

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MÁS ALLÁ DE LA GEOMETRÍA LEGAL

POR

CONSUELO MARTÍNEZ-SICLUNA

Acercarse al pensamiento de Francesco Gentile es acercarse a uno de los autores fundamentales del momento actual. Para enmarcar la figura de Gentile hay que contemplar primeramente el pensamiento italiano contemporáneo, donde se encuentran muchas de las claves de la recuperación de una tradición jurídica clásica que algunos ya creían ver agostada y, por ende, enterrada. Sin embargo, no sólo goza de buena salud, sino que los efectos de esta nueva manera de exponer y manifestar una "filosofía de esencias" ha supuesto de hecho la revitalización de la misma Filosofía jurídica que, en caso contrario, se ve abocada a lo que muchos hacen con cierto desparpajo, la explicación de materias, cuestiones y argumentos, que tienen su razón de ser en otras disciplinas jurídicas, pero que insertadas en nuestro campo desvirtúan el sentido, universal y esencial, de una manera de hacer Derecho que es propia y característica de la Filosofía. Haciendo, pues, referencia, a ese pensamiento italiano, más allá de Bobbio —parece que único autor conocido en España, más bien divulgado, ésta es la realidad de nuestra cultura: la divulgación—, nos encontramos con una abundancia de temas y una riqueza intelectual que es difícil encontrar por estos lares. Lógicamente no voy a centrarme en destacar la imposible comparación entre el que siembra y recoge y el que se dedica a meditar sobre la inutilidad de hacerlo, pero lo cierto es que la Italia contemporánea ofrece para aquél que busca algún referente un abanico de pensadores, filósofos y juristas verdaderamente notable. Y entre ellos, Padua y lo que ella

representa, inseparable de la vida y de la obra de Gentile. La obra de Gentile se enmarca en una tradición de maestros, en una viva tradición universitaria, ajena a la burocracia funcional en que hoy parecen haberse convertido las Universidades, ya lo advertía con ironía Michel Villey, y que no puede entenderse si desconocemos lo que fue Padua como cuna del saber en el repuntar de nuestra civilización europea. Ciertamente que cuando ya Europa ha renunciado a todo cuanto configuró su entraña, hablar de civilización europea puede parecer cuando menos extraño y peligroso.

Probablemente Padua explica mejor a Gentile que cualquier conjunto de palabras: el ingenio y la profundidad a la hora de analizar los temas se entienden mejor en el contexto de una Universidad que hunde sus raíces en las ansias de conocer: las Universidades medievales tienen ese sabor de preguntas y respuestas que continúan con un debate abierto, milenario, sobre el hombre, que no podemos encontrar entre las paredes de las Universidades modernas. Pareciera que Padua ha transmitido las claves para comprender el por qué de las preguntas que Gentile ha planteado, casi como un reto, en su obra.

El pensamiento de Francesco Gentile constituye un todo orgánico, un sistema, donde la agudeza y la claridad son piezas fundamentales. Algunos no esconden detrás del lenguaje más que banalidad y fatuidad. No es el caso de nuestro autor: la profundidad con la que se analizan los temas va pareja a la agilidad, a la rapidez intelectual, pero también a una forma de ser y de estar en la que se reconoce un maestro y una escuela.

El pensamiento del maestro padovano debe enmarcarse en la respuesta a una pregunta que a mí, al cabo de los años, me sigue pareciendo vital: *Quid Ius?*, ¿qué es el Derecho, qué se revela como la esencia del Derecho? Y esta pregunta —que Kant pretendía desterrar de las Facultades de Derecho, y lo que es peor de la mente del jurista, transformándolas en lo que desdichadamente se han transformado, al decir de Michel Villey, en unas meras Facultades del procedimiento—, se encuentra presente en la obra de Gentile.

La esencia del Derecho frente a la “geometría legal”, o lo que es igual la realidad del Derecho frente al ordenamiento virtual, en

la acertada expresión utilizada por Gentile para referirse a las construcciones positivistas, en un arco que va desde Kelsen a Bobbio: el problema del Derecho convertido en el problema del ordenamiento (1). La cuestión no resulta precisamente baladí, dado que el reduccionismo normativista ha conducido a una serie de simplificaciones, de manera que del Derecho hemos pasado a la ley, y de ésta a un mecanismo procedimental que sólo se explica utilizando la expresión "ordenamiento".

