

ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SUBSIDIARIEDAD¹

LEGAL ORDER AND SUBSIDIARITY

RODOLFO C. BARRA²

RESUMEN

El orden público para el bien común se integra con los principios de subsidiaridad y libertad responsable, y su custodia eficaz hace a la esencia de los poderes republicanos.

PALABRAS CLAVE

Ordenamiento jurídico - Bien común - Subsidiaridad - Solidaridad - Desarrollo integral - Equidad y razonabilidad.

ABSTRACT

Public order for the common good comprises the principles of subsidiarity and responsible freedom, and its effective custody makes the essence of the republican powers.

1. Sobre la base de la exposición brindada en las XII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano, abril 2019, Universidad de La Coruña.

2. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina (1980), ex Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ex Convencional de la Convención Reformadora de la Constitución Nacional en 1994; profesor emérito de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: rbarra@fcb.com.ar.

KEY WORDS

Legal system - Common good - Subsidiarity - Solidarity - Integral development - Equity and reasonability.

ORDENAMIENTO JURÍDICO, SUBSIDIARIEDAD Y BIEN COMÚN

El ordenamiento jurídico (para usar la expresión de Santi Romano³, esto es el cuerpo político o comunidad organizada políticamente, en su dimensión jurídica: *ubi societas ibi ius*, “donde hay sociedad hay derecho”) es un *entramado de relaciones subsidiarias*.

Así, recordemos que la comunidad organizada, u ordenamiento jurídico mayor o integral, es el continente de una pluralidad de ordenamientos jurídicos menores, todos ellos vinculados por la gran regla de la subsidiariedad expresada por Pío XI en la encíclica *Quadragesimo Anno*⁴: no deben las organizaciones mayores (ordenamientos o no)⁵ hacer aquello que las organizaciones menores pueden y deben hacer (subsidiariedad negativa); y a la inversa, las organizaciones mayores deben hacer lo que las menores no pueden ni deben hacer (subsidiariedad positiva).

La subsidiariedad es una de las manifestaciones del bien común (BC). Este, por definición, es subsidiario, ya que es el bien del todo⁶ lo es también para las partes, puesto que *el todo resulta de las partes y es*

3. ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, España, Editorial Reus, 2012.

4. Pío XI, Carta Encíclica *Quadragesimo Anno*, 15 de mayo de 1931, N° 79 y 80, disponible en: http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html (fecha de consulta: 3-6-2019).

5. Una organización es ordenamiento cuando tiene una estructura jurídica propia y, en principio, de propia creación; no lo es en el caso contrario, sin que ello incida sobre la importancia de la organización en el ordenamiento (comunidad organizada). Así, por ejemplo, una sociedad anónima es un ordenamiento jurídico, pero no lo es la familia, aunque ésta, al menos en su configuración natural, es el núcleo esencial del ordenamiento. Sobre el tema ver BARRA, Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, T. I, Buenos Aires, Ediciones Rapp-Astrea, 2018.

6. En sentido estricto, el bien común es el propio de la comunidad organizada, es decir, es un bien de naturaleza política, aunque puedan existir bienes que son comunes de cada uno de los ordenamientos y organizaciones menores. El principio de

para las partes, a la vez que *no hay partes sin un todo*. El Papa Juan XXIII enseñaba⁷ que el BC es el conjunto de condiciones que permiten, y también facilitan y ayudan, a cada individuo lograr su propio bien. Es una “ayuda”, que es el término que significa la expresión latina, *subsidium*.

El individuo, aunque aparentemente pequeño, es la parte más importante y más numerosa de la comunidad organizada. Desde el individuo al Estado (el Gobierno federal, el Gobierno central, el Gobierno comunitario) hay una “escalera” de asociaciones y de ordenamientos jurídicos vinculados entre sí por las reglas de la subsidiariedad, cuando, estando de alguna manera vinculados, uno es mayor que el otro.

¿Persigue el individuo, en su comportamiento ordinario, la realización del bien común? No lo hace, al menos de manera consciente. Analicemos su comportamiento jurídico.

EL INDIVIDUO Y EL BIEN COMÚN

El individuo establece una infinidad de relaciones jurídicas, persiguiendo, en cada caso, la satisfacción de su bien propio a través del intercambio con otros individuos que persiguen lo mismo. Hay aquí una asignación de recursos (de bienes) fundada en la cooperación y en la conmutación, que es horizontal, igualitaria, exigible unilateralmente, dispositiva de manera bilateral (por acuerdo de partes).

