

AUTARQUÍA, SOBERANÍA Y FUENTES DEL DERECHO

I.- INTRODUCCIÓN

1.- El tema

Si bien al menos ya desde PLATÓN y ARISTÓTELES los conceptos de Derecho y *pólis* (Estado o comunidad política) aparecen necesariamente vinculados¹, es muy distinta la noción de politicidad del Derecho para el pensamiento clásico y para el moderno y contemporáneo. A partir de MARCILIO DE PADUA y HOBBS, se tiende progresivamente a entender esa politicidad con la estatalidad. Es decir, no sólo el Derecho es un fenómeno político, porque su ámbito social de vigencia es la *pólis* (y luego, a partir del siglo XVI, la comunidad internacional, según FRANCISCO DE VITORIA) y su fin el bien común temporal, sino que se identifica *Derecho positivo* con *Derecho estatal*, en el sentido de que todo Derecho positivo se origina en el poder del Estado. Esta tendencia llega, por la propia dinámica de las ideas, a la lisa y llana identificación de Estado y Derecho, como resulta paradigmático en el pensamiento de H. KELSEN.

En congruencia con esta actitud intelectual y política, toda la corriente de pensamiento jurídico que F. GENTILE denomina *geometria legale*, al hacer del Derecho un artefacto artificial de control social, termina transformando el criterio o principio de totalidad en una especie de totalitarismo jurídico en el que la ley, expresión de la voluntad del soberano, absorbe al Derecho y todo lo puede. A lo sumo, los límites de esta legalidad soberana no están puestos desde *afuera* del Estado (naturaleza humana, naturaleza de las cosas, ley natural, la espontaneidad de la vida social, etc.), sino desde el Estado mismo, como resultado de una autolimitación, y cuyo criterio en definitiva será esa misma soberanía estatal. En este marco se inscribe la doctrina contemporánea de las denominadas *fuentes del Derecho*.

Creo necesario, por lo tanto, revisar el argumento desde uno de sus núcleos teóricos y que, en cierto sentido, opera como principio. En esta cuestión de la relación dialéctica de Estado y Derecho, puede comenzarse por cualquiera de ambos términos. Pero como ya he tratado el asunto del concepto de Derecho en otras partes, aquí tomaré como punto de partida el concepto del Estado, en relación con su *potestas regendi*.

¹ En el caso de PLATÓN, en la *República*, la justicia se identifica con la forma misma de la *pólis*. Para ARISTÓTELES, a su vez, lo justo objetivo se verifica propia y principalmente en la *Pólis* (cfr. *Et.Nic.*, L.V, cap. 6. “[Lo justo político] existe entre personas que participan de una vida común para hacer posible la autarquía”, 1134 a26-27; “Lo justo existe entre quienes hay una ley que los rige, y hay ley entre quienes existe la injusticia, pues la justicia [*dikee*] del juicio es el discernimiento de lo justo y lo injusto”, *ibid.*, a30-32).

He de comenzar, pues, tratando los conceptos de *autarquía* (*autárkeia*) y *soberanía* en el pensamiento político clásico que -con una cierta y necesaria arbitrariedad metodológica- puede circunscribirse a la rica tradición que va desde PLATÓN a FRANCISCO SUÁREZ. Más en particular, serán considerados aquí como fuentes principales ARISTÓTELES, SANTO TOMÁS DE AQUINO, FRANCISCO DE VITORIA, DOMINGO DE SOTO y el nombrado SUÁREZ.

Sendas nociones sirven para caracterizar dos concepciones del Estado antitéticas: la tradicional, una, la moderna, otra. No quiere decir esto que la noción de soberanía sea ajena al pensamiento clásico, o que no exprese conceptualmente un aspecto real y necesario del mundo político. Significa tan sólo que no es la diferencia específica que permita definir esencialmente al Estado (o la *pólis*, o la comunidad política en general), sino una de sus propiedades.

Por otra parte, la propia noción de *soberanía* -aunque sea muy probable que haya tenido origen lingüístico en la Edad media- ha sufrido la necesaria transformación que el pensamiento político moderno ha debido efectuar para convertirla en el centro del concepto del Estado e incluso del Derecho. En efecto, la ruptura de los dos grandes puentes metafísicos: experiencia y tradición, de una parte, y Dios y el orden trascendente, de otra, implica la necesidad de, o la tendencia a, considerar la realidad política y jurídica como universos absolutos, cuyo principio formal es el poder, entendido como dominación de la voluntad o como fuerza.

2.- *La cuestión y sus límites*

Demos por admitido, como un hecho, que el Estado moderno está en crisis². Y con él, el Derecho, en sus propiedades principales: la validez y la vigencia; HUGO PAGALLO, por su parte, ha puesto de manifiesto, con lucidez, que uno de los instrumentos teóricos principales de esta concepción del Derecho -la teoría de las fuentes- es inconsistente en su propia estructura conceptual intrínseca³.

La crisis del Estado y del Derecho modernos se presenta en nuestros días como un problema que afecta en sus fundamentos al pensamiento político-jurídico y exige en el orden práctico e institucional -y ello a escala mundial- una reconsideración y reorganización de las comunidades políticas. De esa reconsideración y reorganización surge la necesidad de revisar las condiciones de posibilidad del Estado, tal como se conoce a partir del siglo XVI, de los *Derecho nacionales*, y aun del Derecho internacional. En este proceso de revisión, las fronteras políticas y jurisdiccionales, y los límites de los llamados *ordenamientos jurídicos* nacionales, tanto en sus dimensiones teóricas como prácticas, se han debilitado. El viejo *ius gentium*, de cuño romano, el *Derecho común* de la Europa cristiana, y el principio de subsidiariedad (de origen aristotélico) comienzan a dar muestras de un vigor renovado. Está en marcha un nuevo proceso de institucionalización económica, jurídica y política.

² Este fenómeno es más fácil de percibir en el plano internacional. En efecto, pocos pondrán en dudas que el orden jurídico y político internacional, fundado sobre el Estado moderno, ya no existe, o que al menos está en crisis y sujeto a transformaciones esenciales.

³ Cfr. *Alle fonti del Diritto - Mito, Scienza, Filosofia*, Torino, G.Giappichelli editore, 2002.

Ahora bien, si la experiencia política y jurídica del hombre contemporáneo registra, como fenómeno, la crisis del Estado y del derecho modernos y, en cuanto experiencia práctica, plantea todo un orden de problemas, que inciden en el fundamento mismo de los conceptos de Estado y Derecho, parece conveniente tener en cuenta un aspecto de la máxima importancia. Me refiero al hecho de que la organización estatal moderna, que ha operado como fundamento de la concepción positivista y centralizada de las fuentes del derecho, surge como consecuencia de la ruptura o descomposición de la *Comunitas christianorum* (el viejo imperio romano, germánico y cristiano) y de la *Comunitas hispanorum* (el imperio de las Españas universas⁴), según ciertos tópicos propios de la modernidad política, desarrollados luego hasta sus últimas consecuencias por el pensamiento que inspiró las grandes revoluciones: la americana, la francesa y la soviética. Se trata de tópicos ideológicos que se pretende que operen como principios y que, o son reformulaciones de los viejos temas sofistas, o son nuevas formulaciones degenerativas de los principios elaborados por la sabiduría política y jurídica de la tradición clásico-cristiana.