A la hora de analizar qué es el ordenamiento, Gentile subraya la necesidad de interpretarlo desde una medida común: el ordenamiento no es una mera suma de normas, un simple agregado normativo, hay que contemplarlo haciendo "referencia al proceso de su organización en una unidad ordenada" (2). De esta manera, el ordenamiento designa algo más que un conjunto normativo, la idea de un todo ordenado, justamente un sistema de normas. Ahora bien, llegados a esta cuestión Gentile nos conduce al verdadero problema del ordenamiento, el problema de determinar esa cualidad de poner orden en el conjunto de normas y lo destaca en los siguientes términos: "El criterio del ordenamiento, o sea, la idea de orden, ¿resulta intrínseco a la producción de normas jurídicas y, por lo tanto, a la posición de cada una de ellas, o es más bien externo al proceso de normación, de manera que resulta necesario pensar en un proceso ulterior respecto al de producción de normas, consistente en poner orden entre normas ya puestas, y por lo mismo sólo posible sobre la base de un criterio ulterior totalmente diferente al que ha presidido la producción de las mismas?" (3).

Se trata, por lo tanto, de determinar si la idea de orden es anterior al proceso de producción normativa o si, por el contrario, esa idea de orden es posterior a tal proceso y en consecuencia resulta ser un factor externo al mismo. De esta manera, en el segundo caso la aparente "pureza", esto es, racionalidad, construcción científica del sistema no queda precisamente a salvo. Pero en

(1) FRANCESCO GENTILE, *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 9.

(2) FRANCESCO GENTILE, *ibid.*, pág. 11.

(3) FRANCESCO GENTILE, *ibid.*, pág. 14.

el primero de los supuestos, el carácter intrínseco, dentro de la producción normativa, de la idea de orden, conlleva también otra serie de cuestiones, entre otras la de demostrar precisamente que en el mismo procedimiento de configuración del ordenamiento se encuentra ya un orden presente. Y esto es justamente lo que nos conduce a la virtualidad del sistema así configurado. Gentile es quizá dentro del amplio espectro de autores que se han ocupado del problema del ordenamiento, el único que ha hecho mella en el problema fundamental por el que atraviesa la construcción geométrica del ordenamiento jurídico.

La crítica de Gentile al "geómetra legal" llamado Kelsen se basa precisamente en la forma de articular de dónde procede la organización sobre la cual se asienta el procedimiento normativo. Si el criterio de organización del ordenamiento jurídico, lo que nos habla de la idea de orden que permite hablar de conjunto o sistema para referirse a la producción normativa, es en realidad la *Grundnorm*, resulta que ésta no es una norma, sino "un presupuesto formulado por el operador jurídico" (4). Es decir, el criterio último sobre el que descansa la normatividad es un criterio ajeno a la misma idea de normatividad sustentada por la "geometría legal". Es una norma presupuesta: "Constituye el *a priori* de la geometría legal, cuyo objetivo es exactamente el de representar, como si estuvieran organizadas en un sistema ordenado, sobre la base de una convención y, por lo tanto, convencionalmente, las *Soll-normen* establecidas por el soberano sin límites ni condiciones, tanto menos de orden o de sistematicidad" (5).

De pronto, en esa idea de pura normatividad que algunos creen encontrar en el sistema kelseniano, se introducen todo un abanico de elementos sin los cuales la idea de ordenamiento no se sostiene pero que al tiempo vienen a destruir tanto la misma idea de normatividad como la propia cientificidad, racionalidad, del ordenamiento. La *Grundnorm* viene a ser un presupuesto convencional, cuyo fin es el de considerar que las normas forman parte de un sistema ordenado, de manera que más que normas estamos

(4) FRANCESCO GENTILE, *ibid.*, pág. 16.

(5) FRANCESCO GENTILE, *ibid.*, págs. 16-17.

ante representaciones convencionales de las normas, emanadas a su vez de ese presupuesto convencional antes aludido. Y éste es el sistema esgrimido por tantos para justificar la validez incondicionada del Derecho Positivo y negar a su vez la validez del Derecho Natural. La crítica del maestro padovano al concepto de ordenamiento jurídico manejado por el positivismo jurídico hace mella precisamente en la artificialidad de este concepto: se trata de una construcción meramente artificial y abstracta. Lógicamente, admitir la virtualidad del ordenamiento jurídico concebido al modo de la "geometría legal" conlleva el desmontar el artificio en el que se mueve buena parte de la doctrina contemporánea y supone invalidar las explicaciones vacías, abstractas y gélidas que inundan nuestras Facultades de Derecho. Definitivamente hay que salir de la jaula kantiana.

