

TEORÍA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

LOS BIENES COMUNES EN LA CONSTITUCIÓN

La parte de unión estructural de la comunidad

Guillermo Marcelo Ruiz

Santa Fe - 2024

Índice

Introducción.....	1
--------------------------	----------

PRIMERA PARTE

I. Los dilemas y conflictos estructurales de las visiones del constitucionalismo liberal y social.....	14
1. Los dos grandes términos del problema argentino: la Nación y las Provincias, por Juan Bautista Alberdi.....	16
2. La gran dicotomía: público/privado, por Norberto Bobbio.....	18
3. La disonancia democrática y el quiebre interno de la Constitución: constituciones con “dos almas”, por Roberto Gargarella.....	20
4. La desigualdad estructural, por Roberto Saba.....	23
II. Aproximaciones al carácter estructural de los bienes comunes.....	28
1. El bien público como un elemento constitutivo del Estado, por Jean Dabin.....	28
2. La economía del bien común, por Jean Tirole.....	31
3. La persona y el bien común, por Jaques Maritain.....	34
4. El artículo 14 bis de la Constitución: la participación en las ganancias de las empresas.....	36
5. La Declaración Universal de Derechos Humanos: el sentido de fraternidad y el derecho a la propiedad individual y colectivamente.....	39
6. El ambiente, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	40

III.-La lógica de la participación.....	44
1. La lógica de la participación y los bienes comunes.....	44
2. Dos lógicas que no conocen el término medio de los bienes comunes.....	46
3. Más allá de los límites estructurales del constitucionalismo liberal y social.....	49

SEGUNDA PARTE

IV. Los bienes comunes como parte de unión estructural de la comunidad.....	51
1. Los bienes comunes políticos.....	55
a)-Las normas constitucionales.....	55
b)-La comunidad política.....	62
2. Los bienes comunes económicos.....	63
a)-Las normas constitucionales.....	64
b)-La comunidad económica.....	72
3. Los bienes comunes sociales.....	87
a)-Las normas constitucionales.....	87
b)-La comunicad social.....	89
4. Los bienes comunes culturales.....	91
a)-Las normas constitucionales.....	91
b)-La comunidad cultural.....	92
5. Los bienes comunes ambientales.....	95
a)-Las normas constitucionales.....	95
b)-La comunidad ambiental.....	99

V. Una visión integral de la Constitución.....	106
1. Una imagen completa de la comunidad y de su organización política.....	106
2. La integración de las visiones del constitucionalismo liberal y social en una visión de constitucionalismo participativo.....	107
Conclusión.....	111

Introducción

Este trabajo tiene por objeto el estudio de los bienes comunes en la Constitución Argentina, y se plantea la siguiente pregunta: *Si los bienes comunes constituyen la parte de unión estructural de la comunidad.*

Esta *cuestión no planteada* por el constitucionalismo liberal y social, porque supera los límites estructurales de ambos, se propone aquí con la intención de mostrar y explicar el carácter estructural de los bienes comunes, en su doble aspecto: como *unión* de la participación recíproca de los ciudadanos (relación de participación común entre sujetos que trascienden sus límites individuales); y como *producto* visible y prueba de la participación ciudadana (objeto determinado).

Todos los frutos de la participación interpersonal son bienes comunes de diversas clases (políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales) y con distintas formas concretas (escuelas, hospitales, calles, plazas, caminos, puentes, paisajes naturales, etc.), o sea, los puntos de encuentro de la comunidad, los lugares donde se concretan los objetivos constitucionales de la unión nacional y el bienestar general, los espacios donde se cumple el sentido de fraternidad de los derechos humanos.

Y si los *bienes comunes* son los centros de *unión* de *unos* y *otros* ciudadanos, entonces, por esta condición específica de ser el vínculo bilateral y el resultado visible de la participación ciudadana, conforman *la parte de unión estructural de la comunidad*, el término medio entre los diferentes individuos que está más allá de ellos, el lugar de confluencia que concluye el proceso total de la integración comunitaria, pues de los ciudadanos procede la participación mutua, y de esta actividad proviene la unión de los ciudadanos en los bienes comunes.

Ver o no ver la parte de unión estructural de los bienes comunes, es decisivo para ver o no ver la comunidad completa. Porque los bienes comunes son los objetos visibles de la unión de los sujetos, y como lugares de participación constituyen *la tercera parte de unión estructural*

de la comunidad, o sea, la parte comunitaria propiamente dicha (del latín *communitas*: cualidad de común) que, precisamente por su carácter propio de nexo común entre unos y otros individuos (primera y segunda parte estructural), se puede distinguir, pero no separar de toda la comunidad: *vemos la comunidad si vemos la confluencia de los ciudadanos en los bienes comunes*.

A partir de la visión y comprensión de los bienes comunes como la parte central de unión intersubjetiva de toda la estructura comunitaria (el conjunto de unos y otros ciudadanos, y su unión en los bienes comunes), se pretende mostrar una visión integral de la Constitución, con la imagen completa de la comunidad (lo primario) y de su organización política (lo secundario), en la primera y segunda parte de la Constitución, respectivamente, cuyas estructuras participativas son análogas.

Una visión de *constitucionalismo participativo* muestra en la *primera parte* de la Constitución la *forma de participación de la comunidad* (el modelo estructural), que contiene no sólo los derechos individuales sino también los derechos de incidencia colectiva o de participación intersubjetiva cuyo objeto son los distintos tipos de bienes comunes políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales; y también muestra en la *segunda parte* de la Constitución la *forma de participación del gobierno democrático* (la copia estructural), que incluye no sólo la división de los poderes institucionales sino también el objeto compartido de los bienes comunes como un tercero integrador.

Además, una visión más amplia de *constitucionalismo participativo* integra dentro de sí a las visiones menos amplias del *constitucionalismo liberal y social*, las cuales tienen una mirada inconclusa de la construcción comunitaria, porque no conocen que los bienes comunes son la unión y el producto visible provenientes de la participación de los ciudadanos, y que por esta peculiaridad constituyen la parte de unión estructural de un grupo y de toda la comunidad.

Esas dos visiones del constitucionalismo liberal y social no ven la comunidad completa, porque les falta ver la unión de los ciudadanos en los bienes comunes, concretos y siempre presentes, y por esta deficiencia ven a los individuos separados o el conflicto de las desigualdades sociales, respectivamente.

No comprenden que los bienes comunes son los bienes compartidos por los individuos, los espacios de participación interpersonal. Consideran que el “bien común” o el “bienestar general” es el bien de todos y cada uno de los individuos, pero no los bienes de la *unión* por participación *entre* unos y otros individuos, o sea, las formas objetivas de la actividad intersubjetiva que configuran la tercera parte de unión estructural de la comunidad.

Entonces, ver la *tercera parte de unión estructural de los bienes comunes* es determinante para poder ver la comunidad completa, y ver la comunidad completa es determinante para poder ver el gobierno completo, como lo hace una visión integral de *constitucionalismo participativo* que por eso puede integrar en sí misma a las visiones parciales del constitucionalismo liberal y social.

El constitucionalismo participativo integra a la visión del *constitucionalismo liberal*, ya que incluye los derechos y los bienes individuales, pero los completa con los derechos de incidencia colectiva que tienen como objeto los bienes comunes; superando así el aislamiento y la desvinculación fundamental de los individuos.

Y también integra a la visión del *constitucionalismo social*, ya que incluye los derechos del trabajo, pero cambia las relaciones de oposición estructural entre los empresarios autónomos y los trabajadores dependientes, por las relaciones de colaboración en la dirección y de participación bilateral en las ganancias de las empresas que, como bienes compartidos de los grupos empresariales (micros, pequeños, medianos o grandes), constituyen la tercera parte de unión estructural de la comunidad económica.

Estos son los *dos aportes* que se ofrecen en este trabajo a la teoría constitucional y los derechos humanos: *mostrar los bienes comunes como la parte de unión estructural* (básica o fundamental) que completa la estructura participativa de la comunidad: el conjunto tripartito de *unos y otros* ciudadanos y la *unión de ambos en los bienes comunes*; y en base a esto, *mostrar una visión integral de la Constitución Argentina, con la imagen completa de la comunidad* (lo principal) *y de su organización política* (lo accesorio), en la primera y segunda parte de la Constitución, respectivamente, y la integración de las visiones del constitucionalismo liberal y social que abarcan menos en una visión de *constitucionalismo participativo* que abarca más, porque supera los límites estructurales del individualismo liberal y de la contradicción de las desigualdades sociales, con la confluencia de los derechos de los ciudadanos y los poderes de los gobernantes en los bienes comunes.

En síntesis, ver la *parte* de unión estructural de los bienes comunes permite ver la comunidad completa, ver el *todo* de la comunidad permite ver la Constitución completa, y ver el *todo* de la Constitución permite la *integración* de las visiones parciales del constitucionalismo liberal y social en una visión completa de constitucionalismo participativo, porque sólo desde una visión completa de la comunidad se puede mostrar lo que les falta ver a las concepciones incompletas.

Finalmente, se destaca la necesidad de un *cambio de conocimiento* en la teoría constitucional, con la visión y comprensión de los bienes comunes en la Constitución como la parte de unión estructural que permite ver una imagen completa de la comunidad y de su gobierno, para hacer posible un *cambio de sentido de la actividad* política, económica, social cultural y ambiental de los ciudadanos y los gobernantes, dejando los caminos del individualismo liberal y de la oposición de las desigualdades sociales, y siguiendo los caminos de la participación e integración ciudadana que tienen lugar en los bienes comunes.

El *método* para resolver esta cuestión consiste en la observación documental y la identificación de las normas de la Constitución de la Nación Argentina relativas a los bienes comunes, junto con la observación empírica y el análisis de los bienes compartidos en la construcción permanente de la comunidad, para descubrir los espacios de participación ciudadana y de gestión gubernamental que conforman esos bienes y, así, alcanzar una visión completa de la estructura de la comunidad que incluye, como tercera parte estructural, a la confluencia de los ciudadanos en los bienes comunes.

Se trata de reconocer las normas constitucionales que representan *los bienes comunes políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales*, siguiendo el desarrollo de la historia constitucional argentina desde 1853 hasta la actualidad, para poder percibir las formas concretas y comprender los contenidos participativos de esos bienes en el proceso de integración de los distintos grupos sociales y de toda la sociedad y, de esta forma, tener una mirada integral de la comunidad con la presencia de la tercera y última parte estructural de los bienes comunes, como los lugares de cooperación de los ciudadanos y de servicio de los gobernantes.

Esta investigación sobre los espacios de integración de los bienes comunes en la estructura de la comunidad, es relevante porque intenta llenar los lugares dejados vacíos por las visiones del *constitucionalismo liberal* (derechos individuales o de primera generación) y del *constitucionalismo social* (derechos sociales o de segunda generación), las cuales desconocen el aspecto de parte estructural de los bienes comunes y así pierden de vista el medio de unión de los ciudadanos, cuyos resultados tangibles son las divisiones liberales y los conflictos de las desigualdades sociales.

En cambio, el reconocimiento de los espacios de integración de los bienes comunes en la estructura de la comunidad, hace posible superar las divisiones individualistas y resolver los conflictos de las desigualdades sociales mediante la participación de los ciudadanos en la generación, en la conservación y en los beneficios de las distintas clases de bienes comunes,

concretos y siempre presentes, los que también constituyen el objeto de la gestión del gobierno democrático.

Una visión integral de la estructura participativa de la comunidad con la inclusión de los bienes comunes, permite comprender que el objetivo constitucional de “*la unión nacional*” se realiza y manifiesta continuamente en esos bienes como el *resultado* de la participación de los ciudadanos y la gestión de los gobernantes. y que a ellos se refiere también el Preámbulo de la Constitución cuando enuncia el “*objeto*” de “*promover el bienestar general*”.

Al mismo tiempo, permite dar una respuesta a “*la cuestión central*” o “*el dilema central*” que desde la Revolución Francesa ha agitado a las sociedades contemporáneas, según el historiador François Furet¹, quien plantea el problema del siguiente modo: “¿*Qué es la comunidad si nosotros somos individuos autónomos? ¿Qué une, que puede unir a la sociedad, si ella misma comienza por definirse a partir de lo que pertenece a cada individuo?*”, y agrega que la Revolución Rusa de 1917 creyó resolver este dilema, pero fracasó y el problema aún permanece intacto.

También la historiadora Lynn Hunt² señala que en el siglo XVIII quienes abogaban por el aumento de la autodeterminación debían hacer frente a un dilema: “¿*de dónde saldría el sentido de comunidad en este nuevo orden que incidía en los derechos del individuo?*”, y el historiador Elías Palti³ habla de “*ficciones de identidad nacional*”, por el “*carácter imaginado de las comunidades nacionales*” como meros “*constructos mentales*” pero “*en cuyo núcleo se encuentra un vacío*”.

En realidad, ese dilema y ese vacío sólo pueden resolverse con el reconocimiento de la unión ciudadana en los bienes comunes, ya que la comunidad no es un conjunto de individuos independientes, ni un conjunto de individuos en una relación de conflicto por sus desigualdades, como lo entienden el constitucionalismo liberal y social, respectivamente, sino un conjunto de individuos diferentes que mediante su libre participación recíproca se unen y complementan unos con otros en los bienes comunes, como la parte conclusiva o final de una “*construcción*”⁴ comunitaria permanente.

En sentido contrario, los conflictos sociales, que también existen, se producen precisamente por no ver ni comprender la parte de unión estructural de los bienes comunes y

¹ FURET, François, *La Revolución Francesa en debate. De la utopía liberadora al desencanto en las democracias contemporáneas*, 1ª edición, Bs.As., siglo XXI editores, 2016, págs. 103 y 116.

² HUNT, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, 1ª edición, Bs.As., Tusquets Editores, 2010, pág. 64.

³ PALTÍ, Elías, *La nación como problema – Los historiadores y la “cuestión nacional”*, Fondo de Cultura Económica, 2006, págs. 77, 81, 87, 103, 107, 114, 117.

⁴ ROSATTI, Horacio, *El origen del Estado*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2002, pág. 31.

perder por este desconocimiento el camino de la integración constitucional que se realiza en ellos, lo que constituye uno de los problemas fundamentales de la teoría constitucional contemporánea, con el agravante de ser *una cuestión no planteada*.

Por lo tanto, en esta tesis se pretenden mostrar los espacios de integración de los bienes comunes políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, como los lugares donde confluyen y se complementan mutuamente los individuos en la sociedad y, de este modo, poder ver una imagen completa de la estructura participativa de la comunidad y de su forma de gobierno, integrada por *unos* y *otros* ciudadanos y gobernantes, y la *unión* por participación de ambos en los bienes comunes, como la parte comunitaria propiamente dicha: ¡vemos la comunidad si vemos la confluencia de los bienes comunes!

Esta visión es relevante, porque, si los lugares de unión de los bienes comunes se pasan por alto, también falta la integración entre la autonomía individual (las libertades individuales) y la soberanía popular (el autogobierno del pueblo), o sea, entre la declaración de derechos y la organización del poder, las dos partes tradicionales de cualquier Constitución.

La comprensión de los bienes comunes como la parte de unión de los ciudadanos que concluye la estructura participativa de la comunidad real, es necesaria para cerrar la brecha que las concepciones del constitucionalismo liberal individualista y del constitucionalismo social igualitarista (o antiindividualista) no pueden cerrar, porque ambas ignoran la integración estructural de los individuos en los bienes comunes para desarrollarse y crecer juntos unos con otros, resultando así concepciones parciales y, en definitiva, erróneas por incompletas.

Por el contrario, una nueva mirada de conjunto de la estructura participativa de la comunidad con la inclusión de los bienes comunes, hace posible dejar de lado las exclusiones individualistas y las contradicciones de las desigualdades sociales, y desarrollar la integración de los ciudadanos, de los gobernantes y de ambos entre sí, ya que los bienes comunes no sólo son el centro de unión de la estructura de la declaración de derechos, sino también de la estructura de la organización del poder en la Constitución.

El tema central de la tesis, que es el carácter de parte de unión estructural de los bienes comunes en la Constitución Argentina, tanto de la estructura participativa de la comunidad como de su organización política, se desarrolla en cinco capítulos.

En el *capítulo primero* se presenta el contexto político y socioeconómico del tema de la tesis, exponiéndose algunas divergencias que, tanto en la concepción del constitucionalismo liberal individualista, como en la concepción del constitucionalismo social igualitarista o antiindividualista, dan cuenta de una visión incompleta de la comunidad por no ver la

participación e integración estructural de los ciudadanos en los bienes comunes: 1) *los dos grandes términos del problema argentino: la Nación y las Provincias*, por Juan Bautista Alberdi⁵; 2) *la gran dicotomía: público/privado*, por Norberto Bobbio⁶; 3) *la “disonancia democrática” y el quiebre interno de la Constitución: constituciones con “dos almas”*, por Roberto Gargarella⁷; 4) *la desigualdad estructural*, por Roberto Saba⁸.

Estas son distintas formas de expresión de un dualismo que permanece abierto, y dejan en claro que *el concepto de comunidad*, que se supone conocido y transparente, es en el fondo difícil de comprender.

¿Qué une a los individuos? ¿Qué es la comunidad? Las concepciones del constitucionalismo liberal y social no lo saben. Conocen la unidad particular de los individuos y la unidad general de la sociedad, respectivamente, pero no pueden concebir la unidad de estas dos formas de unidad: la unidad intermedia de los bienes comunes que supera aquella dualidad.

Las visiones del constitucionalismo liberal y social no comprenden el término medio de los bienes comunes, por lo que en ambos modelos hay una deficiencia estructural.

En la concepción liberal, una deficiencia estructural significa una desvinculación fundamental de los individuos autónomos (estructura unitaria⁹), lo que se refleja en la separación de los poderes del autogobierno colectivo -división interna- y de éstos con los ciudadanos -división externa-.

Y en la concepción social, una deficiencia estructural significa una relación de contradicción entre los individuos por sus desigualdades (estructura binaria¹⁰), lo que se proyecta en la puja de los poderes institucionales -conflicto interno- y de éstos con distintos sectores de la sociedad -conflicto externo-.

Por lo que la integración de los ciudadanos y los gobernantes mediante la superación de esa deficiencia estructural de las visiones liberal y social constituye uno de los problemas principales de la teoría constitucional contemporánea, aunque *el carácter de parte de unión*

⁵ ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, Décima Edición, 1998, págs. 118-119.

⁶ BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad – Por una teoría general de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, pág. 11.

⁷ GARGARELLA, Roberto, *La derrota del derecho en América Latina – Siete Tesis*, Siglo XXI Editores, Bs. As., 2020, cap. 4, *Sobre la “disonancia democrática” y el quiebre interno de la constitución: constituciones con “dos almas”*, págs. 47-56; *El derecho como una conversación entre iguales – Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran -por fin- al diálogo ciudadanos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2021, cap. 12. *Derechos sociales y “sala de máquinas”*, págs. 181-183 y 188-190.

⁸ SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley – ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2016, págs. 27-81; 289-300.

⁹ ARISTOTELES, *Metafísica*, Editorial Porrúa, México, undécima edición, 1992, págs. 55-72.

¹⁰ HEGEL, Georg W.F., *Lógica*, Ediciones Folio S.A., Navarra, España, 1999, segunda parte, págs. 21, 22, 43.

estructural de los bienes comunes en la construcción de la comunidad es *una cuestión no planteada*.

En el *capítulo segundo* se expone el estado de la cuestión propuesta, realizándose una presentación de los antecedentes de investigación útiles sobre la problemática en estudio. Se toma en consideración al jurista belga Jean Dabin¹¹, quien sostiene que el bien particular es el que concierne, de manera inmediata, *a cada individuo* y, en cambio, el bien público o bien común político es el que concierne *a todos*, a la masa total de individuos y grupos integrados en el Estado -bien de la “multitud” (Aristóteles y Santo Tomás), bien de la generalidad (según la expresión de la Edad Media), bien de la “nación” (en el lenguaje de la Revolución Francesa), bien del público (Hauriou)-, y considera el bien público como un elemento constitutivo del Estado.

También se tiene en cuenta al economista francés y Premio Nobel de Economía Jean Tirole¹², quien afirma que el bien común o bien de la comunidad engloba la dimensión *individual* y la *colectiva* del sujeto, y al filósofo francés Jaques Maritain¹³, quien sostiene que el bien común es común *al todo y a las partes*, sobre las cuales se difunde y con el que deben beneficiarse, y quien tuvo una gran influencia en los trabajos preparatorios de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) planteando que, aunque la humanidad se encuentra dividida sobre la base de desacuerdos intelectuales, es posible la cooperación práctica, una cooperación que no implica compartir una misma concepción del mundo, el hombre y el conocimiento, sino tan sólo la afirmación de un mismo cuadro de convicciones prácticas; con otras palabras, el discurso de Maritain defendía firmemente la idea de *una comunidad de pensamiento práctico orientada al bien común y de convicciones comunes relativas a la acción* entre hombres de culturas distintas e incluso de ideologías antagónicas, o sea, de un acuerdo práctico entre hombres con posiciones teóricas opuestas.

El antecedente principal está dado por la cláusula de “participación en las ganancias de las empresas”, incorporada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional en la reforma de 1957, pero cabe destacar que, por la oposición estructural del capital independiente y del trabajo subordinado en la visión del constitucionalismo social, esta cláusula de distribución económica se refiere unilateralmente “al trabajador” (como un derecho individual).

¹¹ DABIN, Jean, *Doctrina General del Estado - Elementos de Filosofía Política*, UNAM, México, 2003.

¹² TIROLE, Jean, *La Economía del Bien Común*, Taurus, Barcelona, primera reimpresión, 2017.

¹³ MARITAIN, Jacques, *La persona y el bien común*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1968.

La cláusula de distribución económica participativa del art. 14 bis de la Constitución Argentina, prácticamente no ha tenido reglamentación legal ni operatividad efectiva, salvo excepciones como la del art. 29 de la ley 23696 sobre el régimen legal de las privatizaciones de empresas públicas, el cual establece que “el ente a privatizar deberá emitir bonos de participación en las ganancias para el personal”, lo que ha sido tratado en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado el 12 de agosto de 2008 en los autos “*Gentini, Jorge Mario y otros c/ Estado Nacional Ministerio de Trabajo y Seguridad s/part. Accionariado obrero*”¹⁴.

Otro antecedente importante es la constitucionalización de la Declaración Universal de Derechos humanos, incorporada por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Argentina en la reforma de 1994, que en el art. 1 señala el sentido de fraternidad de los seres humanos, y en el art. 17.1 establece el derecho a la propiedad individual y colectivamente.

También un antecedente relevante está dado por la cláusula ambiental y los derechos de incidencia colectiva, incorporados por los arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional en la reforma de 1994, respectivamente (derechos de solidaridad o de tercera generación), para la protección del ambiente y la tutela de los bienes colectivos cuya sobreutilización derivada de la falta de incentivos para cuidarlos genera lo que se denomina la “tragedia de los bienes comunes”¹⁵, y como una respuesta a la cuestión del cambio climático con la formulación del paradigma ecocéntrico desarrollado en diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁶.

En ellos se admite la existencia de un componente ambiental del estado de derecho¹⁷, se caracteriza el ambiente como un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible¹⁸, y el derecho al ambiente sano como un derecho humano¹⁹; considerando al ambiente como un ecosistema en sí mismo.

El *paradigma ecocéntrico* se formula como una superación del *paradigma antropocéntrico* que, según la visión de Francis Bacon, hace al hombre capaz de conseguir, a través de la correlación entre ciencia y praxis “la victoria del arte sobre la naturaleza” (*victoria cursus artis super naturam*)²⁰, o sea, hace posible el dominio del hombre sobre la naturaleza.

¹⁴ C.S.J.N., Fallos: 331:1815.

¹⁵ LORENZETTI, Ricardo, *El Nuevo Enemigo – El Colapso Ambiental – Cómo Evitarlo*, Sudamericana, Buenos Aires, 2021, pág. 242.

¹⁶ C.S.J.N., Fallos: 342:924; 340:1695; 337:1361; 342:2136.

¹⁷ C.S.J.N., Fallos: 339:515.

¹⁸ C.S.J.N., Fallos: 340:1695; 329:2316; 342:924.

¹⁹ C.S.J.N., Fallos: 337:1361.

²⁰ BACON, Francis, *Novum Organum*, 1620, I, 117.

En el *capítulo tercero* se presenta el marco conceptual de la tesis, exponiéndose *la lógica de la participación*²¹ que guía el recorrido de la investigación sobre el carácter de parte de unión estructural de los bienes comunes en la Constitución Argentina, tanto de la estructura participativa de la comunidad como de su gobierno.

La lógica de la participación comprende *la diferencia de unos y otros* ciudadanos (los dos polos) y *la unión participativa de ambos en los bienes comunes* (el centro), lo que configura la imagen completa de la estructura tripartita de la comunidad (unidad ternaria).

La lógica participativa contiene el *principio de participación* («partir» «con» los otros, actuar junto con otros) que hace posible ver y comprender los dos aspectos, subjetivo (actividad interior) y objetivo (forma exterior) de los *bienes comunes*: como *unión* que resulta de la participación recíproca de los diferentes individuos (relación de participación intersubjetiva), y como *producto visible y prueba* de la participación ciudadana (fruto objetivo), por lo que constituyen *la parte de unión que completa la estructura participativa de la comunidad*.

Al mismo tiempo, *ver la parte de unión estructural de los bienes comunes*, permite ver la *comunidad completa* como un conjunto de individuos diferentes que mediante su libre participación recíproca se unen y complementan *unos* con *otros* en los *bienes comunes*, lo que se refleja en la cooperación entre los poderes del autogobierno colectivo -cooperación interna- y de éstos con los ciudadanos -cooperación externa-.

Además, permite que la visión del constitucionalismo liberal y la visión del constitucionalismo social, que tienen una estructura individualista (unidad unitaria) y contradictoria (unidad binaria), respectivamente, se puedan integrar en una visión completa de la comunidad que tiene una estructura participativa (unidad ternaria).

Y esta integración se realiza en los centros de participación y unión de los bienes comunes, que no sólo constituyen el centro estructural de la comunidad en la primera parte de la Constitución (como objetos de los derechos de incidencia colectiva o de participación interpersonal), sino también el centro estructural de su gobierno en la segunda parte de la Constitución (como objetos de los poderes), y que hacen posible el desarrollo de la integración de los ciudadanos, de los gobernantes y de ambos entre sí.

En el *capítulo cuarto* se desarrolla la investigación sobre los bienes comunes en la Constitución Argentina, a partir de *la pregunta sobre el carácter de parte de unión estructural de los bienes comunes* en la construcción permanente de la comunidad.

²¹ VON BALTHASAR, Hans Urs, *Epílogo*, Ediciones Encuentro, Madrid, 1998, págs. 50-55, 79-80, 103.

El objetivo es mostrar y explicar el carácter estructural de los bienes comunes, en su doble aspecto: como *unión* de la participación recíproca de los ciudadanos, y como *producto visible y prueba* de la participación ciudadana, por lo que constituyen la parte de unión que completa la estructura participativa de la comunidad.

El camino a recorrer comienza con la observación documental de la Constitución y la identificación de las normas constitucionales relativas a los *bienes comunes políticos* (Preámbulo; art. 4; art. 75, inc.18; art. 75, inc. 19, incorporado en la reforma de 1994; art. 125; art. 17 de la DUDH, incorporada por el art. 75, inc. 22, en la reforma de 1994); los *bienes comunes económicos* (art. 14 bis, primer y segundo párrafos, incorporado en la reforma de 1957; art. 75, inc. 19, primer y segundo párrafos, incorporado en la reforma de 1994; art. 17.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incorporada por el art. 75, inc. 22, en la reforma de 1994); los *bienes comunes sociales* (art. 14 bis, tercer párrafo, incorporado en la reforma de 1957; art. 75, inc. 23, incorporado en la reforma de 1994; art. XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, incorporada por el art. 75, inc. 22, en la reforma de 1994), los *bienes comunes culturales* (art. 75, inc. 19, cuarto párrafo, incorporado en la reforma de 1994; art. 125, segundo párrafo; art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado por el art. 75, inc. 22, en la reforma de 1994; art. XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ambas incorporadas por el art. 75 inc. 22, en la reforma de 1994); y los *bienes comunes ambientales* (arts. 41 y 43, incorporados en la reforma de 1994), siguiendo el desarrollo de la historia constitucional desde 1853 hasta la actualidad.

El recorrido continúa con la observación empírica y el análisis de esos bienes en la construcción permanente de la comunidad, para poner de manifiesto los distintos tipos de bienes que comparten los individuos y, de esta forma, llegar a una mirada integral de la estructura participativa de la comunidad que tiene en cuenta la presencia de los bienes comunes como el lugar de cooperación de los ciudadanos y de gestión de los gobernantes.

Además, se analizan los discursos de la Convención Nacional Constituyente de 1853, 1957 y 1994, relativos a las normas representativas de los bienes comunes políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales (escuelas, hospitales, redes viales, medios de transporte público, participación en las ganancias de las empresas por los propietarios del capital y los trabajadores, ambiente, etc.), que expresan las concepciones sociales más influyentes en esos períodos, y algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidos a las cláusulas constitucionales sobre las diversas clases de bienes comunes, a los

efectos de mostrar los espacios de participación de los ciudadanos y, así, alcanzar una visión completa de la estructura participativa de la comunidad con el reconocimiento y la explicación del término medio de los bienes comunes.