La necesaria reconsideración de la estructura del Estado, la comunidad internacional y el Derecho, por lo tanto, sólo puede realizarse con la adecuada lucidez si va acompañada o precedida de la crítica de sus principios. Pero, a su vez, es necesario no olvidar que estos tópicos modernos, al ser, en rigor, degeneraciones del pensamiento clásico y, en su conjunto, su exacto contrario, deben ser revisados y criticados a la luz de éste. De ahí la conveniencia de volver a considerar algunas ideas centrales de la tradición platónica, aristotélica y cristiana, como un momento dialéctico de una discusión más amplia.

3.- Algunos tópicos centrales del pensamiento político moderno y revolucionario

Los tópicos modernos a lo que he hecho referencia pueden reducirse, sucintamente, a los siguientes:

1º) La soberanía es entendida (según una evolución de este concepto a partir de los legistas medievales, MARCILIO DE PADUA⁵, BODINO, HOBBS, hasta ROUSSEAU y demás representantes del pensamiento totalitario) como supremacía absoluta de la autoridad del Estado, como un poder de la voluntad humana y como propiedad esencial definitoria del Estado. *Absoluta*, en este contexto, y en términos generales, quiere decir desvinculada de todo otro poder; en particular, desvinculada de la tradición y de la sabiduría divina, en tanto fuente última de la ley y del Derecho naturales. La soberanía, así, no tendría un límite intrínseco en la constitución histórica de la sociedad y en la ley natural o en Dios, sino, en el mejor de los casos, éstos serían límites sólo meramente extrínsecos.

⁴ La expresión “Españas universas” es de mi recordado y querido maestro F. ELÍAS DE TEJADA.

⁵ F. GENTILE ha señalado de qué modo la idea de la unidad de poder, como constitutivo artificial del Estado, encuentra una de sus matrices ideológicas en M. DE PADUA (cfr. *Marsilio da Padova e la matrice ideológica del totalitarismo*, en la obra colectiva: “*Tradição, Revolução e Pós-Modernidade*” (San Pablo, Millennium, 2001, págs. 155-163).

2º) A partir del siglo XVIII, se tiende, explícita o implícitamente, a identificar los conceptos de *pueblo*, *nación* y *Estado*. Surge así el llamado “principio de la nacionalidades” y el nacionalismo como concepción del Estado y de la política⁶.

3º) Se afirma o se sobreentiende la unidad de soberanía y su centralización, lo que facilita la homogeneización de *pueblo*, *nación* y *Estado*. De este modo, las autonomías de regiones, provincias y municipios resulta siempre problemática e inestable y que, dentro de este esquema, sólo resulten admitidas como fruto de una descentralización descendente.

4º) Solidaria con la postulación de la unidad y centralización de la soberanía, se elabora -sobre todo en el marco de lo que F. GENTILE denomina *geometría legal*- la teoría de la unidad de las fuentes del Derecho. En síntesis, viene a afirmarse que el Derecho positivo tiene una única fuente estatal, y que las facultades o poderes de creación de Derecho positivo de las comunidades infra-políticas y aún de la sociedad en su conjunto, sólo se admiten como delegación de esa fuente única e indivisible.

II.- LAS IDEAS CENTRALES DEL PENSAMIENTO POLÍTICO CLÁSICO

1.- Pólis, constitución y régimen

La *pólis* es la comunidad compleja *autárquica* o *perfecta*⁷. Con la expresión “comunidad compleja” entiendo una comunidad de comunidades: familias, municipios y -diríamos hoy- demás comunidades sociales, económicas o culturales infrapolíticas. De la idea central que opera como última formalidad de esta definición, es decir de la *autarquía* o *perfección*, se hablará más abajo. Lo que opera como forma inmanente es el régimen; su forma extrínseca -modelo racional imperativo- es la ley (*nómos*). Ambos, régimen y ley, son formas dinámicas ordenadas a la *autarquía* o *perfección*, que opera como fin. La materia de la que está hecha y se hace la *pólis* (*ex qua*) es la comunidad de comunidades misma, o el *pueblo*; la materia *in qua* son los hombres, como sujetos racionales (personas) que ópticamente sustentan la realidad de la *pólis*; y la materia *circa quid* es la realidad espacial (en especial, el territorio) y las demás realidades físicas o materiales (recursos naturales y económicos). La causa eficiente es la *homónoia* (concordia política), entendida -de acuerdo con ARISTÓTELES- como amistad utilitaria, natural y objetiva, en torno de las cosas necesarias para la vida humana⁸.

⁶ A este pseudo principio de las nacionalidades he hecho referencia en mi obra *Los principios internacionales*, Bs.As., Forum, 1974 (cfr. cap. VII, 2). Con relación a la crítica del concepto de *nación* y al nacionalismo, cfr. mi artículo *La nación* (en MOENIA XXXIII, diciembre, 1988, págs. 5-10). Es interesante también el trabajo de M. COSSUTA: *Stato e nazione* (Milano, Giuffrè Editore, 1999).

⁷ Esta definición, que tiene su origen en ARISTÓTELES, *Política*, L.I, 1352 b27-29, es aceptada como una noción común por todo el pensamiento escolástico.

⁸ Cfr. mi obra *La Concordia política*, Bs.As., Abeledo-Perrot, 1975. Un resumen de la doctrina de las causas del Estado y de la concordia puede verse en mi trabajo: *La concordia política como causa eficiente del Estado*, en PRUDENTIA IURIS (revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”), Buenos Aires, N° 54, junio de 2001, págs. 217-236.

La constitución se identifica con el régimen (*politeía*) de la comunidad política o comunidad perfecta o autárquica en lo temporal; sea que se entienda el régimen -propiamente dicho- o la constitución como forma intrínseca; sea que se entienda el régimen y la constitución como ley (*nómos*) suprema (modelo racional, idea o forma ejemplar). Y el régimen, dice ARISTÓTELES, es la distribución de las magistraturas -es decir, de la autoridad o *potestas regendi* (para usar ya una expresión escolástica)- en la *pólis*⁹.

La constitución, pues, tanto como ley cuanto como forma intrínseca, no es otra cosa que el orden de las magistraturas en la *pólis* en función del bien común; orden que es triple:

a) En primer lugar, es un orden racional y real al bien común, como a su principio supremo en su orden. Bien común que es un bien humano, y que debe realizar o actualizar los tres niveles de perfección de la vida (*bíoi*) que enuncia ARISTÓTELES¹⁰.

b) En segundo lugar, es un orden entre sí (distribución de jurisdicciones y competencias) de fines y potestades, según el principio de subsidiariedad¹¹.

c) En tercer lugar, es un orden a los súbditos o regidos (hombres y comunidades infra-políticas), como el orden de la forma a la materia. En este caso, la causa material a su vez es triple: *materia ex qua*, que se identifica con el pueblo, entendido como comunidad de comunidades; *materia in qua*, que son los hombres mismos, como sujetos que ónticamente sustentan la realidad de la *pólis*; y *materia circa quid*, ámbito en el que se verifica la vida de la *pólis* y sobre el que recae la *regencia* y la realización del bien común.

Ahora bien, dado que es en razón de este fin y principio -el bien común- que la *pólis* se dice autárquica o perfecta y se justifica la *potestas regendi* y el régimen en su conjunto como norma o como forma, conviene detenerse en el concepto de autarquía.

2.- La autarquía

2.1.- La palabra “autárkeia”

La palabra *autárkeia* está compuesta por dos vocablos: *autós* y *árkios*.

Autós, significa “el mismo”, y puede tener un sentido reflexivo.

⁹ Cfr. *Política*, L.III, cap. 6, 1278b.