El problema de la virtualidad del ordenamiento jurídico geoméricamente concebido no es un problema menor, si se pasa de concebir el propio ordenamiento más allá de un instrumento utilizado por el poder, en una herramienta precisa para asegurar el marco de las relaciones sociales. Es decir, si el ordenamiento jurídico cumple una determinada función por la cual se asegura, como destaca Gentile, la subordinación de los súbditos al poder del soberano, esta función ha de entenderse en esos mismos términos, como medio a través del cual se produce la ejecución de los mandatos del soberano; en el sentido bodiniano de la expresión. La virtualidad ciertamente no atempera las consecuencias, pero resulta por lo menos congruente con lo que se trata de lograr, la absoluta subordinación: da igual que se recurra a un artificio para conseguir semejante resultado. Y es adecuado además desde el punto de vista del esquema conceptual positivista, donde no hay nada más clarificador que la identificación kelseniana entre Derecho y Estado.

Ahora bien, si de lo que se trata es de deducir además la idea de que este sistema presuntamente ordenado de normas, fundado en una presunción como es la *Grundnorm*, constituye una "modalidad de comunicación social", un orden justo entre quienes forman parte de la comunidad política, parece entonces que ya no hay escapatoria posible: lo que era virtual adquiere la categoría de

una maquinaria arrolladora. Las consecuencias de una representación convencional de normas deducidas, a su vez, de una norma presuntamente establecida, conllevan finalmente la idea de que nos hallamos ante una convivencia ordenada en el marco de ese sistema geoméricamente creado: no habrá otra forma de entender el conjunto de relaciones sociales si no es través del ordenamiento así concebido. Lógicamente no se puede sostener, subraya Gentile, "que el orden justo entre los que componen la comunidad política se pueda perseguir exclusivamente sin error alguno sólo mediante el ejercicio del poder por parte del más fuerte" (6). La Górgona del poder que en el Kelsen de los años 20 del siglo pasado se manifiesta con toda claridad y credibilidad, pero que al tiempo, como destaca nuestro autor, demuestra de forma inconsciente e involuntariamente la admisión del Derecho Natural (7).

La paradoja consistente en deducir normas justas sobre las que fundar la comunidad política en un sistema aparentemente ajeno, a todo cuanto pudiera intervenir en la pureza del procedimiento configurador de la normatividad, es una muestra más de la frialdad de dicho sistema: los ejemplos utilizados, el movimiento de las piezas en el tablero de ajedrez como haría Alf Ross para caracterizar la conducta de los hombres que se corresponden a las normas jurídicas, sirven para subrayar la importancia con la que los individuos son analizados desde el punto de vista de la geometría legal: meras marionetas frente al mecanismo del poder. Ahora bien, si la geometría legal tenía desde el principio de su análisis un carácter puramente operativo, ese carácter operativo se pierde con estas similitudes que descubren el esquema conceptual sin apoyo en la realidad y que hacen del ordenamiento un sistema virtual, así "sería del todo ilusorio y hasta llevaría a la quiebra, también desde el punto de vista puramente operativo, en la óptica de puro dominio, de la geometría legal, imaginarse que los seres humanos se mueven como simples peones, es decir, sobre la base de una intervención establecida por una voluntad que les resulta extraña

(6) FRANCESCO GENTILE, *ibid.*, pág. 21.

(7) FRANCESCO GENTILE, "Per trovare una nuova via al diritto naturale", en *Diritto, diritto naturale, ordinamento giuridico*, AA.VV., introduzione e cura di Danilo Castellano, CEDAM, Padova, 2000, pág. 175.

y superpuesta, y no, como resulta de la experiencia —única realidad al alcance del hombre—, sobre la base de una decisión interna y autónoma, que hay que tener en consideración una vez que se admita, aunque no se acepte y comparta, la perspectiva de reducir la convivencia humana a un simple juego del poder” (8).

No sólo se pierde la operatividad del sistema que, recordemos, estaba concebido geoméricamente, sino que además dicho sistema pretende finalmente la instauración de una voluntad extraña a la realidad humana, que reduce a los individuos a ser meros instrumentos al servicio del poder. La pureza del sistema confluye paradójicamente en una “impureza”: la aparición del poder, del Estado. El Estado utilizará al ordenamiento jurídico tanto como éste necesitará de aquél. Destaca el maestro padovano como el Estado deberá entenderse como un sistema que asegura, mediante el ordenamiento jurídico, las relaciones sociales. Este será el argumento justificativo que permite la injerencia del Estado en todos los aspectos de la vida del individuo, pero que al tiempo conlleva el cambio de la concepción tanto del propio ordenamiento jurídico como de la ley: el ordenamiento jurídico pierde la “pureza” que era requisito necesario en la geometría legal y se transforma en una ordenación de la convivencia social fundada, eso sí, en presupuestos virtuales; la ley, a su vez, pierde su función directiva y pasa a conquistar el carácter de una norma técnica, dentro de la organización de las relaciones sociales, donde necesariamente tiene que moverse (9).