En el *capítulo quinto* se propone mostrar una visión integral de la Constitución Argentina, con la imagen completa de la comunidad (lo originario) y de su organización política (lo derivado) en la primera y segunda parte de la Constitución, respectivamente, y la integración de las visiones menos amplias del constitucionalismo liberal y social en una visión más amplia de constitucionalismo participativo, que reconoce los bienes comunes en la estructura de la comunidad y de su organización política, más allá de los límites estructurales del individualismo liberal y del conflicto de las desigualdades sociales.

A tal fin se analizan las concepciones del constitucionalismo liberal y social, y se explica cómo una visión de conjunto de la Constitución, que incluye los derechos humanos individuales (arts. 14, 17, 18 y 20 de la CN) y los derechos humanos de incidencia colectiva o de participación interpersonal en el centro de unión de los distintos tipos de bienes comunes (arts. 14 bis, 41, 43, 75 incisos 18, 19 y 23 de la CN; art. 17 de la DUDH), hace posible que se integren en ella las miradas parciales del constitucionalismo liberal y social, pasando de una visión de individualismo liberal y de conflicto de las desigualdades sociales a una visión de participación e integración constitucional, tanto de los individuos como de las instituciones democráticas, en el ámbito de los bienes comunes.

En la *conclusión* se destaca que, si los conflictos políticos y socioeconómicos que se han manifestado a lo largo de la historia constitucional argentina tienen como marco los modelos liberal y social que no ven o no comprenden la parte de unión estructural de los bienes comunes en la Constitución, su muestra y explicación que permite ver una imagen completa de la estructura participativa de la comunidad y de su gobierno, puede impulsar un cambio de sentido grande y realista de la actividad política, económica, social, cultural y ambiental que los ciudadanos y los gobernantes necesitan para el desarrollo de la unión nacional y la fraternidad humana (conf. art. 1, Declaración Universal de Derechos Humanos).

En síntesis, la actividad política y socioeconómica necesita dejar de darle la espalda a la Constitución que significa no ver el centro de unión estructural de los bienes compartidos, y mirarla de frente para ver y seguir el sentido constitucional de participación e integración de los ciudadanos en los bienes comunes que concluyen el proceso de construcción permanente de la comunidad.

PRIMERA PARTE

I

Los dilemas y conflictos estructurales de las visiones del constitucionalismo liberal y social

En torno al bicentenario de la Revolución Francesa, el historiador francés **François Furet** (1927-1997)²² planteaba las siguientes cuestiones: “¿*Que une, que puede unir a la sociedad, si ella misma comienza por definirse a partir de lo que pertenece a cada individuo? ¿Qué es la comunidad si nosotros somos individuos autónomos?*”.

Furet señalaba que la Revolución Francesa hizo aparecer en toda su pureza este “dilema central” que desde entonces ha agitado a las sociedades, y que la Revolución Rusa de 1917 creyó resolver ese dilema, pero se redescubrió intacto en las ruinas que ella acumuló so pretexto de superarlo.

“Pero, por otro lado -afirmaba-, ¿quién cree, todavía, después de dos siglos de democracia, que una sociedad pueda agotarse en las relaciones del mercado? Al igual que el encantamiento socialista, la prédica neoliberal no resiste ni por un segundo la prédica de nuestras sociedades: incluso los Estados Unidos son, a su manera descentralizada, un gigantesco *Welfare State*. Lo divertido es que las dos retóricas se confortan recíprocamente en un común olvido de la realidad, y en un ilusorio modo de conjurar aquello que explica el inevitable movimiento de las democracias: la tensión y, a la vez, la complicidad entre la autonomía de los individuos y el crecimiento del Estado, en nombre de la igualdad y de los derechos²³”.

Esta tensión entre la autonomía de los individuos y el crecimiento del Estado sobre la que reflexiona Furet, se desarrolla dentro del marco de los límites estructurales del constitucionalismo liberal y social.

²² FURET, François, *La Revolución Francesa en debate. De la utopía liberadora al desencanto en las democracias contemporáneas*, 1ª edición, Bs.As., siglo XXI editores, 2016, págs. 103, 116.

²³ FURET, François, *La Revolución Francesa en debate. De la utopía liberadora al desencanto en las democracias contemporáneas*, 1ª edición, Bs.As., siglo XXI editores, 2016, pág. 121.

En la visión del constitucionalismo liberal del siglo XIX la comunidad consiste en un conjunto de individuos separados (esta desunión se expresa en el principio del tercero excluido o el principio de exclusión del término medio de la lógica aristotélica: *o esto o aquello*), lo que se refleja en la división de los poderes del gobierno, y también en la separación entre el gobierno y los ciudadanos, surgiendo así el dilema de la autonomía individual o la soberanía popular.

En respuesta a este dilema y buscando una solución que permita superar la separación entre los individuos, en la visión del constitucionalismo social del siglo XX la comunidad consiste en un conjunto de individuos en una relación de conflicto por sus desigualdades (esta contradicción se expresa en el principio de oposición de la lógica hegeliana: *todas las cosas son opuestas*), con miras a suprimir las desigualdades para lograr la igualdad social.

Entonces, por una parte, el constitucionalismo liberal tiene su centro estructural en los individuos independientes, cuyas libertades parecen garantizar de por sí, de modo unilateral, el progreso hacia su plenitud. Y, por otra parte, el constitucionalismo social tiene su centro estructural en la relación de oposición recíproca de unos individuos con otros por sus desigualdades, y supone que esta contradicción guía la transformación de la comunidad humana hacia el estado mejor posible. Pero ninguna de estas dos visiones constitucionales llega a concebir la relación de participación recíproca de unos y otros ciudadanos en los centros de unión de los bienes comunes, como un término medio o un tercero integrador, por lo que el dualismo del constitucionalismo liberal y social permanece abierto.

También, en el marco de los límites estructurales del constitucionalismo liberal y social, la obra titulada *“La nación como problema”*, del historiador argentino Elias Palti²⁴ plantea la *antinomía entre las dos ideas modernas de nación*, cuya oposición atraviesa el pensamiento occidental hasta nuestros días. La primera corresponde a la ilustración y concibe a la nación dentro de una perspectiva subjetiva, según la cual se funda en un vínculo contractual, como sostiene Renán. La segunda, en cambio, corresponde a la idea romántica formulada por Herder, y concibe a las naciones como entidades objetivas, independientes de la voluntad de sus miembros. La idea iluminista o contractualista de la nación define así un contexto democrático y se proyecta en un horizonte cosmopolita; por el contrario, el romanticismo imagina a las naciones como totalidades orgánicas, discretas y singulares, y organizadas en su interior jerárquicamente.

²⁴ PALTI, Elías, *La nación como problema – Los historiadores y la “cuestión nacional”*, Fondo de Cultura Económica, 2006.

La noción objetivista romántica de la nación, entendida como una totalidad orgánica y único sujeto legítimo de una voluntad autónoma, y *la noción subjetivista ilustrada de la nación*, entendida como un vínculo contractual que se funda en el principio liberal de la primacía de la voluntad individual, crean una unidad ficticia: son ficciones de comunidad desde un punto de vista individualista o totalitario. Y las ficciones de identidad nacional son una construcción mental del concepto de nación. Como decía Elie Kedourie²⁵ -citado por Palti-, el nacionalismo es un sentimiento poderoso, pero “*en cuyo núcleo se encuentra un vacío*”.

En síntesis, Palti señala que la antinomia entre liberalismo y nacionalismo, iluminismo y romanticismo, atomismo y organicismo, etcétera, y las ficciones de identidad nacional que ambas ideas de nación generan, tratan -siempre en forma precaria- de llenar simbólicamente su núcleo vacío.

Por ello, en la presentación del contexto político y socioeconómico de la tesis, se exponen a continuación algunas divergencias que, tanto en la concepción del constitucionalismo liberal individualista, como en la concepción del constitucionalismo social igualitarista o antiindividualista, dan cuenta de una visión incompleta de la comunidad por el desconocimiento o la incomprensión de la participación e integración estructural de los ciudadanos en los bienes comunes.

1.-Los dos grandes términos del problema argentino: la Nación y las Provincias, por Juan Bautista Alberdi²⁶

En la obra “*Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*”, el jurista, filósofo, economista y político Juan Bautista Alberdi plantea como los dos grandes términos del problema argentino a la *Nación* y a las *Provincias*.

Alberdi sostiene lo siguiente: "Buscan hoy una fusión parlamentaria en el seno de un sistema mixto, que abrace y concilie las libertades de cada provincia y las prerrogativas de toda la Nación, solución inevitable y única, que resulta de la aplicación a los dos grandes términos del problema argentino -la *Nación* y la *Provincia*- de la fórmula llamada hoy a presidir la política moderna, que consiste en la combinación armónica de la *individualidad* con la

²⁵ KEDOURIE, Elie (1993), *Nationalism*, Oxford, Blackwell, pág. 89 [trad. Esp.: (1988), *Nacionalismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales]

²⁶ ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, Décima Edición, 1998.

generalidad, del localismo con la nación, o bien de la libertad con la asociación; ley natural de todo cuerpo orgánico, sea colectivo o sea individual, llámese Estado o llámese hombre, según la cual tiene el organismo *dos vidas*, por decirlo así, *una de la localidad y otra general o común*, a semejanza de lo que enseña la fisiología de los seres animados, cuya vida reconoce dos existencias, una parcial de cada órgano, y a la vez otra general de todo el organismo"²⁷.

La separación de la individualidad y la generalidad, del localismo y la Nación, de lo individual y lo colectivo, es la expresión del *dilema estructural del constitucionalismo liberal*, la disyuntiva “entre la *provincia* y la *nación*, entre la *parte* y el *todo*, entre el *localismo* y la idea de una *República Argentina*. Será pues, nuestra forma normal un gobierno mixto, consolidable en la unidad de un régimen nacional; pero no indivisible como quería el Congreso de 1816, sino divisible y dividido en gobiernos provinciales”²⁸.

Además, Alberdi se refiere a esa dualidad, afirmando que “Esta forma mixta o compuesta, de que no faltan ejemplos célebres en América, hace que el país sea a la vez *una reunión de provincias* independientes y soberanas en ciertos ramos, y *una nación sola*, refundida y consolidada en ciertos centros. Este gobierno general y local a la vez, será complicado y difícil, pero no por ello dejará de ser el único gobierno posible para la República Argentina”²⁹.

El constitucionalismo liberal no concibe la participación y la unión de las partes individuales o provinciales en una parte común o nacional que componen el todo de una *federación*, sino que sólo concibe el dilema entre la provincia y la nación, entre la parte y el todo, entre el localismo y la idea de una República Argentina, por lo que el concepto de federación resulta incompleto.

Y cuando Alberdi señala que “la República Argentina será y no podrá menos de ser un Estado federativo, una República nacional, compuesta de varias provincias, a la vez independientes y subordinadas al gobierno general creado por ellas”³⁰, pone de manifiesto que el constitucionalismo liberal no supera el dilema de las provincias y el gobierno general, porque le falta concebir la *participación* y la *unión* de las provincias en el gobierno general creado por ellas, en lugar de la independencia y subordinación de aquéllas a este.

²⁷ ALBERDI, Juan Bautista, obra. cit., cap. XVII, págs. 118 y 119.

²⁸ ALBERDI, Juan Bautista, obra. cit., cap. XXI, pág. 152.

²⁹ ALBERDI, Juan Bautista, obra. cit., cap. XXIV, pág. 174.

³⁰ ALBERDI, Juan Bautista, obra. cit., cap. XXIV, pág. 135.

2.-La gran dicotomía: público/privado, por Norberto Bobbio³¹

En la obra titulada: “*Estado, Gobierno y Sociedad – Por una teoría general de la política*”, el jurista, filósofo y politólogo Norberto Bobbio plantea “la gran dicotomía: público/privado”.

Bobbio presenta la dicotomía (división en dos partes) de lo público y lo privado, señalando lo siguiente “Mediante dos fragmentos ampliamente comentados del *Corpus iuris* (*Institutiones*, I, 1,4; *Digesto*, I,I,1,2), que definen con palabras idénticas respectivamente el derecho público y el derecho privado -el primero “quod ad statum rei romanae spectat” (lo que se refiere a la condición del Estado romano), el segundo “quod ad singulorum utilitatem” (lo que atañe a la utilidad del individuo)-, la pareja de términos público/privado ingresó en la historia del pensamiento político y social de Occidente, a través de un uso constante y continuo, sin cambios sustanciales, y terminó por volverse una de las “grandes dicotomías””³².

El autor citado indica que los dos términos de la dicotomía público/privado pueden ser definidos independientemente uno de otro y que a su vez ellos se delimitan mutuamente, en el sentido de que la esfera pública llega hasta donde comienza la esfera privada y viceversa.

Bobbio agrega que la dicotomía clásica entre derecho privado y derecho público muestra la situación de un grupo social en el que se manifiesta ya la distinción entre lo que pertenece al grupo en cuanto tal, a la colectividad, y lo que pertenece a los miembros, específicos, o más en general entre la sociedad global y grupos menores (como la familia).

La división de la esfera privada y la esfera pública, señala Bobbio, tiene como criterio fundamental la noción general de utilidad (*utilitas*): la utilidad de los individuos (*singulorum utilitas*) y la utilidad común (*utilitatis comunione*), respectivamente.

Además, cabe señalar que los términos de la dicotomía público/privado se excluyen mutuamente, en el sentido de que en el universo delimitado por ambos un ente no puede ser al mismo tiempo público y privado: es *o esto o aquello*.

Entonces, la dicotomía de lo público y lo privado muestra la desvinculación fundamental del constitucionalismo liberal entre lo individual y lo colectivo, la división básica de lo particular y lo general, la separación estructural de un individuo con otro y con toda la comunidad.

³¹ BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad – Por una teoría general de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, págs. 11-38; 220.

³² BOBBIO, Norberto, obra cit., pág. 11.

“Uno de los hechos -dice Bobbio- que ilustra mejor la persistencia de la primacía del derecho privado sobre el derecho público es la resistencia que el derecho de propiedad opone a la injerencia del poder soberano”³³

“Con Locke -continúa diciendo Bobbio-, la propiedad se convierte en un verdadero derecho natural, porque nace del esfuerzo personal en el estado de naturaleza antes de la constitución del poder político, y como tal su libre ejercicio debe estar garantizado por la ley del Estado (que es la ley del pueblo). A través de Locke, la inviolabilidad de la propiedad, que comprende todos los demás derechos individuales naturales. como la libertad y la vida, y que indica que existe una esfera del individuo que es autónoma a la esfera del poder público», se vuelve uno de los bastiones de la concepción liberal del Estado, que en este contexto puede ser redefinida como la más consciente, coherente, e históricamente importante, teoría de la primacía de lo privado sobre lo público”³⁴.

Pero la división estructural de lo público y lo privado en la concepción liberal, dio paso a la oposición estructural de lo público y lo privado en la concepción social, la separación se convirtió en contradicción, y el individualismo del constitucionalismo liberal trajo como consecuencia el conflicto de las desigualdades sociales del constitucionalismo social.

“La primacía de lo público ha asumido diversas formas -afirma Bobbio-, de acuerdo con las diferentes maneras bajo las cuales se ha manifestado, sobre todo en el último siglo, la reacción a la concepción liberal del Estado y la derrota histórica, aunque no definitiva, del Estado mínimo. La supremacía de lo público se basa en la contraposición del interés colectivo al interés individual, y en la necesaria subordinación, hasta la eventual supresión, del segundo al primero; además, en la irreductibilidad del bien común a la suma de los bienes individuales, y por tanto en la crítica de una de las tesis más comunes del utilitarismo elemental”³⁵.

“No es que todas las teorías de la supremacía de lo público sean histórica y políticamente las mismas -agrega Bobbio-, pero es común a todas ellas el principio de que el todo es primero que las partes. Se trata de una idea aristotélica, y después de siglos, hegeliana (de un Hegel que, sobre el particular, cita a Aristóteles), de acuerdo con la cual la totalidad tiene fines que no pueden reducirse a la suma de los fines de los individuos que la componen y el bien de la totalidad una vez alcanzado se transforma en el bien de sus partes”³⁶.

³³ BOBBIO, Norberto, obra cit., pág. 26.

³⁴ BOBBIO, Norberto, obra cit., pág. 27.

³⁵ BOBBIO, Norberto, obra cit., págs. 27 y 28.

³⁶ BOBBIO, Norberto, obra cit., pág. 28.

A la primacía de lo privado en la visión del constitucionalismo liberal se opone la primacía de lo público en la visión del constitucionalismo social, pero no superan el individualismo liberal y el conflicto de las desigualdades sociales, respectivamente, porque no conciben la participación y la unión de los ciudadanos en los bienes comunes, y sin esta parte de unión estructural de la comunidad no se puede ir más allá ni de la dicotomía liberal ni de la contradicción social.

3.-La disonancia democrática y el quiebre interno de la Constitución: constituciones con “dos almas”, por Roberto Gargarella³⁷

En la obra titulada: *“La derrota del derecho en América Latina – Siete Tesis”*, el jurista, sociólogo, escritor y académico Roberto Gargarella plantea la cuestión de la *“disonancia democrática”* y el *quiebre interno de la Constitución: constituciones con “dos almas”*.

Gargarella afirma que “en la actualidad *los problemas de fondo que enfrenta el constitucionalismo son de carácter estructural*: se trata de dificultades originadas en el momento mismo en que el sistema fue diseñado y vinculadas, en definitiva, con los orígenes elitistas del sistema constitucional”³⁸.

El autor citado sostiene que el viejo entramado institucional del constitucionalismo liberal, el “viejo modelo” constitucional que se había terminado de imponer en un marco de *exclusión social* y *elitismo político*, produjo un efecto que denomina de *“disonancia democrática”*³⁹, y fue encontrándose con un contexto político y social cada vez más complejo. La sociedad excluida comenzó a reclamar un papel más protagónico en la decisión de los asuntos comunes y el *conflicto social* fue en ascenso por la demanda de una distribución distinta de los recursos económicos, provocando la llegada del constitucionalismo social con un sentido igualitario que había sido excluido por los liberales y los conservadores de las discusiones constitucionales originales.

Queda expuesto el problema estructural del constitucionalismo, el individualismo liberal y el conflicto de las desigualdades sociales, pero falta mostrar la solución estructural. El constitucionalismo liberal no puede superar la exclusión individualista y el constitucionalismo

³⁷ GARGARELLA, Roberto, *La derrota del derecho en América Latina – Siete Tesis*, Siglo XXI Editores, Bs. As., 2020.

³⁸ GARGARELLA, Roberto, obra cit., pág. 51.

³⁹ GARGARELLA, Roberto, obra cit., pág. 52

social no puede ir más allá de la oposición igualitarista, porque a ambas concepciones constitucionales les falta concebir la participación y la unión de los individuos y las instituciones en los bienes comunes, y como no ven esta parte de unión estructural de la comunidad y de su gobierno, la mirada del proceso de la integración comunitaria e institucional resulta incompleta.

Esa deficiencia estructural produce también lo que Gargarella denomina *Constituciones “quebradas internamente” o constituciones con “dos almas”*, ya que el ímpetu de reforma del constitucionalismo social terminó por impactar de manera excluyente en una de las dos grandes secciones de la Constitución: la relativa a la declaración de derechos. Mientras tanto, la otra parte que incluye toda Constitución, relacionada con la organización del poder, quedó básicamente inmune a esa oleada de cambios. Las declaraciones de derechos alcanzaron dimensiones extraordinarias pero la organización del poder se mantuvo en línea con el viejo modelo del gobierno de minorías, propio de la época fundacional del constitucionalismo.

“Así -señala Gargarella-, desde comienzos del siglo XX, una mayoría de constituciones aparecieron “quebradas internamente”: pasamos a tener *constituciones con “dos almas”*. La sección correspondiente a los derechos adquirió un carácter social y democrático, en línea con los nuevos tiempos, mientras que la sección dedicada a la organización del poder -lo que denominé “la sala de máquinas” de la Constitución- se mantuvo en línea con el momento originario y tendió a preservar su carácter verticalista y excluyente. En su sección “orgánica”, las nuevas constituciones siguieron marcadas por el principio de desconfianza democrática”⁴⁰.

La ruptura o el quiebre de la Constitución que indica Gargarella, no es sólo entre las dos partes de la Constitución, entre la declaración de derechos y la organización del poder, sino también dentro de cada una de esas partes, ya que al constitucionalismo liberal y social les falta ver la parte de unión estructural de los bienes comunes, tanto de la comunidad como de su gobierno, cuyas estructuras participativas son análogas.

Ni el constitucionalismo liberal individualista ni el constitucionalismo social igualitarista conciben la parte integración estructural de los ciudadanos y los gobernantes en los bienes comunes, que está más allá de los límites estructurales del individualismo y del conflicto de las desigualdades sociales. Por el contrario, una nueva mirada de conjunto de la estructura participativa de la comunidad con la inclusión de los bienes comunes, hace posible dejar de lado las exclusiones individualistas y las contradicciones sociales, y desarrollar la integración

⁴⁰ GARGARELLA, Roberto, obra cit., pág. 55.

de los ciudadanos, de los gobernantes y de ambos entre sí, ya que los bienes comunes no sólo son el centro de unión de la estructura de la declaración de derechos, sino también de la estructura de la organización del poder en la Constitución.

De manera semejante, en la obra titulada *El derecho como una conversación entre iguales – Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran -por fin- al diálogo ciudadanos*, Gargarella plantea la divergencia de *los derechos o la “sala de máquinas”*⁴¹.

El autor citado expresa que la metáfora de la “sala de máquinas” hace referencia a la parte de la Constitución relacionada con la organización del poder, y alude al *problema de trabajar sobre el texto constitucional como si sus diversas partes fueran autónomas*, como si se pudieran introducir modificaciones significativas en una de sus secciones o algunos de sus artículos, dejando intacto el resto, creando de ese modo *constituciones con “dos almas”*.

“No se trata sólo de que la Constitución sea consistente -afirma Gargarella-, sino que, si se crea una con *contradicciones internas*, es alto el riesgo de que una parte de ella trabaje para socavar a la otra. El problema resulta de particular relevancia y grave cuando (como ocurrió en América Latina) se pretende modificar de modo sustantivo la sección referida a los derechos mientras se preserva intocado el bloque relativo a la organización del poder. Y en este último -la “sala de máquinas”— se encuentran las palancas que permiten poner en marcha toda la Constitución. Si el Congreso no dicta las leyes necesarias para implementar las reformas incorporadas, estas no se pondrán en movimiento. Si la ciudadanía tiene inconvenientes para acceder a la justicia, toda una ambiciosa estructura de derechos puede permanecer adormecida. Si no hay modos apropiados de movilizar al Ejecutivo, puede darse que este “ejecute” o no las reformas creadas, conforme a sus propias necesidades y ambiciones políticas (este último fue el problema más decisivo en América Latina, donde desde el siglo XIX predominan los regímenes hiperpresidencialistas)”⁴².

Las dos partes de la Constitución no son autónomas ni contradictorias, sino que, en una visión constitucional integral o de conjunto, el reconocimiento de los espacios de integración de los bienes comunes en la estructura de la comunidad, hace posible superar las divisiones individualistas y resolver los conflictos de las desigualdades sociales mediante la participación de los ciudadanos en la generación, en la conservación y en los beneficios de las

⁴¹ GARGARELLA, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales – Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran -por fin- al diálogo ciudadanos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2021, cap. 12. *Derechos sociales y “sala de máquinas”*.

⁴² GARGARELLA, Roberto, obra cit., pág. 189.

distintas clases de bienes comunes, concretos y siempre presentes, los que también constituyen el objeto de la gestión del gobierno democrático.

De manera que no hay discordancia sino concordancia entre *la primera y la segunda parte de la Constitución*, porque tanto el *estatuto de la comunidad* como el *estatuto de la organización política*, respectivamente, tienen como centro de unión pública o común a los distintos tipos de bienes comunes que señalan a los ciudadanos y a los poderes institucionales el camino hacia la integración nacional.

4.-La desigualdad estructural, por Roberto Saba⁴³

En la obra titulada: *Más allá de la igualdad formal ante la ley – ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, el jurista y académico Roberto Saba plantea el problema de *la desigualdad estructural y la pobreza*.

Saba señala que las Constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos comprometidos con el ideal de la igualdad imponen a los gobiernos y a los Estados la obligación de actuar sobre las circunstancias causantes de la pobreza y las consecuencias que ella genera.

“En América Latina -dice Saba- millones de personas padecen una situación de *desigualdad estructural* derivada de la pobreza extrema y estructural que las aqueja. El problema se agudiza en los centros urbanos más importantes de la región. Por ejemplo, en todas las grandes ciudades de la Argentina hay barrios enteros poblados por personas en condiciones de pobreza más o menos extrema. Se denominan “villas miseria” o “asentamientos” y es posible encontrar al menos cinco de ellos en Rosario, seis en Córdoba y veintiuno en Buenos Aires, donde la llamada “Villa 31” está a escasos minutos de caminata tanto del centro de la ciudad como de los barrios de Recoleta o de Retiro, residencia de individuos y familias del más alto poder adquisitivo”.⁴⁴

Es evidente la contradicción entre esa situación de *desigualdad estructural* que aqueja a millones de personas y los ideales constitucionales de la comunidad. ¿Cuáles son las causas de esa situación de desigualdad estructural permanente? La falta de visión de la parte de unión estructural de la comunidad que son los bienes comunes políticos, económicos, sociales,

⁴³ SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley – ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2016.

⁴⁴ SABA, Roberto, obra cit., pág. 291.

culturales y ambientales. Por ejemplo, en una distribución económica capitalista, que corresponde a la visión del constitucionalismo liberal, hay una apropiación unilateral de las ganancias por parte de los empresarios y una exclusión de los trabajadores, y esta exclusión produce como resultado desigualdades económicas crecientes, en lugar de una *distribución económica de participación* por parte de los empresarios y los trabajadores en las ganancias de las empresas, como lo establece el mandato constitucional del art. 14 bis de la Constitución Argentina, que supera la exclusión estructural del capitalismo.

Pero si el constitucionalismo liberal individualista no ve las ganancias de las empresas como bienes comunes económicos que constituyen la parte de unión estructural de la comunidad empresarial, el constitucionalismo social tampoco lo ve, y por eso la *cláusula constitucional de distribución económica* del art. 14 bis no se cumple. En lugar de una *distribución primaria participativa*, se permite una *distribución primaria capitalista* en beneficio de los empresarios, y se le contrapone una *redistribución estatal anticapitalista* en beneficio de los trabajadores ocupados y desocupados, la que se financia con recursos públicos de la seguridad social y va en desmedro de ésta. Este es el conflicto estructural de las desigualdades sociales en la visión del constitucionalismo social, con los efectos de pobreza que están a la vista.

“Factores de variada índole -agrega Saba- contribuyen a la segregación geográfica o residencial de las personas en condición de pobreza extrema, y ello conduce a nuevas dificultades, muchas de ellas traducibles en *afectaciones de derechos*. Les resulta imposible alquilar o adquirir una vivienda en otros barrios, o bien, con dinero suficiente a disposición, no cuentan con las garantías necesarias y terminan obligados a alquilar habitaciones precarias en asentamientos irregulares. El hecho mismo de vivir en ellos será motivo de desconfianza y estigmatización por parte de muchos empleadores, que probablemente harán uso de su discreción en el momento de contratar, para no darle trabajo a un habitante de la villa; o, si lo contratan, es muy probable que sea en condiciones peores que aquellas en que lo harían con personas que habitan otras zonas (no marginales) de la ciudad”⁴⁵.

Una afectación significativa del derecho de los ciudadanos es la omisión de la distribución económica participativa que establece el mandato constitucional del art.14 bis de la Constitución Nacional, ya que la distribución económica primaria es decisiva no sólo en la actividad económica, sino que también es fundamental en la actividad política y social (salud,

⁴⁵ SABA, Roberto, obra cit., pág. 294.

educación, etc.). Una distribución primaria capitalista genera la necesidad de una redistribución estatal secundaria para paliar las desigualdades sociales, la que va en desmedro de los recursos públicos para gestionar los bienes comunes políticos, sociales, culturales y ambientales, y produce déficit fiscal.

También, Saba sostiene que la pobreza sistemática es un problema cuya atención y eventual solución forman parte del mandato constitucional, y que el debate sobre *pobreza* que se ha desarrollado en diversas disciplinas, es débil desde la perspectiva del derecho. “Si la pobreza extrema y perpetua es contraria al ideal de igualdad que establecen las normas fundamentales del ordenamiento jurídico, entonces las personas que la padecen tienen un *derecho constitucional* a salir de ella y, por consiguiente, el Estado tiene una *obligación constitucional* de tomar todas las medidas necesarias para dismantelar las condiciones que generan la *desigualdad estructural* que sufre determinado grupo”⁴⁶.

El derecho constitucional que establece el art. 14 bis de la Constitución Argentina a la “participación en las ganancias de las empresas” por parte de los empresarios y los trabajadores, implica al mismo tiempo la obligación constitucional que tiene el Estado de sancionar leyes que reglamenten su ejercicio y de tomar las medidas necesarias para asegurar su efectiva vigencia, contribuyendo de ese modo a superar las condiciones que generan la desigualdad estructural que sufren los trabajadores en el ámbito económico. Pero esta obligación constitucional del Estado no ha sido cumplida en nuestro país.