La relación jurídica es la “ley de las partes”, una “ley” privada (que no tiene como objeto conducir al bien común, por eso no se ajusta a la clásica definición tomista de ley), particular, autónoma, que está en la base, la ancha base, de la pirámide del ordenamiento jurídico normativo.

subsidiariedad y proporcionalidad se encuentra formulado para regir las relaciones y competencias internas (v. gr., el art. 5º, ap. 3, del Tratado de la Unión Europea).

7. JUAN XXIII, Carta Encíclica *Mater et Magistra*, 15 de mayo de 1961; N° 19, disponible en: http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html (fecha de consulta: 3-6-2019).

Su idea directriz es la justicia conmutativa. Lo debido como objeto es el derecho del otro, que siempre será un bien privado, por eso ese *otro* no puede ser sino una parte privada (lo mismo ocurre con los sujetos de personalidad jurídica asociativa) y “la igualdad como medida” es la autonomía de la voluntad. Estamos en pleno sector privado del ordenamiento jurídico. En el ámbito del “mercado”, cuando los bienes intercambiados tienen contenido económico, puesto que el mercado no es sino la repetición de infinidad de relaciones jurídicas semejantes en determinadas circunstancias, con potencialidad de ser conocida por los sujetos interesados.

Estas relaciones jurídicas ocurren en el sector privado del ordenamiento jurídico, donde se adjudican libremente los bienes que han sido apropiados “particularmente”, e.d. por las partes. Pero todos los bienes tienen un origen y un destino común, todos están orientados al bien común, forman parte del bien común. Por eso estas relaciones jurídicas sufren dos incidencias jurídicas que imponen el predominio del bien común, que las orientan necesariamente al bien común.

La *primera incidencia* la llamaremos “por difusión”, y es propia de la justicia general, legal o del bien común. Es “general” precisamente por su carácter difusivo, como el sol sobre todos los cuerpos, decía Santo Tomás de Aquino, que sobre todos incide sin “estar” concretamente en ninguno. Es legal porque viene impuesta por la ley, su “medida” es la ley, ese precepto racional, en este caso proveniente del gobernante como gestor del bien común y cuyo objeto es, precisamente, la preservación del bien común. Esta virtud de la justicia general es, en última instancia, la regla y medida de todas las virtudes, no sólo de la justicia, ya que conducta alguna puede ser virtuosa si es contraria al bien común.

La mera existencia de la autoridad, de la ley, de las distintas instituciones para crearla y aplicarla, las distintas prestaciones públicas, como también la misma supervivencia del ordenamiento jurídico produce, por difusión, que los intercambios se realicen y que, a la vez que satisfacen el bien de las partes, sean positivos al bien común.

Esta difusión tiene *dos momentos*: *el automático*, que no es subsidiario ya que es propio del ordenamiento, y *el requerido* (por ejemplo, aplico la ley en aquello no previsto por el acuerdo; solicito la protección judicial frente al incumplimiento); este es subsidiario, disposi-

tivo. En muchos casos genera relaciones jurídicas entre la parte requirente y la institución pública de que se trate, relaciones jurídicas que escapan al ámbito del mercado, aunque en algunos casos queden sometidas a la voluntad discrecional del particular (por ej., inicio juicio contra mi deudor moroso y luego lo desisto unilateralmente, pagando las costas).

La *segunda incidencia es por imposición*, a través de las normas de orden público: el civil, laboral, penal (casi totalmente de orden público) y administrativo, en los casos de la regulación y de la policía. Estas normas son imperativas, y son subsidiarias en cuanto esta intervención pública en los comportamientos privados en general y en las relaciones jurídicas privadas en especial, es excepcional, de interpretación restrictiva, solo en aquellos aspectos donde se requiere la corrección del sistema de la autonomía de la voluntad, en su caso del mercado, por ejemplo, para producir el “derrame” de riqueza, de bienes, que el mercado debería realizar por sí mismo pero que, como desgraciadamente lo muestra la experiencia universal, no lo logra⁸.