Son muchas las cuestiones que surgen de esta crítica incisiva que Gentile ha subrayado en muchas de sus obras: para empezar que la propia construcción geométrica nos conduce de la mano, a través del ordenamiento jurídico, al problema del poder y de la configuración del Derecho como un mero instrumento de control social. De esta manera quienes quieren forjar una pretendida neutralidad del ordenamiento jurídico no consiguen enfocar claramente el objetivo que el mismo Kelsen veía claro desde el princi-

(8) FRANCESCO GENTILE, *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*, págs. 22-23.

(9) FRANCESCO GENTILE, *Politica austera statistica*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, pág. 122.

pio: la idea de fuerza que necesariamente aparece y que desarrolla dos funciones. La fuerza, el poder del más fuerte, convierte la normatividad en el marco donde se entienden comprendidas las relaciones sociales, de forma que no cabe un conjunto de relaciones sociales distintas de aquello que la normatividad ha delimitado. Por otro lado, la fuerza es en última instancia lo que garantiza la aplicación de la normatividad. La neutralidad e indiferencia del ordenamiento jurídico es, en realidad, la transformación del Derecho en un vehículo que sirve para determinar las conductas sociales que deben ser admitidas, en un instrumento que termina con la conflictividad social, y también en el resultado de la voluntad del más fuerte. La "asepsia" del sistema jurídico frente al carácter "ideológico" —desconociendo por lo demás que el término de "ideología" resulta claramente incongruente para designarlo— del Derecho Natural, que suele ser el esquema mental imperante en los conspicuos cultivadores del positivismo jurídico, constituye una farsa que desmienten tanto la misma geometría legal como las reiteradas afirmaciones del Kelsen más revelador, que por una parte tiene que reconocer la necesidad de todo hombre, no sólo del jurista, de buscar el fundamento del Derecho, y por otra parte, subrayar que la respuesta a esta pregunta —nuevamente *Quid Ius?*— nos conduce al poder. Dirá Gentile, a este respecto que "per non essere costretti a ridurre il diritto a maschera della volontà del più forte, per non dover considerare il giurista come mero enzima del potere dominante, è necessario riconoscere «dietro», nel senso di «oltre», il diritto imposto dal potere dello stato, «la giustizia di un diritto naturale». Che poi questa sia «assoluta», como afferma il «geometra del diritto», è tutto da vedersi" (10).

Y Gentile es, sobre todo, un jurista que no se ha conformado con ser una mera tuerca en el engranaje del poder: quien asume como certeras e inevitables las consecuencias a que conlleva el positivismo jurídico, esto es, la geometría legal tiene que conformarse con que su actividad contribuya a entender el Derecho como expresión de la voluntad del más fuerte y por lo tanto a la

(10) FRANCESCO GENTILE, *Per trovare una nuova via al diritto naturale*, op. cit., pág. 175.

subordinación, cuando no al servilismo frente a la Górgona del poder. La toma de posición del maestro de Padua nos conduce justamente al fundamento del Derecho, al cual el jurista no puede renunciar si no es perdiendo lógicamente su condición, la de interrogarse y cuestionarse acerca del ser del Derecho. Claro es que, como ya hemos señalado con anterioridad, esta toma de posición parece ya imposible en nuestras Facultades de Derecho no sólo porque Kant escinde y separa de la actividad jurídica cuanto era esencial para el desarrollo y la formación de los juristas —supuesto el caso de que las mentes preclaras que gobiernan el entramado académico se hayan puesto alguna vez a pensar en lo que es consustancial al jurista y en la formación precisa para serlo— sino también porque la comodidad instalada en las sedicentes Facultades del procedimiento huyen como de la peste de cuanto pueda suponer el vicio de pensar. Por eso, precisamente, dado el carácter poco habitual e incómodo de semejante toma de posición, hacen de Gentile un modelo de originalidad, siendo representante, paradójicamente, de una tradición filosófico-jurídica. Y he comprobado justamente que cuando el alumno, que no está todavía mediatizado por las componendas académicas, abre los ojos al Derecho y a su formación, lo que quiere es preguntarse por el fundamento del Derecho, más allá del poder del Estado y de la geometría legal vacía que pretende construir el Derecho artificialmente, pero lo que es peor pretende diseñar al hombre según su propio esquema conceptual.