Por el contrario, la cláusula constitucional de “participación en las ganancias de las empresas” casi no ha tenido reglamentación legal ni aplicación práctica, salvo excepciones como la del art. 29 de la ley 23696 sobre el régimen legal de las privatizaciones de empresas públicas, el cual establece que “el ente a privatizar deberá emitir bonos de participación en las ganancias para el personal”, lo que ha sido tratado en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado el 12 de agosto de 2008 en los autos “*Gentini, Jorge Mario y otros c/ Estado Nacional Ministerio de Trabajo y Seguridad s/part. Accionariado obrero*”⁴⁷.

La cláusula de distribución participativa del art. 14 bis de la Constitución no ha tenido operatividad efectiva por la *falta de visión de la parte de unión estructural de las ganancias de las empresas* que, como bienes compartidos de los distintos grupos empresariales (micros, pequeños, medianos o grandes), completan la estructura participativa de la comunidad económica. Es decir, la “participación en las ganancias de las empresas” no se ha puesto en

⁴⁶ SABA, Roberto, obra cit., pág. 297.

⁴⁷ C.S.J.N., Fallos: 331:1815.

práctica porque supera los límites estructurales del constitucionalismo social, ya que no elimina las diferencias de los empresarios y los trabajadores, sino que las une en los bienes comunes económicos que están más allá de ambos y que constituyen la parte de unión estructural de las comunidades empresariales.

En este sentido, Saba sostiene que “el Estado puede establecer regulaciones que fijen el alcance del ejercicio de derechos por parte de particulares, de modo que evite generar afectaciones a la igualdad —contratos entre privados, derecho del trabajo, ley de alquileres, etc.— y busque revertir prácticas y relaciones que los particulares desarrollan entre sí y que, más allá de las intenciones de los involucrados, producen efectos de segregación o perpetúan de situaciones de desventaja de los integrantes de grupos especialmente afectados. Además de las políticas y decisiones que pueden implementar o adoptar los poderes Ejecutivo o Legislativo, el Poder Judicial debe llevar adelante procesos jurisdiccionales adecuados y disponer remedios tendientes a revertir o dismantelar aquellas condiciones y prácticas públicas o privadas que conducen a la perpetuación de la desventaja estructural de grupos”⁴⁸.

Recapitulando, podemos decir que *los dos grandes términos del problema argentino: la Nación y las Provincias*, por Juan Bautista Alberdi, *la gran dicotomía: público/privado*, por Norberto Bobbio, *la disonancia democrática y el quiebre interno de la Constitución: constituciones con “dos almas”*, por Roberto Gargarella, y *la desigualdad estructural*, por Roberto Saba, son distintas formas de expresión de un dualismo que permanece abierto, y dejan en claro que *el concepto de comunidad*, que se supone conocido y transparente, es en el fondo difícil de comprender.

¿Qué une a los individuos? ¿Qué es la comunidad? Las concepciones del constitucionalismo liberal y social no lo saben. Conocen la unidad particular de los individuos y la unidad general de la sociedad, respectivamente, pero no pueden concebir la unidad de estas dos formas de unidad: la unidad intermedia de los bienes comunes que supera aquella dualidad.

Las visiones del constitucionalismo liberal y social no comprenden el término medio de los bienes comunes, por lo que en ambos modelos hay una deficiencia estructural.

En la concepción liberal, una deficiencia estructural significa una desvinculación fundamental de los individuos autónomos (estructura unitaria⁴⁹), lo que se refleja en la separación de los poderes del autogobierno colectivo -división interna- y de éstos con los ciudadanos -división externa-.

⁴⁸ SABA, Roberto, obra cit., pág. 298.

⁴⁹ ARISTOTELES, *Metafísica*, Editorial Porrúa, México, undécima edición, 1992, págs. 55-72.

Y en la concepción social, una deficiencia estructural significa una relación de contradicción entre los individuos por sus desigualdades (estructura binaria⁵⁰), lo que se proyecta en la puja de los poderes institucionales -conflicto interno- y de éstos con sectores diferenciados de la sociedad -conflicto externo-.

Por lo que la integración de los ciudadanos y los gobernantes mediante la superación de esa deficiencia estructural de las visiones liberal y social constituye uno de los problemas principales de la teoría constitucional contemporánea, aunque *el carácter de parte estructural de los bienes comunes* en la construcción de la comunidad es *una cuestión no planteada*.

⁵⁰ HEGEL, Georg W.F., *Lógica*, Ediciones Folio S.A., Navarra, España, 1999, segunda parte, págs. 21, 22,43.

II

Aproximaciones al carácter estructural de los bienes comunes

Los antecedentes de investigación útiles sobre la problemática en estudio, constituyen aproximaciones al carácter estructural de los bienes comunes en la construcción permanente de la comunidad y de su forma de organización política.

1.-El bien público como un elemento constitutivo del Estado, por Jean Dabin⁵¹

En la obra titulada: “*Doctrina General del Estado – Elementos de Filosofía Política*”, el jurista belga Jean Dabin considera el bien público como un elemento constitutivo del Estado.

Dabin dice que, a una colectividad de hombres, de la misma nacionalidad o no, establecidos sobre su territorio y unidos por lazos de múltiples solidaridades, colectividad que puede llamarse la nación en el sentido de la sociedad en general, el Estado añade una formación nueva, unificadora, y en cierta manera superior, constitutiva de una sociedad jerarquizada, que tiene por *fin específico un bien que se denomina público*.

En primer lugar, señala Dabin, en lo que concierne a la relación del Estado y la sociedad en general, se cometería un error al considerar al Estado simplemente como una superestructura que viniese a rematar o coronar una estructura anterior del mismo orden. En realidad, el Estado aporta un principio original, *el principio de autoridad pública o poder político*, generador de una estructura *sui generis* cuya materia previa y estructura, en este sentido, es la colectividad humana, organizada en grupos sociales diversos. Esto no quiere decir, por lo demás, que la estructura política tenga como misión eliminar o absorber la estructura social, sino que el Estado

⁵¹ DAVIN, Jean, *Doctrina General del Estado - Elementos de Filosofía Política*, UNAM, México, 2003.

está al servicio de la sociedad, de los individuos y de los grupos, y que su papel es dar a la misma un bien que le falta y, en este aspecto, completarla.

Siendo el Estado una empresa, una institución humana, no podría dejar de tener un fin. En materia de institución, el fin es, en efecto, el principal especificador y animador de toda la organización formal. He aquí por qué no hay medio de representar una institución, sin abordar el problema de su fin: quien dice institución, dice *finalidad*.

Aunque la organización formal sea la que salte primero a la vista, el alma del sistema es la que es preciso comenzar a analizar, si se quiere comprender el sentido mismo de la organización y las modalidades de su estructura. Por una parte, es el fin el que determinará las atribuciones y la competencia material del organismo; por otra, en función de las atribuciones y de la competencia, previamente reconocidas, es cómo serán ordenados los órganos. El fin proporciona así la razón última del Estado y de todo lo que entra bajo este concepto. Se admite, con gran frecuencia, que *el fin del Estado es el bien público*.

Muchos lo llaman el interés general, pero sin intención de entender otra cosa con esta frase. Cualquiera que sea la fórmula utilizada, la idea sigue siendo vaga, no sólo en sus aplicaciones concretas, sino en sus líneas generales y hasta en su principio.

Cuando los hombres se agrupan con miras a un fin, lo que corresponde al concepto de *sociedad propiamente dicha*, hay *bien común*, consistente en este mismo fin, querido y perseguido en común, así como en todos los medios ordenados a él. En este sentido genérico, la sociedad que se entrega a una actividad industrial o comercial, el sindicato que vela por los intereses de la profesión, la congregación religiosa dedicada al perfeccionamiento de sus miembros, implican bien común con el mismo título que el municipio, la provincia o el Estado. Pero ese bien común será *particular* o *público* según que se relacione de manera inmediata con intereses particulares o con el interés público. Por eso, tratándose del Estado, la expresión *bien público* es preferible a la de *bien común*, porque indica con precisión que el bien común en juego es el bien común *público*.

El interés público es todo interés cuya satisfacción está a cargo del Estado, pues se trata precisamente de averiguar el título o la razón que justifica esa manera de proceder del Estado. Poco importa la calidad privada o pública de la agrupación que interviene: el bien particular y el bien público deben definirse por su naturaleza propia, independientemente de sus agentes de realización.

El bien particular es el que concierne a *cada individuo* o *grupo*; el bien público es el que concierne a *la masa total de individuos y grupos* integrados en el Estado —bien de la “multitud”

(Aristóteles y Santo Tomás), bien de la “generalidad” (según la expresión de la Edad Media), bien de la “nación” (en el lenguaje de la Revolución), bien del público (Hauriou). Formalmente definido, por su sujeto o beneficiario, el bien público se separa así del bien propio de un individuo determinado, de una clase, de una confesión, de un partido, de una categoría social cualquiera, porque es el bien del público en general, en su diversidad y complejidad, sin acepción de individuos o grupos.

Pero si lo público se distingue de lo individual concreto, no podría tampoco ser equivalente a la suma matemática de los individuos presentes y futuros, aunque se hiciese abstracción de su nombre. El público no es la suma de individuos anónimos “a quienes no se conoce y no se quiere conocer individualmente”, ya que no se les conoce precisamente porque se trata de hacer abstracción, no sólo de sus nombres, sino de sus personas individuales, para considerar ese sujeto ideal, el público, que es, a la vez, todo el mundo en general y nadie en particular. O, por lo menos, si se rechaza como irreal esta noción del público, el *bien público* corresponde a aquel bien que es el bien de todo el mundo y el bien de nadie, bien cuya existencia o concepto no se podría poner en tela de juicio, puesto que es el fin propio, indispensable e irremplazable del Estado.

En efecto, el *bien particular*, que persiguen los individuos y los grupos, no cae directamente dentro de la esfera de competencia del Estado, ya que es un asunto de cada individuo o grupo. El individuo posee los medios naturales de perfeccionarse, gracias a sus propios esfuerzos o con la ayuda de sus semejantes, proveyendo en la medida de los medios que están a su alcance a la satisfacción de sus necesidades. El Estado no entra en contacto con el bien particular sino indirectamente, en cuanto el bien público es la condición del bien particular, y también cuando la realización del bien particular es, en determinadas circunstancias excepcionales, la condición del bien público. Sin embargo, el individuo no está en aptitud de perfeccionarse más que en cierta medida. Haga lo que haga, hay necesidades, sobre todo en un grado avanzado de civilización, a las que no podría subvenir por sus propios medios, ni siquiera con la ayuda benévola de sus semejantes. Es en este momento cuando interviene, a título de medio *complementario* del bien particular, la idea de un *bien público* destinado a beneficiar a todo el mundo sin distinción y justificando la agrupación de todos en una formación nueva, que es precisamente el Estado.

Agrega Dabin que los bienes del orden, de la coordinación y de la ayuda que el Estado tiene como misión procurar, son bienes eminentemente *comunes*, *impersonales*, que no conciernen a ningún individuo o grupo en particular y que corresponden al público en general,

es decir, a todo el mundo indistintamente. Es indudable que cuando para asegurar el orden se preocupa el Estado por dar a cada quien lo suyo, es decir, la justicia, el Estado mismo toma en consideración el bien particular de los que la reclaman. Pero como esta satisfacción está distribuida entre todos y, además, el respeto del derecho de cada uno representa en realidad al bien de todos, el orden de la justicia no es el bien particular concreto de nadie. A pesar de ciertas apariencias, pasa lo mismo con el elemento de ayuda a las actividades privadas. Cuando el Estado viene en ayuda, por sus servicios públicos, de los industriales, de los sabios, de los viajeros, no toma en cuenta el bien particular de nadie, ni siquiera el bien particular de la categoría de los industriales, de los sabios o de los viajeros. Estima tan sólo que el bien del público está interesado en que la industria, la ciencia, las comunicaciones sean ayudadas, con una ayuda general e indirecta, accesible a todas las personas que llenen las condiciones requeridas.

Por lo tanto, el bien público no representa en relación con el bien de los individuos y de los grupos, más que un bien simplemente *intermediario*, que no realiza el bien propio, sino que lo condiciona procurando a cada uno el medio de guardar, de conquistar o de perfeccionar lo que es su bien propio.

En otros términos, el bien público significa el *medio* de instituciones y de servicios favorables para la expansión de las personas y de las obras privadas, término de toda vida social. En ese bien público los individuos no son llamados a participar más que por vía de distribución, siguiendo la regla de una determinada justicia, llamada *distributiva*, y que tiende a instaurar entre los titulares de derechos una igualdad proporcional tanto a sus méritos como a sus necesidades.

2.-La economía del bien común, por Jean Tirole⁵²

El economista francés y Premio Nobel de Economía Jean Tirole, en obra titulada: “*La Economía del Bien Común*”, sostiene que el bien común o bien de la comunidad “engloba la dimensión individual y la colectiva del sujeto”.

Tirole afirma que, desde el rotundo fracaso económico, cultural, social y medioambiental de las economías planificadas, desde la caída del muro de Berlín y la

⁵² TIROLE, Jean, *La Economía del Bien Común*, Taurus, Barcelona, primera reimpresión, 2017.

metamorfosis económica de China, *la economía de mercado ha pasado a ser el modelo dominante, por no decir exclusivo, de organización de nuestras sociedades*. Incluso en el «mundo libre», el poder político ha perdido su influencia en favor del mercado y de una serie de nuevos actores financieros y tecnológicos globales. Las privatizaciones, la apertura a la competencia, la globalización, restringen el ámbito de la decisión pública. Y el aparato judicial y las autoridades independientes de regulación, órganos no sometidos a la primacía de lo político, se han convertido en actores imprescindibles.

Sin embargo, *la victoria de la economía de mercado solo ha sido una victoria a medias, pues no se ha ganado a la gente*. La supremacía del mercado, que solo cuenta con la confianza de una pequeña minoría de nuestros conciudadanos, se acepta con un fatalismo unido, en algunos casos, a la indignación. Una crítica poco precisa denuncia el triunfo de la economía sobre los valores humanistas, un mundo sin piedad ni compasión entregado al interés privado, la desintegración del vínculo social y de los valores ligados a la dignidad humana, el repliegue de lo político y del servicio público, o la falta de sostenibilidad de nuestro medioambiente. Un eslogan popular que traspasa las fronteras nos recuerda que *«el mundo no es una mercancía»*. Todos estos dilemas resuenan con particular intensidad en el contexto actual marcado por la crisis financiera, el aumento del paro y las desigualdades sociales, la incapacidad de nuestros dirigentes de hacer frente al cambio climático, la inestabilidad geopolítica y el auge de los populismos en todo el mundo.

Definir el bien común requiere un juicio de valor. Dicho juicio puede reflejar nuestras preferencias, nuestro grado de información, así como el lugar que ocupamos en la sociedad. Aunque estemos de acuerdo en que esos objetivos son deseables, podemos ponderar de diferente modo la equidad, el poder adquisitivo, el medioambiente, la importancia que concedamos al trabajo o a nuestra vida privada. Por no hablar de otras dimensiones como los valores morales, la religión o la espiritualidad sobre las que puede haber opiniones profundamente divergentes.

Sin embargo, es posible eliminar parte de la arbitrariedad inherente al ejercicio de definir el bien común. Lo pertinente no es saber en qué sociedad ideal nos gustaría vivir (por ejemplo, en una sociedad en la que los ciudadanos, los trabajadores, los dirigentes del mundo económico, los responsables políticos, los países darían espontáneamente preferencia al interés general en detrimento de su interés personal), pues no tener en cuenta los incentivos y una serie de comportamientos muy previsibles, como ocurrió, por ejemplo, con el mito del hombre

nuevo, llevó en el pasado a unas formas de organización de la sociedad totalitarias y empobrecedoras.

Tirole parte del principio siguiente: ya seamos políticos, empresarios, asalariados, trabajadores independientes, altos funcionarios, agricultores, investigadores, sea cual sea el lugar que ocupemos en la sociedad, todos reaccionamos a los incentivos a los que nos enfrentamos. Los incentivos materiales o sociales, unidos a nuestras preferencias, definen nuestro comportamiento. Un comportamiento que puede ir en contra del interés colectivo. Esa es la razón por la que la búsqueda del bien común pasa en gran medida por la creación de instituciones cuyo objetivo sea *conciliar en la medida de lo posible el interés individual y el interés general*. En este sentido, la economía de mercado no es en absoluto una finalidad. Es, como mucho, un instrumento, y un instrumento muy imperfecto, si se tiene en cuenta la discrepancia que puede haber entre el interés privado de los individuos, los grupos sociales o las naciones y el interés general.

El derecho a la sanidad es una garantía frente a la desgracia de tener malos genes, la igualdad de oportunidades en la educación debe ser una garantía frente a las diferencias que genera el medio en el que nacemos y crecemos, los derechos humanos y la libertad son protecciones frente a la arbitrariedad de los gobernantes, etcétera. Los derechos dejan de ser conceptos absolutos, que la sociedad puede conceder o no, y eso los hace más operativos.

La búsqueda del bien común adopta como criterio nuestro bienestar y no tiene más finalidad que el bienestar colectivo. Admite el uso privado para el bienestar de la persona, pero no el abusar de él a expensas de los demás. Tomemos el ejemplo de *los bienes comunes*, esos bienes que deben por equidad pertenecer a la comunidad: el planeta, el agua, el aire, la biodiversidad, el patrimonio, la belleza del paisaje. *Su pertenencia a la comunidad no impide que, al final, esos bienes terminen siendo consumidos por los individuos*. Por todos, a condición de que el consumo de uno no excluya el de otro (es el caso del conocimiento, del alumbrado público, de la defensa nacional o del aire).

Por el contrario, si el bien está disponible en cantidad limitada o si la colectividad desea restringir su uso (como en el caso de las emisiones de CO₂), este último se privatiza necesariamente de un modo u otro. Así, la tarificación del agua, del carbono o del espectro radioeléctrico privatiza su consumo concediendo a los agentes económicos un uso privativo siempre y cuando paguen a la colectividad el precio exigido. Pero es precisamente la búsqueda del bien común la que motiva ese uso privativo: el poder público quiere evitar que se derroche agua, desea responsabilizar a los agentes económicos de la gravedad de sus emisiones y

pretende asignar un recurso escaso, como el espectro radioeléctrico, a aquellos operadores que vayan a hacer buen uso de él.

Estas observaciones anticipan en gran medida la respuesta a la segunda pregunta, *la contribución de la economía a la búsqueda del bien común*. La economía, como las otras ciencias humanas y sociales, no tiene como objetivo sustituir a la sociedad a la hora de *definir el bien común*. Pero puede contribuir a ello de dos modos. Por una parte, puede orientar el debate hacia los objetivos encarnados en *el concepto de bien común* diferenciándolos de los instrumentos que pueden contribuir a su realización. Pues con demasiada frecuencia dichos instrumentos, ya se trate de una institución (por ejemplo, el mercado), de un «derecho a» o de una política económica, adquieren vida propia, terminan por perder su objetivo y van en contra del bien común que era lo que los justificaba en un principio. Por otra parte, *la economía, al considerar el bien común como un criterio fundamental, desarrolla los instrumentos para contribuir a él*.

La economía no está ni al servicio de la propiedad privada y los intereses individuales, ni al de los que querrían utilizar al Estado para imponer sus valores o hacer que sus intereses prevalezcan. Rechaza tanto la supremacía del mercado como la supremacía del Estado. *La economía está al servicio del bien común*; su objetivo es lograr un mundo mejor. Para ello, su tarea es identificar las instituciones y las políticas que van a favorecer el interés general. En su búsqueda del *bienestar para la comunidad*, la economía *engloba la dimensión individual y la colectiva del sujeto*. Analiza las situaciones en las que el interés individual es compatible con esa búsqueda del bienestar colectivo y aquellas en las que, por el contrario, constituyen un obstáculo.

3.-La persona y el bien común, según Jaques Maritain⁵³

El filósofo francés, Jacques Maritain, en la obra titulada: “*La Persona y el Bien Común*”, afirma que el bien común es “común *al todo y a las partes*, sobre las cuales se difunde y que con él deben beneficiarse”.

Maritain señala que el fin de la sociedad es el bien de la comunidad, el bien del cuerpo social. Pero si no se comprende bien que este bien del cuerpo social es un *bien común de*

⁵³ MARITAIN, Jacques, *La persona y el bien común*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1968.

personas humanas, como el mismo cuerpo social es un todo de personas humanas, esta fórmula llevaría, por su lado, a otros errores, los del tipo totalitario. El bien común de la ciudad no es ni la simple colección de bienes privados, ni el bien propio de un todo que (como la especie, por ejemplo, respecto a los individuos, o como la colmena para con las abejas) sólo beneficia a ese todo sacrificándole las partes. Ese bien común es la conveniente vida *humana* de la multitud, de una multitud de personas; su comunicación en el bien vivir. Es pues, común *al todo y a las partes*, sobre las cuales se difunde y que con él deben beneficiarse.

Lo que constituye el bien común de la sociedad política, no es pues solamente el conjunto de bienes o servicios de utilidad pública o de interés nacional (camino, puertos, escuelas, etc.) que supone la organización de la vida común, ni las buenas finanzas del Estado, ni su pujanza militar; no es solamente el conjunto de justas leyes, de buenas costumbres y de sabias instituciones que dan su estructura a la nación, ni la herencia de sus gloriosos recuerdos históricos, de sus símbolos y de sus glorias, de sus tradiciones y de sus tesoros de cultura.

El bien común comprende sin duda, todas esas cosas, pero con más razón otras muchas: algo más profundo, más concreto y más humano; porque encierra en sí, y sobre todo, la suma (que no es simple colección de unidades yuxtapuestas, ya que hasta en el orden matemático nos advierte Aristóteles que 6 no es lo mismo que $3 + 3$), la suma digo o la integración sociológica de todo lo que supone conciencia cívica, de las virtudes políticas y del sentido del derecho y de la libertad, y de todo lo que hay de actividad, de prosperidad material y de tesoros espirituales, de sabiduría tradicional inconscientemente vivida, de rectitud moral, de justicia, de amistad, de felicidad, de virtud y de heroísmo, en la vida individual de los miembros de la comunidad, en cuanto todo esto es *comunicable*, y se distribuye y es *participado*, en cierta medida, por cada uno de los individuos, ayudándoles así a perfeccionar su vida y su libertad de persona. Todas estas cosas son las que constituyen la buena vida humana de la multitud.

También se ha de notar, dice Maritain, que por una parte el bien común de la sociedad civil implica que el hombre está todo entero ligado con ella, a diferencia del bien común de un sindicato de agricultores o de una sociedad de sabios, que sólo comprometen una parte de sus intereses, mientras que los ciudadanos en cuanto tales comprometen a la vez sus vidas, sus bienes y su honor.

Por ahí se echa de ver que la verdadera concepción de la vida política no es ni exclusivamente personalista ni exclusivamente comunitaria, sino que es, según lo escribíamos hace años, personalista y comunitaria a la vez, ya que estas dos palabras se completan y se exigen mutuamente. Así se comprende que nada hay de más erróneo que plantear el problema

de la persona y el del bien común en términos de oposición. Este problema se plantea en realidad en términos de recíproca subordinación y de relación mutua.

Cabe traer a colación que Maritain tuvo una gran influencia en los trabajos preparatorios de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), por medio de su participación en los informes que elaboró la UNESCO por encargo de la ONU en 1947, planteando que, aunque la humanidad se encuentra dividida sobre la base de desacuerdos intelectuales, *es posible la cooperación práctica, una cooperación que no implica compartir una misma concepción del mundo, el hombre y el conocimiento*, sino tan sólo la afirmación de un mismo cuadro de convicciones prácticas; con otras palabras, el discurso de Maritain defendía firmemente la idea de *una comunidad de pensamiento práctico orientada al bien común* y de convicciones comunes relativas a la acción entre hombres de culturas distintas e incluso de ideologías antagónicas, un acuerdo práctico entre hombres con posiciones teóricas opuestas.

4.-El artículo 14 bis de la Constitución: la participación en las ganancias de las empresas

El antecedente principal está dado por la cláusula de “participación en las ganancias de las empresas”, incorporada por medio del art. 14 bis de la Constitución Nacional en la reforma de 1957, pero cabe destacar que, por la oposición estructural del capital independiente y el trabajo subordinado en la visión del constitucionalismo social, esta cláusula de distribución económica se refiere unilateralmente “al trabajador” (como un derecho individual).

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado el 12 de agosto de 2008 en los autos “*Gentini, Jorge Mario y otros c/ Estado Nacional Ministerio de Trabajo y Seguridad s/part. Accionariado obrero*”⁵⁴, se refiere al marco constitucional de la “participación en las ganancias de las empresas”, señalando lo siguiente:

“Que es menester destacar que la “participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección” integra el plexo de derechos y garantías que, de conformidad con la manda establecida en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, las leyes deben asegurar al trabajador a fin de conferir protección al trabajo en todas sus formas.

⁵⁴ C.S.J.N., Fallos: 331:1815

Ese derecho fue incorporado a la Carta Constitucional en ocasión de la reforma de 1957 que, mediante el citado art. 14 bis, consagró una serie de derechos de carácter laboral y social que habían adquirido reconocimiento universal durante la primera mitad del siglo XX en virtud de su inclusión en las cartas constitucionales de diversos estados. Tal fue el caso de la Constitución de México de 1917, bajo cuya influencia fueron dictadas posteriormente la de Weimar en 1919 y la Española en 1931. Se inscribieron en idéntica línea, tras la segunda guerra mundial, la Constitución de Italia de 1947 y la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949. En el caso de Francia, la Constitución de la Cuarta República de 1946 introdujo en su preámbulo los derechos del trabajador los cuales, al dictarse la Constitución de la Quinta República en 1958, fueron elevados al rango de principios fundamentales (art. 34).

Es preciso destacar, también, que en el proceso de reconocimiento universal de los derechos de los trabajadores tuvo especial gravitación la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919, acontecimiento que marcó el nacimiento del derecho internacional del trabajo. Respecto de la actuación específica de esta organización y en lo que al caso concierne, el derecho a la participación en las utilidades o en las ganancias de las empresas puede verse como un modo de materialización, con aristas definidas, de uno de los objetivos del programa cuya promoción, a nivel universal, asumió expresamente en 1944, mediante la Declaración de Filadelfia, orientado a que los estados adoptasen "en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso...(confr. Declaración de la Conferencia General de la O.I.T., 26° Reunión, Filadelfia, 10 de mayo de 1944, punto III, ap. d)" (considerando 6°).

“Que es necesario reconocer que, aun después de medio siglo de vigencia de la cláusula general comentada, como aconteció en el seno de la Convención Constituyente que le dio origen, en el ámbito de la ciencia constitucional se siguen sosteniendo variadas y muy fundadas opiniones acerca de su carácter operativo o programático. Mas tal diversidad de pareceres no empece a que resulte incuestionable que, por medio del art. 29 de la ley 23.696, el legislador ha contemplado la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas en términos que no se limitan a un enunciado de valores neutros para una materia determinada, sino que expresan una definición lo suficientemente precisa como para posibilitar su aplicación inmediata dando lugar al nacimiento de derechos subjetivos. En efecto, como se examinará más adelante, la referida norma legal estableció expresamente dicha participación de raigambre constitucional en el terreno de las empresas creadas como consecuencia del proceso de

privatización llevado a cabo en la última década del pasado siglo en aquellos supuestos en que se decidió implementar programas de propiedad participada” (considerando 9º).

“Que en atención a que el derecho que se encuentra en juego reconoce su fuente primaria en la ya mencionada cláusula contenida en art. 14 bis de la Constitución Nacional, conviene precisar cuáles han de ser las reglas que presidan la delicada misión de fijar sus alcances y, en consecuencia, determinar la validez de los preceptos de rango inferior que la reglamentan. A tal fin, cabe recordar que en el precedente Berçaitz, Miguel Ángel, pronunciamiento del 13 de septiembre de 1974 (Fallos: 289:430) el Tribunal enfatizó que "el principio fundamental de la hermenéutica jurídica en los Estados que, como el nuestro, adoptan una ‘Constitución rígida’, consiste en interpretar las leyes conforme al fin que esa ‘superley’ se propone promover; y este fin, establecido en el documento de la constitución formal por una generación del pasado, ‘como derecho recibe su fuerza y efecto de la presente generación, por lo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones del presente y con la mira puesta en los problemas del presente’ (Edward S. Corvin, *The Constitution and what it means today* -Atheneum-, New York, 1963, pág. 2). Y como esta Corte lo ha declarado ‘el objetivo preeminente’ de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el ‘bienestar general’ (Fallos: 278:313), lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización". En función de ello, el análisis del plexo normativo aplicable al caso no puede prescindir de la orientación que marca la máxima *in dubio pro iustitia socialis* dado su carácter de principio inspirador y, por ende, guía de hermenéutica segura de cualquier normativa vinculada con los derechos y garantías laborales y sociales establecidos constitucionalmente. Por otra parte, la tarea del intérprete jurídico ha de tener en cuenta que, como lo ha puesto de relieve el Tribunal en el precedente V.967.XXXVIII. “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido”, sentencia del 14 de septiembre de 2004 (Fallos: 327:3677) así como en otros posteriores en los que se debatió sobre la extensión de diversas garantías constitucionales de carácter laboral, es innegable que el referido art. 14 bis coloca al *trabajador* en una posición de *sujeto de preferente atención constitucional*. Mas no es esa la única previsión que determina tan singular tutela puesto que al mismo fin concurren una serie de instrumentos integrantes del derecho internacional de los Derechos Humanos que cuentan con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22), entre los que tienen especial relevancia la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los

Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (considerando 10º).

