

ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SUBSIDIARIEDAD¹.

Rodolfo C. Barra.

I.- Ordenamiento jurídico, subsidiariedad y bien común

El *ordenamiento jurídico*, como se deriva del pensamiento de Santi Romano, es el cuerpo político o comunidad organizada políticamente y considerada desde la perspectiva de su dimensión jurídica: *ubi societas ibi ius*, “donde hay sociedad hay derecho”. Como tal, el ordenamiento jurídico, o simplemente “ordenamiento, resulta de un *entramado de relaciones jurídicas subsidiarias*².

Señalemos también que, desde esta perspectiva, el denominado *ordenamiento normativo* (conjunto de normas de creación estatal, esto es *heterónomas* con respecto a la relación jurídica, o normas “generales”, y de normas de creación *autónoma* por las partes en la relación jurídica, o normas “particulares”) es parte del ordenamiento jurídico, es decir, las normas son un elemento esencial del ordenamiento (pero no todo él) o comunidad organizada política y jurídicamente.

Es conveniente advertir también que la comunidad organizada, u “ordenamiento jurídico mayor o general”, es el continente de una *pluralidad* de “ordenamientos jurídicos menores o partes”, todos ellos vinculados por la gran regla de la subsidiariedad expresada por Pío XI en la encíclica *Quadragesimo anno*, Ns. 79 y 80: no deben las organizaciones mayores (ordenamientos o no) hacer aquello que las organizaciones menores pueden y deben hacer (*subsidiariedad negativa*); y su inversa, las organizaciones mayores deben hacer lo que las menores no pueden ni deben hacer (*subsidiariedad positiva*).

Corresponde aquí aclarar que todo ordenamiento jurídico supone la previa (en un sentido lógico, no necesariamente temporal) una *organización*. Una organización debe ser considerada

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

² Sobre el ordenamiento jurídico, ver Barra, Rodolfo C., “Derecho Administrativo-Acto administrativo y reglamentos”, T. I., RAP-Astrea, Buenos Aires, 2018, Cap. I. Sobre la comunidad organizada, Barra, Rodolfo C, en la publicación conjunta en ocasión del 70 aniversario de la Constitución Nacional de 1949, “Costituzione della Nazione Argentina”, Ediar, Buenos Aires, 2019, pag. 135.

ordenamiento jurídico cuando tiene una estructura jurídica propia -sustancialmente, de propia creación- y su propio centro de poder. No podemos considerar a la organización como ordenamiento jurídico en el caso contrario, sin que ello incida sobre la importancia de la organización dentro del mismo ordenamiento (comunidad organizada).

Así, por ejemplo, una sociedad anónima es un ordenamiento jurídico (“menor” o “parte”) ya que posee una estructura jurídica propia, parcialmente de propia creación, aunque incida por un muy numeroso conjunto de normas heterónomas imperativas, y posee su propio centro de poder y de resolución primaria de conflictos y de control (directorio, asamblea societaria, sindicatura); lo mismo podríamos decir de un sindicato obrero o empresarial o de un partido político, etc. Desde esta perspectiva no sería ordenamiento jurídico la familia, aunque ésta, al menos en su configuración natural, es sin duda el núcleo esencial del ordenamiento, y así esencialmente más importante que la sociedad anónima, el sindicato o el partido, en incluso más que el ordenamiento mismo: el ordenamiento es para el bien del individuo, pero este no puede ser considerado fuera de la familia. Volviendo al tema, la familia, en nuestros tiempos, no posee una estructura jurídica de propia creación (aunque resulte del consentimiento e intercambio amoroso entre padre y madre) y tampoco de un centro de poder, sin perjuicio de la autoridad de los padres guiada más por el ajuste amoroso que el de la estricta justicia. También puede señalarse que al ordenamiento jurídico “menor” o “parte” le corresponde la atribución de personalidad jurídica y así normalmente la posee, lo que no es así en el caso de la familia. De todas maneras, la familia debe tener dentro del ordenamiento jurídico general, un trato privilegiado, especialmente en materia de seguridad social, habitación y, más especialmente todavía, educación de los hijos menores.

La subsidiariedad es una de las manifestaciones del Bien Común (BC). Este, por definición, es subsidiario, ya que siendo el bien del todo es para las partes, puesto que *el todo resulta de las partes y es para las partes*, a la vez que *no hay partes sin un todo*. El Papa Juan XXIII enseñaba en el N° 19 de la Encíclica *Mater et Magistra*, que el BC es el conjunto de condiciones que permiten, y también facilitan y ayudan, a cada individuo a lograr su propio bien. Es una “ayuda”, que es el término que significa la expresión latina “*subsidium*”.