Hay que tener claro que algunos de los ataques que el positivismo jurídico, Kelsen y Bobbio a la cabeza, ha lanzado contra el Derecho Natural se pueden volver en su contra: si tenemos en cuenta que una de las críticas consiste es tratar de determinar cómo es la naturaleza humana, convendremos en destacar que el mismo positivismo incide en este planteamiento, que ciertamente no es nuevo y hunde sus raíces en un pensamiento que va desde la filosofía griega al propio Kelsen: la naturaleza de la que parte el positivismo y de ahí la necesidad de hacer del Derecho un instrumento de control social (11), es una naturaleza enfrentada, el con-

(11) Dirá Gentile que "es indiscutiblemente verdadero que con la acepción de ordenamiento como sistema ordenado de normas, elaborado en la perspectiva geomé-

flicto bélico hobbesiano siempre constante. Ahora bien, si, como subraya Gentile, el postulado de la geometría legal es que el estado de las relaciones interindividuales es el de la naturaleza concebida al modo de Hobbes, el salto cualitativo resulta todavía más espectacular que el operado entre el ordenamiento y la *Grundnorm*, puesto que de la carencia de orden, del caos, resulta la existencia de un nuevo orden configurador del control social (12). Ahora bien, entre todas las opciones posibles, la idea del conflicto interindividual situado en el transfondo del ordenamiento normativo, es una prueba más de la pervivencia de una perspectiva que encuentra en Hobbes su principal valedor.

Que Hobbes es el inspirador de esta forma de interpretar el ordenamiento jurídico, resulta claro para Gentile que en numerosas ocasiones sitúa a Hobbes como maestro de la geometría legal y como auténtico artífice de la relación entre poder y ley que Kelsen establecerá: en el fondo del pensamiento kelseniano se esconde la vieja afirmación hobbesiana: *Auctoritas non veritas facit legem*. Gentile pone de relieve, en este punto, los problemas que entraña la elección entre verdad y autoridad, o si se quiere, entre poder efectivo y saber, que en Kelsen alcanzarán su plena culminación (13). Entre poder efectivo y saber, Hobbes opta por el poder efectivo, de manera que la eficacia operativa de una ley impuesta por el Estado no puede medirse más que con el poder efectivo de la misma y no en los términos del saber, del saber pronunciado, por ejemplo, por un juez. Podría decirse, con Gentile,

trica, *more geométrico constructo*, el derecho, ordenamiento virtual de *Soll-sätze*, no es otra cosa que el «ropaje» de la fuerza que ha salido vencedora del conflicto social, con lo que viene a ser «convalidado» el resultado de este mismo conflicto y ocultada la fractura subyacente e ineliminable. Instrumento principal del control social”.

FRANCESCO GENTILE, *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*, op. cit., pág. 23.

(12) “Pero también es indiscutiblemente verdadero que la pretensión sostenida por la geometría legal, de instituir un orden, aunque solo virtual, a partir de un no-orden objetivo, resulta contradictoria desde su raíz, a menos que se atribuya el hombre el poder crear *ex nihilo*, el poder extraer el ser del no-ser. A causa de una subterránea, aunque, a fin de cuentas, ni siquiera tan subterránea, pretensión de secularizar lo divino”. FRANCESCO GENTILE, *ibid.*, págs. 24-25.

(13) FRANCESCO GENTILE, *Política antes estatística*, págs. 123 y sigs.

que Hobbes pone en confrontación la experiencia de las múltiples y contradictorias razones de los individuos, de forma que no es posible establecer objetivamente un fundamento de la obligatoriedad de las leyes basándose en el saber, en el juicio de verdad de cada sujeto. Ante la dificultad que entraña la subjetividad, Hobbes opta por la objetividad del poder efectivo, como lo hará el mismo Kelsen más adelante. Por ello es fácil comprender que el saber quedará anclado en el estado de naturaleza y que, en última instancia, el poder del Estado, el poder efectivo de la ley anulará y reducirá los saberes individuales, con lo que se disuelve uno de los extremos de la dicotomía.

