido ayudar a intuir cuáles serían los desarrollos —próximos o remotos, lo mismo da— del nuevo «derecho común europeo» bajo la égida apremiante de dicho principio.

Como es sabido, el principio de subsidiariedad se afirma como «importantísimo principio de la filosofía social» en la Encíclica *Quadragesimo anno*, del pontífice Pío XI, en 1931. Dice textualmente: «Como no es lícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia actividad pueden realizar para encomendarlo a una comunidad, así también es injusto (...) confiar a una sociedad mayor y más elevada lo que comunidades menores e inferiores pueden hacer y procurar. Toda acción de la sociedad debe, por su naturaleza, prestar auxilio (*subsidium*, de donde procede subsidiariedad) a los miembros del cuerpo social, mas nunca absorberlos y destruirlos» (n. 35: Acción Católica Española, *Colección de Encíclicas y documentos pontificios*, Madrid 1962, tomo I, pág. 642).

Sin divagar, y evitando discusiones aun legítimas —provocadas por un lenguaje no siempre riguroso, lo que se explica por la naturaleza «pastoral» y no «científica» del documento—, quisiera llamar la atención sobre el meollo de la cuestión, icásticamente definido con anterioridad, precisamente cuarenta años antes, por el pontífice León XIII en su Encíclica *Rerum novarum*.

«No es justo [...] que el ciudadano o la familia sean absorbidos por el Estado; antes bien, es de justicia que a uno y a otra se les deje tanta independencia para obrar como posible sea, quedando a salvo el bien común y los derechos de los demás» (n. 28: Acción Católica Española, *op. cit.*, pág. 607). La indicación resulta clara y lineal en su elemental sencillez.

En el proceso de ordenamiento de las relaciones interpersonales, la institución mayor no debe englobar o absorber a las menores y a los particulares, sino que debe intervenir en auxilio de ellos. La alternativa, por lo tanto, en la forma de concebir el ordenamiento jurídico, queda definida por dos metáforas: englobar y ayudar. La una, la del englobar, significa la idea de dominio, de control, hasta el límite de reducción de lo personal a lo típico. La otra, la del ayudar, significa la idea de apoyo, de incremento, hasta el límite de integración, en el sentido de plena realización, de lo personal en lo social.

La metáfora del englobar, con todo lo que lleva implícito, representa de manera eficaz la concepción positivista del ordenamiento jurídico como superposición de la voluntad soberana de la colectividad a la voluntad anárquica de los individuos; como absorción de la persona real de los particulares por la persona artificial del Estado; como desnaturalización del hombre, diríamos con Rousseau.

La metáfora del ayudar, con todo lo que lleva implícito, representa en cambio de manera eficaz la concepción del ordenamiento jurídico propuesta por la doctrina social de la Iglesia mediante la fórmula de la subsidiariedad, teorizando el carácter supletorio y auxiliar de la intervención del Estado en el ordenamiento jurídico de las relaciones interpersonales, cuyas raíces ahondan —y por lo tanto allí han de buscarse— en la naturaleza del hombre.

Permítaseme un inciso para señalar una curiosa coincidencia entre esta tesis de la doctrina social de la Iglesia de finales del siglo XIX y otra propugnada a principios del mismo siglo por el gran Savigny, quien, polemizando con los partidarios del Código Napoleónico —que como hemos visto constituye el prototipo histórico de la idea de ordenamiento jurídico como producto de la absorción de las voluntades personales de los particulares por la voluntad general del Estado-Leviatán— critica la influencia de la legislación estatal en el derecho civil como «inútil corrupción jurídica», cuando quien ostenta el poder impone con ella «objetivos políticos superiores», mientras que justifica su intervención «cuando viene en auxilio (subrayo: en auxilio) de la costumbre» para aclarar e integrar el derecho preexistente, tal y como éste surge del comportamiento natural de cada socio. Polémica ésta que persiguió al positivismo jurídico desde su primera aparición, siguiendo la estela del iluminismo y del jacobinismo, pero que estaba destinada a perderse arbitrariamente mientras no se descubriera de manera crítica su auténtico fundamento en la naturaleza y por ende en el derecho natural. El análisis historiográfico de las razones por las que la Escuela Histórica, empapada de historicismo hegeliano, no pudo arraigar su crítica al positivismo jurídico no cabe en los límites de la presente intervención. Lo que deseo sin embargo resaltar es que esa intuición, una vez liberada de sus incrustaciones idealistas, se encuentra hoy hecha realidad en el descubrimiento de la subsidiariedad como principio general del derecho, y despliega toda su funcionalidad heurística por el camino de la recuperación crítica del derecho natural.

Y ello porque sólo se puede sostener la función supletoria y auxiliar del derecho legal —es decir, del derecho sancionado por la ley, expresión de la voluntad soberana del Estado— si previamente se reconoce que el ordenamiento jurídico de las relaciones interpersonales se inicia con anterioridad a la legislación estatal e independientemente de ésta.

Pero para sostener que el ordenamiento jurídico de las relaciones interpersonales precede a la legislación pública, es menester reconocer previamente su procedencia de la disposición natural del hombre, de cada hombre, a la autonomía. Mediante ésta, conscientes de que «en la misma alma de cada uno existen dos aspectos, uno mejor y otro peor; (...) cuando la parte mejor por naturaleza se hace con el gobierno de la peor, se utiliza entonces la expresión ser dueños de sí, que suena a alabanza; cuando en cambio, por culpa de una mala educación o de compañías no buenas, la parte mejor, pero más débil, resulta vencida por la peor, más fuerte, se emplea entonces la expresión ser esclavo de sí mismo, que suena a reprensión y reproche».

No se escapará a quien pacientemente me haya seguido hasta aquí la cita platónica, de la *República* concretamente, en materia de templanza, es decir de esa virtud que, diferentemente de las de la valentía y la prudencia –propias tan sólo de algunos componentes de la sociedad–, «se extiende sin más a toda la polis, permitiendo que todos canten al unísono la misma canción, así los débiles como los fuertes y los de enmedio, ya los consideres tales por inteligencia o por fuerza, por número, por riqueza o por cualquier otro carácter semejante».

Sobre este tema volverá a pronunciarse el Maestro en *las Leyes* –el diálogo en el que se trata específicamente del ordenamiento jurídico de la comunidad– para afirmar textualmente que de la «victoria sobre sí mismo, la suprema entre todas y la más hermosa», depende todo ordenamiento de las relaciones humanas, «en casa, en el pueblo o en el estado». Precisamente así, en la secuencia «casa, pueblo, Estado». Diríase casi la prefiguración del ordenamiento jurídico concebido en el espíritu de subsidiariedad, que hace hincapié en la autonomía de los particulares y se despliega, sucesivamente y por integración, a través del derecho doméstico, el derecho social y el derecho legal. Y ello según la natural concatenación de las cosas.

Llegados a este punto, queda abierto el campo a una consideración analítica de las diferentes instituciones jurídicas, desde la del *Actus minimus*, surgido en la vivencia de una civilización rural, a la del «pacto sindical», surgido en la vivencia de una civilización industrial. Pero el tiempo que se me había concedido ha acabado, y espero tan sólo haber permitido vislumbrar lo que considero la nueva y actual vía del derecho natural.