En sentido estricto el BC 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 subsidiariedad y su correlativo, el principio de proporcionalidad, es de obligado respeto en garantía de la existencia de una “sociedad libre”, en tanto delimita las competencias entre el Estado y la sociedad, o entre los que podemos denominar el “sector público” y el “sector privado” del ordenamiento. También delimita a los ordenamientos parte de naturaleza política dentro de un mismo ordenamiento jurídico general; así, por ejemplo, se encuentra formulado para regir las relaciones y competencias internas en el art.5 ap.3 del Tratado de la Unión Europea, o bien, en los ordenamientos federales, como los Estados Unidos y la

Argentina, delimita la competencia entre el Gobierno federal y los estados (EUA) o los gobiernos de provincia (RA).

El individuo (considerado desde su realidad familiar, como hemos ya mencionado), 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 BC? No lo hace, al menos de manera consciente. Analicemos su comportamiento jurídico.

II.- El individuo y el Bien Común. La alegoría del balde

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” o norma privada (no tiene como objeto conducir al BC, 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.

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 BC, forman parte del BC. Por eso estas relaciones jurídicas sufren dos incidencias jurídicas que imponen el predominio del BC, que las orientan necesariamente al BC.

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 Sto. 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 BC y cuyo objeto es, precisamente la preservación del BC. 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 BC.

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 BC.

Esta difusión tiene **dos momentos**, *el automático*, que, estrictamente no es subsidiario ya que, como acabamos de ver, es el efecto propio del ordenamiento, y *el requerido* (por ejemplo, el juez aplica la ley en aquello no previsto por el acuerdo; la parte solicita la protección judicial frente al incumplimiento).

La “incidencia por difusión”, en su modalidad “requerida”, es subsidiaria, dispositiva. 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 este último, especialmente en los casos de la regulación y de la policía. Estas normas son imperativas, esto es, de aplicación obligatoria para las partes de una relación. Pero no por ello dejan de ser fundamentalmente subsidiarias (al menos en su origen) en cuanto esta intervención pública en los comportamientos privados en general y en las relaciones jurídicas privadas en especial, es excepcional, de interpretación restrictiva, sólo 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 logra.

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. Esto nos conduce a ensayar –para estar a tono con la teoría del “derrame”- la que podemos denominar la “alegoría del balde”. Digamos que la comunidad se divide en dos sectores, una minoría poderosa, que por su posición actúa como dueña del balde, y el resto. Todos, en sus distintos roles colaboran en la generación de la riqueza, que es el líquido que se vierte dentro del balde. La comunidad (los dueños del balde, por un lado, y los que esperan el derrame, en distintas proporciones de aporte según las circunstancias) vierte el líquido (la riqueza que todos los sujetos, cualquiera sea su situación económica, producen) en el balde y, cuando éste se llena, si continúa el vertido, el líquido comenzará a derramar. Si el balde no aumentase en su capacidad, o lo hiciese en una proporción mucho menor que la cantidad de vertido, la situación se presentaría como una perfecta y equilibrada ecuación: los poderosos tienen mayor capacidad de producir líquido (riqueza) el que vierten en el balde para el propio goce y para la producción de más líquido; los menos poderosos reciben una parte importante de ese líquido que *se derrama* por la parte superior del balde. Señalemos que el derrame no es un regalo, ya que el líquido es producido por todos, aunque el mecanismo del balde y el derrame se encuentra exigido por el método de producción de riqueza adoptado, el que, supongamos, es de gran eficiencia y eficacia. Con el tiempo (no mucho tiempo) muchos de los que reciben el derrame, pasarán a tener su parte de líquido directamente dentro del balde, mientras se irán incorporando otros fuera del balde, pero siempre satisfechos, en un proceso sin fin. Si bien el balde debe experimentar un crecimiento armónico con la cantidad de líquido en él vertido, todo lo cual representa el aumento de la riqueza social, el problema surge cuando, a propósito o por un funcionamiento descuidado del sistema, el balde tiende a crecer desmedidamente en capacidad por lo que el derrame será menor, o de menor crecimiento que el aumento del volumen del líquido contenido en aquél recipiente. La relación entre el balde, el vertido y el derrame 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 (principalmente, los ricos, los que más pueden verter en el balde) beneficia espontáneamente al BC, y al bien de cada una de las partes, como lo sostenía Adam Smith, siendo esta una manera adecuada de devolución de la plusvalía que hubiese podido, eventualmente, ser detraída del líquido de los que realizan un trabajo dependiente. 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 hipótesis, 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 de algo a bastante mejor, pero siempre muy mal) ya que aun cuando el balde tenga un crecimiento exponencial, mucho más cuantitativo y cualitativo que el líquido vertido, siempre habrá algo o mucho más líquido derramado. La incidencia de la justicia general, legal o del bien común sobre los procesos económicos y las relaciones jurídicas que estos engendran, es la que hace posible aquella ecuación armónica entre riqueza, balde y derrame (la primera hipótesis), armonía que podríamos identificar como una forma sublimizada de la justicia como virtud: la justicia social. El Papa Francisco hizo una crítica severa de la “teoría del derrame”, en el N° 54 de la Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*: “En este contexto (el de la que Francisco

denomina “economía de la exclusión”, N° 53 del documento) algunos todavía defienden las teorías del “derrame”, que suponen que todo crecimiento económico, favorecido por la libertad de mercado, logra provocar por sí mismo mayor equidad e inclusión social en el mundo. Esta opinión, que jamás ha sido confirmada por los hechos, expresa una confianza burda e ingenua en la bondad de quienes detentan el poder económico y en los mecanismos sacralizados del sistema económico imperante. Mientras tanto, los excluidos siguen esperando...”. Sobre los peligros de la absolutización del “mercado”, es conveniente también recordar lo enseñado por Juan Pablo II en el Capítulo IV de la Encíclica *Centesimus annus*.