Gentile señala que "nella prospettiva statistica, dunque, la legge è espressione del potere, più esattamente è la modalità del potere estrinsecantesi sotto la «forma Stato», ed è considerata la sola garanzia per i guasti derivanti dal giudizio o sapere o ragione individuale" (14). La ley, por lo tanto, como la expresión del poder, lo cual nos conduce a la cuestión que estaba en el fondo de la disyuntiva entre poder efectivo y saber: del no-orden situado como fundamento del orden establecido por Kelsen, o si se quiere, incluso, naturaleza y Derecho, como dos mundos separados y excluyentes. La ley encuentra su garantía en el poder del Estado, en el poder efectivo, más que en el saber, construcción adecuada en pura geometría legal, de donde se deduce una seguridad que solo puede nacer con el Estado y que acota en el marco de éste las relaciones interindividuales en un sentido estricto, puesto que antes del Estado las relaciones se producen tan sólo en el sentido de la conflictividad. Con este cuadro creado por Hobbes y en el que gravita necesariamente la perspectiva kelseniana, las consecuencias han de desembocar en la invasión, en aras de la seguridad, por parte de la ley de todos los aspectos de la vida del individuo: como genialmente ha destacado el maestro padovano, nada es seguro en las relaciones interindividuales fuera del esquema establecido por la ley (15). De ahí la necesidad de la intervención

(14) FRANCESCO GENTILE, *ibid.*, pág. 124.

(15) Así dice que "non potendosi dare nulla di sicuro nelle relazioni interindividuali fuori dagli schemi definiti dalle legge, che può quindi essere predicata di onnipotenza non tanto perché assicuri davvero tutto, anche se formalmente tutto può essere

estatal, que es también necesaria injerencia. Ahora bien, Gentile lleva a cabo una matización que salva de la quema a la geometría legal: la ley es una modalidad del poder o, lo que es igual, el poder es *conditio sine qua non* de lo jurídico, aunque no coincida con la misma juridicidad. El poder se define por el hecho mismo de la finalidad de asegurar todo aquello que fuera de él no es posible asegurar, pero es justamente esta finalidad la que determina la intervención de la ley en todos los ámbitos, y aunque si bien deban distinguirse ley y poder como consecuencia frente a causa, lo cierto es que esta manera de caracterizar el poder, en cuanto que no depende más que de sí mismo, determina que la ley derivada no tenga más justificación que la de ser efecto del poder. Siendo distintos y debiendo diferenciarse poder y Derecho, lo relevante en la configuración de la ley es el carácter formal, opuesto a contenido y lo que determina la "formalización" y los límites en los que ésta se plantea son los propios límites creados por el poder. No hay modo de salir del círculo vicioso, primeramente establecido por Hobbes y continuado después por la geometría legal de Kelsen. No siendo, pues, lo mismo la concepción de la geometría legal no puede conformarse con la distinción entre poder y Derecho, sino que exige que el poder se transforme en Derecho. Como acertadamente ha destacado Gentile este es el papel que cumple la *Grundnorm* kelseniana, servir para estabilizar esa relación entre poder y Derecho, de donde se produzca la garantía de cada poder efectivo y sólo de aquél (16).

Una vez entendido que la garantía de la ley reside en el poder, la cuestión que aparece claramente es la despersonalización. Frente a la verdad, al saber subjetivo, nace la objetivación del Derecho, resultado tan solo de haber optado por el poder efectivo en la dicotomía antes examinada. Ahora bien, esta "despersonalización"; esta "objetivación" resulta ser en palabras de Gentile "la unificación virtual de los comportamientos individuales

previsto per legge, ma perché si postula che nulla vi sia di sicuro nelle relazioni fra individui al di fuori degli schemi da essa definiti".

FRANCESCO GENTILE, *ibidem*.

(16) FRANCESCO GENTILE, *ibid.*, pág. 127.

mediante la representación normativa de los mismos" (17). Hagamos hincapié, como lo hace Gentile en la adjetivación, no estamos más que ante una mera hipótesis, porque no deja de ser "virtual" la pretensión de unificar todos los comportamientos en lo que no puede ser más que la simple representación de los mismos. Siendo "virtual" la configuración del ordenamiento jurídico diseñada por la geometría legal, no lo es menos la unificación que como bálsamo termina con los problemas derivados de la subjetivación e impone orden donde todo antes era desorden y caos. Se ha dado además un salto cualitativo que va del no-orden al orden, que es también la finalidad del poder efectivo, ofrecer seguridad para todo aquello que debe ser asegurado. Así que no solo el poder se transforma en Derecho, también el no-orden en orden, la subjetividad en objetivación y despersonalización y, en última instancia, todas las conductas sociales confluyen en la representación que de ellas hace el ordenamiento jurídico. Como hipótesis..., subraya Gentile. Y ciertamente lo malo no es formular esta hipótesis, elaborada a su vez sobre la otra hipótesis del estado de naturaleza que establece Hobbes. Lo malo es pensar que la virtualidad del ordenamiento jurídico de la geometría legal es una realidad empírica y verificable. Otra cosa es el problema que la admisión de dicho carácter virtual pudiera representar para el propio Kelsen, que habiendo elegido en la disyuntiva kantiana por el *Quid iuris?*, esto es por la solución que procede aplicar en Derecho, por la operatividad, se encuentra finalmente con que dicha presunción puramente operativa termina encerrándose en el ámbito de las hipótesis. Para quien ha descartado una "filosofía de esencias" al estilo de la filosofía griega, para quien ha dejado de preguntarse en torno al Derecho, para limitarse a aplicarlo, no deja de ser ciertamente rocambolesco concluir en una construcción virtual del ordenamiento jurídico. Una vez llegados a este punto, la cuestión que surge a continuación es la de cómo salir de este esquema virtual y convencional de la geometría legal y caminar a una solución real porque se inserta en el marco de las rela-