¹⁰ *Bíos* biológico, *bíos praktikós* (o *politikós*) y *bíos theooretikós* (cfr. *Et.Nic.*, L.I, 1095 b14 – 1096 a10).

¹¹ ARISTÓTELES critica la pretensión platónica de que la *pólis* sea algo “muy uno”, porque tal acentuación de la unidad tiene como corolario el debilitamiento de la propia consistencia real de las partes componentes (cfr. *Política*, L.II, cap. 1, 1261). La unidad de la *pólis* no es sustancial sino accidental; es una unidad práctica de orden. En esta crítica aristotélica al pensamiento platónico tiene su origen el principio de subsidiariedad, reformulado en el siglo XX por PÍO XI en la encíclica *Quadragesimo anno*.

Árkiōs significa, en su primer sentido, “aquello que descarta el mal”, “que asegura”; de ahí, “lo que es suficiente”¹². El verbo *arkéōo*, a su vez, quiere decir “asegurar”, “ser suficiente o necesario”, “estar bien”, etc.¹³.

Autárkeia (*autarkíēe*), pues, significa (en modo semánticamente abstracto) la cualidad de lo que se basta a sí mismo o que existe -o subsiste- por sí y para sí mismo. *Autárkees* es el término concreto respectivo, y *autarkéōo* el verbo correspondiente¹⁴.

2.2.- El registro de la palabra en el pensamiento de Platón

PLATÓN usa a veces la palabra en el sentido de capacidad de procurarse los bienes necesarios para la vida; así, por ejemplo, afirma que los individuos se agrupan en la *pólis* porque carecen de *autárkeia* en tanto no pueden procurarse las muchas cosas que necesitan¹⁵.

En *El Político*, en cambio, la *autárkeia* se atribuye a la capacidad o potencia que tienen los ángeles -en el marco del mito de Krónos- para cumplir por sí mismos la misión de gobierno del mundo que les fuera asignada por la divinidad¹⁶.

Pero, en sentido estricto, la *autárkeia* es la propiedad del bien en sí mismo¹⁷, en tanto es perfección plenaria autosubsistente y, por consiguiente, de aquél que ha alcanzado la felicidad. Se establece así con claridad la relación esencial entre *autárkeia*, perfección, bien en sí, felicidad y finalidad. Éste debe ser considerado el punto de partida conceptual de ARISTÓTELES.

2.3.- El concepto de autárkeia según Aristóteles

De los muchos lugares en los que ARISTÓTELES usa esta familia de palabras¹⁸, he de considerar dos grupos, que estimo como los más importantes; el primero de ellos corresponde a la *Ética Nicomaquea*¹⁹, el segundo a la *Política*²⁰.

¹² Cfr. BAILLY, *Dictionnaire Grec Français*, Paris, Hachette, 1981.

¹³ Cfr. Id. También, P.CHANTRAINE, *Dictionnaire Étymologique de la Langue Grecque – Histoire des mots*, Paris, Klincksieck, 1968.

¹⁴ Cfr. *ibid.*

¹⁵ Cfr. *República*, L.II, cap. 11, 369 b 5-8.

¹⁶ Cfr. 271 d-e.

¹⁷ Cfr. *Filebo*, 67 a 5-8.

¹⁸ GAUTHIER-JOLIF, traducen *autárkeia* por *indépendance* (cfr. su traducción de la *Ética Nicomaquea*, Louvain-Paris, 1970, p. 13), y aciertan en atribuir esta noción al bien en sí, es decir, al bien que es propiamente fin (cfr. su *Commentaire*, T. I, id., p.52); D. ROSS la traduce, más ajustadamente al significado griego original como *self-sufficiency* (cfr. su traducción de la *Et.Nic.*, en “*The Works of Aristotle*”, Oxford University Press, V. IX, 1966, 1097 b). Como se verá más abajo, la traducción de los escolásticos será por el adjetivo “perfecto”.

¹⁹ Prescindo de la *Ética Eudemia*, porque en ella no se verifica ninguna diferencia doctrinal sobre este punto.

²⁰ TRICOT, en su traducción y notas de la *Política*, traduce *autárkeia* por “suffisance”, “inconditionalié”, y, según él, en el lenguaje de esta obra aristotélica, “indépendance économique” (cfr. Paris, Vrin, 1977, p. 27). JULIÁN MARÍAS, en cambio, en su traducción oscila entre los vocablos “perfecto” y “autosuficiente” (cfr. Madrid, IEP, 1951).

En la *Ética Nicomaquea*, ARISTÓTELES menciona la *autárkeia* al comienzo (L. I) y al final (L. X). Ella es el bien perfecto, es decir, lo que es deseable por sí mismo, el fin último, y la felicidad, que se identifica con el acto perfecto de contemplación (y amor) de aquello que es en sí mismo lo más perfecto: Dios²¹. Ahora bien, y esto es de la mayor importancia para entender el núcleo de su pensamiento, no es la naturaleza humana la que es autárquica²², sino el fin del hombre en cuanto es espiritual, es decir, en tanto hay en él algo *separado*²³: el *noûs*.

En la *Política*, el texto que da aparente fundamento a TRICOT para afirmar que la *autárkeia* es la independencia económica, es decir, la suficiencia para satisfacer las necesidades del conjunto social, es el que dice: “la autarquía consiste en estar provisto de todo y no carecer de nada”²⁴. Pero en ese pasaje, ARISTÓTELES se limita a explicar qué quiere decir el término cuando se aplica como adjetivo al territorio, como surge manifiestamente del contexto; de modo semejante, en líneas anteriores, había hecho referencia a la autarquía de la población²⁵. Y no cabe duda de que se trata de condiciones de la autarquía de la *pólis*. Pero la clave del concepto hay que buscarla en el Libro I, que sigue puntualmente el orden de ideas de la *Ética*. Allí se caracteriza la *pólis* como “comunidad de aldeas” que es propia o máximamente autárquica²⁶; e inmediatamente después, se refiere esta autarquía o autosuficiencia al fin, que no es el mero vivir, sino el vivir bien, es decir, la felicidad o *eudemonía*²⁷. En forma contundente, afirma: “..el fin es lo mejor; y la *autárkeia* es un fin y lo mejor”²⁸.

2.4.- Bien, perfección y autárkeia en la tradición escolástica

La traducción latina de esta expresión por *perfección* -adoptada generalmente por la escolástica medieval y la Escuela Española-, responde exactamente -si no a la semántica originaria del término- sí a la idea definitiva acuñada por el pensamiento platónico-aristotélico, dentro del contexto de una metafísica del bien.

Bueno es lo perfecto, y en razón de ello es amable²⁹. *Perfecto*, según el pensamiento del Estagirita, es: 1º) lo que es íntegro, es decir, lo que no defeciona en ninguna de sus partes; 2º) lo acabado o totalmente actualizado según su propia forma,

²¹ Cfr. L.I, cap. 7, especialmente 1097, y L.X, caps. 7 y 8. Dice, en especial, en 1097 b15-17: “...autárquico es lo que por sí solo hace deseable la vida y no necesita nada; ...tal es la felicidad; ...es lo más deseable de todo, aún sin añadirle nada”; y en 1177 a27-28: “la autarquía ... se dará sobre todo en la actividad contemplativa” (recuérdese que no sólo Dios es el objeto de contemplación, sino que en definitiva el fin perfecto o último -*télos*- del hombre es asemejarse en la medida de lo posible a Dios, precisamente por el conocimiento y el amor).

²² Cfr. 1178 b34-36.