Todas aquellas relaciones económicas de producción y distribución de los bienes –derramen o no riqueza- son también, claro está, relaciones jurídicas que se desarrollan primordialmente en el sector privado del ordenamiento, sin perjuicio de que las normas que provienen de la autoridad máxima del ordenamiento (el Estado), las normas heterónomas con respecto a la relación jurídica, tanto las imperativas como las dispositivas, son originadas en el sector público del ordenamiento. Cabe preguntarnos, entonces: ¿Cómo distinguimos, dentro del ordenamiento jurídico mayor, al sector público del sector privado?

III. Sobre el deslinde de ámbitos: entre lo público y lo privado

Para responder a la pregunta anterior, debemos comenzar advertir que el deslinde 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 (para que se produzca un “derrame” socialmente justo) 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 BC importa distribuirlo, adjudicarlo a las partes (en última instancia a los individuos y sus familias) 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, considerando a los tres clásicos elementos de la relación de justicia (lo debido como objeto, el otro como término, la igualdad como medida)- el *bien* que se adjudica (lo debido) es la parte del BC que a cada sujeto privado le corresponde como carga o beneficio; el *sujeto deudor* de esa “porción” del BC es necesariamente, un sujeto público (para gestionar y distribuir el BC –para derramar la riqueza social- precisa de poder, de prerrogativas, lo que explica la denominada “exorbitancia” del derecho público) mientras que el

sujeto acreedor (el otro como término) es el sujeto parte (particular, privado) en la comunidad; por último, 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, como vimos, por el *principio de subsidiariedad*, la que es política-social-jurídica-económica. Es la *línea de la libertad*, de la distinción 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, que es la justicia social, 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 II Guerra Mundial. Y el italiano responde: totalitario es aquél régimen donde todo lo que no está prohibido es obligatorio.

También podríamos preguntarnos acerca de lo que distingue a un estado liberal (extremo), para respondernos: es aquél donde todo está permitido, para quienes tengan poder para permitirselo,

aunque se beban todo el líquido vertido en el balde; es el estado del relativismo “cambalechero”, donde, en la poesía filosófica de Discepolo (Discepolin) “todo es igual, nada es mejor”.

Es obvio que en ninguna de las dos hipótesis no hay deslinde, no 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 función 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 (art. 14 y 19 *in fine*, de la Constitución Nacional). De todos estos bienes el Estado debe “proveer lo conducente”, promoviendo y protegiendo, y cuando ello no alcanza, realizando, como resulta del art. 75.18 de la Constitución, donde se encuentra consagrada nuestra regla de la subsidiariedad.

IV. La pluralidad de ordenamientos y la subsidiariedad

Como ya lo he señalado al inicio, dentro de un mismo ordenamiento jurídico existen agrupaciones de individuos (“personas humanas”, conforme con la denominación de nuestro actual Código Civil) o 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 como ya vimos, 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 ordenamiento mayor, que es continente de una pluralidad de ordenamientos (este es el gran aporte democrático del pensamiento de Santi Romano) es, como figura típica *actual*, el Estado Nacional. Claro que *sólo 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, como 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*.

El cit. 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 aquella norma con nuestro art. 121 CN, concebido por nuestros constituyentes hace casi 170 años atrás, en una sabia construcción del *federalismo subsidiario*.

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”.

Por su parte, en 1994, los constituyentes concibieron, con visión de futuro, un “integracionismo” subsidiario: “Corresponde al Congreso....Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales....” (art. 75, inc. 24).

El inc. 2 del art 75 CN, 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 haciendo aplicación de la justicia distributiva entre sujetos públicos).

Volviendo al TUE, el inc. 3 del art. 5 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. 3 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. 4). 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 cit. inc. 3.

Como vimos, estos principios han sido de inspiración para el constituyente de 1994 y así deberían también serlo en nuestro sistema regional (OEA), aunque todavía dista mucho de conformar un sistema de integración del tipo Unión Europea, como tampoco lo es, en sentido estricto, el hoy debilitado 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 que se produzcan su territorio. Por otro, el deber y 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 internacional.

Para finalizar me permito reiterar, con intención de remarcarlo, 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 la relación al caso puede ser la así *suficiente* garantía de neutralidad.