La eliminación de las desigualdades sociales inspiró la elaboración y sanción del art. 14 bis de la Constitución Nacional, en el marco de la oposición estructural de los empresarios autónomos y los trabajadores dependientes que corresponde a la visión del constitucionalismo social, motivo por el cual la cláusula de “participación en las ganancias de las empresas” se refiere unilateralmente “al trabajador” (como un derecho individual).

Por este marco de oposición binaria en el cual se encuentra inserta, la cláusula constitucional de “participación en las ganancias de las empresas” (como un derecho de incidencia colectiva) casi no ha tenido reglamentación legal ni vigencia práctica, salvo excepciones como la del caso “Gentini”, porque supera los límites estructurales del constitucionalismo social, ya que no elimina las diferencias de los empresarios y los trabajadores, sino que las une en los bienes comunes que están más allá de ambos y que constituyen la tercera parte de unión estructural de la comunidad económica, como lo muestra una visión de constitucionalismo participativo.

5.-La Declaración Universal de Derechos Humanos: el sentido de fraternidad y el derecho a la propiedad individual y colectivamente

Otro antecedente importante consiste en la constitucionalización de la Declaración Universal de Derechos humanos, incorporada mediante el art. 75 inc. 22 de la Constitución Argentina en la reforma de 1994, que en el art. 1 señala el sentido de fraternidad de los seres humanos, y en el art. 17 establece el derecho a la propiedad individual y colectivamente.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), fue proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la ciudad de París, el 10 de diciembre de 1948, y el artículo 1º dice lo siguiente: “Todos los seres humanos nacen *libres e iguales* en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse *fraternamente* los unos con los otros”.

El artículo 1º de la DUDH contiene, como presupuestos, la *libertad* y la *igualdad* de los seres humanos, y como sentido, la *fraternidad* de los unos con los otros; y este sentido de fraternidad de los derechos humanos se concreta en los bienes comunes como la parte de unión

estructural de la comunidad. Entonces, no se trata de una libertad individualista (unos sin otros), como en la concepción liberal, ni de una igualdad antagónica (unos contra otros) como en la concepción social, sino de una libertad e igualdad para la participación fraterna de los seres humanos (unos con otros), cuya estructura tripartita es la siguiente: los *unos*, los *otros* y la *unión participativa* de ambos en los bienes comunes.

Y el artículo 17.1 de la DUDH establece el derecho a la propiedad individual y colectiva, expresando lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la *propiedad, individual y colectivamente*”.

Esta norma expresa una visión integral de la persona humana: no sólo como un *ser individual* sino también como un *ser participativo* que vive y actúa junto con otras personas compartiendo diversas acciones y resultados. Por tal motivo, las personas humanas tienen *libertades individuales* y también *libertades participativas*, las que se encuentran protegidas por los *derechos individuales* y los *derechos de incidencia colectiva*, respectivamente. Y, consecuentemente, también poseen *bienes individuales* junto con *bienes comunes*, a los que se refiere el artículo 17.1 de la DUDH: “Toda persona tiene *derecho a la propiedad, individual y colectivamente*”.

6.-El ambiente, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Un nuevo antecedente relevante está dado por la incorporación de la cláusula ambiental y los derechos de incidencia colectiva, mediante los arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional (derechos de solidaridad o de tercera generación incorporados en la reforma de 1994), respectivamente, para la protección del ambiente y la tutela de los bienes colectivos cuya sobreutilización derivada de la falta de incentivos para cuidarlos genera lo que se denomina la “tragedia de los bienes comunes”⁵⁵, como una respuesta a la cuestión del cambio climático con la formulación del paradigma ecocéntrico, desarrollado en diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵⁶.

⁵⁵ LORENZETTI, Ricardo, *El Nuevo Enemigo – El Colapso Ambiental – Cómo Evitarlo*, Sudamericana, Buenos Aires, 2021, pág. 242.

⁵⁶ C.S.J.N., Fallos: 342:924; 340:1695; 337:1361; 342:2136.

En esos fallos que se admite la existencia de un componente ambiental del estado de derecho⁵⁷, se caracteriza el ambiente como un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible⁵⁸, y el derecho al ambiente sano como un derecho humano⁵⁹; todo lo cual configura el llamado constitucionalismo ambiental que considera al ambiente como un ecosistema en sí mismo.

En la sentencia de fecha 1 de diciembre de 2017, dictada en la causa “*La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/uso de aguas*”⁶⁰, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expuso lo siguiente:

“Que si bien en el *sub examine* se configura un conflicto entre las dos provincias involucradas acerca del uso del río Atuel -que ha sido calificado como interprovincial-, las cuestiones sometidas a decisión de esta Corte en el caso, presentan aspectos diferentes de los que se describen en la sentencia del 3 de diciembre de 1987 (Fallos: 310:2478), dado que con el paso de los años el conflicto involucra ahora cuestiones de mayor alcance y *derechos de incidencia colectiva* incorporados en la reforma de la Constitución Nacional producida en el año 1994.

En efecto, *el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible* (Fallos: 329:2316). Esta calificación cambia sustancialmente el enfoque del problema, cuya solución no solo debe atender a las pretensiones de los estados provinciales, ya que los afectados son múltiples y comprende una amplia región.

Además del *ambiente como macro bien*, este conflicto se refiere al uso del *agua, que es un micro bien ambiental* y que, por lo tanto, también presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible. En este caso, en especial, se advierte claramente que ha disminuido la oferta de agua y ha aumentado la demanda, lo que produce una disputa que es de difícil resolución.

La solución de este conflicto, que, por otra parte, es cada vez más frecuente en el mundo actual y lo será en el futuro, requiere conductas que exceden tanto los intereses personales, como los provinciales. También hay que tener en cuenta que la cantidad de agua debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial, para que mantenga su sustentabilidad. Asimismo, se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente.

⁵⁷ C.S.J.N., Fallos: 339:515.

⁵⁸ C.S.J.N., Fallos: 340:1695; 329:2316; 342:924.

⁵⁹ C.S.J.N., Fallos: 337:1361.

⁶⁰ C.S.J.N., Fallos: 340:1695.

Esta calificación del caso exige, por lo tanto, una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una *visión policéntrica*, ya que son numerosos los derechos afectados.

Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan.

La regulación jurídica del *agua* se ha basado en un *modelo antropocéntrico*, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. Esta visión, que en gran medida está presente en el conflicto resuelto mediante la sentencia de 1987, ha cambiado sustancialmente en los últimos años. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es *eco-céntrico*, o *sistémico*, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente.

El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario.

Ello surge de la Constitución Nacional (artículo 41), que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos, es decir, hacer obras en defensa del ambiente. En el derecho infraconstitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado” (considerando 5°).

Y en el pronunciamiento de fecha 26 de abril de 2016, dictada en la causa “*Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/amparo ambiental*”⁶¹, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo lo siguiente:

“La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un *componente ambiental del estado de derecho*.

Por esta razón, cabe señalar que la efectividad que se reclama para todos los *derechos fundamentales*, también debe ser predicada respecto de los *de incidencia colectiva y en particular del ambiente*” (considerando 3°).

⁶¹ C.S.J.N., Fallos: 339:515.

Entonces, el *paradigma ecocéntrico* se formula en los fallos citados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como una superación del *paradigma antropocéntrico* que, según la visión de Francis Bacon, hace al hombre capaz de conseguir, a través de la correlación entre ciencia y praxis, “la victoria del arte sobre la naturaleza” (*victoria cursus artis super naturam*)⁶², o sea, hace posible el dominio del hombre sobre la naturaleza.

⁶² BACON, Francis, *Novum Organum*, 1620, I, 117.

III

La lógica de la participación

La *lógica de la participación* guía el recorrido de la investigación sobre los bienes comunes en la Constitución Argentina, y el carácter de parte de unión estructural de la comunidad y su gobierno.

1.-La lógica de la participación y los bienes comunes

La lógica de la participación comprende *la diferencia de unos y otros* ciudadanos (los dos polos) y *la unión participativa de ambos en los bienes comunes* (el centro), lo que configura la imagen completa de la estructura tripartita de la comunidad (unidad ternaria).

En la obra titulada *Epílogo*⁶³, el filósofo suizo Hans Balthasar señala lo siguiente:

“La realidad proporciona a todo ente su ser-en-sí (su ser-para-sí en el ente espiritual), pero también, puesto que todos los entes reales lo son por la única realidad, su ser-con (su ser-para-un-otro en el ente espiritual). Por eso todo ente tiene el don de poder «expresarse» frente a otros, lo que presupone una «capacidad interior» de poder comunicarse (*mit-teilen*), que significa un misterioso «*partir*» «*con*» los otros, pues lo que se comunica se da a la vez y -para poder darse- se conserva. El ser real, que ha sido regalado al ente, entraña en sí, por esto, una dualidad que por de pronto puede aparecer contradictoria: fundamentarse en sí mismo (lo cual el simple ente no lo podría realizar desde sí mismo, de lo contrario sería Dios) y salir de sí, por una dinámica dada a él, para realizarse también a sí mismo (su interior) en esta manifestación”.

“Pero como el otro, al manifestarse, es siempre más que su manifestación, subsiste también para mí como el que se manifiesta realmente, se revela oculto en su subsistencia, sólo bajo esta condición hay realmente algo que comparte conmigo; no en el sentido cuantitativo de

⁶³ VON BALTHASAR, Hans Urs, *Epílogo*, Ediciones Encuentro, Madrid, 1998, pág. 50.

que se diera sólo la mitad, y la otra mitad la conservara para sí, sino en el cualitativo de que, para compartirse a sí mismo como dado, debe salvaguardarse a sí mismo como el que da; salvaguardar no significa retener, sino posibilitar el don”⁶⁴.

“Los entes reales se perfeccionan unos con otros”⁶⁵, mediante “la unión personal de los diferentes, que no superan esa diferencia, sino que la unifican en la unidad del fruto que está más allá”⁶⁶: “la entrega crea nuevo ente”, el «partir» «con» los otros produce el fenómeno de “la fecundidad”⁶⁷.

La lógica participativa contiene el *principio de participación* («partir» «con» los otros, actuar junto con otros) que hace posible ver y comprender los dos aspectos subjetivo (actividad interior) y objetivo (forma exterior) de los *bienes comunes*: como *unión* de la participación recíproca de los diferentes individuos (relación de participación común entre sujetos que trascienden sus límites individuales), y como *producto visible y prueba* de la participación ciudadana (objeto determinado), por lo que constituyen *la parte de unión que completa la estructura participativa de la comunidad*.

Efectivamente, la participación ciudadana es integradora o unificadora (aspecto subjetivo) y al mismo tiempo productiva o fecunda (aspecto objetivo). Y por esta condición específica de ser el vínculo bilateral y el resultado visible de la participación ciudadana, los bienes comunes conforman *la parte de unión estructural de la comunidad*, el término medio o el tercero integrador entre los diferentes individuos que está más allá de ellos, el lugar de confluencia que culmina el proceso total de la integración comunitaria, pues transcurre de los ciudadanos a la participación mutua y de esta actividad a la unión participativa de los ciudadanos en los bienes comunes.

Al mismo tiempo, ver *la parte de unión estructural de los bienes comunes*, permite ver la *comunidad completa* como un conjunto de individuos diferentes que mediante su libre participación recíproca se unen y complementan *unos con otros* en los *bienes comunes* (estructura ternaria), lo que se refleja en la cooperación estructural entre los poderes del autogobierno colectivo -cooperación interna- y de éstos con los ciudadanos -cooperación externa-.

Entonces, la lógica de la participación hace posible ver una imagen completa de la estructura participativa de la comunidad (primera parte de la Constitución) y de su organización

⁶⁴ VON BALTHASAR, Hans Urs, obra cit., pág. 51

⁶⁵ VON BALTHASAR, Hans Urs, obra cit., pág. 51

⁶⁶ VON BALTHASAR, Hans Urs, obra cit., págs. 79,80.

⁶⁷ VON BALTHASAR, Hans Urs, obra cit., pág. 103.

política (segunda parte de la Constitución), que son análogas, y que están compuestas por tres partes: **unos** y **otros** ciudadanos y gobernantes, y **la unión participativa de ambos en los bienes comunes**, como la parte social propiamente dicha que lleva a término el proceso total de la construcción comunitaria.

2.-Dos lógicas que no conocen el término medio de los bienes comunes

Ni la lógica de la identidad abstracta de Aristóteles⁶⁸ (estructura unitaria), ya sea la unidad particular del individuo o la unidad general de la comunidad; ni la lógica de la unidad dialéctica (de *dia-legein*: contra-decir) de Hegel⁶⁹ (estructura binaria), la relación de oposición de unas y otras partes del todo, pueden expresar la comunidad real, ya que ambas *desconocen* el término medio (o el tercer término) de los bienes comunes como unión y producto visible de la participación interindividual, por lo que ambas lógicas resultan incompletas.

En el Libro IV, Capítulo 7 de la *Metafísica* de Aristóteles se afirma lo siguiente:

“No es posible tampoco que haya un término medio entre dos proposiciones contrarias; es de necesidad afirmar o negar una cosa de otra (nota al pie: este es el principio que se llamaba en la Escuela: *Principium exlusi tertii*)”⁷⁰.

“Además, o el intermedio entre los dos contrarios es como el gris entre lo negro y lo blanco, o como entre el hombre y el caballo, lo que no es ni el uno ni el otro. En este último caso no podría tener lugar el tránsito de uno de estos términos al otro; porque cuando hay cambio es, por ejemplo, del bien al no-bien o del no-bien al bien: esto es lo que vemos siempre. En una palabra, el cambio no tiene lugar sino de lo contrario a lo contrario o al intermedio. Ahora bien, decir que hay un intermedio, y que este intermedio nada tiene de común con los términos opuestos equivale a decir que puede tener lugar el tránsito a lo blanco de lo que no era no-blanco, cosa que no se ve nunca”⁷¹.

“Además, deberá decirse que este intermedio existe igualmente entre todas las proposiciones contrarias, a menos que se hable sólo por hablar. En este caso, no se diría ni verdadero ni no verdadero, habría un intermedio entre el ser y el no ser. Por consiguiente,

⁶⁸ ARISTOTELES, *Metafísica*, Editorial Porrúa, México, undécima edición, 1992.

⁶⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich., *Lógica*, Ediciones Folio S.A., Navarra, España, 1999, segunda parte, págs. 21, 22,43.

⁷⁰ ARISTOTELES, obra cit., pág. 70.

⁷¹ ARISTOTELES, obra cit., págs. 70,71.

entonces habría un cambio, término medio entre la producción y la destrucción”; “este intermedio será alguna cosa, tendrá una sustancia propia”⁷².

La lógica aristotélica contiene el *principio de exclusión del término medio* entre dos cosas diferentes (*o una cosa o la otra, no hay posibilidad de unión en una tercera cosa común*), también llamado el *principio del tercero excluido*, por lo que desconoce la relación y el término medio de los bienes comunes resultantes de la participación interpersonal que tiene lugar en ellos: le falta el vínculo y el fruto de la participación recíproca como la tercera parte de unión estructural de la comunidad.

En efecto, el *principio de exclusión del término medio* sólo permite pensar en *unidades independientes*, o la unidad particular del individuo o la unidad general de la comunidad, pero excluye la posibilidad de concebir la unidad intermedia de los bienes comunes: el término medio (forma exterior) de la unión por la participación recíproca (actividad interior) entre los individuos que completa la estructura participativa de la comunidad.

Esta exclusión produce el dilema del individuo o de la comunidad, como la separación de dos identidades diferentes que no se pueden integrar. Pero este dilema se puede superar si se comprende que los individuos se integran participativamente en el término medio de los bienes comunes y así concluyen la construcción de la comunidad.

Entonces, la lógica de Aristóteles explica la visión individualista del constitucionalismo liberal, la desvinculación de los individuos autónomos e independientes (estructura unitaria), lo que se refleja en la separación de los poderes del gobierno republicano -división interna- y de éstos con los ciudadanos -división externa.

Como respuesta a la lógica aristotélica, en la Segunda Parte de la “*Lógica*” de Hegel se expresa lo siguiente:

“En lugar del principio *exclusi tertii*, que es el principio del entendimiento abstracto, se debería colocar el principio: *Todas las cosas son opuestas*. Nada hay, en efecto, ni en el cielo ni en la tierra, ni el mundo del espíritu, ni en el de la naturaleza, a que pueda aplicarse el *o esto o aquello* del entendimiento como tal. Todo lo que es, es un ser concreto, y por tanto contiene la diferencia y la oposición. La finidad de las cosas finitas consiste en que su existencia inmediata no corresponde a lo que son en sí. Por ejemplo, la naturaleza inorgánica del ácido [un compuesto que es capaz de ceder protones a otro] es en sí al mismo tiempo la base [un compuesto que es capaz de captar protones de otro], lo cual equivale a decir que el ácido está

⁷² ARISTOTELES, obra cit., pág. 71.

absolutamente en relación con su contrario. Esto es lo que hace que no permanezca inmóvil en la oposición, sino que se esfuerce en realizar lo que es en sí. Lo que mueve al mundo en general es la contradicción, y es ridículo decir que ésta no se puede pensar. Lo que hay de cierto en esta opinión es que no es posible detenerse en la contradicción, y que ésta se suprime a sí misma. Pero la contradicción suprimida no es en modo alguno la identidad abstracta, porque ésta no es ella misma, sino un lado de la contradicción. El resultado inmediato de la oposición puesta como contradicción es la *razón de ser* que contiene tanto la diferencia como la identidad como suprimidas y como simples momentos ideales”⁷³.

“La razón de ser es la *unidad de la identidad y de la diferencia*, la verdad de lo que se ha producido como diferencia e identidad. Es la reflexión sobre sí que es también reflexión sobre otro que sí y recíprocamente. Es la esencia puesta como totalidad”⁷⁴.

“La relación inmediata es la del *todo* y de las *partes*. El contenido es el *todo*, y está compuesto de *partes* (la forma), lo contrario de sí mismo. Las partes se diferencian unas de otras y constituyen el elemento independiente. Y, sin embargo, no son partes sino en la identidad de su relación recíproca, o en tanto que forman un todo por su conjunto. Pero el conjunto es lo opuesto y la negación de las partes”⁷⁵.

La lógica hegeliana contiene el *principio de oposición* entre unas y otras partes del conjunto (*todas las cosas son opuestas*), también denominado el *principio de contradicción*, en lugar del *principio del tercero excluido* (o de exclusión del término medio) de la lógica aristotélica, por lo que también desconoce la unión y el término medio de los bienes comunes procedentes de la participación interpersonal que se realiza en ellos: le falta la relación participativa y el fruto de la participación recíproca como la tercera parte de unión estructural de la comunidad.

Así como en la lógica aristotélica, por el *principio de exclusión del término medio*, se excluye la posibilidad de integración de dos cosas independientes, en la lógica hegeliana, por el *principio de contradicción*, unas y otras partes diferentes del todo sólo se vinculan en una relación de negación recíproca.

De esta forma, la lógica hegeliana explica la visión conflictiva del constitucionalismo social, la relación de oposición entre los individuos por sus desigualdades (estructura binaria),

⁷³ HEGEL, Georg W.F. obra. cit. segunda parte, pág. 21.

⁷⁴ HEGEL, Georg W.F. obra. cit. segunda parte, pág. 22.

⁷⁵ HEGEL, Georg W.F. obra. cit. segunda parte, pág. 43.

lo que se proyecta en la puja entre los poderes institucionales -conflicto interno- y de éstos con la sociedad -conflicto externo-.

3.-Más allá de los límites estructurales del constitucionalismo liberal y social

La lógica de la participación, como tercera vía, supera los defectos de la lógica abstracta de Aristóteles (identidad unitaria de individuos aislados) y de la lógica dialéctica de Hegel (conflicto binario de individuos diferentes), deja de lado las exclusiones (*principio de exclusión del término medio*) y las negaciones (*principio de oposición*) de estas dos últimas, y va más allá de sus límites estructurales completando lo que les falta: la unión (relación intersubjetiva) y el fruto (producto objetivo) de la participación interindividual (*principio de participación*).

A partir de la lógica de la participación, las visiones del constitucionalismo liberal y social que abarcan menos, se integran en una visión que abarca más (*principio de integración*), o sea, en una visión más amplia de *constitucionalismo participativo*.

En efecto, la lógica de la participación permite que tanto la visión del constitucionalismo liberal como la visión del constitucionalismo social, que tienen una estructura individualista (unidad unitaria) y conflictiva (unidad binaria), respectivamente y, por ende, una mirada inconclusa de la construcción comunitaria, se puedan integrar en una visión completa de la comunidad que tiene una estructura participativa (unidad ternaria).

Y esta integración se realiza en los centros de participación y unión de los bienes comunes, que no sólo constituyen el centro estructural de la comunidad en la primera parte de la Constitución (como objetos de los derechos de incidencia colectiva o de participación común), sino también el centro estructural de su gobierno en la segunda parte de la Constitución (como objetos de los poderes), y que hacen posible el desarrollo de la integración de los ciudadanos, de los gobernantes y de ambos entre sí.

SEGUNDA PARTE

IV

Los bienes comunes como parte de unión estructural de la comunidad

La investigación sobre los bienes comunes en la Constitución Argentina, se desarrolla a partir de la pregunta: *Si los bienes comunes constituyen la parte de unión estructural de la comunidad.*

Esta *cuestión no planteada* por el constitucionalismo liberal y social, porque excede los límites estructurales de ambos, hace necesario mostrar y explicar la condición estructural de los bienes comunes, en su doble aspecto: como *unión* que resulta de la libre participación recíproca de los ciudadanos (relación de participación común entre sujetos que van más allá de sus límites individuales), y como *producto* visible y prueba de la participación ciudadana (objeto determinado).

Todos los frutos de la participación interpersonal son bienes comunes de diversas clases (políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales) y con distintas formas concretas (escuelas, hospitales, calles, plazas, caminos, puentes, paisajes naturales, etc.), o sea, los puntos de encuentro de la comunidad, lugares donde se concretan los objetivos constitucionales de la unión nacional y el bienestar general, los espacios donde se cumple el sentido de fraternidad de los derechos humanos.

Y si los *bienes comunes* son los centros de *unión* de *unos* y *otros* ciudadanos, entonces, por esta condición específica de ser el vínculo bilateral y el resultado visible de la participación ciudadana, conforman *la parte de unión estructural de la comunidad*, el término medio entre los diferentes individuos que está más allá de ellos, el lugar de confluencia que culmina el proceso total de la integración comunitaria, pues a los ciudadanos sigue la participación mutua, y a esta actividad sigue la unión participativa de los ciudadanos en los bienes comunes.

Ver o no ver la parte de unión estructural de los bienes comunes, es decisivo para ver o no ver la comunidad completa. Porque los bienes comunes son los objetos visibles de la unión de los sujetos y como lugares de participación constituyen *la tercera parte de unión estructural de la comunidad*, o sea, la parte comunitaria propiamente dicha (del latín *communitas*: cualidad de común) que, precisamente por su carácter propio de nexo común entre unos y otros individuos (primera y segunda parte estructural), se puede distinguir, pero no separar de toda la comunidad: *vemos la comunidad si vemos la confluencia de los ciudadanos en los bienes comunes.*

Entonces, la visión de la parte de unión estructural de los bienes comunes lleva a término y permite ver toda la estructura participativa de la comunidad: el conjunto de unos y otros individuos, y la unión de ambos en los bienes comunes.

El *método* para resolver esta cuestión consiste en la observación documental y la identificación de las normas de la Constitución de la Nación Argentina relativas a los bienes comunes, junto con la observación empírica y el análisis de los bienes compartidos en la construcción permanente de la comunidad, para descubrir los espacios de participación ciudadana y de gestión gubernamental que conforman esos bienes y, así, alcanzar una visión completa de la estructura de la comunidad que incluye, como tercera parte estructural, a la confluencia de los ciudadanos en los bienes comunes.

Se trata de reconocer las normas constitucionales que representan *los bienes comunes políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales*, siguiendo el desarrollo de la historia constitucional argentina desde 1853 hasta la actualidad, para poder percibir las formas concretas y comprender los contenidos participativos de esos bienes en el proceso de integración de los distintos grupos sociales y de toda la sociedad y, de esta forma, tener una mirada integral de la comunidad con la presencia de la tercera y última parte estructural de los bienes comunes, como los lugares de cooperación de los ciudadanos y de servicio de los gobernantes.

Esta investigación sobre los espacios de integración de los bienes comunes en la estructura de la comunidad es relevante porque intenta llenar los lugares dejados vacíos por las visiones del *constitucionalismo liberal* (derechos individuales o de primera generación) y del *constitucionalismo social* (derechos sociales o de segunda generación), las cuales desconocen el aspecto de parte estructural de los bienes comunes y así pierden de vista el medio de unión de los ciudadanos, cuyos resultados tangibles son las divisiones liberales y los conflictos de las desigualdades sociales.

En cambio, el reconocimiento de los espacios de integración de los bienes comunes en la estructura de la comunidad, hace posible superar las divisiones individualistas y resolver los conflictos de las desigualdades sociales mediante la participación de los ciudadanos en la generación, en la conservación y en los beneficios de las distintas clases de bienes comunes, concretos y siempre presentes, los que también constituyen el objeto de la gestión del gobierno democrático.

Una visión integral de la estructura participativa de la comunidad con la inclusión de los bienes comunes permite comprender que el objetivo constitucional de *“la unión nacional”* se realiza y manifiesta continuamente en dichos bienes como el *resultado* de la participación de los ciudadanos y la gestión de los gobernantes. y que a ellos se refiere también el Preámbulo de la Constitución cuando enuncia el *“objeto”* de *“promover el bienestar general”*.

Al mismo tiempo, permite dar una respuesta a *“la cuestión central”* o *“el dilema central”* que desde la Revolución Francesa ha agitado a las sociedades contemporáneas, según el historiador François Furet⁷⁶, quien plantea el problema del siguiente modo: *“¿Qué es la comunidad si nosotros somos individuos autónomos? ¿Qué une, que puede unir a la sociedad, si ella misma comienza por definirse a partir de lo que pertenece a cada individuo?”*, y agrega que la Revolución Rusa de 1917 creyó resolver este dilema, pero fracasó y el problema aún permanece intacto.

También la historiadora Lynn Hunt⁷⁷ señala que en el siglo XVIII quienes abogaban por el aumento de la autodeterminación debían hacer frente a *un dilema*: *“¿de dónde saldría el sentido de comunidad en este nuevo orden que incidía en los derechos del individuo?”*, y el historiador Elías Palti⁷⁸ habla de *“ficciones de identidad nacional”*, por el *“carácter imaginado de las comunidades nacionales”* como meros *“constructos mentales”* pero *“en cuyo núcleo se encuentra un vacío”*.

En realidad, este dilema y este vacío sólo pueden resolverse con el reconocimiento de la unión ciudadana en los bienes comunes, ya que la comunidad no es un conjunto de individuos aislados, ni un conjunto de individuos en una relación de conflicto por sus desigualdades, como lo entienden el constitucionalismo liberal y social, respectivamente, sino un conjunto de individuos diferentes que mediante su libre participación recíproca se unen y complementan

⁷⁶ FURET, François, *La Revolución Francesa en debate. De la utopía liberadora al desencanto en las democracias contemporáneas*, 1ª edición, Bs.As., siglo XXI editores, 2016, págs. 103 y 116.

⁷⁷ HUNT, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, 1ª edición, Bs.As., Tusquets Editores, 2010, pág. 64.

⁷⁸ PALTÍ, Elías, *La nación como problema – Los historiadores y la “cuestión nacional”*, Fondo de Cultura Económica, 2006, págs. 77, 81, 87, 103, 107, 114, 117.

unos con otros en los bienes comunes, como la parte conclusiva o final de una “construcción”⁷⁹ comunitaria permanente.

En sentido contrario, los conflictos sociales, que también existen, se producen precisamente por no ver ni comprender la parte de unión estructural de los bienes comunes y perder por este desconocimiento el camino de la integración constitucional que se realiza en ellos, lo que constituye uno de los problemas fundamentales de la teoría constitucional contemporánea, con el agravante de ser *una cuestión no planteada*.

Por lo tanto, en esta tesis se pretenden mostrar los espacios de integración de los bienes comunes políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, como los lugares donde confluyen y se complementan mutuamente los individuos en la sociedad y, de este modo, poder ver una imagen completa de la estructura participativa de la comunidad y de su forma de gobierno, integrada por *unos* y *otros* ciudadanos y gobernantes, y la *unión* por participación de ambos en los bienes comunes, como la parte comunitaria propiamente dicha: ¡vemos la comunidad si vemos la confluencia de los bienes comunes!

Esta visión es relevante porque, si los lugares de unión de los bienes comunes se pasan por alto, también falta la integración entre la autonomía individual (las libertades individuales) y la soberanía popular (el autogobierno del pueblo), o sea, entre la declaración de derechos y la organización del poder, las dos partes tradicionales de cualquier Constitución.