Todo esto ocurre primordialmente en el sector privado del ordenamiento, sin perjuicio de que las normas que provienen de la auto-

8. La teoría del derrame sería lógicamente correcta si el “balde” o recipiente del “líquido de la riqueza” no tuviese un crecimiento desmedido, rapidísimo e ilimitado. La comunidad (los dueños del balde y los que esperan el derrame, en distintas proporciones de aporte según las circunstancias) vierte el líquido en el balde y, cuando este se llena, si continúa el vertido, el líquido comenzará a derramar. Pero el balde tiende a crecer en capacidad (de lo contrario, los dueños del balde no producirían líquido). Esto puede ocurrir de tres maneras principales: mayor cantidad de vertido que el crecimiento del balde; iguales dimensiones en ambos casos; mayor crecimiento del balde que la cantidad de vertido. En el primer caso se produce un derrame que beneficia a todos, de manera que la actividad sanamente “egoísta” de cada sujeto económico beneficia espontáneamente al bien común, como lo sostenía Adam Smith. En los dos últimos casos, la teoría del derrame falla, ya sea porque no modifica el *statu quo* (la segunda) o porque lo agrava en perjuicio de los sedientos de la periferia, y en beneficio de los peces gordos que están dentro del balde. Probablemente el mundo se encuentre sufriendo esta última situación, aun cuando la situación de los sedientos siempre tienda a mejorar (en el mundo desarrollado se encuentran incomparablemente mejor que en el siglo XIX; en el subdesarrollo, bastante mejor pero siempre mal), ya que aun cuando el balde tenga un crecimiento exponencial, siempre habrá más líquido derramado.

ridad máxima del ordenamiento (el Estado), las normas heterónomas con respecto a la relación jurídica, son originadas en el sector público del ordenamiento. Cabe preguntarnos, entonces: ¿cómo distinguimos, dentro del ordenamiento jurídico mayor, al sector público del sector privado?

SOBRE EL DESLINDE DE ÁMBITOS: ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

Si se quiere una respuesta, debemos comenzar por decir que depende de los bienes. Aunque todos los bienes (para cuya obtención existe el ordenamiento) son comunes por su origen y por su destino general, la gran mayoría de ellos son de inmediata y directa apropiación, uso y goce privados. Pero hay otros en los que aquella inmediata y directa apropiación sería contraria al bien común y por tanto al mismo bien particular de la gran mayoría de los individuos. Para producir y gestionar estos bienes existe la autoridad política en el ordenamiento, que, en ello, y sólo en ello, es suprema y relativamente soberana.

Recordemos que producir y gestionar el bien común importa distribuirlo, adjudicarlo a las partes (en última instancia, a los individuos) en la mayoría de los casos a través de relaciones jurídicas que ya no pueden ser de conmutación (aunque materialmente intercambien), sino de participación. Estas relaciones son de Derecho Público, donde el bien que se adjudica es la parte del bien común que a cada sujeto privado le corresponde como carga o beneficio; el sujeto deudor de esa "porción" del bien común es, necesariamente, un sujeto público (para gestionar y distribuir el bien común precisa de poder, de prerrogativas, lo que explica la denominada "exorbitancia" del Derecho Público) y la igualdad como medida es la comparación proporcional entre las partes que, entre sí, y para tal tipo de relaciones jurídicas, se encuentran en una situación comparativa, como ocurre, por ejemplo, con las relaciones jurídicas regidas por el Derecho Administrativo.

La línea que separa el sector público del sector privado es el *gran límite de competencias entre la sociedad civil (sector privado) y el Estado (sector público)*, viene dada por el *principio de subsidiariedad*, que es política, social, jurídica, económica. Es *la línea de la libertad*, de la distin-

ción entre ya sea un ordenamiento anárquico (sin autoridad, lo que es contradictorio en sí mismo), o bien, un ordenamiento totalitario (todo es Estado), con respecto a un ordenamiento (comunidad organizada, cuerpo político) libre.

Es también el *deslinde entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, cuya distinción también es *garantía de libertad*. La Constitución federal argentina enuncia estos principios en su art. 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados: Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de hacer lo que ella no prohíbe”.

Una distribución excesivamente desigual del producto social ciertamente ofende, “de algún modo” o de “todos los modos”, al orden y la moral pública, y perjudica a todos los terceros. Para evitarlo, corregirlo, morigerarlo, para invitar a todos al banquete de la justicia, existe la virtud de la justicia general, con, en lo que aquí nos interesa, las normas de orden público, especialmente con la regulación y la policía. Claro que la regulación y la policía deben ser ejercidas de manera medida, prudente (la prudencia es la virtud propia de la política, como la equidad lo es para la justicia) y de acuerdo a las circunstancias, de ahí la regla de razonabilidad, también arraigada en la Constitución (arts. 28, 33, 99, inc. 2°).