(17) FRANCESCO GENTILE, *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*, pág. 40.

ciones entre individuos, viendo estos no como piezas de un tablero sino personas: la solución reside en un retorno por el que caminamos siguiendo a Gentile. Estamos obligados "a admitir la presencia de lo ético, es decir de la disposición hacia el bien, en cada uno de sus miembros en cuanto individuos. Así que, aun cuando la eticidad se realiza en la comunidad, no tiene otra fuente de donde llegar y otro manantial de donde alimentarse, sino en esa vena, aunque escasa y pobre, que está en cada uno de los hombres" (18).

Volver, pues, a la realidad de la persona, a entender al hombre como hombre y a proclamar la personalización de éste ante la despersonalización propuesta por los antecedentes inmediatos del sistema de la geometría legal y que será justamente una de sus bases. Tensión hacia el bien, realización de la eticidad dentro de la comunidad, como la natural aptitud del hombre para discernir el bien del mal, para perseguir el bien y evitar el mal, lo cual conduce al auténtico ordenamiento jurídico, a un ordenamiento que da sentido a las relaciones personales, porque las libera respecto al condicionamiento inmediato del apetito y del instinto. Esta es la visión final a la que nos encamina Gentile, una visión que enlaza con una tradición más viva, más real, que el pesimismo antropológico hobbesiano, que la geometría legal unificadora de comportamientos sociales, tan sólo porque es capaz de crear una ficción de hombre sometido a las reglas del juego y abandonado a la idea de un orden jurídico salvífico. Frente a ello, la persona, "el mar abierto de la experiencia", "la disposición originaria y no convencional al orden", siguiendo el hilo conductor de Gentile. No hay que tener miedo de la libertad del hombre, no hay que tener miedo de una experiencia social que demuestra las diferencias que pueden darse entre los hombres, porque por encima de esas diferencias se produce el encuentro con el género al que todos los individuos pertenecen. Lo fácil es descansar en el poder que anula las diferencias y que de hecho, dando un salto virtual, determina, por imposición, una unidad de actuación que suprime también la libertad del individuo y no le cree capaz de establecer por sí mismo, por su natural inclinación, la simple distinción entre el

(18) FRANCESCO GENTILE, *ibid.*, pág. 43.

bien que debe hacerse y el mal que debe evitarse. Pero ello es negar la libertad y la razón del hombre, amén de rechazar la posibilidad de que éste pueda constituir una sociedad si no es como fruto del control social determinado una vez más por el poder.

Pero hay más, Gentile descubre una de las principales aporías de la argumentación kelseniana, al señalar cómo el autor de la *Teoría pura*, "afirma también, o mejor aún, kantianamente, postula la existencia de una *conditio per quam* del ordenamiento, lo que significa, si las palabras tienen algún sentido, una condición de su fundamento, individuándola en un «deber categórico», y no hipotético, que opera en lo profundo del alma de cada uno de los sujetos al control del mismo ordenamiento. Transformando de esta manera el «sentido del deber» de cada súbdito individual, en la condición formal de la validez de las normas puestas por el soberano y, al mismo tiempo, en el soporte moral de la obediencia de cada uno de ellos. Una aporía, debida a las premisas individualistas de la geometría legal" (19). Del más absoluto individualismo nace la geometría legal, como ese intento de reconducir las conductas sociales, controladas gracias a la transformación, por vía de la norma fundamental, del poder en Derecho. Pero, con ello, no se resuelve el problema de la necesidad de establecer la obediencia al Derecho. No basta con el establecimiento del poder efectivo de la ley para asegurar la obligación de cada uno de los individuos, para asegurar el control. Es necesario recurrir al deber categórico de cada sujeto: de hecho, el sentido del deber profundamente escondido en el interior de cada hombre y que se convierte así en un fundamento moral pese al propio Kelsen. Gentile pone el dedo en la llaga de la escisión kantiana de que vive la geometría legal, escisión entre Derecho y Moral, entre naturaleza y Derecho, y rechazo de la esencia natural del hombre (20). Al final, el deber de someterse al control social tiene que descansar en el sentido del deber, o lo que es igual, necesidad de reconocer el papel de la eticidad dentro de la comunidad, la propensión natu-

(19) FRANCESCO GENTILE, *ibid.*, pág. 46.