La comprensión de los bienes comunes como la parte de unión de los ciudadanos que concluye la estructura participativa de la comunidad real es necesaria para cerrar la brecha que las concepciones del constitucionalismo liberal individualista y del constitucionalismo social igualitarista (o antiindividualista) no pueden cerrar, porque ambas ignoran la integración estructural de los individuos en los bienes comunes para desarrollarse y crecer juntos unos con otros, resultando así concepciones parciales y, en definitiva, erróneas por incompletas.

Por el contrario, una nueva mirada de conjunto de la estructura participativa de la comunidad con la inclusión de los bienes comunes hace posible dejar de lado las exclusiones individualistas y las contradicciones de las desigualdades sociales, y desarrollar la integración de los ciudadanos, de los gobernantes y de ambos entre sí, ya que los bienes comunes no sólo son la parte central de la estructura de la declaración de derechos, sino también de la estructura de la organización del poder en la Constitución.

⁷⁹ ROSATTI, Horacio, *El origen del Estado*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2002, pág. 31.

En síntesis, el primer aporte que se ofrece en la presente tesis para la teoría constitucional y los derechos humanos es sacar a la luz la función integradora de los bienes comunes en la estructura participativa de la comunidad, como la parte de unión estructural que faltaba percibir, para así completar la imagen de la comunidad real con todas sus partes (unos y otros ciudadanos y gobernantes, y la unión por participación de ambos en los bienes comunes), sus distintos aspectos (político, económico, social, cultural y ambiental), y los diferentes derechos de los ciudadanos (derechos humanos individuales y derechos humanos de incidencia colectiva o de participación interindividual).

1.-Los bienes comunes políticos

Los bienes comunes políticos como las escuelas, los hospitales, las calles, las plazas, los caminos, los puentes, los ferrocarriles, etcétera, constituyen la parte de unión estructural de la comunidad política y se encuentran representados en distintas normas constitucionales.

a)-Las normas constitucionales

La identificación de normas constitucionales relativas a los bienes comunes políticos (Preámbulo; art. 4; art. 75, inc.18; art. 75, inc. 19; art. 125; art. 17.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incorporada por el art. 75, inc. 22).

El preámbulo.

“Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir *la unión nacional*, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover *el bienestar general*, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina”.

Los fondos públicos.

Artículo 4°. El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los *fondos del Tesoro nacional* formado del *producto* de derechos de importación y exportación, del de la

venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las *demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población* imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional.

En el *Congreso General Constituyente de 1853*, el señor convencional *Gorostiaga*⁸⁰ expuso algunas consideraciones con respecto a la discusión del art. 4º del proyecto de Constitución:

“El señor *Gorostiaga* obtuvo la palabra y dijo: que como miembro informante de la Comisión, se contraería primero a demostrar algunos de los fundamentos y razones que aquella había tenido para establecer el artículo en discusión, y que después contestaría a las aducidas por el señor Diputado de Santa Fe.

Todo gobierno, dijo, debe tener poder bastante para dar entero cumplimiento a las obligaciones que se le imponen y de que es responsable. *Las rentas son el principal resorte para llenar estos objetos*, elemento sin el que la máquina del Estado quedaría paralizada, porque sin *la unión y consolidación de rentas*, de ciertos intereses y medios, no puede haber en política existencia nacional, y la creación de aquéllas en relación a las necesidades del país y a sus recursos *es una parte esencial de toda Constitución*”.

“Que todo lo que se daba al Gobierno era lo que fijaba el artículo en discusión, y es como sigue: El Gobierno Federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro Nacional formado de los productos de importación y exportación de las Aduanas, del de la renta o locación de tierras de propiedad Nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad Nacional”.

Continuando con la discusión del artículo 4º del proyecto de Constitución, el señor convencional *Seguí*⁸¹ afirmó lo siguiente:

“El señor *Seguí* pidió la palabra para apoyar las observaciones del Señor *Gorostiaga* y dijo: *que conceptuaba de tan vital importancia el artículo en discusión del proyecto*, que se atrevía a asegurar, que si el no se sancionaba tal cual había sido redactado por la Comisión, sería inútil, sin resultado alguno, impracticable, y hasta ridícula la Constitución de los pueblos

⁸⁰ Diario de Sesiones del Congreso General Constituyente de 1853, Sesión N°40, Santa Fe, 22 de abril de 1853.

⁸¹ Diario de Sesiones del Congreso General Constituyente, Sesión N°41, Santa Fe, 23 de abril de 1853.

argentinos; y aclarando más su pensamiento añadió: que el artículo sobre rentas generales era la única base posible a la Nación que se creaba, del Gobierno común, que se reducía a fórmula; y suprimido él o sustituido con algún otro que lo mutilase o cortara su extensión, no grande a la verdad, resultaría quimérica la formación del Ejecutivo Nacional, de las Cámaras Legislativas, del Tribunal Supremo de Justicia, de los ejércitos de mar y tierra, seguridad de fronteras, construcción de Ferro-Carriles, apertura de canales, etc., tornándose imposible cualquier medida de adelanto intelectual o material que tratase de adoptar para cambiar, mejorando la tristísima y desconsoladora situación de ese número de Provincias desparramadas sobre la superficie del suelo Argentino, que después de su independencia, nunca fueron sino por una impropiedad del lenguaje, ni Provincias Unidas, ni Confederación, ni República, ni otra cosa (lo diré con franqueza) que catorce pueblos aislados, disconformes en todo, menos en hacerse la guerra sin misericordia y suicidarse sin repugnancia”.

La cláusula del progreso.

Artículo 75. Corresponde al Congreso:

18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo. (origen: *artículo 64, inc.16*, 1853; art. 67, inc. 16, 1860).

Artículo 125. Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios. (origen: *artículo 104*, 1853; art. 107, 1860).

La “cláusula del progreso” es la única norma que se repite en la Constitución, casi con los mismos términos, en el art. 75, inc. 18 (facultades del Congreso de la Nación) y en el art. 125 (facultades de las Provincias), por la importancia de sus objetivos.

La nueva cláusula del progreso.

Artículo 75. Corresponde al Congreso:

19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen.

Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales (inciso incorporado por la reforma de 1994).

En la *Convención Nacional Constituyente de 1994*, el señor convencional *Cafiero (A.F.)*⁸², formuló expresiones con respecto al inciso 16 bis del artículo 67 de la Constitución Nacional, algunas de las cuales se transcriben a continuación:

“Nos encontramos frente a un trascendente debate en el contexto de la reforma que estamos sometiendo a la aprobación de esta Honorable Asamblea Constituyente. La Comisión Redactora, en el despacho que estamos considerando, ha incluido un proyecto por el cual se agrega al art. 67 de la Constitución Nacional el inciso 16 bis que viene a actualizar para nuestro tiempo la llamada "cláusula para el progreso", que los constituyentes de 1853 incorporaron en el inciso 16.

La orientación de la cláusula de 1853, sus referencias a la "construcción de ferrocarriles", "exploración de ríos interiores", "construcción de canales navegables", "inmigración", etc., indica claramente que tanto el poder como el progreso se basaba entonces en la tierra, como propiedad y dominio y también como espacio a conquistar y poblar. En la posesión de ese espacio y en la extensión del mismo, en la prolongación de las fronteras, se hallaban los fundamentos de un Estado que además invocaba el valor supremo de la libertad.

⁸² Diarios de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, 28ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 10/11 de agosto de 1994, Orden del Día N°8, inserción solicitada por el señor convencional Cafiero (A.F.).

Los nuevos poderes emergentes en las sociedades complejas, modernas, urbanas y democráticas, surgidas con la Segunda Revolución Industrial y aceleradas por las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, aparejaron la creación de un Nuevo Estado. En el año 1941 el arzobispo inglés Temple acuñó una expresión que se iba a hacer famosa: le opuso al Estado de Guerra de los alemanes (Warfare State), el Estado de Bienestar de los ingleses (Welfare State). Terminada la guerra otro estadista inglés, el laborista Lord Beveridge, enunció su contenido: liberar a todos los hombres de sus necesidades básicas ("freedom from wants"). "Si no somos iguales en la satisfacción de nuestras necesidades básicas, no somos libres". Y para ello propuso un conjunto de leyes sociales e intervenciones estatales que iban "desde la cuna a la tumba", las que fueron adoptadas en la Gran Bretaña, extendidas luego en la mayoría de los países occidentales, consagradas en muchos de ellos a través de reformas constitucionales y que fueron perfilando la vigencia universal del Estado de Bienestar. El que no negó al Estado de Derecho, sino que lo superó, insertándolo en una función no meramente formal de gestión del *bien común*.

Como producto del irresistible dinamismo de la historia y tal vez de sus propias falencias, el Estado de Bienestar y el constitucionalismo social que le fue inherente han entrado en crisis. La idea que en el automatismo de los mercados y en la reducción de las funciones del Estado radican las condiciones del progreso moderno puede, tal vez, haber influido a la Comisión Redactora para que en su despacho proponga el "*progreso económico*", sin ninguna otra calificación, como el principal "fin constitucional" -como diría Alberdi- de la cláusula que estamos analizando. Cuando el convencional Jesús Rodríguez, con el talento que todos reconocemos, -siguiendo a ese gran economista argentino que es el Dr. Julio Olivera- señaló que el "progreso económico" es el aprovechamiento de todas las potencialidades de los recursos naturales, humanos, de capital y tecnológicos, pero que además incorpora (a diferencia del "crecimiento" o del "desarrollo") el concepto de equidad, de justicia y solidaridad, nosotros, los justicialistas, nos vemos en la obligación de disentir.

Es que el concepto de "*progreso*" es propio del enciclopedismo del siglo XVIII y fue formulado por Condorcet en 1748 en su "Discurso sobre el progreso". Allí planteó las tesis axiales que iluminaron e informaron a todo el siglo siguiente (el XIX): es el supuesto de la civilización como sinónimo de progreso. Su tesis central es la refutación a Vico (y su idea de los "corsi e ricorsi"), ya que sostiene que la historia humana avanza de manera análoga al crecimiento del hombre, siempre hacia adelante: nacimiento, infancia, juventud y madurez. No toca el tema de la muerte, que luego será el eje del pensamiento de Oswald Spengler en su tesis

sobre la "la decadencia de occidente". Condorcet sostiene que la evolución humana es lineal, que no se repite y que de generación en generación, de manera inercial y espontánea, se produce el incremento de los conocimientos, no sólo aquellos vinculados a las ciencias y a las artes, sino también el "conocimiento moral", al que llama "virtud". Esto es para Condorcet el progreso.

Pudo decirse entonces que cada siglo significaba un avance con relación al anterior, de manera automática. Esta visión ha empapado y teñido el uso de la palabra progreso, incluso hasta nuestros días. El "*progreso*" no incluye la voluntad humana y política de darle sentido y orientación al cambio y a la evolución de la historia. Repito: sería espontáneo, lineal, inercial, automático. Sin embargo, el siglo XX con su espectacular auge científico y difusión del conocimiento ha presenciado los retrocesos y los horrores del totalitarismo y de los fundamentalismos, de las guerras y los holocaustos. El "progreso", tal como lo entendiera Condorcet y los "progresistas" de su tiempo, no ha podido superar esta inmensa refutación histórica.

Trasladado al campo social y económico, el progreso, más que sugerir implícitamente los conceptos de equidad, justicia y solidaridad, queda anclado a la visión inercial y espontaneísta de su origen filosófico. Si, como se propone en la nueva cláusula constitucional que estamos debatiendo, el progreso en general tiene como finalidad el desarrollo humano, entonces el "*progreso económico*" debe hacerse cargo de los desequilibrios que genera. En este "hacerse cargo" cobra plena significación la anexión explícita de la *Justicia Social* como valor inescindible del progreso económico.

En términos constitucionales, señor Presidente, podríamos sostener entonces que la *Justicia Social* es una concepción del derecho no estática, sino enteramente dinámica que, conforme con las mutaciones constantes de las condiciones económicas y sociales, *busca la realización efectiva del bien común*. Resulta en este sentido más que un derecho una doctrina jurídica que corresponde a todos los demás derechos y que hace a la esencia de la dignidad de la criatura humana, individual y colectivamente considerada. Supera en sus efectos al derecho ordinario, cuya acepción conmutativa, legal y distributiva encuadra en un "sincretismo de virtudes", corrigiéndola en la práctica en cuanto sea necesario y aspira, en suma, a realizar la armonía fecunda de todos los factores y grupos sociales, *suprimiendo cualquier forma de la injusticia social*.

Desde 1945, entonces, la *Justicia Social* no consistió solamente en una distribución más justa del ingreso a los trabajadores industriales, en otorgar la "ciudadanía social" tanto a éstos como a los más postergados trabajadores rurales y en la creación de una vasta red de protección

social. El rasgo más distintivo y definitorio del nuevo *Estado de Justicia* -cuya expresión simbólica máxima fue el discurso y el accionar de Evita- fue el de romper con la "deferencia", o sea, con los modos de acatamiento, subordinación e integración hacia los superiores - autoridades o patrones- propios de una sociedad estamental en que habían vivido sumidos los trabajadores, para dar paso a una sociedad substancialmente más democrática, participativa e igualitaria. Y en los casos de ancianos, niños, desvalidos y sumidos en el pauperismo transformar sus necesidades en derechos y hacerlos sujeto de un *asistencialismo "reivindicativo"*, es decir, no fundado en la beneficencia sino en la justicia. Tal fue en esencia, el mensaje de Evita. Aspectos, todos ellos, no implícitos al Estado de Bienestar social-demócrata pero sí entroncados con las denuncias proféticas de la tradición bíblica judeo-cristiana.

El advenimiento del peronismo implicó por lo tanto, una redefinición del sistema de relaciones sociales: encarnó la Justicia Social como valor central, partió de las experiencias históricas y luchas anteriores de los trabajadores, tuvo en cuenta los grandes cambios producto de las crisis del capitalismo a escala mundial de los años '30 y las respuestas sociales y políticas que se dieron en el continente europeo y americano, especialmente el New Deal del Presidente Roosevelt y el constitucionalismo social de post guerra. Todo lo cual se expresó en la Reforma Constitucional de 1949.

Estas transformaciones y transferencias de poder afectaron intereses y concepciones dominantes y muchas veces los defensores del "statu quo" usaron hasta el último recurso material en defensa de sus privilegios o de su concepción del orden social. Sabemos también que una mala comprensión sobre la naturaleza de ese *enfrentamiento* separó a muchos argentinos idealistas, desgarró ambientes y familias y finalmente nos llevó en conjunto a muchas frustraciones.

Volviendo específicamente al concepto general de la nueva cláusula, advertimos con satisfacción que el despacho de la Comisión incorpora como componente fundamental del progreso al "*desarrollo humano*". Han cambiado los tiempos en que la idea de progreso era asociada exclusivamente a la existencia de un marco de libertades propicias al crecimiento económico. Ahora, conforme a criterios modernos de las Naciones Unidas, en los que son perceptibles conceptos arraigados desde antiguo en varias de las fuerzas políticas que integran esta Asamblea, "al desarrollo humano le interesa tanto la generación de crecimiento económico, como su distribución, tanto las necesidades básicas como el espectro total de las aspiraciones humanas, tanto las aflicciones humanas del Norte como las privaciones humanas del Sur. El

concepto de desarrollo humano no comienza a partir de un modelo predeterminado. Se inspira en las metas a largo plazo de una sociedad. Teje el desarrollo en torno a las personas, y no las personas en torno al desarrollo.

El objetivo básico del desarrollo humano es ampliar las oportunidades de los individuos para hacer que el desarrollo sea más democrático y participativo. Una de ellas es el acceso al ingreso y al empleo, a la educación y a la salud, y a un entorno físico limpio y seguro. A cada individuo debe dársele también la oportunidad de participar a fondo en las decisiones comunitarias y de disfrutar de la libertad humana, económica y política.

He aquí un programa, un proyecto nacional para los argentinos del siglo XXI”.

Artículo 125.- Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios.

Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura (párrafo incorporado por la reforma de 1994).

La Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 17.1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

b)-La comunidad política

La Constitución de 1853 hace referencia a los bienes públicos o bienes comunes políticos en el artículo 4º, relativo a los *fondos del Tesoro nacional*, formado de la *unión* y el *producto* de las *contribuciones* recíprocas de los ciudadanos, y como dijo el convencional Gorostiaga, “la unión y consolidación de rentas” que resultan de las *contribuciones* de los ciudadanos (contribución significa “dar” junto “con” los otros, y esto es sinónimo de participación: “partir” junto “con” los otros), “es una parte esencial de toda Constitución”, en sentido coincidente con el convencional Seguí, “que conceptuaba de tan vital importancia el artículo en discusión del proyecto” de Constitución de 1853.

En efecto, la *unión* y el *producto* visible de las contribuciones recíprocas de los ciudadanos constituyen los fondos públicos, y estos recursos públicos se convierten -por medio

de la gestión de sus representantes- en los bienes y servicios públicos a los que se refiere la llamada “cláusula del progreso” (art. 64, inc. 16, de 1853; art. 67, inc. 16, de 1860; art. 75, inc. 18, de 1994), es decir, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, el progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y los demás bienes conducentes a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, como escuelas, hospitales, redes viales, medios de transporte público, etc.; como dijo el convencional Gorostiaga: “Las rentas son el principal resorte para llenar estos objetos”, o sea, *los bienes comunes políticos* que usan y gozan los ciudadanos y que constituyen la parte de integración de la estructura participativa de la comunidad política, cuya composición es tripartita: unos y otros ciudadanos, y la unión contributiva de ambos en los bienes comunes políticos.

De manera semejante, la denominada “nueva cláusula del progreso” (art. 75, inciso 19, incorporado en la reforma de 1994), que complementa la “cláusula del progreso” de 1853 con el sentido de desarrollo humano y justicia social, y el art. 17. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que establece el derecho de toda persona a la propiedad individual y colectivamente, también se refieren a los bienes que comparten los individuos y que permiten llegar a una mirada integral de la comunidad con la inclusión de la parte estructural de los *bienes comunes políticos*, como el lugar de cooperación de los ciudadanos y de gestión de los gobernantes.

Entonces, una visión de constitucionalismo participativo muestra los bienes comunes políticos como la parte de unión estructural de la comunidad política, y va más allá de los límites estructurales del individualismo liberal y del conflicto de las desigualdades sociales correspondientes al constitucionalismo liberal y social, respectivamente.

2.-Los bienes comunes económicos

Los bienes comunes económicos como los flujos de ingresos, las rentas, los productos o las ganancias de las micros, pequeñas, medianas y grandes empresas, constituyen la parte de unión estructural de la comunidad económica y se encuentran representados en distintas normas constitucionales.

a)-Las normas constitucionales

La identificación de normas constitucionales relativas a los bienes comunes económicos (art. 14 bis, primer y segundo párrafos; art. 75, inc. 19, primer y segundo párrafos; art. 17.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incorporada por el art. 75, inc. 22).

Los derechos sociales.

Artículo 14 bis. El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: Concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo (primer y segundo párrafos).

En la *Convención Nacional Constituyente de 1957*, el señor convencional *Jaureguiberry*⁸³ expuso algunas consideraciones con respecto al proyecto del *nuevo art. 14* de la Constitución:

“Nosotros propiciamos *la idea de justicia social para todos*: para el Estado y para los particulares, no como privilegio de clase ni posición de gobierno, sino como una conquista irrenunciable para todos los argentinos.

No es ajena a esta exposición de motivos referirme al *intervencionismo* y al *dirigismo* en materia de derechos sociales, palabras que han insinuado en este ambiente la posibilidad de que nos hubiéramos alejado de las concepciones jurídicas para encasillarnos en programas ideológicos.

Josserand, magnífico civilista francés, para explicar el trato desigual en las relaciones laborales, inventó la *teoría del dirigismo jurídico* y hasta insinuó que la justicia debía poner algo de su parte para inclinar a favor del trabajador el plato de su balanza. He citado a *Josserand*, porque nadie puede dudar de que sea intervencionista ni proclive al colectivismo.

⁸³ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 21ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 21 de octubre de 1957.

Eduardo Couture, extraordinario demócrata, uruguayo de nacimiento, pero gloria del pensamiento jurídico universal, insospechado cultor de ideas antitotalitarias, tenía también una fórmula casi matemática para explicar el dirigismo jurídico.

En la balanza de las desigualdades para llegar a la igualdad, había que agregar otra desigualdad. Así, una desigualdad más otra desigualdad podían constituir una igualdad”.

El señor convencional *Peña*⁸⁴, expresó lo siguiente:

“La necesidad de incorporar al texto de nuestra Carta Magna principios que garanticen los derechos del trabajo y de la seguridad social es una consecuencia de la etapa de evolución que vive el mundo. La Revolución Francesa marcó el comienzo del *constitucionalismo individual* con la proclamación de los derechos del hombre y del ciudadano; en cambio, hoy vivimos en plena época del *constitucionalismo social*. Era necesario entonces dar vigencia en nuestra Constitución a esos principios.

Afirmamos por tanto la *primacía del trabajo*, que es una actividad de la persona, sobre el capital, que es un instrumento material.

La lucha por la justicia social es uno de nuestros principales objetivos.

Al incorporar los derechos sociales y gremiales a nuestra Constitución nos ubicamos en esa *línea reformista* que será la mejor manera de revolucionar en el orden social, sin cambios violentos, *para pasar de un sistema económicosocial a otro*.

Los convencionales demócratas cristianos han firmado favorablemente el despacho que establece entre los derechos del trabajo, el de *participar en las ganancias de la empresa* y el de *colaborar en su gestión*. El concepto moderno de la empresa ya no es el individualista del siglo pasado.

Al establecer con vigencia constitucional que *el trabajador tiene derecho a participar en las ganancias de las empresas*, estamos consagrando un principio verdaderamente revolucionario en nuestra legislación constitucional.

En la *empresa capitalista* la iniciativa, la responsabilidad, el contralor y la autoridad suprema -por encima de la dirección técnica- pertenece legalmente a los representantes o detentadores del capital. Esta *autocracia del capital* a través del tiempo fu limitándose, primero, por la legislación social, que ha mirado sobre todo salvaguardar la salud física y moral de los trabajadores y ha sido obra del Estado; y por el contrato colectivo después, que por obra de los

⁸⁴ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 21ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 21 de octubre de 1957.

mismos trabajadores agrupados en organizaciones sindicales se ha propuesto defender su salario del juego de la oferta y la demanda. Pero esta limitación de la *autocracia del capital* y esta valorización del trabajo a través de la legislación social y de los convenios colectivos de trabajo no ha llegado a producir *ninguna transformación de fondo en la estructura capitalista de la empresa*.

La *colaboración del trabajo en la gestión* se nos presenta, en cambio, como el medio para obtener en la empresa el reconocimiento teórico y práctico de la dignidad y supremacía del trabajo sobre el capital, como uno de los medios de llegar a que la empresa capitalista se transforme en profundidad en una auténtica *comunidad de trabajo*; copropiedad de prestadores de obras y poseedores de capital.

Decimos que la colaboración en la gestión responde a un objetivo de orden económico.

El aumento de la producción es una condición general y esencial para la elevación del nivel de vida de los trabajadores y de la Nación y la clave de la industrialización de los países económicamente poco desarrollados. *Producción y distribución están en íntima interdependencia*: distribuir más equitativamente la renta nacional para que, aumentados los ingresos, se amplíen los mercados a fin de absorber la producción; producir más en cantidad y calidad para elevar el nivel de vida de la población por medio de una justa distribución.

La eficiencia productiva en calidad y cantidad de una empresa está en relación con la capacidad del empresario y la disponibilidad de los capitales; pero también lo está en el empeño que ponga la mano de obra en ello.

Es natural que la productividad de la empresa sea reducida en tanto y en cuanto el trabajo permanezca extraño a la vida de la misma. Y más aún en el actual momento histórico en que la clase trabajadora tiene una mayor conciencia de su dignidad y de sus fuerzas. Si no es objeto de mayor consideración en sus aspiraciones de ser tratada como sujeto y no como objeto en la vida económica, y se ve constreñida a permanecer indefinidamente en posición de inferioridad, es fácil que su actitud de indiferencia se mude por una actitud de franca hostilidad en perjuicio de la *producción* y por consiguiente del *bien común*.

Por el contrario, es natural que el empeño de la mano de obra por una mayor producción se acentúe en la medida en que el trabajo es llamado a asumir responsabilidad dentro de la empresa y a manifestar sus puntos de vista sobre el particular, como asimismo cuando se le garantiza que obtendrá *ventajas reales e importantes* de esa producción aumentada.

La experiencia es ilustrativa de la mayor productividad con la *participación del trabajo en la dirección* de la empresa. El caso de Alemania Occidental después de la ley de cogestión y de los consejos de establecimientos, es una demostración de ello”.

A continuación, el señor convencional *Palacios*⁸⁵, sostuvo lo siguiente:

“Las fuerzas productivas, creadas por la evolución económica, exigían otra organización en la producción, basada sobre el trabajo colectivo, es decir, sobre la *producción social*. Y este método de producción que se implantó está, ahora, también en *contradicción* con la *apropiación individual de los productos*. La apropiación individual de los productos corresponde a una época anterior de la pequeña industria y de la pequeña explotación agrícola.

Hoy el sistema de la propiedad no puede dominar las fuerzas productivas. El sistema de producción se rebela contra el sistema de propiedad, y así el régimen capitalista no puede garantizar el pan de cada día a todos los hombres. Toda forma de propiedad es precaria.

Así aparece el material humano de explotación: el trabajador libre, dueño de las fuerzas del trabajo, que necesita venderla al dueño de los medios de producción.

La reacción se opera por el exceso de explotación y se producen movimientos de trabajadores que resisten a la injusticia intolerable. La razón, proclamada por los filósofos del siglo XVIII y afirmada por los doctrinarios del siglo XIX, en simbiosis con la historia, originaron las primeras leyes de justicia social”.

Seguidamente, el señor convencional *Aguirre Cámara*⁸⁶, afirmó lo siguiente:

“Los comunistas están aquí, por esa razón, en contra de la participación, y están en eso -lo que es curioso- en completa coincidencia con el representante único del Partido Cívico Independiente, lo que una vez más prueba que *los extremos, en definitiva, siempre se tocan*.

Aquí, la derecha auténtica, franca, decidida, es el talentoso diputado Otero Monsegur, que tanto lamento esté ausente esta noche. La izquierda, la más izquierda de todas es la figura, tan completa y tan simpática, del constituyente Rodolfo Ghioldi. Y éste y aquél están de acuerdo en la oposición a la participación en las ganancias. Por supuesto, por razones que se repelen violentamente. El uno, porque cree que la sociedad capitalista va fatalmente a la crisis definitiva, y mejor es anticiparla. El otro, porque cree que esa sociedad capitalista goza de una salud tan magnífica que le anuncia una vida tan larga y que no es necesario darle nada para fortificarla. Ni el ácido bórico ni las cataplasmas de lino.

⁸⁵ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 21ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 21 de octubre de 1957.

⁸⁶ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 21ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 21 de octubre de 1957.

Pero, señor presidente, la extrema derecha y la extrema izquierda coinciden, en esto, a la vez por razones también coincidentes: una y otra no creen, respecto a estos problemas, que pueda hacerse nada realmente eficaz. No creen en las reformas: la extrema derecha, porque para ella ahora todo es perfecto, y no hay dolores ni sufrimientos. Esta, la extrema izquierda, porque todo es tan malo ahora, que tampoco ya vale la pena, ni cabe hacer nada. Aquél -la derecha- es, respecto a la sociedad capitalista, de un optimismo peligroso. Este -la izquierda- es, respecto a la sociedad capitalista, de un pesimismo incoercible. Y coinciden, por eso, en que no vale la pena hacer nada”.

En la reunión posterior, el señor convencional *Schaposnik*⁸⁷, afirmó lo siguiente:

“Un sistema justo de reparto del trabajo y de distribución de la riqueza llevaría a sus límites mínimos la asistencia organizada por el Estado, pero en las condiciones actuales se hace imprescindible establecerlas.

Al Estado organizado por la clase capitalista se le negó el acceso al proletariado, y ahora este, organizado, reclama su participación, para que responda a sus necesidades, necesidades de la mayoría y no de una minoría que, por tener en sus manos los resortes económicos, pretende también mantener el predominio político. *Contra* el sistema económico de libertad absoluta se reclama ahora por los trabajadores la intervención del Estado, para terminar con la explotación de los trabajadores que la burguesía pretendió hacer creer era la organización natural de la sociedad. La *lucha* de los trabajadores es de objetivos inmediatos y mediatos. Los inmediatos tratan de conseguir mejoras y más humanas condiciones de trabajo; y los mediatos, la transformación económica que haga posible una más justa *distribución* de la riqueza, transformando así fundamentalmente la sociedad capitalista.

Pasaré a referirme a otro tema que se ha planteado aquí con respecto a la *participación en las utilidades de las empresas*.

Los sostenedores de esta institución exponen las ventajas que presenta: aumenta la productividad, porque los trabajadores se ingenian para mejorar los métodos de trabajo; previene los conflictos y las huelgas, y estimula y facilita el ahorro.

Estamos de acuerdo con que la participación en las utilidades exista, siempre que sea a través de la organización sindical”.