De lo contrario, siempre según las circunstancias, estaríamos en peligro de, aún sin proponérselo, correr el límite que separa al Estado de la sociedad civil muy hacia el campo de ésta (con lo cual todo, o casi todo es Estado: totalitarismo) o muy hacia el campo de aquél (con lo cual se reduce el ámbito de lo estatal: anarquismo, liberalismo).

¿Qué define a un Estado totalitario?, le hace preguntar Curzio Malaparte, en *La Pelle*, al oficial inglés, dirigiéndose a su colega italiano, ya aliados luego de la primera caída de Mussolini (durante la República de Saló) en los fines de la Segunda Guerra Mundial. Y el italiano responde: “(...) totalitario es aquél régimen donde todo lo que no está prohibido es obligatorio”. Aquí no hay deslinde, no hay subsidiariedad.

También podríamos preguntar sobre lo que define a un Estado liberal. La respuesta que se me ocurre es que tal régimen es aquél

donde todo está permitido, siempre que puedas hacerlo por ti mismo; de lo contrario, te embromas. Aquí tampoco hay subsidiariedad. El correcto orden público se da dentro de cada ordenamiento jurídico entre sus componentes (entre ellos, la autoridad y su personificación jurídica, el Estado), según reglas de “equidad, solidaridad y grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades” (art. 75, inc. 2º, tercer párrafo de la Constitución Nacional), en relación de beneficio con respecto a la sociedad civil y sus integrantes, absteniéndose de restringir en los hechos los principios de libertad responsable propios de todos y cada uno de sus habitantes (arts. 14 y 19 *in fine*, de la Constitución Nacional).

LA PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS Y LA SUBSIDIARIEDAD

Como ya lo hemos señalado al inicio, dentro de un mismo ordenamiento jurídico existen agrupaciones de individuos (es decir, de “personas humanas”, conforme con la denominación de nuestro Código Civil y Comercial) e incluso de personas jurídicas, que también merecen la calificación de “ordenamiento jurídico”.

Para serlo la agrupación debe reunir diversos requisitos, entre ellos –además de la pluralidad subjetiva, y la “idea de obra o empresa” (el ordenamiento es una “institución”, en el sentido de Hauriou) o idea directriz– la *juridicidad interna* (sin perjuicio de las normas heterónomas que se le apliquen), lo que requiere que la agrupación tenga un elemento de gobierno o autoridad que la conduzca y pueda resolver los conflictos internos entre los sujetos miembros, sin perjuicio de la vía judicial (estatal) alternativa y/o posterior. Así, en el sector privado, ciertas sociedades civiles o comerciales, gremios empresarios u obreros, partidos políticos, etc., y en el sector público, municipios, provincias, estados, regiones, autonomías, según el sistema constitucional vigente en cada caso. Todos aquellos ordenamientos jurídicos “menores” o “incluidos” son parte de un ordenamiento “mayor” o “inclusivo”, que es aquel que puede tomar en última instancia las decisiones que van a afectar a todos los miembros de ese ordenamiento, sean estos individuos, simples asociaciones (no ordenamientos) u ordenamientos “menores” (también subordenamientos). El ordena-

miento mayor, que es continente de una pluralidad de ordenamientos (este es el gran aporte democrático del pensamiento del ya citado Santi Romano), es, como figura típica *actual*, el Estado Nacional. Claro que *solo actual*, ya que cada vez más se perfilan ordenamientos jurídicos supraestatales o bien supranacionales (no es la ocasión para analizar las distinciones entre ambas denominaciones) que son verdaderos ordenamientos mayores o inclusivos. Por ejemplo la Unión Europea con relación a sus Estados miembros, conforme, en lo que aquí interesa, con el régimen fundamental del art. 5° del Tratado de la Unión Europea (TUE). Este define la regla o principio jurídico “de las competencias de la Unión” (inc. 1°), naturalmente con respecto a los Estados miembros, subrayando así uno de los caracteres que identifican a la subsidiariedad: ésta importa un *principio delimitador de competencias*⁹. El citado art. 5° establece que las competencias de la Unión “se rigen por el principio de atribución” (inc. 1°), conforme al cual “la Unión actuará únicamente dentro de los límites de las competencias que le confieren los Estados miembros en los Tratados para alcanzar los objetivos de los mismos. Las competencias no conferidas a la Unión en los Tratados permanecen en los Estados miembros” (inc. 2°). Es notable la similitud de esta norma con nuestro art. 121, CN, concebido por nuestros constituyentes hace casi 170 años atrás, en una sabia construcción del *federalismo subsidiario*¹⁰. Por su parte, en 1994, los constituyentes concibieron, con visión de futuro, un “integracionismo” subsidiario: “Corresponde al Congreso (...) [a]probar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales (...)” (cfr. art. 75, inc. 24)¹¹.