²³ *Separado* tiene el sentido técnico acuñado por el platonismo y admitido por el Estagirita (cfr. *De anima*, L.III, caps. IV y V). En este contexto, véase: 1178 a22.

²⁴ L. VII, cap. 5, 1326 b29-30.

²⁵ Cfr. 1326 b2-5.

²⁶ Cfr. 1352 b27-29.

²⁷ Recuérdese de paso, que la *eudemonía* no es un estado afectivo sino la perfección objetiva de la vida humana, la entelequia (*enteléjeia*) del hombre. Como actividad inmanente del espíritu, hemos visto, tiene un objeto que lo trasciende.

²⁸ 1252 b30 – 1253 a1.

²⁹ “Unumquodque dicitur bonum, in quantum est perfectum: sic enim est appetibile” (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S.Teol.* I, q.5, a.5); a su vez, “perfectum autem dicitur, cui nihil deest secundum modum suae perfectionis” (ibid).

esencia o naturaleza y que, por lo tanto, es lo máximamente excelente en su género; 3º) lo que ha alcanzado su fin o entelequia³⁰. SANTO TOMÁS agrega a estas determinaciones que debe distinguirse lo perfecto en sí mismo (*secundum se*) de lo perfecto con relación a otro (*per respectum ad aliud*); a su vez, lo perfecto en sí mismo puede dividirse en lo que es absolutamente perfecto (que sólo cabe predicar de Dios) y lo que es perfecto en un orden o género determinado (es decir, aquello que en su orden o género es lo más excelente, aunque pueda haber algo más excelente en otro orden o género)³¹.

Por otra parte, lo bueno o lo perfecto, precisamente en tanto es perfecto, es capaz de perfeccionar otras cosas (y por eso es susceptible de amor), es decir, es *perfectivo* con respecto a aquello que puede ser perfeccionado (es decir, que es *perfectible*). Por eso se dice que el bien (y lo perfecto) es difusivo de sí mismo. Tanto en cuanto es objeto de amor (o *appetibile*), tanto en cuanto tiene eficacia por su misma perfección (como la naturaleza generativa), o en cuanto causa final, es la razón formal de la causalidad eficaz de los medios. Debe tenerse siempre en cuenta esta doble relación de lo perfecto: en tanto es un todo, o una perfección de un todo, relación con las partes; en tanto es causa final, relación con los medios. Y así cabe afirmar: las partes se perfeccionan en orden al todo, y los medios sólo son buenos o elegibles, y eficaces, en orden al fin.

Al haber traducido *autárkeia* por *perfección*, como entelequia del hombre y, sobre todo, de su espíritu -única naturaleza susceptible de tender formalmente al bien general- siguiendo una semántica no ya etimológica o meramente lingüística sino metafísica, con absoluta fidelidad al pensamiento platónico y aristotélico, los escolásticos contribuyeron a echar un haz de nueva luz al concepto, poniendo así de manifiesto una concepción ético-política sólidamente fundada en la estructura del ser en general, y del espíritu en particular.

2.5.- Breve recapitulación

La *autárkeia* es, pues, la autosuficiencia y perfección del fin (entelequia) de la sustancia espiritual. Esto implica que siempre tiene razón de fin y no de medio; requiere de medios, pero los trasciende y es la razón de la perfección de éstos, y no se puede reducir a la inmanencia de la suma de perfecciones de éstos. Es, a la vez, perfección de un todo -el hombre o la *pólis*- y, en esa misma medida, perfectiva de las partes de dicho todo.

Ahora bien, dado que la *autárkeia* es la autosuficiencia y perfección del fin del hombre en tanto ente espiritual o persona; dado que el hombre tiene dos fines: uno supratemporal y otro intratemporal (o político); y teniendo en cuenta las distinciones que acerca del concepto de *perfección* se apuntaron más arriba, parece claro que este concepto carece de univocidad y es análogo. Señalemos dos órdenes generales de significación.

³⁰ Cfr. ARISTÓTELES, *Metafísica*, L.V, cap. 16 (1021 b12 – 1022 a3), y el respectivo comentario de SANTO TOMÁS (nn. 1034-1039).

³¹ Cfr. *In Metaphysicorum*, L.V, lec. XVIII, nn. 1040-1043.

En primer lugar, la *autárkeia* es la propiedad del fin último (o entelequia) del hombre. Es la perfección y autosuficiencia del objeto último de sus funciones espirituales, esto es, del conocimiento y amor de Dios, mediante las cuales de algún modo se diviniza o se hace semejante a la divinidad. Objeto éste perfectivo que es máximamente común y trascendente a cada hombre, al tiempo y al mundo. El hombre, en tanto compuesto de cuerpo y alma, y por su propia naturaleza, no es en sí mismo, e individualmente, autárquico. Participa de la *autárkeia* cuando alcanza su entelequia. Y no puede alcanzar ésta individualmente sino consociado. Por esta razón, la Revelación cristiana enseña que el fin último de la creatura racional no es natural sino sobrenatural -algo ya vislumbrado por ARISTÓTELES-, y que sólo puede ser alcanzado como don divino (la gracia) en el consorcio santo de la Iglesia.

Secundariamente, la *autárkeia* es la propiedad del fin de la *pólis*, en tanto la *eudemonía* política o bien común (felicidad objetiva o perfección de la vida social) integra la *entelequia* humana. Y digo *secundariamente*, porque el bien común político es fin último sólo en lo temporal, pero está necesariamente ordenado al fin último supratemporal, que es lo perfecto *secundum se* y absoluto, Dios Nuestro Señor.

Ahora bien, dado que el fin de la *pólis* es autárquico o autosuficiente en su orden, y es la perfección práctica del todo comunitario que es la *pólis*, constituido como unidad de orden, y teniendo en cuenta que la forma constitutiva de la *pólis* es precisamente ese orden al fin -que opera como principio constitutivo-, debe concluirse que la *pólis* misma es autárquica. De ahí que esta noción aparezca en su definición.

Pero detengámonos en un punto. La *autárkeia* política es a la vez ordenante y ordenada. Es ordenante de los medios, y perfectiva de éstos y de las partes de la comunidad. Y es ordenada, porque es relativa a la entelequia absoluta del hombre. De aquí se sigue que no se trata de una realidad absoluta, sino de una perfección que es múltiple en su contenido, como lo es el bien común de la *pólis*. Y si la *autárkeia* no es absoluta, tampoco lo puede ser la *pólis* como todo, ni su régimen.

De todo lo cual se sigue un corolario: la independencia de una *pólis* no excluye la existencia de otras comunidades perfectas que coexistan con ella y cuyos ámbitos territoriales, poblacionales y jurisdiccionales puedan incluso llegar a superponerse, dando lugar a la necesidad de un orden de distribución de jurisdicciones y competencias, regidos por dos principios: la autarquía absoluta del fin último del hombre, y la subsidiariedad. Esto es claro respecto de la coexistencia de las comunidades políticas y la Iglesia Católica; lo es, en su medida, en el orden internacional, con la existencia de uniones de Estados en las que las partes no pierden su condición política y, por consiguiente, su *autárkeia* relativa.

La tesis de que una comunidad perfecta pueda formar parte de otra, como una ciudad libre forma parte de un reino, o como un reino, ducado o principado, puede formar parte del imperio, fue explícitamente sostenida por F. SUÁREZ³². Para el granadino, la parte y el todo serían perfectos, sólo que la primera, en cuanto parte de la segunda, sería por esta razón imperfecta comparada con ésta, aunque en sí sea perfecta. Él tenía a la vista el recientemente desaparecido Sacro Imperio, y su orden plural de

³² Cfr. *De legibus ac Deo legislatore*, L.I, cap. VI, 19.

jurisdicciones y competencias, el nuevo Imperio Español y la comunidad internacional. En definitiva, negar la autarquía a una comunidad (una ciudad libre, un reino, una provincia autónoma, etc.) sería lo mismo que negarle su politicidad³³.