El señor convencional *Jaureguiberry*⁸⁸, agregó lo siguiente:

⁸⁷ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 22 de octubre de 1957.

⁸⁸ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 22 de octubre de 1957.

“Cuando en el seno de la Comisión de Asuntos Sociales se trató el tema de la *participación en las ganancias de las empresas*, no aludimos solamente a las empresas comerciales. En eso estábamos en desacuerdo con el señor convencional Martella. Aludimos a *toda clase de empresas*, a las *empresas como centros de colaboración humana*”.

El Sr. convencional *Theedy*⁸⁹, apuntó lo siguiente:

“Participación de los empleados y obreros en la gestión de las empresas y en la distribución de sus utilidades.

Ese es el concepto recogido de las leyes en vigor en Alemania y en los Países Bajos”.

Más adelante, el señor convencional *Sgrosso*⁹⁰, expresó lo siguiente:

“*El Estado, como todo el mundo sabe, no es un fin, es un medio*. Medios que se ponen en evidencia con mucha simplicidad, no obstante la aparente complejidad de la estructura estatal. Medios que se pueden sintetizar en dos palabras: seguridad y asistencia. La seguridad, en cuanto el Estado organiza para la población las fuerzas armadas, la policía, la magistratura, etcétera; y la asistencia, que se refiere precisamente a nuestra materia, en cuanto no solamente se ocupa de la asistencia hospitalaria, de la educación, de la tutela de los incapaces, etcétera, sino cuando también procura *una justa distribución de la riqueza* de acuerdo con el esfuerzo y las necesidades de cada uno. Esto último es, precisamente, lo que se vincula con el tema que nos ocupa.

El tratado de Versalles, aprobado en 1919 y sancionado en nuestro país por la ley 11.722, fue, como todos los señores convencionales saben, el primer tratado internacional que declaró que *el trabajo no es una mercancía* y que no está sujeto, por ello, a la ley de la oferta y la demanda.

Si nuestras instituciones democráticas no se actualizan, si no se transforman al ritmo de los tiempos los argentinos tendrán que soportar -con un nombre o con otro- tiranía y reacción. La *democracia puramente formal* está en crisis y la ciudadanía sin fe es presa de los demagogos y los dictadores. Queremos superar esta etapa angustiosa mediante una reforma que afirme una *democracia integral*, para hombres libres que puedan vivir así amparados contra la inseguridad y la miseria”.

Además, el señor convencional *Bronzini*⁹¹, manifestó lo siguiente:

⁸⁹ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 22 de octubre de 1957.

⁹⁰ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 22 de octubre de 1957.

⁹¹ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 22 de octubre de 1957.

“Considero, señor presidente, que constituyendo el Diario de Sesiones el elemento de juicio y orientación de la opinión pública del país, no debe omitirse ningún esfuerzo en el sentido de introducir en nuestro trabajo todas las aclaraciones necesarias, con la finalidad de evitar y de suprimir todos los equívocos”.

También, el señor convencional Ricci⁹², expuso lo siguiente:

“El mundo moderno está en trance de agonía por haber incurrido en la reacción de la falsa unidad contra la falsa pluralidad. Porque el individuo quiso extenderse arbitrariamente a expensas del bien común de la sociedad, ésta se rebeló contra el individuo y hoy amenaza aplastarlo sin piedad. Sólo una filosofía verdaderamente universalista, que abarque ambos polos, podrá impedir que la primacía del trabajo, en nuestros días, degeneren en una *dictadura del proletariado*, tan inhumana como la *dictadura del capital* o de la sangre.

La civilización burguesa separó en compartimentos estancos a los hombres de las profesiones liberales, estéticas y manuales, que hablaron lenguajes distintos y hasta antagónicos, y en vez de entenderse, provocaron los conflictos de clase de tremendas consecuencias para el equilibrio social y el bien común. Tal esquema de la realidad social se vio complicado con la aparición de la máquina, y este poderoso instrumento de progreso y de liberación humana, nacido cuando dominaba a la organización social la *primacía del interés particular sobre el bien común*, trajo como consecuencia la *estructuración capitalista de la sociedad* edificada en la *subordinación del trabajo y del hombre al capital*.

Hoy se habla en el plano de las relaciones económicasociales, de *la necesidad de una reforma de la empresa*, y esta expresión generalizada que es una verdadera inquietud, existe y fundadamente en nuestro país.

Vivimos los argentinos un momento de crisis que se traduce en todos los planos de la vida social: en lo económico, en lo político y en lo moral. No niego la crisis; no niego las serias dificultades del país en materia económica: la falta de energía, la carencia de combustibles, las dificultades que impiden la adecuada renovación de la maquinaria industrial y la posibilidad de disponer de transportes eficientes, rápidos y baratos. Todo ello es evidente y la falta de soluciones en ese plano ha creado un grave problema al país.

Pero junto a esas dificultades serias de nuestra economía hay otra crisis: *es el fenómeno universal de la crisis de la empresa*, que se está agudizando en nuestro país. *La empresa*

⁹² Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 22 de octubre de 1957.

capitalista, en su actual estructura, es impotente para las soluciones económicas y humanas que los pueblos, y el nuestro también, están reclamando en esta hora.

Estamos llegando, por fatal imperativo de los hechos, al convencimiento de que hay que reformarla, y no obstante, nos mantenemos aferrados a ella como si se tratara de un dogma. La democracia cristiana tiene un programa transformador que no transa con paliativos. El problema hay que solucionarlo *reformando la estructura*, y desde que hemos comprendido esto y estamos dispuestos a realizarlo, nos colocamos en una línea de evolución transformadora que constituye nuestra revolución pacífica pero auténtica, a diferencia de otros, que se pronuncian por la violencia, pero que mantienen los términos actuales de la *organización empresarial*, dejando al trabajador en la condición de asalariado y cambiando al *patrón privado*, que lo explota en nombre del lucro, por el *patrón Estado*, que lo explota en nombre de la clase, con el agregado de todas las represiones que caracterizan a un régimen policial.

Frente a esta angustiosa realidad que se expresa ya en el terreno agudo y doloroso de los conflictos sociales, los demócratas cristianos decimos lo siguiente: *el problema es de producción, pero también de distribución*. Hay que producir más para distribuir riqueza. La pobreza y la miseria no son valores a distribuir y lamentablemente se distribuyen sólo con injusticia.

Aseguremos la eficiente y abundante producción y la justa distribución. ¿Qué hacer para ello? Sin negar las deficiencias económicas que dificultan las soluciones, creemos que las imputaciones recíprocas que se hacen obreros y patrones, tienen un fondo de verdad, y que ese fondo de verdad, nace de *la crisis de la organización actual de la empresa que está clamando por su reforma*".

Más adelante, el señor convencional *Mercado*⁹³, agregó lo siguiente:

"Los derechos sociales y las garantías individuales se *complementan* admirablemente, y serán, desde luego, columnas fuertes y fundamentales del andamiaje institucional".

Y el señor convencional *Ghioldi*⁹⁴, señaló lo siguiente:

"El constitucionalismo social, de que se han ocupado esta tarde en este cuerpo, nació como consecuencia de esa manera de considerar el trabajo en relación al individuo y en su constante vinculación con el grupo.

⁹³ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 22 de octubre de 1957.

⁹⁴ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 22 de octubre de 1957.

Las reformas a la Constitución para las que hemos sido convocados dejarían de ser tales si no se diera a la misma ese sesgo; es decir, de constitucionalismo social y no individual”.

La nueva cláusula del progreso.

Artículo 75. Corresponde al Congreso:

19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen” (primer y segundo párrafos).

La Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 17.1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

b)-La comunidad económica

El art. 14 de la Constitución de 1853 se refiere al *trabajo individual* y la *propiedad individual*, y el art. 14 bis incorporado en la reforma de 1957 se refiere al *trabajo común* y la *propiedad común*, como dijo el señor convencional Ghioldi⁹⁵: “el trabajo en relación al individuo y en su constante vinculación con el grupo”; el señor convencional Palacios⁹⁶: “el trabajo colectivo” y “la producción social”; y el señor convencional Peña⁹⁷: “copropiedad de prestadores de obras y poseedores de capital”.

Es decir, mientras el art. 14 trata sobre las *libertades individuales* y los *bienes individuales* (derechos individuales), el art. 14 bis trata sobre las *libertades participativas* y los *bienes comunes económicos*: la cooperación en la producción y las ganancias compartidas (derechos de incidencia colectiva), y como dijo el señor convencional Mercado⁹⁸, “Los

⁹⁵ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 22 de octubre de 1957.

⁹⁶ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 21ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 21 de octubre de 1957.

⁹⁷ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 21ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 21 de octubre de 1957.

⁹⁸ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 22 de octubre de 1957.

derechos sociales y las garantías individuales se *complementan* admirablemente, y serán, desde luego, columnas fuertes y fundamentales del andamiaje institucional”.

En efecto, el art. 14 bis, primer párrafo, establece que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador”, y menciona “*la participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección*”. Las ganancias de las empresas son *los bienes comunes económicos* de los distintos grupos empresariales (micros, pequeñas, medianas y grandes empresas), como *unión y producto* visible de la participación recíproca de los empresarios y los trabajadores que, por esta característica, constituyen la parte de unión estructural de la comunidad económica.

Esta *cláusula de participación económica* de la Constitución, comprende tanto la participación de los empresarios y los trabajadores en la *producción* de los bienes y servicios como en la *distribución* de las ganancias que son los frutos de la unión del capital y del trabajo, y estos *bienes comunes económicos* que comparten los *capitalistas* y los *trabajadores* constituyen la tercera parte de unión de la estructura participativa de la comunidad económica, que es *tripartita*: los empresarios, los trabajadores y la unión participativa de ambos en la producción y en las ganancias de las empresas.

La *participación en las ganancias* (capitalización), constituye un complemento del *salario mínimo, vital, móvil* (subsistencia), y ambos ingresos conforman la “retribución justa” de los trabajadores a la que se refiere el art. 14 bis, 1er. párrafo de la Constitución. El *salario* del trabajo (subsistencia) y la *amortización* del capital (subsistencia) corresponden a los bienes individuales económicos de los trabajadores y los empresarios, respectivamente. La *participación en las ganancias de las empresas*, tanto de los trabajadores (capitalización) como de los capitalistas (recapitalización), corresponden a los bienes comunes económicos que constituyen la parte de unión estructural de las comunidades empresariales.

En el mismo sentido, el art. 17. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece el derecho de toda persona a la propiedad, no solo individual sino también colectivamente, y esta norma comprende los bienes comunes económicos que comparten los trabajadores y los capitalistas.

Por lo tanto, ni primacía del capital ni primacía del trabajo, ni autocracia del capital ni autocracia del trabajo, ni *distribución* primaria de las rentas en su origen para los capitalistas (apropiación unilateral de las ganancias, antes de impuestos) ni *redistribución* estatal de los recursos para los trabajadores ocupados y desocupados (asignación unilateral de los ingresos, después de impuestos, para tratar de contrarrestar la distorsión y reducir la desigualdad de la

distribución primaria), sino *participación* de los capitalistas y los trabajadores en la gestión de la producción y en las ganancias de las empresas: no sólo cooperación en la *producción* de bienes y servicios, sino también participación de ambos en la *distribución* de las ganancias resultantes, como distribución primaria participativa en su origen.

En la Convención Nacional Constituyente de 1957 el señor convencional *Peña*⁹⁹, se refirió a la “autocracia del capital” y al objetivo “de llegar a que la empresa capitalista se transforme en profundidad en una auténtica comunidad de trabajo”, señalando que “producción y distribución están en íntima interdependencia”; por otro lado, el señor convencional *Jaureguiberry*¹⁰⁰, aludió “a las empresas como centros de colaboración humana”; y el señor convencional *Schaposnik*¹⁰¹ sostuvo que “Un sistema justo de reparto del trabajo y de distribución de la riqueza llevaría a sus límites mínimos la asistencia organizada por el Estado”, y que la *participación en las utilidades de las empresas* no sólo “aumenta la productividad”, sino que también “previene los conflictos y las huelgas, y estimula y facilita el ahorro”.

Asimismo, el señor convencional *Ricci*¹⁰², aludió a “la necesidad de una reforma de la empresa”, y dijo que “la empresa capitalista, en su actual estructura, es impotente para las soluciones económicas y humanas que los pueblos, y el nuestro también, están reclamando en esta hora”, que “el problema hay que solucionarlo reformando la estructura”, y que “el problema es de producción pero también de distribución”; y el señor. convencional *Thedy*¹⁰³, apuntó a la “participación de los empleados y obreros en la gestión de las empresas y en la distribución de sus utilidades”, y agregó: “Ese es el concepto recogido de las leyes en vigor en Alemania y en los Países Bajos”.

Sin embargo, y a pesar del éxito ampliamente reconocido del modelo económico germánico y nórdico, caracterizado por un alto grado de productividad y de ingresos, la *cláusula de participación económica* de los capitalistas y los trabajadores en la gestión y en los beneficios de las empresas, establecida en el artículo 14 bis de la Constitución Argentina e inspirada en el modelo alemán de cogestión empresarial, prácticamente no ha tenido reglamentación legal ni vigencia efectiva, salvo algunas excepciones como la del artículo 29 de

⁹⁹ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 21ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 21 de octubre de 1957.

¹⁰⁰ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 22 de octubre de 1957.

¹⁰¹ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 22 de octubre de 1957.

¹⁰² Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 22 de octubre de 1957.

¹⁰³ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 22 de octubre de 1957.

la ley 23696 sobre el régimen legal de las privatizaciones de empresas públicas que establece: “el ente a privatizar deberá emitir bonos de participación en las ganancias para el personal”.

La cláusula de distribución participativa del art. 14 bis de la Constitución no se ha puesto en práctica por la *falta de visión de la parte de unión estructural de las ganancias de las empresas* que, como bienes compartidos de los distintos grupos empresariales (micros, pequeños, medianos o grandes), completan la estructura participativa de la comunidad económica.

En efecto, *falta el conocimiento de la lógica de la participación*, que muestra la confluencia de los capitalistas y los trabajadores en la producción y en las ganancias de las empresas como bienes comunes económicos, y explica la estructura participativa (ternaria) de la comunidad empresarial, más allá de los límites estructurales del capitalismo liberal individualista (unitario) y de la justicia social anticapitalista (binaria): *¿vemos la comunidad económica si vemos la confluencia de los empresarios y los trabajadores en los bienes comunes económicos!*

Cabe destacar que la cláusula de “participación en las ganancias de las empresas”, incorporada mediante el art. 14 bis de la Constitución Nacional en la Reforma de 1957, es una cláusula de distribución económica que se refiere unilateralmente “al trabajador” (como un derecho individual), debido a la oposición estructural del capital independiente y el trabajo subordinado en la visión del constitucionalismo social, a cuyo marco constitucional se refiere el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado el 12 de agosto de 2008 en la causa “*Gentini, Jorge Mario y otros c/ Estado Nacional Ministerio de Trabajo y Seguridad s/part. Accionariado obrero*”¹⁰⁴, señalando lo siguiente:

“Que es menester destacar que la “participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección” integra el plexo de derechos y garantías que, de conformidad con la manda establecida en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, las leyes deben asegurar al trabajador a fin de conferir protección al trabajo en todas sus formas.

Ese derecho fue incorporado a la Carta Constitucional en ocasión de la reforma de 1957 que, mediante el citado art. 14 bis, consagró una serie de derechos de carácter laboral y social que habían adquirido reconocimiento universal durante la primera mitad del siglo XX en virtud de su inclusión en las cartas constitucionales de diversos estados. Tal fue el caso de la Constitución de México de 1917, bajo cuya influencia fueron dictadas posteriormente la de

¹⁰⁴ C.S.J.N., Fallos: 331:1815

Weimar en 1919 y la Española en 1931. Se inscribieron en idéntica línea, tras la segunda guerra mundial, la Constitución de Italia de 1947 y la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949. En el caso de Francia, la Constitución de la Cuarta República de 1946 introdujo en su preámbulo los derechos del trabajador los cuales, al dictarse la Constitución de la Quinta República en 1958, fueron elevados al rango de principios fundamentales (art. 34).

Es preciso destacar, también, que en el proceso de reconocimiento universal de los derechos de los trabajadores tuvo especial gravitación la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919, acontecimiento que marcó el nacimiento del derecho internacional del trabajo. Respecto de la actuación específica de esta Organización y en lo que al caso concierne, el derecho a la participación en las utilidades o en las ganancias de las empresas puede verse como un modo de materialización, con aristas definidas, de uno de los objetivos del programa cuya promoción, a nivel universal, asumió expresamente en 1944, mediante la Declaración de Filadelfia, orientado a que los estados adoptasen "en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso..." (confr. Declaración de la Conferencia General de la O.I.T., 26° Reunión, Filadelfia, 10 de mayo de 1944, punto III, ap. d)" (considerando 6°).

"Que es necesario reconocer que, aun después de medio siglo de vigencia de la cláusula general comentada, como aconteció en el seno de la Convención Constituyente que le dio origen, en el ámbito de la ciencia constitucional se siguen sosteniendo variadas y muy fundadas opiniones acerca de su carácter operativo o programático. Mas tal diversidad de pareceres no empece a que resulte incuestionable que, por medio del art. 29 de la ley 23.696, el legislador ha contemplado la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas en términos que no se limitan a un enunciado de valores neutros para una materia determinada, sino que expresan una definición lo suficientemente precisa como para posibilitar su aplicación inmediata dando lugar al nacimiento de derechos subjetivos. En efecto, como se examinará más adelante, la referida norma legal estableció expresamente dicha participación de raigambre constitucional en el terreno de las empresas creadas como consecuencia del proceso de privatización llevado a cabo en la última década del pasado siglo en aquellos supuestos en que se decidió implementar programas de propiedad participada" (considerando 9°).

"Que en atención a que el derecho que se encuentra en juego reconoce su fuente primaria en la ya mencionada cláusula contenida en art. 14 bis de la Constitución Nacional, conviene precisar cuáles han de ser las reglas que presidan la delicada misión de fijar sus alcances y, en

consecuencia, determinar la validez de los preceptos de rango inferior que la reglamentan. A tal fin, cabe recordar que en el precedente Berçaitz, Miguel Ángel, pronunciamiento del 13 de septiembre de 1974 (Fallos: 289:430) el Tribunal enfatizó que "el principio fundamental de la hermenéutica jurídica en los Estados que, como el nuestro, adoptan una 'Constitución rígida', consiste en interpretar las leyes conforme al fin que esa 'superley' se propone promover; y este fin, establecido en el documento de la constitución formal por una generación del pasado, 'como derecho recibe su fuerza y efecto de la presente generación, por lo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones del presente y con la mira puesta en los problemas del presente' (Edward S. Corvin, *The Constitution and what it means today* -Atheneum-, New York, 1963, pág. 2). Y como esta Corte lo ha declarado 'el objetivo preeminente' de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el 'bienestar general' (Fallos: 278:313), lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización". En función de ello, el análisis del plexo normativo aplicable al caso no puede prescindir de la orientación que marca la máxima *in dubio pro iustitia socialis* dado su carácter de principio inspirador y, por ende, guía de hermenéutica segura de cualquier normativa vinculada con los derechos y garantías laborales y sociales establecidos constitucionalmente. Por otra parte, la tarea del intérprete jurídico ha de tener en cuenta que, como lo ha puesto de relieve el Tribunal en el precedente V.967.XXXVIII. "Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido", sentencia del 14 de septiembre de 2004 (Fallos: 327:3677) así como en otros posteriores en los que se debatió sobre la extensión de diversas garantías constitucionales de carácter laboral, es innegable que el referido art. 14 bis coloca al *trabajador* en una posición de *sujeto de preferente atención constitucional*. Mas no es esa la única previsión que determina tan singular tutela puesto que al mismo fin concurren una serie de instrumentos integrantes del derecho internacional de los Derechos Humanos que cuentan con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22), entre los que tienen especial relevancia la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (considerando 10°).

La eliminación de las desigualdades sociales inspiró la elaboración y sanción del art. 14 bis de la Constitución Nacional, en el marco de la oposición estructural de los empresarios autónomos y los trabajadores dependientes que corresponde a la visión del constitucionalismo

social, motivo por el cual la cláusula de “participación en las ganancias de las empresas” se refiere unilateralmente “al trabajador” (como un derecho individual).

Por este marco de oposición binaria en el cual se encuentra inserta, la cláusula constitucional de “participación en las ganancias de las empresas” (como un derecho de incidencia colectiva) casi no ha tenido reglamentación legal ni operatividad práctica, salvo excepciones como la del caso “Gentini”, porque supera los límites estructurales del constitucionalismo social, ya que la participación no elimina las diferencias de los empresarios y los trabajadores, sino que las une en los bienes comunes que están más allá de ambos y que constituyen la tercera parte de unión estructural de la comunidad económica, como lo muestra una visión de constitucionalismo participativo.

Cabe señalar que el señor convencional *Jaureguiberry*, propiciaba “*la idea de justicia social para todos*”, citando al jurista francés *Josserand*, quien “para explicar el trato desigual en las relaciones laborales, inventó la *teoría del dirigismo jurídico* y hasta insinuó que la justicia debía poner algo de su parte para inclinar a favor del trabajador el plato de su balanza”, y al jurista uruguayo *Eduardo Couture*, quien “tenía también una fórmula casi matemática para explicar el dirigismo jurídico. *En la balanza de las desigualdades para llegar a la igualdad, había que agregar otra desigualdad. Así, una desigualdad más otra desigualdad podían constituir una igualdad*”¹⁰⁵.

La contradicción entre el capital y el trabajo, también está presente en las expresiones del señor convencional *Peña*: “La Revolución Francesa marcó el comienzo del *constitucionalismo individual* con la proclamación de los derechos del hombre y del ciudadano; en cambio, hoy vivimos en plena época del *constitucionalismo social*. Era necesario entonces dar vigencia en nuestra Constitución a esos principios. Afirmamos por tanto la *primacía del trabajo*, que es una actividad de la persona, *sobre el capital*, que es un instrumento material. *La lucha por la justicia social* es uno de nuestros principales objetivos. Al incorporar los derechos sociales y gremiales a nuestra Constitución nos ubicamos en esa *línea reformista* que será la mejor manera de revolucionar en el orden social, sin cambios violentos, *para pasar de un sistema económicosocial a otro*”¹⁰⁶.

Y en el mismo sentido, el señor convencional *Ricci* señalaba lo siguiente: “El mundo moderno está en trance de agonía por haber incurrido en la reacción de la falsa unidad contra la

¹⁰⁵ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 21ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 21 de octubre de 1957.

¹⁰⁶ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 21ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 21 de octubre de 1957.

falsa pluralidad. Porque el individuo quiso extenderse arbitrariamente a expensas del bien común de la sociedad, ésta se rebeló contra el individuo y hoy amenaza aplastarlo sin piedad. Sólo una filosofía verdaderamente universalista, que abarque ambos polos, podrá impedir que la *primacía del trabajo*, en nuestros días, degenere en una *dictadura del proletariado*, tan inhumana como la *dictadura del capital* o de la sangre. Aseguremos la eficiente y abundante producción y la justa distribución. ¿Qué hacer para ello? Sin negar las deficiencias económicas que dificultan las soluciones, creemos que las imputaciones recíprocas que se hacen obreros y patrones, tienen un fondo de verdad, y que ese fondo de verdad, nace de *la crisis de la organización actual de la empresa que está clamando por su reforma*”¹⁰⁷.

Estas expresiones dan cuenta de la oposición estructural del capital y el trabajo, de la “primacía del trabajo sobre el capital”, la “lucha por la justicia social” y la “justa distribución” en la visión del constitucionalismo social

En su obra “*Creatividad, Capitalismo y Justicia Distributiva*”, Israel Kirzner¹⁰⁸ tiene como objetivo clarificar el tema de la justicia distributiva del capitalismo, asumiendo que “Los críticos del capitalismo han denunciado este sistema como explotador, y lo han condenado por haber creado una estructura de distribución de rentas que consideran injustificable e injusto. Tales denuncias se han centrado a veces en la desigualdad económica que es inseparable del capitalismo, pero es sin duda la acusación de injusticia la que invariablemente subyace y anima estas y otras críticas similares”¹⁰⁹.

Kirzner señala que “El mercado aparece en este planteamiento no sólo como productor de una «tarta» social, sino también y al mismo tiempo como el que la corta en porciones y reparte éstas entre los distintos individuos. El mercado se ve, por tanto, como «distribuidor» del producto social entre sus participantes, y su justicia o injusticia se identifica con la justicia o injusticia de los criterios de distribución de ingresos. En esta visión, la cuestión de la justicia social del capitalismo no es sino la cuestión de su justicia distributiva”¹¹⁰.

Pero responde destacando la importancia de la función del empresario en los procesos de mercado -donde los productos y recursos no están dados, sino que son creados y descubiertos por los individuos-, visión dinámica que, según Kirzner, exige una revisión radical de los criterios de justicia. Afirma que *todo ser humano tiene derecho natural a los frutos de su propia*

¹⁰⁷ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 22 de octubre de 1957.

¹⁰⁸ KIRZNER, Israel, “*Creatividad, Capitalismo y Justicia Distributiva*”, Unión Editorial, Bs. As., 1989.

¹⁰⁹ Kirzner, Israel, op. cit., pág. 47.

¹¹⁰ Kirzner, Israel, op. cit., pág. 59.

creatividad empresarial, y argumenta en favor del popular criterio "*Quien lo descubre se lo queda*"¹¹¹, proponiéndolo como regla sobre la que fundar la ética distributiva del capitalismo: "La ética de «quien lo descubre se lo queda» mantiene que lo que ha sido sacado a la luz por el descubrimiento de alguien pertenece naturalmente a éste"¹¹², ya que cualquier resultado de la creatividad humana no existía antes de ser descubierto o creado empresarialmente, por lo que su apropiación no puede perjudicar a nadie, o sea, que quien lo crea se lo apropia o atribuye.

Al respecto, es necesario distinguir el *trabajo individual* y la *propiedad individual* a los que se refiere el art 14 de la Constitución de 1853, del *trabajo común* y la *propiedad común* a los que se refiere el art. 14 bis incorporado en la reforma de 1957.

Es decir, mientras el art. 14 trata sobre las *libertades individuales* y los *bienes individuales* (derechos individuales), el art. 14 bis trata sobre las *libertades participativas* y los *bienes comunes económicos*: la cooperación en la producción y las ganancias compartidas (derechos de incidencia colectiva).

Por eso, el criterio que sostiene Kirzner: "quien lo descubre se lo queda", o *quien lo crea se lo apropia*, puede ser aplicable al trabajo individual y a la consiguiente propiedad individual de un individuo que actúa solo. Pero ese criterio no es aplicable al trabajo común y a la propiedad común de individuos que actúan junto con otros en la producción y, por ende, que participan mutuamente en la distribución de las ganancias resultantes de esta cooperación.

En la distribución económica capitalista, que corresponde a la visión del constitucionalismo liberal, hay una apropiación unilateral de las ganancias por parte de los empresarios y una exclusión de los trabajadores, y esta exclusión produce como resultado desigualdades económicas crecientes, en lugar de una *distribución económica de participación* por parte de los empresarios y los trabajadores en las ganancias de las empresas, como lo establece el mandato constitucional del art. 14 bis de la Constitución Argentina, que supera la exclusión estructural del capitalismo.

Al capitalismo le falta la visión de la parte de unión estructural de las ganancias de las empresas que, como bienes compartidos de los distintos grupos empresariales (micros, pequeños, medianos o grandes), completan la estructura participativa de la comunidad económica.

¹¹¹ Kirzner, Israel, op. cit., pág. 74.

¹¹² Kirzner, Israel, op. cit., pág. 75.

Por otra parte, Thomas Piketty¹¹³, en su obra *“El Capital en el Siglo XXI”* (2013), ubica el tema de la distribución en el centro del análisis económico y realiza una detallada investigación de la distribución del ingreso y la riqueza en el mundo desde el siglo XVIII hasta la actualidad. A partir de una rica base de datos económicos de una veintena de países (Francia, Reino Unido, EEUU, Alemania, Suiza, Argentina, España, China, India, etc.), Piketty - investigador de la École d'Économie de París- hace un minucioso recorrido histórico para identificar ciertos patrones en el proceso de acumulación del patrimonio, y expresa lo que considera que es la desigualdad fundamental del capitalismo con la siguiente formula: $r > g$.

En efecto, Piketty sostiene que “La principal fuerza desestabilizadora se vincula con el hecho de que la tasa de rendimiento privado del capital r puede ser significativa y duraderamente más alta que la tasa de crecimiento del ingreso y la producción g . La desigualdad $r > g$ implica que la recapitalización de los patrimonios procedentes del pasado será más rápida que el ritmo de crecimiento de la producción y los salarios. Esta desigualdad expresa una contradicción lógica fundamental. El empresario tiende inevitablemente a transformarse en rentista y a dominar cada vez más a quienes sólo tienen su trabajo. Una vez constituido, el capital se reproduce solo, más rápidamente de lo que crece la producción. El pasado devora al porvenir. Las consecuencias pueden ser terribles para la dinámica de la distribución de la riqueza a largo plazo, sobre todo si a esto se agrega la desigualdad del rendimiento, en función del tamaño del capital inicial, y si ese proceso de divergencia de las desigualdades patrimoniales tiene lugar a escala mundial. El problema no es fácil de solucionar”¹¹⁴.