(20) FRANCESCO GENTILE, *Per trovare una nuova via al diritto naturale*, págs. 180 y sigs.

ral del hombre al bien y el reconocimiento implícito, pese a todo, de una esencia natural del hombre que no puede ser ya el estado de naturaleza propuesto en la vía de Hobbes. Para salvar al ordenamiento jurídico de la virtualidad total en la que necesariamente cae y resolver el principal de sus problemas, el de la obediencia jurídica, hay que terminar recurriendo a una esencia natural que nunca podría ser el fundamento kelseniano por las dicotomías ya operadas por Kant y que siguen ilustrando, deformando, buena parte del pensamiento jurídicamente correcto, del que afortunadamente se salva el maestro padovano.

Si el sistema jurídico de la geometría legal se opone a la conflictividad del estado de naturaleza y de hecho la suprime, la contradicción interna se plantea por la necesidad de tener que recurrir, sin embargo, a cuanto ha sido negado previamente, la esencia de la naturaleza del hombre: la eficacia operativa de la ley se hace depender de la naturaleza del hombre mismo, lo cual no constituye tan sólo una aporía, sino que además sirve para desmontar finalmente el esquema conceptual diseñado por los inspiradores y seguidores de la geometría legal. Esta necesidad de llegar hasta la esencia natural del hombre, que Gentile pone de relieve, es un descubrimiento, pero al tiempo, algo totalmente inadecuado si se afronta desde la geometría legal que parte de su negación y de la construcción de una idea de naturaleza característica del estado de naturaleza conflictivo y bélico. ¿Cómo se puede llegar a la esencia natural del hombre partiendo de un método hipotético-deductivo? Esta es la cuestión final que desde la geometría legal no encuentra solución. Sí la encuentra si se acude, con Gentile, a la vía del reconocimiento dialéctico de la naturaleza del hombre, con todo cuanto le es propio, empezando con la disposición a poner orden en la su propia vida y en las relaciones con los otros (21).

El salto constante de la geometría legal, desde el no-orden al orden, desde el estado de naturaleza al poder, desde el subjetivismo confrontado al objetivismo despersonalizado, desde el poder a la eficacia operativa de la ley, no se conforma con lo anteriormen-

(21) FRANCESCO GENTILE, *ibid.*, pág. 182.

te expuesto, necesita además convertir al autómeta, que es el sustento "humano" de este esquema hipotético-deductivo, en un hombre de verdad, con un actitud, al decir de forma clarividente de Gentile, mística o metafísica. Así, "en el ordenamiento jurídico, en resumidas cuentas, el autómeta funcionaría a condición de tener un corazón humano, un ánimo capaz de imperativos categóricos, ja condición de ser un sujeto hecho a imagen de Dios! Una paradoja" (22). Al final hay que recurrir a la autonomía personal que se trataba de evitar con la seguridad del poder, con la idea de una intervención en todos los aspectos de la vida del individuo, que no podía ser abandonado a su propia subjetividad. La contradicción a la que hemos llegado es esta búsqueda del hombre al estilo de Diógenes, sólo que iluminados por la tenue luz de la geometría legal no resulta posible encontrarlo. Y si no se encuentra al hombre, al que necesariamente hay que volver la mirada, tampoco se descubre la verdadera vocación del jurista. Y aquí es donde Gentile nos acerca al papel que la geometría legal niega al jurista, un papel que el propio maestro padovano ha asumido a lo largo de su vida académica: el jurista no puede contentarse con un ordenamiento virtual, elevado sobre la conflictividad interindividual, canonizando, sacralizando —en un mundo secularizado— dicha conflictividad y negando así la autonomía de la persona y el mismo reconocimiento de ésta. No se conforma Francesco Gentile, jurista, con una misión de "controlador" de los que necesitan ser controlados socialmente, pero tampoco se conforma, en tanto que hombre, a ser reducido a la categoría de ese ser que ha sido despojado de su naturaleza y del aliento que Dios ha vertido en su criatura para representar tan sólo un cuerpo material, un cuerpo mortal. Digamos con Cicerón, que aflora de continuo en las páginas del maestro de Padua, gracias por enseñar más que los caminos de los leguleyos, los caminos de la Justicia.

(22) FRANCESCO GENTILE, *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*, pág. 48.