Si una comunidad autóquica independiente, como podría serlo Francia, Italia o España, se integra en una unidad política mayor -v.gr. la Unión Europea-, para lograr una mejor realización de su fin autárquico, parece contradictorio que tal integración implique haber perdido la calidad de perfecto de su fin propio. Digo *contradictorio*, porque la unión se hace para que la parte gane perfección, y no para que la pierda. En este punto vuelve a tener resonancia la crítica aristotélica a la excesiva pretensión platónica de unidad política: en la integración a un todo mayor, la parte no pierde su perfección propia, sino que agrega otra.

3.- *El sentido clásico del concepto de soberanía*

3.1.- *La palabra*

La semántica de la idea que expresa la pretensión del poder político absoluto es muy antigua. Los griegos acuñaron la palabra *autarjía*³⁴ para designar la cualidad de absoluta de una autoridad. Un brocárdico romano, luego usado reiteradamente por los legistas medievales, atribuía al príncipe la calidad de ser *solutus legibus*³⁵, es decir, desvinculado de la obediencia a la ley. Se usó también la expresión *summa potestas*. Y digo *pretensión*, porque la realidad política, como he intentado demostrarlo en mi obra *La concordia política*³⁶, nunca puede desvincularse de los fenómenos de convergencia de la voluntad de los miembros de la *pólis* y de los condicionamientos históricos, físico-geográficos, culturales, sociales y económicos.

La palabra *soberanía* es un término abstracto que significa literalmente la cualidad de suprema de una autoridad, es decir, la supremacía de ésta. Y, aunque su origen dista de ser claro, parece que se puso de moda a partir de J. BODINO, cuando éste define al Estado por esta cualidad, y le asigna la propiedad de *solutus legibus*³⁷. Su registro en el uso del pensamiento político contemporáneo es tan amplio como varias son las corrientes doctrinarias o ideológicas.

Del marasmo de sentidos que ha llegado a adquirir este término, selecciono como principales los siguientes:

a) En el orden internacional, por *soberanía* se entienden dos cosas: 1º) la independencia de un Estado, reconocida por la comunidad internacional; 2º) el poder supremo *de iure* que el Estado tiene sobre un determinado ámbito geográfico o de

³³ En mi obra *Ensayo sobre el orden social* (Bs.As., I.E.F. “Santo Tomás de Aquino”, L.II, cap. III, pág. 250), yo afirmé exactamente lo contrario. Ahora rectifico ese error.

³⁴ Cfr. BAYLLY, diccionario citado. Esta palabra tiene una etimología distinta que la de *autárkeia* y significa la cualidad del principado cuyo poder no deriva de nadie ni de nada.

³⁵ *Princeps legibus solutus*, Dig.L.1, tit. 3, leg. 31.

³⁶ Ya citada.

³⁷ Cfr. H. ROMMEN, *El Estado en el pensamiento católico* (trad. de E.TIERNO GALVÁN), Madrid, IEP, 1956, y J.BODINUS, *Les six livres de la République* (L.I, cap. 8), Paris, 1586 (hay traducción española “enmendada católicamente” de G. DE AÑASTRO ISUNZA, edición y estudio preliminar de J. L. BERMEJO CABRERO, Madrid, CEC, 1992).

materias; se habla, así, por ejemplo, de la *soberanía* sobre un territorio, proporcionalmente a lo que sería el dominio en el Derecho privado, por oposición a la mera supremacía territorial (proporcionalmente a lo que en el Derecho privado sería la posesión).

b) En el orden político interno del Estado, a su vez, la soberanía parece equivaler 1º) a la capacidad de darse una forma jurídica autosuficiente; 2º) a la supremacía del poder (*potestas*) o autoridad estatal respecto de la autoridad de los grupos sociales infrapolíticos; 3º) a la legitimidad de la *potestas regendi*.

3.2.- La “suprema potestas in suo ordine”

La soberanía, en su sentido originario y literal, designa el carácter supremo de una *potestas regendi*, y de esa significación, se deriva hasta llegar a considerarla una propiedad del Estado o de la *pólis*.

Dice SUÁREZ: “Una potestad, se llama suprema, cuando no reconoce una superior, pues el término *supremo* denota la negación de otro superior al que tenga que obedecer aquél de quien se dice que tiene la potestad suprema. ... La potestad civil propiamente dicha de suyo se ordena a lo que conviene al Estado y a la felicidad temporal de la república humana para el tiempo de la vida presente, y por eso se llama también temporal a esta potestad. Por lo cual, la potestad civil se llama suprema en su orden cuando en ese orden, y respecto a su fin, es a ella a quien se recurre en última instancia en su esfera -es decir, dentro de la comunidad que le está sujeta-, de modo tal que de tal Príncipe supremo dependen todos los magistrados inferiores que tienen potestad en dicha comunidad, o en parte de la misma; el Príncipe que tiene la potestad suprema, en cambio, no está subordinado en orden al mismo fin del gobierno civil”³⁸.

La expresión *potestas regendi* es de suyo de mucho interés, y merece un mínimo análisis.

La *potestas* es un poder moral de superioridad o mando³⁹; *moral* por oposición a *físico*⁴⁰; es decir, se trata de una autorización o habilitación racional, que tiene un objeto -lo que puede ser o es objeto de mando u obligación- el cual, a su vez, se determina racionalmente en función de un fin. Toda *potestas* es *para algo*. Y en ese *para algo o*

³⁸ *Defensio fidei*, L.III, cap. 5, 1-2. “Magistratus humanus, si in suo ordine supremus sit, habet potestatem ferendi leges sibi proportionatas” (Id., *De Leg.* L.III, cap. 1, 6).

³⁹ “Potestas proprie nominat potentiam activam, cum aliqua praeminentia” (S.TOMÁS, *In quarto Sententiarum*, d.24, q.1, a.1). “Potestas publica est facultas, auctoritas, sive ius gubernandi rempublicam civilem” (F. DE VITORIA, *De potestate civili*, 10). La *potestas* es una especie de la *facultas*; ésta es una autorización o habilitación para reclamar o exigir algo como debido; por ser más amplia, es la expresión que usa SUÁREZ para definir al Derecho como derecho subjetivo (cfr. *De legibus ac Deo legislatore*, L.I, cap. 2, 5), porque incluye como géneros la *potestas* y la mera *facultas* del Derecho privado. La diferencia esencial entre una y otra es que la *potestas* es una habilitación o poder moral para obligar; en cambio la *facultas* es el poder moral de reclamar lo que ya es obligatorio para alguien y, por consiguiente, debido en relación a otro.

⁴⁰ “Neque enim omnino idem videtur esse potestas, quod potentia. Nec materiam siquidem, neque sensus, imo nec intellectum, aut voluntatem potestates, sed potentia vocamus. ...magistratus, sacerdotia et omnino imperia, potestates potius quam potentias appellant. ... videtur potestas praeter potentiam ad actionem dicere praeminentiam quandam et auctoritatem” (F. DE VITORIA, *De potestate Ecclesiae*, q. I, 1-2).

fin radica el principio del límite de esa *potestas*, límite formalmente constituido por el Derecho y la ley. La *potestas regendi* es la potestad de Derecho público, y principalmente es la autoridad dotada del poder de legislar y gobernar⁴¹. La *Potestas regendi*, pues, está ordenada al bien común o fin de la comunidad, que no es otra cosa que la perfección (plenitud actual) de la vida humana social o la misma vida social perfecta⁴², como ya hemos dicho.