9. Así, fundamentalmente la delimitación de la competencia entre el Estado y la Sociedad.

10. Reza el cit. art. 121: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

11. El inc. 2°, del art. 75, de la Constitución Nacional, al regular el régimen de coparticipación federal de impuestos, delimita también competencias entre la Nación (ordenamiento mayor), las provincias y la Ciudad de Buenos Aires (ordenamientos menores) en una suerte de regulación “subsidiaria distributiva”, esto último hace aplicación de la justicia distributiva entre sujetos públicos.

Volvamos al TUE, el inc. 3º, del art. 5º, desarrolla “el principio de subsidiariedad”, para aquellos ámbitos que no son de competencia exclusiva de la Unión. Para estos, los firmantes de los Tratados atributivos de competencias ya definieron –es de suponer que con criterio subsidiario (lo que hoy parecería estar discutido o cuestionado en muchos ámbitos europeos)– o, mejor, “delegaron” la competencia propia comunitaria, mientras que todo lo no delegado es conservado por los Estados miembros individualmente. En virtud del principio de subsidiariedad –en lo que no es de competencia exclusiva de la Unión ni tampoco de competencia exclusiva (lo no delegado) de sus miembros, esto es, competencias concurrentes–, aquella “actuará sólo si los Estados miembros no pueden alcanzar *de manera suficiente* los objetivos de la acción propuesta (...) pero, por el contrario, *en función de la escala o los efectos* de la acción propuesta, pueden lograrse mejor a nivel de la Unión” (inc. 3º cit., destacado agregado). Se nota aquí claramente la referencia a los dos aspectos de los criterios de atribución y delimitación de las competencias subsidiarias: el negativo y el positivo, al que nos hemos referido al inicio.

Pero ambos principios –de atribución y de subsidiariedad– se complementan o perfeccionan con el “principio de proporcionalidad”, según el cual “(...) el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados” (inc. 4º). Este principio rige tanto para las competencias expresamente atribuidas a la Unión, que pueden contener competencias implícitas en tanto se refieran a medios indispensables para cumplir con el cometido contemplado expresamente y así naturalmente contenido en la competencia expresa, como también, por ejemplo, para graduar la actuación comunitaria (del ordenamiento mayor) en razón de la escala o efectos, según lo contemplado en el ya citado inciso 3º.

Como vimos, estos principios han sido de inspiración para el constituyente de 1994 y también deberían serlo en nuestro sistema regional (OEA), aunque todavía dista mucho de conformar un sistema de integración del tipo Unión Europea¹².

12. Tampoco lo es, lamentablemente, el, en nuestro criterio, debilitado sistema del Mercosur.

Así también fue sostenido en una reciente presentación hecha por los representantes permanentes de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay, ante el Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), en donde subrayan el principio de subsidiariedad dentro del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, el que debe operar de dos modos. Primero, en cuanto determina la obligación primaria de cada Estado parte de investigar toda violación a la Convención Americana que se produzca su territorio. Y luego, el deber y la responsabilidad de cada sistema judicial nacional en la debida resolución primaria de los conflictos de esa índole, previa la puesta en marcha de la instancia internacional¹³.

Para finalizar, basta señalar que el principio de subsidiariedad, en los diversos campos donde admite su aplicación, es garantía de una sociedad libre, rectamente ordenada al bien común, y eficazmente protectora de los derechos humanos, en tanto estos necesitan también valorarse en una *relación de cercanía* con la autoridad: cuanto más cercano se encuentre el individuo con respecto a la autoridad (administrativa, judicial o legislativa), mejor comprendidos y aplicados serán sus derechos (subsidiariedad negativa) sin olvidar que, según las circunstancias, la *lejanía* de la autoridad con relación al caso puede ser *suficiente* garantía de neutralidad.

13. Cfr. *Declaración sobre el Sistema Americano de los Derechos Humanos*, formulada por los representantes de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay, en fecha 23 de abril de 2019, disponible en: http://www2.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos?ccm_paging_p=4 (fecha de consulta: 3-6-2019).