Y continúa diciendo que “Si el rendimiento promedio del capital es del orden del 4 a 5%, es probable que la desigualdad $r > g$ vuelva a ser la norma en el siglo XXI, como lo ha sido siempre en la historia, y como lo fue en el siglo XIX y en vísperas de la Primera Guerra Mundial. En el siglo XX fueron las guerras las que hicieron tabla rasa del pasado, reduciendo fuertemente el rendimiento del capital y dando la impresión de que se había superado estructuralmente el capitalismo y su contradicción fundamental. Desde luego que se podrían imponer fuertes gravámenes al rendimiento del capital para llevar el rendimiento privado por debajo de la tasa de crecimiento; pero, si esa acción es muy intensa y uniforme, se corre el riesgo de apagar el motor del crecimiento y reducir un poco más la tasa de crecimiento. Los empresarios ni siquiera tendrían tiempo de convertirse en rentistas: ya no habría con qué. La solución correcta es un impuesto progresivo anual sobre el capital; así sería posible evitar la

¹¹³ PIKETTY, Thomas, *“El Capital en el Siglo XXI”*, Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2014.

¹¹⁴ PIKETTY, Thomas, op. cit., pág. 643.

interminable espiral de desigualdad y preservar las fuerzas de la competencia y los incentivos para que no deje de haber acumulaciones originarias”¹¹⁵.

Pero admite que “El problema es que esta solución, el impuesto progresivo sobre el capital, exige un muy alto grado de cooperación internacional y de integración política regional. No está al alcance de los Estados-nación en que se construyeron los compromisos sociales precedentes. A muchos les inquieta que, de seguirse este camino, en la Unión Europea por ejemplo, lo único que se conseguiría sería debilitar los logros existentes (empezando por el Estado social pacientemente construido en los países europeos después de los golpes del siglo XX), sin poder construir más que un gran mercado caracterizado por una competencia cada vez más pura y más perfecta. Ahora bien, esa competencia pura y perfecta no cambiará en nada la desigualdad $r > g$, que no se deriva de una “imperfección” del mercado o de la competencia, sino todo lo contrario”¹¹⁶.

Y concluye diciendo que “Ese riesgo existe, pero me parece que, para retomar el control del capitalismo, verdaderamente no hay más opción que apostar por la democracia hasta sus últimas consecuencias, sobre todo a escala europea. Otras comunidades políticas de mayor tamaño, en los Estados Unidos o en China, se enfrentan a opciones un poco más diversificadas, pero en el caso de los pequeños países europeos, que pronto serán minúsculos a escala de la economía globalizada, la vía del repliegue nacional no puede llevar sino a frustraciones y decepciones mayores incluso que la vía europea. El Estado-nación sigue siendo el escalón pertinente para modernizar profundamente muchas políticas sociales y fiscales y, hasta cierto punto, para desarrollar nuevas formas de gobernanza y propiedad compartida, a medio camino entre la propiedad pública y la privada, que es una de las grandes apuestas para el futuro. Sin embargo, sólo la integración política regional permite considerar una reglamentación eficaz del capitalismo patrimonial globalizado del siglo que empieza”¹¹⁷.

Ahora bien, si el constitucionalismo liberal individualista no ve las ganancias de las empresas como bienes comunes económicos que constituyen la parte de unión estructural de la comunidad empresarial, el constitucionalismo social tampoco lo ve, y por eso la *cláusula constitucional de distribución económica* del art. 14 bis de la Constitución Argentina no se cumple. En lugar de una *distribución primaria participativa*, se permite una *distribución primaria capitalista* en beneficio de los empresarios, y se le contrapone una *redistribución*

¹¹⁵ PIKETTY, Thomas, op. cit., pág. 644.

¹¹⁶ PIKETTY, Thomas, op. cit., pág. 644/645.

¹¹⁷ PIKETTY, Thomas, op. cit., pág. 645.

estatal anticapitalista en beneficio de los trabajadores ocupados y desocupados, la que se financia con recursos públicos de la seguridad social y va en desmedro de ésta.

Este es el conflicto estructural de las desigualdades sociales en la visión del constitucionalismo social, y los resultados de una espiral interminable de desigualdades económicas son evidentes. Sólo la distribución primaria participativa supera el conflicto estructural de las desigualdades sociales, con la confluencia de los empresarios y los trabajadores en los bienes comunes económicos.

Por el contrario, la omisión de la distribución económica participativa que establece el mandato constitucional del art.14 bis de la Constitución Nacional, produce una afectación significativa del derecho de los ciudadanos, ya que la distribución económica primaria es decisiva no sólo en la actividad económica, sino que también es fundamental en la actividad política y social (salud, educación, etc.). Una distribución primaria capitalista genera la necesidad de una redistribución estatal secundaria para mitigar las desigualdades económicas, la que va en desmedro de los recursos públicos para gestionar los bienes comunes políticos, sociales, culturales y ambientales, y produce déficit fiscal.

Cabe traer a colación, que Thomas Piketty, en su obra “*Capital e Ideología*”¹¹⁸, destaca la importancia del cambio en la distribución primaria de la renta mediante la aplicación de las reglas de “cogestión” germánica y nórdica para transformar el conjunto de la distribución general de la renta y la riqueza, y lograr una mejor distribución del poder económico.

La experiencia histórica de la “cogestión” en la Europa alemana y nórdica (Suecia, Noruega, Dinamarca), implementada desde mediados del siglo XX, ha demostrado que el modelo de la cogestión empresarial, que consiste en compartir el poder de dirección de las empresas entre los propietarios del capital y los trabajadores, genera una mayor productividad económica y una menor desigualdad social.

Las reglas de “cogestión” han logrado establecer un equilibrio de poder más justo entre el capital y el trabajo tras la segunda guerra mundial. En el caso concreto de Alemania, la Constitución de 1949 dio sustento a las leyes de 1951-1952 y a la ley de 1976 sobre la cogestión, que prácticamente se mantiene intacta en sus grandes líneas hasta la actualidad, por la cual los representantes de los trabajadores cuentan con la mitad de los derechos de voto en los consejos de administración de las empresas.

¹¹⁸ PIKETTY, Thomas, “*Capital e Ideología*”, Editorial Paidós, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.

“En resumen -dice Piketty-, la *cogestión* es una de las formas más elaboradas y sostenibles de institucionalización del nuevo equilibrio de poder entre el capital y el trabajo; un equilibrio de poder que está en construcción desde mediados del siglo XX, como resultado de un largo proceso de las luchas sindicales, obreras y políticas iniciadas durante la segunda mitad del siglo XIX”¹¹⁹.

“Es evidente que una política de transferencias, sea monetaria o en especie, no puede ser suficiente para abordar de manera satisfactoria una distorsión tan elocuente de la distribución de la renta primaria (antes de impuestos y transferencias)” entre el capital y el trabajo; “parece ilusorio tratar de contrarrestar esta evolución únicamente mediante una política de redistribución ex post. Esto último es obviamente esencial, pero también es necesario prestar atención a las políticas que permiten cambiar la distribución primaria de la renta en su origen”¹²⁰.

“Es importante destacar que los diferentes regímenes desigualitarios observados en la historia se caracterizan principalmente por la forma en que determinan la distribución primaria de los recursos”¹²¹.

“En otras palabras, es esencial centrarse al menos tanto en las políticas de “predistribución” (las políticas que afectan al nivel de desigualdad primaria) como en las políticas de “redistribución” (la reducción de la desigualdad de la renta disponible a partir de una desigualdad primaria dada)”¹²².

Las visiones del *constitucionalismo liberal capitalista* y del *constitucionalismo social anticapitalista* no ven la comunidad empresarial completa, porque no ven las ganancias de las empresas como unión y producto visible procedentes de la participación recíproca de los empresarios y los trabajadores, y por no ver la parte de unión estructural de los bienes comunes económicos, la distribución primaria capitalista (antes de impuestos) *excluye* de las ganancias de los empresarios a los trabajadores, y la redistribución estatal anticapitalista (después de impuestos) *opone* los beneficios de los trabajadores a los empresarios.

Cabe destacar lo expresado por Jean Tirole¹²³, premio nobel de economía 1994, en su obra “*La Economía del Bien Común*” (2016): “¿Qué ha sido del bien común? Desde el rotundo fracaso económico, cultural, social y medioambiental de las economías planificadas, desde la

¹¹⁹ PIKETTY, Thomas, op. cit. pág. 598.

¹²⁰ PIKETTY, Thomas, op. cit. pág. 632.

¹²¹ PIKETTY, Thomas, op. cit. pág. 632.

¹²² PIKETTY, Thomas, op. cit. pág. 634.

¹²³ TIROLE, Jean, *La Economía del Bien Común*, Taurus, Barcelona, primera reimpresión, 2017.

caída del muro de Berlín y la metamorfosis económica de China, la economía de mercado ha pasado a ser el modelo dominante, por no decir exclusivo, de organización de nuestras sociedades. Incluso en el “mundo libre”, el poder político ha perdido su influencia en favor del mercado y de una serie de nuevos actores. (...) Sin embargo, la victoria de la economía de mercado sólo ha sido una victoria a medias, pues no se ha ganado a la gente. La supremacía del mercado, que sólo cuenta con la confianza de una pequeña minoría de nuestros conciudadanos, se acepta con un fatalismo unido, en algunos casos, a la indignación”.¹²⁴

Y continúa diciendo: “Una crítica poco precisa denuncia el triunfo de la economía sobre los valores humanistas, un mundo sin piedad ni compasión entregado al interés privado, la desintegración del vínculo social y de los valores ligados a la dignidad humana, el repliegue de lo político y del servicio público, o la falta de sostenibilidad de nuestro medioambiente. Un slogan popular que traspasa las fronteras nos recuerda que “el mundo no es una mercancía”. Todos estos dilemas resuenan con particular intensidad en el contexto actual marcado por la crisis financiera, el aumento del paro y las desigualdades, la incapacidad de nuestros dirigentes de hacer frente al cambio climático, la fragilidad de la construcción europea, la inestabilidad geopolítica y la crisis de los migrantes que de ella resulta, así como por el auge de los populismos en todo el mundo. ¿Qué ha sido de la búsqueda del bien común? ¿En qué medida la economía puede contribuir a su realización?”¹²⁵.

Según Tirole, “la búsqueda del bien común pasa en gran medida por la creación de instituciones cuyo objetivo sea conciliar en la medida de lo posible el interés individual y el interés general. En este sentido, la economía de mercado no es en absoluto una finalidad. Es, como mucho, un instrumento, y un instrumento muy imperfecto, si se tiene en cuenta la discrepancia que puede haber entre el interés privado de los individuos, los grupos sociales o las naciones y el interés general”¹²⁶.

Agrega que “La economía, como las otras ciencias sociales, no tiene como objetivo sustituir a la sociedad a la hora de definir el bien común. Pero puede contribuir a ello de dos modos. Por una parte, puede orientar el debate hacia los objetivos encarnados en el concepto de bien común diferenciándolos de los instrumentos que pueden contribuir a su realización. Pues, como veremos, con demasiada frecuencia dichos instrumentos, ya se trate de una institución (por ejemplo, el mercado), de un “derecho a” o de una política económica, adquieren

¹²⁴ TIROLE, Jean, op. cit., pág. 13.

¹²⁵ TIROLE, Jean, op. cit., pág. 13/14.

¹²⁶ TIROLE, Jean, op. cit., pág. 15.

vida propia, terminan por perder su objetivo y van en contra del bien común que era lo que los justificaba en un principio. Por otra parte, y sobre todo, la economía, al considerar el bien común como un criterio fundamental, desarrolla los instrumentos para contribuir a él”¹²⁷.

Y concluye afirmando que “La economía no está al servicio de la propiedad privada y los intereses individuales, ni al de los que querrían utilizar al Estado para imponer sus valores o hacer que sus intereses prevalezcan. Rechaza tanto la supremacía del mercado como la supremacía del Estado. *La economía está al servicio del bien común; su objetivo es lograr un mundo mejor*. Para ello, su tarea es identificar las instituciones y las políticas que van a favorecer el interés general. En su búsqueda del bienestar para la comunidad, la economía engloba la dimensión individual y la colectiva del sujeto. Analiza las situaciones en las que el interés individual es compatible con esa búsqueda del bienestar colectivo y aquellas en las que, por el contrario, constituye un obstáculo”¹²⁸.

En síntesis, la exclusión estructural de la *distribución primaria capitalista* produce desigualdades económicas de hecho cada vez más grandes. Ante esta situación, el señor convencional *Jaureguiberry*¹²⁹, citando a Couture, decía lo siguiente: “En la balanza de las desigualdades para llegar a la igualdad, había que agregar otra desigualdad. Así, una desigualdad más otra desigualdad podían constituir una igualdad”. Pero la oposición estructural de la *redistribución estatal anticapitalista* no produce la igualdad económica, no elimina la desigualdad de la distribución primaria capitalista y, además, disminuye los recursos públicos para gestionar los bienes comunes políticos, sociales, culturales y ambientales, y produce déficit fiscal.

En cambio, la *distribución primaria participativa* produce una distribución justa capital-trabajo, no tiene costo para las finanzas públicas, no produce déficit fiscal, y como dice el señor convencional *Schaposnik*¹³⁰, no sólo “aumenta la productividad”, sino que también “previene los conflictos y las huelgas, y estimula y facilita el ahorro”.

En conclusión, la participación estructural de la distribución primaria participativa, supera la exclusión estructural de la distribución primaria capitalista, y también supera la oposición estructural de la redistribución (secundaria) estatal anticapitalista: la desigualdad de la *distribución primaria capitalista*, no se supera con una nueva desigualdad de la

¹²⁷ TIROLE, Jean, op. cit., pág. 17.

¹²⁸ TIROLE, Jean, op. cit., pág. 17.

¹²⁹ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 21ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 21 de octubre de 1957.

¹³⁰ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 22 de octubre de 1957.

redistribución estatal anticapitalista, sino con la unión de una nueva *distribución primaria participativa*.

Una visión integral de *constitucionalismo participativo* muestra que las ganancias de las empresas son los bienes comunes económicos, como frutos de la participación recíproca de los *empresarios* y los *trabajadores* (primera y segunda parte estructural), y que estos bienes comunes económicos constituyen *la tercera parte de unión estructural* que completa la estructura participativa de la comunidad empresarial.

Y la visión de la comunidad empresarial completa supera la *exclusión estructural* del capitalismo liberal individualista (primacía del capital y distribución primaria de las ganancias para los capitalistas en forma de rentas, dividendos, etc.), y la *oposición estructural* de la justicia social anticapitalista (primacía del trabajo y redistribución estatal de los ingresos para los trabajadores ocupados o desocupados en forma de asignaciones, subsidios, etc.), con la *participación estructural* de los capitalistas y los trabajadores en la gestión de la producción y en las ganancias de las empresas: *¡vemos la comunidad empresarial si vemos la participación de los empresarios y los trabajadores en las ganancias de las empresas!*

3.-Los bienes comunes sociales

Los bienes comunes sociales como las asignaciones, los subsidios, las jubilaciones, las pensiones, los planes, los programas, las ayudas y las prestaciones en las distintas etapas de la vida de las mujeres y los hombres de toda la comunidad: el embarazo, el nacimiento, la infancia, la niñez, la adolescencia, la educación, el trabajo, el matrimonio, la vejez, la viudez y el fallecimiento, constituyen la parte de unión estructural de la comunidad de la seguridad social y se encuentran representados en distintas normas constitucionales.

a)-Las normas constitucionales

La identificación de normas constitucionales relativas a los bienes comunes sociales (art. 14 bis, tercer párrafo; art. 75, inc. 23; art. XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, incorporada por el art. 75, inc. 22).

Los derechos sociales.

Artículo 14 bis. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio,

que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna” (tercer párrafo).

En la *Convención Nacional Constituyente de 1957*, el señor convencional *Giordano Echegoyen*¹³¹, dijo lo siguiente:

“La Subcomisión de Derechos Sociales, en nombre de cuya mayoría hablo, aconseja dar vigencia constitucional a la *seguridad social* irrenunciable, al seguro social obligatorio, a la protección contra el desempleo, a las jubilaciones y pensiones móviles, a la rehabilitación integral de los incapacitados, a la vivienda digna, a la protección integral de la familia, a la maternidad, la infancia y la minoridad, y a la compensación económica familiar.

Y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en el artículo 22 establece «que toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la *seguridad social*, a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad».

De todo ello se infiere que la *seguridad social* debe cubrir riesgos imprevistos de carácter biológico, como la maternidad, la enfermedad, los accidentes y enfermedades profesionales, la invalidez, la vejez y la muerte del sostén familiar y múltiples aspectos de carácter social, como nacimiento, nupcialidad, fallecimiento, protección a la infancia y minoridad, formación cultural, cesantía o paro forzoso, jubilación, compensación económica familiar y vivienda digna”.

La nueva cláusula del progreso.

Artículo 75. Corresponde al Congreso:

Igualdad de posibilidades. Protección del niño y de la madre.

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

¹³¹ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 21ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 21 de octubre de 1957.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

b)-La comunidad social

El art. 14 bis, tercer párrafo de la Constitución Argentina (incorporado en la reforma de 1957), contiene la *cláusula de seguridad social*, relativa a los beneficios sociales como *unión* y *producto* visible de los aportes y las contribuciones recíprocas de los ciudadanos, para proteger a los individuos ante las distintas contingencias y necesidades de carácter social que enfrentan a lo largo de su vida, provenientes de causas ajenas a su voluntad (conforme al art. XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

Estos beneficios de la seguridad social, que se complementan con los previstos por el art. 75, inciso 23 de la Constitución (incorporado en la reforma de 1994) en protección del niño y de la madre, y que se otorgan mediante asignaciones, subsidios, jubilaciones y pensiones, planes, programas y otras prestaciones públicas, son los *bienes comunes sociales* que constituyen la parte de unión de la estructura participativa de la comunidad de la seguridad social.

En la Convención Nacional Constituyente de 1957, el señor convencional *Schaposnik*¹³², sostuvo que “Un sistema justo de reparto del trabajo y de distribución de la riqueza llevaría a sus límites mínimos la asistencia organizada por el Estado, pero en las condiciones actuales se hace imprescindible establecerlas”, lo que muestra la oposición estructural de los empresarios y los trabajadores en la visión del *constitucionalismo social*, ya que a la distribución primaria capitalista se le opone la redistribución estatal anticapitalista como parte de la seguridad social, ampliando de este modo los límites de las contingencias sociales que constituyen su objeto específico.

¹³² Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión, Continuación de la 2ª Sesión Extraordinaria, Santa Fe, 22 de octubre de 1957.

En el mismo sentido, en la Convención Nacional Constituyente de 1994, el señor convencional *Cafiero (A.F.)*¹³³, dijo que “Desde 1945, entonces, la *Justicia Social* no consistió solamente en una distribución más justa del ingreso a los trabajadores industriales, en otorgar la “ciudadanía social” tanto a éstos como a los más postergados trabajadores rurales y en la creación de una vasta red de protección social. El rasgo más distintivo y definitorio del nuevo *Estado de Justicia* -cuya expresión simbólica máxima fue el discurso y el accionar de Evita- fue el de romper con la “deferencia”, o sea, con los modos de acatamiento, subordinación e integración hacia los superiores -autoridades o patrones- propios de una sociedad estamental en que habían vivido sumidos los trabajadores, para dar paso a una sociedad substancialmente más democrática, participativa e igualitaria. Y en los casos de ancianos, niños, desvalidos y sumidos en el pauperismo transformar sus necesidades en derechos y hacerlos sujeto de un *asistencialismo “reivindicativo”*, es decir, no fundado en la beneficencia sino en la justicia. Tal fue en esencia, el mensaje de Evita. Aspectos, todos ellos, no implícitos al Estado de Bienestar social-demócrata pero sí entroncados con las denuncias proféticas de la tradición bíblica judeo-cristiana”.

En cambio, una visión de *constitucionalismo participativo* muestra, por un lado, que la participación de los empresarios y los trabajadores en las ganancias de las empresas son bienes comunes económicos, y que esta *distribución económica participativa* supera la exclusión estructural de la distribución primaria capitalista y la oposición estructural de la redistribución estatal anticapitalista, que se financia con recursos públicos de la seguridad social y que va en desmedro de esta; y también muestra, por otro lado, que las prestaciones asistenciales que cubren las contingencias ajenas a la voluntad de los individuos son bienes comunes sociales, y que esta *asistencia social participativa* no constituye un asistencialismo “reivindicativo” sino la “solidaridad” de la seguridad social.

¹³³ Diarios de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, 28ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 10/11 de agosto de 1994, Orden del Día N°8, inserción solicitada por el señor convencional Cafiero (A.F.).

4.-Los bienes comunes culturales

Los bienes comunes culturales como las fiestas patrias, los monumentos históricos, las obras pictóricas, literarias, escultóricas y musicales, constituyen la parte de unión estructural de la comunidad cultural y se encuentran representados en distintas normas constitucionales.

a)-Las normas constitucionales

La identificación de normas constitucionales relativas a los bienes comunes culturales (art. 75, inc. 19, cuarto párrafo; art. 125, segundo párrafo; art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado por el art. 75, inc. 22; art. XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ambas incorporadas por el art. 75 inc. 22).

La nueva cláusula del progreso

Artículo 75. Corresponde al Congreso:

19. “Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales” (inciso incorporado por la reforma de 1994, cuarto párrafo).

Artículo 125. Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura (segundo párrafo).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 15.1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- a) Participar en la vida cultural;
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
- c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo XIII. Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.

La Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 27.1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

b)-La comunidad cultural

El artículo 75, inciso 19, cuarto párrafo, de la Constitución Argentina se refiere a los bienes comunes culturales, que son la *unión* y el *producto* visible de la actividad de participación recíproca de los ciudadanos y que constituyen la parte de unión estructural de la comunidad cultural.

La *cultura de la participación* es la actividad de los ciudadanos que realiza la construcción permanente de la comunidad, por lo que esta actividad de participación, consistente en la actuación de unos junto con otros (recibir y dar parte) como un don mutuo, tiene un sentido propio y una finalidad dentro de sí misma: la unión de los ciudadanos en los distintos tipos de bienes comunes que culminan el proceso de la integración comunitaria.

Por ejemplo, las fiestas patrias, como la Revolución de Mayo y la Declaración de la Independencia, son una celebración de la comunidad que es la participación de los ciudadanos en los bienes comunes.

Como dice el filósofo alemán Josef Pieper, se puede celebrar “el hecho de una liberación, en el supuesto de que ese acontecimiento, aun lejano en el tiempo, posea todavía, en el día de la fiesta, una presencia efectiva. No toda conmemoración es una fiesta. Lo pasado, en

sentido estricto, no puede conmemorarse festivamente a no ser que la vida de la comunidad celebrante reciba de ello brillo y realce, no en virtud de una mera reflexión histórica, sino por ser una realidad históricamente activa”¹³⁴.

Si no tuviera lugar una actualización del fruto del acontecimiento patrio, no habría hecho concreto que celebrar festivamente, y ese fruto no puede ser otro que el fruto de la participación recíproca de los ciudadanos que son los bienes comunes y que constituyen a la comunidad celebrante. “En última instancia, la fiesta es de carácter público, es cosa de la comunidad, precisamente su «autopresentación», y por ello es necesariamente un acontecimiento visible, «objetivo»”¹³⁵.

En la celebración festiva de algo concreto se extiende un asentimiento a la comunidad en su conjunto, sea lo que sea lo que en concreto se celebre. Allí donde se celebra algo concreto, allí hay un asentimiento de la comunidad entera.

“¿Es preciso señalar qué poco tiene que ver con este asentimiento un optimismo superficial o incluso la cómoda aprobación de los hechos? No hay que concebirlo como si hiciera caso omiso de todo lo terrible del mundo; antes bien, habría de decirse que su profundidad se manifiesta precisamente en la confrontación con la perversión histórica”¹³⁶.

“En esto, sobre todo, coinciden las artes y la fiesta: ambas se alimentan de la aprobación de lo existente. Ha de recordarse de nuevo que con ello no quiere decirse conformidad con todo lo fáctico”¹³⁷. Por el contrario, “lejos de un “conformismo” que encontrara en orden el mundo tal cual es”¹³⁸, y de “un ingenuo optimismo”¹³⁹, es conformidad con lo bueno, lo positivo de la comunidad en su conjunto, que prevalece sobre lo malo, lo negativo que es una deficiencia de algún bien comunitario que no se ve, que se descuida o que se contradice.

“Allí donde se rehúse la afirmación del mundo de forma expresa y, lo que no es fácil, consecuente, allí se destruye en el mismo momento la raíz tanto de la fiesta como de las artes. Ya se ha dicho hace tiempo en sombríos diagnósticos que en una existencia fundada sobre la negación la fiesta termina por ser una caricatura de sí misma. Nietzsche afirma que la fiesta no es generalmente otra cosa que «un espectáculo sin espectadores, una mesa llena de manjares sin comensales». Schopenhauer habla de «mera apariencia»; «falta la médula del asunto»; la

¹³⁴ PIEPER, Josef, *Una teoría de la fiesta*, Ediciones Rialp, Madrid, 2006, p. 34.

¹³⁵ PIEPER, Josef, ob. cit., p. 57.

¹³⁶ PIEPER, Josef, ob. cit., p. 37.

¹³⁷ PIEPER, Josef, ob. cit., p. 70.

¹³⁸ PIEPER, Josef, ob. cit., p. 103.

¹³⁹ PIEPER, Josef, ob. cit., p. 104.

alegría «no se encuentra las más de las veces: es la única que ha renunciado a la fiesta»¹⁴⁰. “Contra tales declaraciones puede mostrarse también mucho «positivo»; sin embargo, no son superfluas y, al menos, su valor sintomático es indiscutible”¹⁴¹.

A pesar de todo, los ciudadanos pueden encontrar “muy bien” toda la existencia humana de la comunidad, a pesar de todo, pueden continuar siendo capaces de alegrarse e incluso de celebrar una fiesta. En su núcleo esencial, la cultura de la participación no es otra cosa que la vivencia de esa participación en los bienes comunes que constituye la parte de unión estructural de la comunidad.

“Celebrar una fiesta significa celebrar por un motivo especial y de un modo no cotidiano la afirmación del mundo hecha ya una vez y repetida todos los días”¹⁴².

“Así hablan igualmente los hallazgos obtenidos por la Historia de la cultura y de las religiones en las investigaciones de las grandes fiestas paradigmáticas de las viejas culturas o de los pueblos primitivos. Porque aquella afirmación, en la medida en que se produce, es «válida» sin cesar, y continuamente es de esperar que en razón de ella puedan darse miles de motivos legítimos para celebrar una fiesta: desde la llegada de la primavera hasta la del primer diente, cantada por Mathias Claudius”¹⁴³.

La *cultura de la participación* no se deja ceñir a un determinado ámbito particular de la vida, pues abarca e inunda todas las dimensiones de la existencia humana: social, económica, política, deportiva. Es realmente la realización de una participación en toda la vida de la comunidad. Y los frutos de la cultura de la participación, como una afirmación recíproca de unos a otros, son los bienes comunes, compartidos o participados, que completan la construcción incesante de la comunidad.

En definitiva, una visión de constitucionalismo participativo muestra la *cultura de la participación*, que supera los límites estructurales de la cultura de la libertad individualista que corresponde a la visión del constitucionalismo liberal, y de la cultura del conflicto de las desigualdades sociales que pertenece a la visión del constitucionalismo social, con la cultura de la confluencia de los ciudadanos en los bienes comunes.

¹⁴⁰ PIEPER, Josef, ob. cit., p. 72.

¹⁴¹ PIEPER, Josef, ob. cit., p. 72.

¹⁴² PIEPER, Josef, ob. cit., p. 40.

¹⁴³ PIEPER, Josef, ob. cit., p. 40-41.

5.-Los bienes comunes ambientales

Los bienes comunes ambientales como el agua, el aire, la temperatura, la tierra, las plantas, los animales, el paisaje, los glaciares, la biodiversidad, constituyen la parte de unión estructural de la comunidad ambiental y se encuentran representados en distintas normas constitucionales.

a)-Las normas constitucionales

La identificación de normas constitucionales relativas a los bienes comunes ambientales (art. 41; art. 43, primer y segundo párrafos).

La preservación del ambiente

Artículo 41. Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

La acción de amparo y los derechos de incidencia colectiva

Artículo 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como

a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización (primer y segundo párrafos).

En la *Convención Nacional Constituyente de 1994*, la señora convencional *Roulet*¹⁴⁴, informante del despacho de mayoría, efectuó las siguientes consideraciones:

“Señor presidente: corresponde considerar el tema referido a la preservación del ambiente, habilitado en el inciso k) del artículo 3 de la ley 24.309, que ha sido tratado en la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías.

Se trata, en efecto, de un nuevo derecho de los llamados de tercera generación, que tienen que ver con la conciencia cada vez más amplia que se ha ido formando en las últimas décadas sobre la crisis gravísima que está afectando la supervivencia del planeta Tierra, lo cual significa la supervivencia del género humano.

El hombre es, en gran medida, el responsable de las alteraciones que padece el planeta. Durante casi toda su existencia las grandes perturbaciones fueron producto de fenómenos naturales —catástrofes como los terremotos, las inundaciones, etcétera—. En los dos últimos siglos el hombre es el responsable directo de esas perturbaciones y también es su víctima.