El acto propio de esta *potestas* es el mando o imperio, es decir, es la transmisión de una idea práctica, mediante el pensamiento y el lenguaje, cuyo efecto inmediato primario es obligar y, de ahí, secundariamente, facultar o permitir. El imperio, a su vez, es un acto que si bien emana inmediatamente de la razón práctica, tiene fuerza moviente por la voluntad previa⁴³; voluntad del fin (o intención) y voluntad respecto de los medios (o elección). De ahí que toda norma implique al menos dos enunciados estimativos previos: una estimación del fin como bueno (el bien común o algo incluido en el contenido de éste), y una estimación del medio elegido (que puede incluir, por lo general, además, un juicio de preferencia). Estimaciones éstas que tienen su correlato en los respectivos quererres de la voluntad. Y el resultado es el enunciado ordenador o imperante, que llamamos norma y que, cuando es general, cabe llamar ley.

3.3.- *¿Princeps solutus legibus?*

¿Qué sentido verdadero -si lo tuviere- cabe atribuir al brocárdico “solutus legibus”? SANTO TOMÁS da un primer paso en la solución de esta cuestión. Distingue, por lo pronto, la fuerza directiva de la ley -en cuanto ésta es orden racional al fin-, de su fuerza coactiva⁴⁴. La primera es de la esencia de la ley; la segunda, en cambio, es sólo una propiedad derivada.

En cuanto a la fuerza directiva -que he de designar como *validez práctica*-, la autoridad *qui habet curam communitatis* está sujeta a la ley natural, a la ley constitucional en virtud de la cual tiene legitimidad de origen, al fin al cual está ordenada la *potestas*, y en cierta medida a la ley misma por esa autoridad dictada, a la que sin embargo puede modificar o, en determinadas circunstancias de tiempo y lugar, dispensar. Con relación a la fuerza de la costumbre, conviene aquí considerar un punto que tiene una rancia solera en la tradición cristiana, a partir de SAN AGUSTÍN; se trata de la distinción entre un pueblo libre (*libera multitudo*) y uno que no lo es. En el caso de un pueblo libre, éste puede darse leyes a sí mismo, y de ordinario lo hace a través de la costumbre⁴⁵; el gobernante sólo las dicta en tanto es gerente del pueblo, y no puede modificar la costumbre por sí mismo⁴⁶. En cambio, en el caso de un pueblo que no es libre, la autoridad política, en principio, puede modificar la costumbre; pero el hecho de la existencia de ésta puede entenderse como una tolerancia de parte de la autoridad⁴⁷.

⁴¹ En definitiva, es el “.habere curam communitatis”, en palabras de S. TOMÁS DE AQUINO (cfr. *S. Teol.* I-II q.90, a. 4, resp.).

⁴² Sobre el concepto de bien común y su contenido, cfr. *Ensayo sobre el orden social* (cit.), L.II, cap. III, II).

⁴³ Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Teol.* I-II q. 17.

⁴⁴ Cfr. *S. Teol.*, I-II, q.96, a.5, ad. tertium.

⁴⁵ “... instituta maiorum pro lege sunt tenenda” (S. AGUSTÍN, *Ep.*36).

⁴⁶ Se encuentra aquí uno de los fundamentos de la validez jurídica de los fueros tradicionales españoles.

⁴⁷ Cfr. id., I-II, q.97, a.3, ad tertium.

Con respecto a la fuerza coactiva, SANTO TOMÁS entiende que sí cabe atribuir al príncipe el ser *legibus solutus*, porque él no puede coaccionarse a sí mismo, y porque se presupone que posee la fuerza coactiva suprema. Sin embargo, cabe hacer dos acotaciones: de una parte, el propio Aquinate reconoce que la máxima fuerza coactiva de una norma consiste en la costumbre⁴⁸, de modo que ésta puede quitar fuerza social -vigencia- a una norma; de otra, debe tenerse en cuenta la rica doctrina acerca de las condiciones del alzamiento justo contra el tirano, elaborada por los grandes teólogos-juristas españoles, en especial SUÁREZ y MARIANA.

Nunca se puso en dudas, en la tradición clásico-cristiana, que toda *potestas* proviene de Dios⁴⁹. Pero a la pretensión de una designación divina y directa de la autoridad, toda la Escuela Española contestó que la *potestas* política (o *civilis*) tiene su origen en Dios, pero no inmediatamente, sino mediante la ley y la misma *respublica*⁵⁰. A lo que podríamos agregar; mediante el fin de la naturaleza humana, que opera siempre como principio último en su orden (temporal o supratemporal), y mediante la tradición, expresada en las costumbres e instituciones constitutivas de la sociedad.

3.4.- Corolarios

De este apretado resumen, pueden extraerse los siguientes corolarios acerca de la soberanía:

1º) La soberanía -entendida como *suprema potestas in suo ordine*- deriva de la *autárkeia*, como de su principio.

2º) La soberanía es una superioridad relativa de una *potestas regendi*. Relativa al fin de la *pólis* y al fin último del hombre; relativa a otras potestades; y a la comunidad, causa material *ex qua*; comunidad que, en cuanto es libre, es a su vez causa eficiente mediante la concordia (*homónoia*) constitutiva, expresada en la costumbre y la tradición.

3º) La soberanía es una superioridad intrínsecamente limitada por su propio modo concreto de orden al fin.

⁴⁸ Cfr. id., I-II, q.97, a. 3, resp.

⁴⁹ Cfr. *Ep. a los romanos*, 13,1.

⁵⁰ Cfr., v.gr., D. DE SOTO, *De iustitia et iure*, L.IV, q.IV, a.1 (pág. 302 de la edición del IEP de Madrid).

III.- LAS FUENTES DEL DERECHO

1.- Introducción

He aludido ya a la certera crítica dialéctica que UGO PAGALLO ha hecho de lo que los juristas suelen entender por *fuentes del Derecho*. Desde una consideración histórica, ha puesto de manifiesto los difusos límites conceptuales de la metáfora hidráulica y casi mítica, que está en los orígenes de esta categoría técnico-jurídica y en el uso que de ella ha hecho el positivismo⁵¹. No resulta necesario aquí, por lo tanto, repetir o ahondar lo que ya está bien dicho.

Tampoco he de detenerme en el examen y la crítica detallada de las distinciones usuales entre *fuentes materiales* y *fuentes formales*, o entre *fuentes de producción* y *fuentes de conocimiento*, por las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque dichas categorías y distinciones presuponen una insuficiente o inadecuada conceptualización del Derecho, reducido, por lo general, a la ley -o a la norma- entendido como *Derecho objetivo*, y al poder, facultad o libertad jurídicos -denominados como *derecho subjetivo*-. Pongamos un caso teórico, que puede servir como un breve ejercicio dialéctico. En la literatura jurídica manualesca -y aún en muchos grandes tratados- los juristas suelen afirmar, en cumplido acatamiento a lo que rezan los códigos post-napoleónicos, que la ley es una fuente del Derecho; o, incluso, que es la principal, a la que se reducen todas las demás. Ahora bien, si se dice también que el Derecho es la ley, hay que entender que la ley es la fuente de la ley, o que el Derecho es la fuente del Derecho; y esto, pese a que parece absurdo (porque implica pensar que es posible que algo sea fuente de sí mismo), es el ideal científico que está en la base de la teoría *pura* kelseniana. Este absurdo no desaparece si se pretende aclarar que se trata de una *fente formal*. En efecto, nada se gana con la afirmación de que la ley es fuente formal de sí misma; ni siquiera si llegara a entenderse -con notoria infidelidad a la genealogía kantiana de la palabra “formal”- que este término tiene el sentido de “esencial” o “constitutivo”, pues entonces resultaría que la ley es un constitutivo esencial de sí misma. Sólo podría sostenerse, con visos de razonabilidad o coherencia, que la ley es fuente del Derecho, si ambos términos no se identifican, es decir, si significan cosas o aspectos realmente distintos. Por ejemplo, podría afirmarse que la ley es un constitutivo esencial o formal del Derecho si el Derecho fuera otra cosa o algo más que la ley. Como se ve, la discusión se traslada a los conceptos de ley, norma y Derecho. Se podría decir: el Derecho, propiamente, no es la ley, sino norma; y ésta no es lo mismo que la ley; la segunda, sería así fuente de la norma y, quizás, continente de ésta. Pero, en tal caso, ¿qué sería la ley, y qué la norma? ¿la ley sería, acaso, un mandato emanado de la voluntad del soberano, tal como la entiende HOBBS? ¿y la norma sería un enunciado -sólo un enunciado- que la expresa? ¿habría que admitir, entonces, que el Derecho es sólo un enunciado? Pero si todo esto fuera así, el Derecho no estaría dotado de obligatoriedad y coactividad, como entiende el común de los positivistas, porque estos atributos parecen ser propios de la ley-mandato (siempre dentro de la óptica, intrínsecamente aporética, del positivismo). La discusión podría continuarse al infinito, mientras no se despejen las ambigüedades semánticas y

⁵¹ Cfr. *Alle fonti del diritto – Mito, Scienza, Filosofia*, Torino, Giappichelli, 2002.

conceptuales que he intentado poner de manifiesto. Pero al menos creo que la aporía irresoluble del normativismo positivista ha sido señalada con alguna claridad.

b) En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, este concepto de *fuentes del Derecho* debería dar cuenta de una división esencial del Derecho; me refiero a la división en partes potenciales -de origen aristotélico- entre aquello que es justo (o Derecho) por naturaleza, y aquello que lo es por determinación humana⁵², y que la tradición jurídica romana ha volcado en el binomio *Derecho natural* y *Derecho positivo*. División, ésta, de la que no resultan dos “derechos”, según parece haber sido el malentendimiento racionalista, sino dos aspectos constitutivos y desiguales del Derecho, y que, funcionalmente, pueden entenderse respectivamente como el fundamento intrínseco y último de validez del Derecho (Derecho natural) y el fundamento inmediato de su vigencia y determinación de aquél (Derecho positivo). Así, por ejemplo, puede y debe decirse que, al menos en cierto sentido, es decir, desde el punto de vista de la justicia, en cuanto es forma inmanente de lo jurídico, el Derecho natural es fuente inmanente del Derecho positivo, y que *éste* deriva de aquél según los tres modos clásicos: por deducción, por determinación y por vía de sanción⁵³.

c) En definitiva, las llamadas *fuentes del Derecho* deben ser tematizadas en función de las dos propiedades principales de los fenómenos jurídicos: su validez y su vigencia⁵⁴, pero con la advertencia de que en cada uno de estos dos ámbitos de referencia, la palabra *fuerza* puede tener un significado distinto.

2.- ¿Qué son las fuentes del Derecho?

La palabra *fuerza*, usada traslaticia o metafóricamente, significa *origen*, *principio* (aquello de lo cual algo procede) y, por consiguiente, *causa*. Ahora bien, dado que *Derecho* se dice de varias cosas esencialmente distintas (objeto terminativo de la conducta justa, norma jurídica o regla de dicho objeto terminativo y poder jurídico de reclamar tal objeto), el término *fuerza*, su concepto y la misma cosa significada, deben ser entendidos analógicamente. De modo que, así como los distintos conceptos de Derecho tienen un núcleo formal común, que especifica como *jurídicos* a conductas, normas y poderes, y que se reduce a una medida estricta y objetiva de igualdad entre títulos, o entre prestaciones, poderes y títulos, proporcionalmente habrá una noción análoga común de *fuentes del Derecho*. Y, aunque éstas no puedan identificarse, sin más, con las causas del Derecho, ellas operan en el ámbito de dichas causas; hablando más específicamente, operan en el orden de la causa formal y de la causa eficiente.

Entiendo, pues, por *fuentes del Derecho* aquellas cosas o hechos de los que proceden, o que constituyen, los principios de determinación del núcleo objetivo de éste, es decir, del objeto terminativo de la conducta jurídica, de la norma y del poder jurídico (o derecho subjetivo). Y dado que la *determinación* de algo complejo no es otra cosa que su *concreción*, son principios, origen o causas que operan en la línea de la concreción del Derecho. A su vez, la determinación o concreción del Derecho se identifica con su *positivización*. De ahí que también cabe decir, con absoluta precisión,

⁵² Cfr. *Ética Nicomaquea*, L. V, cap. 7.

⁵³ Con relación a la ley, cfr. S. TOMÁS DE AQUINO, *Suma teol.*, I-II, q.95, a.2.

⁵⁴ Cfr. mi trabajo “*Esperienza giuridica e validità del diritto*”, en el libro de autores varios *Diritto, diritto naturale, ordinamento giuridico*, Padova, CEDAM, 2002, a cura de D. CASTELLANO (págs. 19-43).

que dichas fuentes lo son de la positivización del Derecho o, para decirlo más sencillamente, son los principios, origen y causas del Derecho positivo.

Y como el Derecho, hemos dicho, tiene dos propiedades principales, las fuentes del Derecho son principios de concreción de la validez (en el orden de la causa formal) y de la vigencia (en el orden de la causa eficiente) del Derecho positivo. La falta de advertencia o consideración de esta distinción entre fuentes de validez y fuentes de vigencia, por ejemplo, condujo a un planteo confuso del problema del origen del poder o de la autoridad política (*potestas*) -y aún del Estado- en algunos pensadores modernos y contemporáneos. Pues una cosa es el origen de la potestad estatal en el orden de la legitimidad o justificación (causa formal) y otro en el orden de la existencia o vigencia social efectiva (causa eficiente)⁵⁵.

3.- Fuentes de validez

De lo que se lleva dicho, parece claro que el Derecho natural -entendido aristotélicamente como aquello que es justo por determinación natural- es fuente de validez del Derecho positivo. Pero esto implica a su vez, que hay cosas que son fuentes del mismo Derecho natural: la naturaleza humana, la naturaleza de las demás cosas y, entre éstas, la naturaleza de una institución. Por ejemplo, y siguiendo el pensamiento del filósofo, de la misma naturaleza de los contratos de intercambio o sinalagmáticos deriva que sea justo una cierta equivalencia o proporción recíproca entre lo que se da y lo que se recibe -*do ut des*- y, al mismo tiempo, que deba estarse a la voluntad contractual de las partes -*pacta sunt servanda*-; ambas cosas a la vez; lo cual, sin dudas, puede exigir en ciertas circunstancias un esfuerzo dialéctico para compatibilizarlas. Es evidente que de la regla transparente que formulara PLATÓN: *debe obrarse de acuerdo con la naturaleza (katá phýsin) y de acuerdo con la razón (katá lógon)*⁵⁶, hasta el principio de reciprocidad en los cambios y la injusticia de la usura en una situación contractual bilateral y sinalagmática, hay una distancia considerable que debe recorrer la razón dialéctica, esforzándose en encontrar el *bien común a y de las partes*, según lúcida expresión de F. GENTILE. Y así como ARISTÓTELES hablaba, al final de *Los segundos analíticos*, de la patencia del universal en el particular, como término de la abstracción e inducción, de un modo semejante, en cada caso, y con la mediación del Derecho positivo, incluida, claro está, la ley, debe el intérprete, el juez, o la propia prudencia de los particulares que se confieren recíprocamente el Derecho, descubrir la patencia de lo justo en cada situación jurídica.

Pero no sólo el Derecho natural es fuente de validez. También lo es el propio Derecho positivo, en tanto una ley es fuente de validez de una sentencia, un contrato de su ejecución, la constitución de la ley, etc.

Y hay, claro está, una validez intrínseca o de contenido, que encuentra su fuente remota en el fin común del Derecho, y una validez de origen, que opera como medida extrínseca de la validez de un poder, una norma o una institución jurídico-positiva. A esta idea responde la doctrina de la tradición jurídica española, que, respecto de la

⁵⁵ Sobre este problema, he hecho algunas referencias en mi trabajo *La concordia política en cuanto causa eficiente del Estado*.

⁵⁶ Cfr. Pueden rastrearse las aplicaciones que hace PLATÓN de estas dos expresiones en: E. Des PLACES S.J., *Lexique de Platon*, Paris, Belles Lettres, 1970.

legitimidad de los títulos de la autoridad suprema, distinguía entre *legitimidad de ejercicio* y *legitimidad de origen*⁵⁷.

4.- Fuentes de vigencia

Las fuentes de vigencia son aquellos hechos originantes del Derecho positivo y que operan como determinaciones histórico-sociales de su vigencia. Podemos clasificarlas, de acuerdo con la tradición jurídica:

- a) La costumbre.
- b) Las determinaciones hechas por la autoridad: leyes, decretos y sentencias.
- c) La razón práctica y la voluntad de las partes formalizadas en un contrato.
- d) Un hecho revolucionario.

En la raíz de todas estas fuentes está lo que ARISTÓTELES llamaba *homónoia*, y que ha sido traducida como *concordia política*, que es la convergencia objetiva de la voluntad natural de los hombres en torno de aquellos intereses que resultan inmediatamente necesarios para la vida⁵⁸.

IV.- CONCLUSIONES

De esta reseña del pensamiento clásico, que, como toda tradición propiamente dicha, constituye una fuente de experiencia –y que es ella misma experiencia social– cabe extraer algunas conclusiones que pueden contribuir a iluminar el problema propuesto al pensamiento jurídico y político de nuestros días:

1º) No es la soberanía *-suprema potestas in suo ordine-*, sino la *autárkeia*, o perfección, en sentido aristotélico, la nota formal que permite definir al Estado, *pólis* o comunidad política, y ello, en función del fin propio de ésta, es decir, el bien común temporal (felicidad objetiva, perfección de la vida social). En otras palabras, la *pólis* es autárquica porque lo es su fin.

2º) El bien común temporal no agota la entelequia o perfección humana. Por esa razón, la *autárkeia* o perfección política no es ni un concepto ni una cosa absolutos, sino relativa a la *autárkeia* o perfección del hombre en cuanto ser espiritual o persona, que tiene sólo en Dios su fin objetivo absoluto.

⁵⁷ Decía el 23 de abril de 1894 JUAN VÁZQUEZ DE MELLA: “...la legitimidad estriba en dos cosas que yo llamo legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio, que en el fondo es aquello que SANTO TOMÁS DE AQUINO apellidaba legitimidad de *adquisición* y legitimidad de *administración*. Si el poder se adquiere conforme al derecho escrito o consuetudinario establecido, habrá legitimidad de *origen*; pero no habrá legitimidad de *ejercicio*, si el poder no se conforma con el derecho natural, el divino positivo y las leyes y tradiciones fundamentales del pueblo que rija” (*Regionalismo y monarquía*, Madrid, RIALP, 1957, pág. 382). Se trata de una doctrina tradicional de todo el pensamiento de la Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes. A modo de ejemplo, adviértase la claridad de este texto de DOMINGO DE SOTO: “De dos maneras puede uno ser tirano, o en la manera de llegar al poder, o en el desempeño del mismo, aunque lo haya adquirido justamente” (*De iustitia et iure*, L.V, q. I, a.3).

⁵⁸ Cfr. mis dos obras citadas: *La concordia política*, y *La concordia política en cuanto causa eficiente del Estado*.

3º) No existe *-de iure-* ninguna comunidad autárquica o perfecta absoluta; ni es posible *-de iure-* identificar pueblo y nación (causa material), régimen político (causa formal intrínseca) y Estado o *pólis*. En efecto, al no ser la comunidad política una sustancia *-es decir, un individuo absoluto-*, sino sólo una unidad accidental y práctica de orden, la forma (el régimen) nunca puede ser adecuada a la materia (el pueblo o comunidad de comunidades), ni nunca puede ónticamente saturarlo.

4º) Del carácter relativo de la *autárkeia* o perfección política se sigue la necesaria posibilidad de que existan múltiples comunidades autárquicas o perfectas, temporal y espacialmente coexistentes.

5º) Por lo tanto, la soberanía *-en cuanto es *suprema potestas in suo ordine*, y una propiedad derivada de la *autárkeia*-* no puede ser nunca absoluta, ni única, ni completamente centralizada. Por el contrario, la pluralidad de órdenes jurisdiccionales y de competencias es una exigencia necesaria de la complejidad de la vida social. Aquí cabe tener presente el principio de subsidiariedad, de vieja prosapia aristotélica, reexpresado felizmente por el Magisterio de la Iglesia.

6º) Se sigue de todo lo anterior, la necesaria pluralidad de fuentes del Derecho, entendidas como modos de positivización y de vigencia del *ius*.

7º) La tradición, expresada no sólo en las costumbres y en las instituciones constitutivas de la comunidad, sino también en la sabiduría clásica *-fundacional de todo el Occidente-* y en los principios y brocárdicos que los formulan, y como elemento integrante de la concordia fundacional de la *pólis*, es un marco concreto de la *autárkeia* política y de la *suprema potestas in suo ordine* que se deriva de ella. Marco que no puede ser ignorado en ningún texto constitucional⁵⁹.

8º) Por último, se advierte la necesidad de reconocer que, más allá de las fuentes de algún modo intrínsecas al Derecho mismo, e incluso, más allá de la razón humana y de la naturaleza del hombre y de las cosas, hay una fuente trascendente, universal y absoluta, que es Dios mismo, categorizado en esta función de fuente absoluta como *ley eterna* por la antigua tradición greco-romana-cristiana. Dios, y su ley eterna es, en efecto, “fuente de toda razón y justicia”⁶⁰, es decir, fuente de toda validez jurídica, y principio de legitimidad y límite de toda *autárkeia* y *potestas* políticas. Él es además, en definitiva, el principio eficiente y final del Derecho y del Estado.

⁵⁹ V.gr., la invocación, en el Preámbulo de la Constitución Argentina, de los “pactos preexistentes”, es sólo un reconocimiento parcial *-necesario, pero insuficiente-* de la tradición política argentina.

⁶⁰ Ésta es la expresión que usa el citado Preámbulo.