La toma de esa conciencia ha tenido manifestaciones, en particular comenzando por acciones de las Naciones Unidas, en las que los gobiernos, por ejemplo, a través de la Conferencia de Estocolmo de 1972, empezaron la discusión de lo que en aquel momento se llamó la "Conferencia del hombre y la biosfera", es decir, las relaciones del hombre con el planeta.

Durante el período que va de 1972 a 1992, año en que se realiza la Cumbre de Río de Janeiro, una muy importante acción científica clarificó muchos de los problemas que están afectando a la Tierra. Allí, sobre la base de un informe muy conocido —el informe Brundtland— se pudo establecer un conjunto de principios y se prepararon varios convenios que fueron suscriptos por los casi ciento cincuenta jefes de Estado que asistieron a dicha Cumbre. En primer lugar, la Declaración de Río sobre Ambiente y Desarrollo; en segundo lugar la "Agenda XXI"; en tercer lugar el Convenio sobre las Forestas; en cuarto lugar el Convenio sobre el Cambio Climático; y, por último, el Convenio sobre la Biodiversidad.

¹⁴⁴ Diarios de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, 13ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 20 de julio de 1994.

En esa primera Declaración sobre Ambiente y Desarrollo se estableció lo que puede ser considerado un principio fundamental, es decir, *el derecho del hombre a una vida saludable y productiva, en armonía con la naturaleza*. (...)

Esto es lo que en la Conferencia de 1972 se mencionaba como *ecodesarrollo* y que el informe Brundtland llama *desarrollo sustentable*, es decir, el desarrollo en el cual el ambiente ya pasa a formar parte inescindible de las condiciones necesarias para el progreso humano”.

Por otra parte, la señora convencional *Peltier*¹⁴⁵, informante del segundo despacho de minoría, sostuvo lo siguiente:

“Sabemos que ecología significa en cierta medida nuestra casa, tomando a nuestra casa como el planeta donde nos hemos desarrollado. Cabe apuntar que se ha operado un cambio de mentalidad desde la reunión que se realizara en Estocolmo en 1972, donde se estableció que lo más importante era precisamente el mantenimiento de la naturaleza, evitar la depredación y tratar que los recursos naturales no se agotaran para las generaciones futuras, lo que se ha sostenido en la ECO 92.

Nuestra disidencia en este tema es fundamental. Partimos de una filosofía diferente. *Para el despacho de la mayoría el hombre es una parte del entorno*, mientras que para quienes hemos suscripto el despacho en minoría —y hablo en nombre del Partido Demócrata de Mendoza, de Fuerza Republicana de Tucumán, del Partido Renovador de Salta y del Movimiento Popular Fuegino—, el criterio es totalmente distinto. Si bien estamos de acuerdo en que el medio ambiente ha sido agredido, en que hay que protegerlo y en que todos los habitantes de la Nación tenemos derecho a vivir una vida saludable en armonía con el ambiente, tal como dice nuestro despacho, creemos que es fundamental considerar que *el hombre no es un elemento más del ambiente. El hombre es el elemento indispensable*; si no es así, ¿para qué queremos mantener y conservar el medio ambiente que nos rodea? ¿Para qué queremos el desarrollo sustentable si no es para beneficiar a las generaciones futuras que van a usufructuarlo y usarlo? (...)

Hay *varias escuelas filosóficas* tendientes a la protección del medio ambiente. En cierta medida nosotros tenemos que propender a la cultura de la defensa del ambiente, y que sea una cultura enraizada profundamente en la educación. Estas escuelas iusfilosóficas —en este momento podemos decir que probablemente todavía no sea una ideología— tienen distintas posturas: la *conservacionista*, que quiere mantener el ambiente tal cual está; la *ecologista*

¹⁴⁵ Diarios de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, 13ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 20 de julio de 1994.

contestataria, que sostiene que en cierta medida sufre por el desarrollo económico quien depreda sin contemplaciones nuestros recursos naturales; la *desarrollista ecológica*, que cree que previamente a realizarse una obra hay que tratar de verificar el impacto ambiental que puede generar esa obra en el ambiente y finalmente una postura de *renovadores culturales*, que quieren hacer un cambio total en el ambiente y crear una forma diferente de visualizar este problema.

Creemos que todas estas escuelas tienen que compatibilizarse y resumirse en un solo principio, que *el hombre es principio, sujeto y fin del medio ambiente. El hombre es el elemento principal y no uno más del entorno ambiental. (...)*

Según decía un constitucionalista, al estudiar la jurisdicción y el dominio del fenómeno ambiental —tal como lo han señalado con razón diversos autores—, no se debe olvidar que la protección del ambiente no tiene por finalidad el cuidado de la naturaleza en sí misma sino el cuidado del hombre y el afianzamiento de su dignidad, que impone la satisfacción de sus necesidades (...) entendiendo que *el hombre es el centro del ambiente*”.

También la señora convencional *Rovagnati*¹⁴⁶, informante del tercer despacho de minoría, expresó lo siguiente:

“Existe en nuestros días un cambio en la forma de ver el mundo, tanto desde el punto de vista científico como social. Ello constituye *un cambio de paradigma*, ya que estamos pasando *de una visión reduccionista de la realidad a otra globalizadora*.

La *visión globalizadora*, propia del enfoque ecológico que destaca y en cierto modo crea la concepción determinista de un mundo absolutamente interdependiente es, en realidad, *una extrapolación ideológica a partir de la ecología*.

Las ideologías se construyen a partir de teorías científicas porque cuando de éstas se extraen normativas políticas, es decir, sociales en la más amplia acepción, ese conjunto de proposiciones y postulados para la acción social y, por consiguiente, para el dominio político, es lo que constituye la ideología. (...)

Actualmente estamos en una etapa de decadencia de las ideologías imperantes, lo que no implica que vayan a desaparecer sino que, más bien, podemos hablar de un proceso de impregnación que sufren por la aparición del *nuevo paradigma ideológico*; me estoy refiriendo a la *ideología ecológica*”.

¹⁴⁶ Diarios de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, 13ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 20 de julio de 1994.

Además, el señor convencional *Schroder*¹⁴⁷, informante del cuarto despacho de minoría, expresó lo siguiente

“Es un gran error seguir hablando del ser humano, que es el que nos ha llevado a la situación que vivimos, y constituye un componente más de todos los ecosistemas. No se puede arrojar el derecho de ser el dueño de la naturaleza para explotarla y administrarla como quiera. *El ser humano no es el eje de los ecosistemas, sino que es una parte más*”.

b)-La comunidad ambiental

La Constitución Argentina se refiere en el art. 41 a los bienes comunes ambientales, como derechos de incidencia colectiva (según el art. 43, segundo párrafo), que son la *unión* y *objeto* visible de la participación recíproca de las personas, tanto en su goce como en su conservación, y que constituyen la parte de unión estructural de la comunidad ambiental.

En la Convención Nacional Constituyente de 1994, se plantearon *dos posiciones*: en la *primera posición*, la señora convencional *Roulet*¹⁴⁸, informante del despacho de mayoría, hizo referencia al “*ecodesarrollo*” o “*desarrollo sustentable*”, es decir, el desarrollo en el cual el ambiente ya pasa a formar parte inescindible de las condiciones necesarias para el progreso humano; la señora convencional *Rovagnati*¹⁴⁹, informante del tercer despacho de minoría, sostuvo que existe *un cambio de paradigma*, ya que estamos pasando *de una visión reduccionista de la realidad a otra globalizador*, por la aparición de un *nuevo paradigma ideológico* que es la *ideología ecológica*, y el señor convencional *Schroder*¹⁵⁰, informante del cuarto despacho de minoría, afirmó que *el ser humano no es el eje de los ecosistemas, sino que es una parte más*.

En la *segunda posición*, la señora convencional *Peltier*¹⁵¹, informante del segundo despacho de minoría, señaló que la *disidencia en este tema es fundamental*, ya que *para el despacho de la mayoría el hombre es una parte del entorno*, mientras que para su despacho en minoría *el hombre no es un elemento más del ambiente, sino que el hombre es el elemento*

¹⁴⁷ Diarios de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, 13ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 20 de julio de 1994.

¹⁴⁸ Diarios de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, 13ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 20 de julio de 1994.

¹⁴⁹ Diarios de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, 13ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 20 de julio de 1994.

¹⁵⁰ Diarios de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, 13ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 20 de julio de 1994.

¹⁵¹ Diarios de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, 13ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 20 de julio de 1994.

indispensable, que es principio, sujeto y fin del medio ambiente, y que es el elemento principal y no uno más del entorno ambiental, o sea, que el hombre es el centro del ambiente.

La primera posición hace referencia al *ecodesarrollo* y la segunda posición al *hombre como centro del ambiente*, pero una visión de constitucionalismo participativo muestra los bienes comunes ambientales como la *parte de unión estructural* que completa la estructura tripartita de la comunidad ambiental, compuesta por *unas* y *otras* personas y la unión de ambas en el *ambiente*, por lo tanto, una visión participativa de la comunidad ambiental integra y supera los límites estructurales de una visión ecocéntrica y de una visión antropocéntrica.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha desarrollado en diversos fallos¹⁵² el *paradigma ecocéntrico*, como una respuesta a la cuestión del cambio climático para la protección del ambiente y la tutela de los bienes colectivos cuya sobreutilización derivada de la falta de incentivos para cuidarlos genera lo que se denomina la “*tragedia de los bienes comunes*”¹⁵³.

En esos fallos de la Corte Suprema se admite la existencia de un componente ambiental del estado de derecho¹⁵⁴, se caracteriza el ambiente como un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible¹⁵⁵, y el derecho al ambiente sano como un derecho humano¹⁵⁶; todo lo cual configura el llamado constitucionalismo ambiental que considera al ambiente como un ecosistema en sí mismo.

En la sentencia de fecha 4 de junio de 2019, dictada en la causa “*Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad*”¹⁵⁷, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo lo siguiente:

“Que sin perjuicio de ello, puede agregarse que cuando existen *derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente* -que involucran en los términos de la Ley de Glaciares, la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua (artículo 1°)- la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos.

En efecto, la caracterización del ambiente como “*un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible*” (Fallos: 340:1695, “*La Pampa, Provincia de c/*

¹⁵² C.S.J.N., Fallos: 342:924; 340:1695; 337:1361; 342:2136.

¹⁵³ LORENZETTI, Ricardo, *El Nuevo Enemigo – El Colapso Ambiental – Cómo Evitarlo*, Sudamericana, Buenos Aires, 2021, pág. 242.

¹⁵⁴ C.S.J.N., Fallos: 339:515.

¹⁵⁵ C.S.J.N., Fallos: 340:1695; 329:2316; 342:924.

¹⁵⁶ C.S.J.N., Fallos: 337:1361.

¹⁵⁷ C.S.J.N., Fallos: 342:924.

Mendoza, Provincia de" y 329:2316) cambia sustancialmente el enfoque del problema, que no solo debe atender a las pretensiones de las partes. La calificación del caso exige *"una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan"*. El ambiente -ha dicho este Tribunal-"*no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario"* (Fallos: 340:1695, considerando 5°).

Específicamente respecto del acceso al agua potable, ha dicho que es un derecho cuya tutela implica *modificar una visión* según la cual "la regulación jurídica del agua se ha basado en un *modelo antropocéntrico*, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. El *paradigma jurídico* que ordena la regulación del agua es *eco-céntrico*, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente" (Fallos: 337:1361 y 340:1695)" (considerando 17°).

"Que, así, la perspectiva global emergente del *derecho del cambio climático* invita a reforzar la visión policéntrica propuesta para los derechos colectivos al tiempo que evidencia la dificultad del proceso bilateral tradicional para responder a la problemática ambiental.

En ese sentido el Acuerdo de París también señala en sus considerandos la utilidad que puede revestir el concepto de *"justicia climática"* entendida como la perspectiva que intenta integrar una multiplicidad de actores para abordar de manera más sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad.

Es por ello que frente a las previsiones de la Ley de Glaciares que apuntan a proteger *derechos de incidencia colectiva* -y de un carácter especialmente novedoso-, los jueces deben ponderar que las personas físicas y jurídicas pueden ciertamente ser titulares de derechos subjetivos que integran el concepto constitucional de propiedad, amparados en los términos y con la extensión que les reconoce el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de este Tribunal. Mas también deben considerar que ese derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva (artículos 14 y 240 del Código Civil y Comercial de la Nación) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (artículos 1°, 2° y 4° de la

Ley General del Ambiente 25.675). Todo ello en consideración de los objetivos generales de bien común, como aquel que la comunidad internacional ha trazado para garantizar "modalidades de consumo y producción sostenibles" en la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible aprobado por la Organización de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015 (A/RES/70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, objetivo 12)" (considerando 21°).

También, en la sentencia de fecha 2 de diciembre de 2014, dictada en la causa "*Kersich, Juan Gabriel y otros c/Agua Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo*"¹⁵⁸, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló lo siguiente:

"Que el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por -los jueces. En este sentido cabe resaltar que en su reciente resolución A/HRC/RES/27/7 distribuida el 2 de octubre de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas exhorta a los Estados. a que *"velen por que todas las personas tengan acceso sin discriminación a recursos efectivos en caso de violación de sus obligaciones respecto del derecho humano al agua potable y el saneamiento, incluido recursos judiciales, cuasijudiciales y otros recursos apropiados"* (11.c).

En el campo de los *derechos de incidencia colectiva*, es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia.

Por esta razón es que en muchos instrumentos internacionales se menciona la tutela del derecho al agua potable. En este sentido, *la resolución A/RES/64/292, del 30/07/2010, de Naciones Unidas, declaró el derecho al agua potable y el saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos*. La "Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer" (1979), artículo 14, párr. 2 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" del 17/11/1988, predicen que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano y a contar con los servicios básicos; la "Convención sobre los Derechos del Niño", artículo 24, 2° párr. (1989), exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades mediante el suministro de agua potable salubre. De otro lado, es de recordar que en el mes de septiembre de 2000 los dirigentes de todos los países se comprometieron en la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas a reducir a la mitad para el año 2015 la proporción de personas que carecían de acceso al agua

¹⁵⁸ C.S.J.N., Fallos: 337:1361.

potable o que no podían costearla. Y que en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, celebrada en Johannesburgo, se acordó un objetivo similar para reducir a la mitad, también para el año 2015, las cifras de personas sin saneamiento básico. Asimismo, numerosos documentos de organizaciones internacionales, incluyen declaraciones en ese sentido, como la que surge de la Observación General n°15 del "Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" de Naciones Unidas, del 15/11/2602, en virtud de la cual se dijo que: "El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El *derecho humano al agua* es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos"" (considerando 12°).

Entonces, el *paradigma ecocéntrico* se formula en los fallos citados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como una superación del *paradigma antropocéntrico* que, según la visión de Francis Bacon, hace al hombre capaz de conseguir, a través de la correlación entre ciencia y praxis, "la victoria del arte sobre la naturaleza" (*victoria cursus artis super naturam*)¹⁵⁹, o sea, hace posible el dominio del hombre sobre la naturaleza.

En la obra titulada: *El Nuevo Enemigo – El Colapso Ambiental – Cómo Evitarlo*¹⁶⁰, el juez de la Corte Suprema Ricardo Lorenzetti se dedica al análisis del "paradigma ambiental".

Lorenzetti afirma lo siguiente: "El *paradigma ambiental* se basa en una idea de interacción compleja que contempla los efectos individuales y colectivos, presentes y futuros de la acción humana. Es una concepción sistémica de la causalidad que se ha ido desarrollando en múltiples campos"¹⁶¹.

Todo el edificio teórico de la cultura occidental -dice Lorenzetti- ha sido construido sobre la base del individuo, utilizando los paradigmas de la libertad y de la igualdad. El cambio actual está caracterizado por una concepción menos antropocéntrica y más geocéntrica, es decir, la aparición de la naturaleza como sujeto.

Para el antropocentrismo, el centro del interés es el individuo, y por esta razón, todas las cosas, los bienes e incluso la naturaleza son apreciados como valiosos solo en tanto produzcan una utilidad para los humanos.

Agrega Lorenzetti que en el derecho de propiedad podemos hablar de un "paradigma dominial", que se extiende desde el Derecho romano hasta mediados del siglo XX, y en el que

¹⁵⁹ BACON, Francis, *Novum Organum*, 1620, I, 117.

¹⁶⁰ LORENZETTI, Ricardo, *El Nuevo Enemigo – El Colapso Ambiental – Cómo Evitarlo*, Sudamericana, Buenos Aires, 2021.

¹⁶¹ LORENZETTI, Ricardo, pág.. 197.

es evidente que los objetos naturales como la tierra o el agua cumplen una función absolutamente pasiva.

Pero la escasez de la naturaleza y de sus recursos los ha vuelto intrínsecamente valiosos, no ya solamente por su utilidad para los servicios humanos, sino en cuanto a su funcionamiento como sistema de vida que motiva sus propias regulaciones y órdenes clasificatorios.

“Es suficiente con observar los tratados internacionales y leyes nacionales existentes en el mundo sobre los suelos, los mares, el agua potable, los glaciares, la floresta, el aire puro, el calentamiento global, la fauna, las especies en extinción, para apreciar cómo generan legislaciones por sí mismos. La conclusión es que el modelo dominial ha llevado a los bienes ambientales a un punto de tensión extrema: aumenta la demanda sobre los bienes ambientales y disminuyen los servicios que esos bienes pueden ofrecer; por esta razón, ya no es posible admitir que existe un derecho para todos de usar los bienes en cualquier cantidad y para cualquier propósito. En la modernidad hubo una gran desmesura antropocéntrica”¹⁶².

Lorenzetti señala que la naturaleza es un sistema en el cual todas las partes están conectadas entre sí y que la interconexión entre todas las partes es típica de un sistema, no solo en relación con la naturaleza, sino también en el funcionamiento social y económico.

“El *paradigma ambiental* se caracteriza porque busca acercar el funcionamiento de los sistemas social, económico y ambiental. Por esta razón, interesan los datos insertos dentro de los principios de funcionamiento de la naturaleza. Se trata de adoptar principios que promuevan la protección ambiental, y de coordinar las acciones ecológicas con las económicas. Es un enorme espacio que se abre para el estudio cooperativo e integrado de diferentes dominios de la ciencia”¹⁶³.

“La ausencia de estímulos individuales para la tutela de los bienes colectivos genera lo que se denomina “tragedia de los bienes comunes”, porque hay una sobreutilización derivada de la falta de incentivos para cuidarlos; si nadie es propietario, no hay quien se preocupe por cuidar el bien”¹⁶⁴.

Finalmente, Lorenzetti sostiene lo siguiente: “El enemigo es el ocaso de la civilización, la destrucción ambiental y de nuestra cultura, y todos los que colaboran consciente o inconscientemente en ello. Esto es lo que está generando grandes movimientos actuales. Es un

¹⁶² LORENZETTI, Ricardo, pág. 202.

¹⁶³ LORENZETTI, Ricardo, pág. 204.

¹⁶⁴ LORENZETTI, Ricardo, pág. 242.

relato integrador y superador al modo de Lincoln en la guerra civil americana, que intentó construir una identidad: “nosotros” que es algo distinto de azules y colorados”¹⁶⁵.

En ese sentido, una visión de constitucionalismo participativo muestra que los bienes comunes ambientales constituyen la parte de unión estructural de la comunidad ambiental, e integra y supera los límites estructurales de la visión antropocéntrica y de la visión ecocéntrica, con la *participación recíproca* de las personas y la *unión del “nosotros”* en los distintos tipos de *bienes comunes ambientales*.

¹⁶⁵ LORENZETTI, Ricardo, pág. 279-280.

V

Una visión integral de la Constitución

En este título se muestra una visión integral de la Constitución Argentina, con la imagen completa de la comunidad (lo originario) y de su organización política (lo derivado) en la primera y segunda parte de la Constitución, respectivamente, y la integración de las visiones menos amplias del constitucionalismo liberal y social en una visión más amplia de constitucionalismo participativo, que reconoce los bienes comunes en la estructura de la comunidad y de su organización política, más allá de los límites estructurales del individualismo liberal y del conflicto de las desigualdades sociales.

1.-Una imagen completa de la comunidad y de su organización política

A partir de la visión y comprensión de los bienes comunes como la parte central de unión intersubjetiva de toda la estructura comunitaria (unos, otros y su unidad), se muestra una imagen completa de la comunidad (lo primario) y de su organización política (lo secundario) en la Constitución, cuyas estructuras participativas son análogas.

Una visión de *constitucionalismo participativo* muestra en la *primera parte* de la Constitución la *forma de participación de la comunidad* (el modelo estructural), que contiene no sólo los derechos individuales (arts. 14, 17, 18 y 20 de la CN) sino también los derechos de incidencia colectiva o de participación intersubjetiva (arts. 14 bis, 41, 43, 75 incisos 18, 19 y 23 de la CN; art. 17 de la DUDH) cuyo objeto son los distintos tipos de bienes comunes políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales; y también muestra en la *segunda parte* de la Constitución la *forma de participación del gobierno democrático* (la copia estructural), que incluye no sólo la división de los poderes institucionales sino también el objeto

compartido de los bienes comunes como un tercero integrador, la parte conclusiva tanto de la estructura participativa de la comunidad como de la estructura participativa del gobierno.

De manera que no hay discordancia sino concordancia entre *la primera y la segunda parte de la Constitución*, porque tanto el *estatuto de la comunidad* como el *estatuto de la organización política*, respectivamente, tienen como centro de unión pública o común a los distintos tipos de bienes comunes que señalan a los ciudadanos y a los poderes institucionales el camino hacia la integración nacional.

2.-La integración de las visiones del constitucionalismo liberal y social en una visión de constitucionalismo participativo

Además, una visión más amplia de *constitucionalismo participativo* integra dentro de sí a las visiones menos amplias del *constitucionalismo liberal y social*, las cuales tienen una mirada inconclusa de la construcción comunitaria, porque no conocen que los bienes comunes son la unión y el producto visible provenientes de la participación recíproca de los ciudadanos, y que por esta peculiaridad constituyen la parte de unión estructural de un grupo y de toda la comunidad.

Esas dos visiones del constitucionalismo liberal y social no ven la comunidad completa, porque les falta ver la unión de los ciudadanos en los bienes comunes, concretos y siempre presentes, y por esta deficiencia ven a los individuos separados o el conflicto de las desigualdades sociales, respectivamente.

No comprenden que los bienes comunes son los bienes compartidos por los individuos, los espacios de participación interpersonal. Consideran que el “bien común” o el “bienestar general” es el bien de todos y cada uno de los individuos, pero no los bienes de la *unión* por participación *entre* unos y otros individuos, o sea, las formas objetivas de la actividad intersubjetiva que configuran la tercera parte estructural de la comunidad.

Entonces, ver *la tercera parte de unión estructural de los bienes comunes* es determinante para poder ver la comunidad completa, y ver la comunidad completa es determinante para poder ver el gobierno completo, como lo hace una visión integral de *constitucionalismo participativo*, y por eso puede integrar en sí misma a las visiones parciales del constitucionalismo liberal y social.

El constitucionalismo participativo integra a la visión del *constitucionalismo liberal*, ya que incluye los derechos y los bienes individuales, pero los completa con los derechos de incidencia colectiva que tienen como objeto los bienes comunes; superando así el aislamiento y la desvinculación fundamental de los individuos.

Y también integra a la visión del *constitucionalismo social*, ya que incluye los derechos del trabajo, pero cambia las relaciones de oposición estructural entre los empresarios autónomos y los trabajadores dependientes, por las relaciones de colaboración en la dirección y de participación bilateral en las ganancias de las empresas que, como bienes compartidos de los grupos empresariales (micros, pequeños, medianos o grandes), constituyen la tercera parte de unión estructural de la comunidad económica.

Entonces, una visión de constitucionalismo participativo muestra que la comunidad no es un conjunto de individuos separados, ni un conjunto de individuos en una relación de conflicto por sus desigualdades, como lo entienden el constitucionalismo liberal y social, respectivamente, sino un conjunto de individuos diferentes que mediante su libre participación recíproca se unen y complementan unos con otros en los bienes comunes, como la parte conclusiva o final de una construcción comunitaria permanente, lo que se refleja en la cooperación entre los poderes del autogobierno colectivo -cooperación interna- y de éstos con los ciudadanos -cooperación externa-.

Y los conflictos sociales, que también existen, se producen precisamente por no ver ni comprender la parte de unión estructural de los bienes comunes y perder por este desconocimiento el camino de la integración constitucional que se realiza en ellos, lo que constituye uno de los problemas fundamentales de la teoría constitucional contemporánea, con el agravante de ser *una cuestión no planteada*.

La comprensión de los bienes comunes como la parte de unión de los ciudadanos que concluye la estructura participativa de la comunidad real, es necesaria para cerrar la brecha que las concepciones del constitucionalismo liberal individualista y del constitucionalismo social igualitarista (o antiindividualista) no pueden cerrar, porque ambas ignoran la integración estructural de los individuos en los bienes comunes para desarrollarse y crecer juntos unos con otros, resultando así concepciones parciales y, en definitiva, erróneas por incompletas.

Por el contrario, una nueva mirada de conjunto de la estructura participativa de la comunidad con la inclusión de los bienes comunes, hace posible dejar de lado las exclusiones individualistas y las contradicciones de las desigualdades sociales, y desarrollar la integración de los ciudadanos, de los gobernantes y de ambos entre sí, ya que los bienes comunes no sólo

son la parte central de la estructura de la declaración de derechos, sino también de la estructura de la organización del poder en la Constitución.

Es decir, una visión de conjunto de la Constitución, que incluye los derechos humanos individuales (arts. 14, 17, 18 y 20) y los derechos humanos de incidencia colectiva o de participación intersubjetiva en el centro de unión de los distintos tipos de bienes comunes (arts. 14 bis, 41, 43, 75 incisos 18, 19 y 23 de la CN; art. 17 de la DUDH), hace posible que se integren en ella las miradas parciales del constitucionalismo liberal y social, pasando de una visión de individualismo liberal y de conflicto por las desigualdades sociales a una visión de participación e integración constitucional, tanto de los individuos como de las instituciones democráticas, en el ámbito de los bienes comunes.

En la concepción liberal, hay una deficiencia estructural que significa una desvinculación fundamental de los individuos autónomos (estructura unitaria), lo que se refleja en la separación de los poderes del autogobierno colectivo -división interna- y de éstos con los ciudadanos -división externa-.

Y en la concepción social, hay una deficiencia estructural que significa una relación de contradicción entre los individuos por sus desigualdades (estructura binaria), lo que se proyecta en la puja de los poderes institucionales -conflicto interno- y de éstos con sectores diferenciados de la sociedad -conflicto externo-.

Por lo que la integración de los ciudadanos y los gobernantes mediante la superación de esa deficiencia estructural de las visiones liberal y social constituye uno de los problemas principales de la teoría constitucional contemporánea, aunque *el carácter de parte de unión estructural de los bienes comunes* en la construcción de la comunidad es *una cuestión no planteada*.

Pero las visiones del constitucionalismo liberal y social que abarcan menos, se integran en una visión que abarca más (*principio de integración*), o sea, en una visión más amplia de *constitucionalismo participativo*, porque supera los límites estructurales del individualismo liberal y la contradicción de las desigualdades sociales, con la confluencia de los derechos de los ciudadanos y los poderes de los gobernantes en los bienes comunes.

En efecto, una visión de constitucionalismo participativo permite que tanto la visión del constitucionalismo liberal como la visión del constitucionalismo social, que tienen una estructura individualista (unidad unitaria¹⁶⁶) y conflictiva (unidad binaria¹⁶⁷), respectivamente

¹⁶⁶ ARISTOTELES, *Metafísica*, Editorial Porrúa, México, undécima edición, 1992, págs. 55-72.

¹⁶⁷ HEGEL, Georg W.F., *Lógica*, Ediciones Folio S.A., Navarra, España, 1999, segunda parte, págs. 21, 22, 43.

y, por ende, una mirada inconclusa de la construcción comunitaria, se puedan integrar en una visión completa de la comunidad que tiene una estructura participativa (unidad ternaria¹⁶⁸).

Y esta integración se realiza en los centros de participación y unión de los bienes comunes, que no sólo constituyen el centro estructural de la comunidad en la primera parte de la Constitución (como objetos de los derechos de incidencia colectiva o de participación común), sino también el centro estructural de su gobierno en la segunda parte de la Constitución (como objetos de los poderes), y que hacen posible el desarrollo de la integración de los ciudadanos, de los gobernantes y de ambos entre sí.

¹⁶⁸ VON BALTHASAR, Hans Urs, *Epilogo*, Ediciones Encuentro, Madrid, 1998, págs. 50-55, 79-80, 103.

Conclusión

En un tiempo marcado por las concepciones parciales o polarizadas de la sociedad, se destaca la necesidad de mostrar los espacios de integración de los bienes comunes, para alcanzar una visión completa de la estructura participativa de la comunidad con los derechos humanos individuales y los derechos humanos de incidencia colectiva y, de esta forma, poder superar los dilemas o dualismos que permanecen abiertos en la teoría constitucional.

Ese es el motivo de este trabajo sobre los bienes comunes en la Constitución Argentina, con el planteo de la siguiente pregunta: *Si los bienes comunes constituyen la parte de unión estructural de la comunidad.*

Esta *cuestión no planteada* por el constitucionalismo liberal y social, porque trasciende los límites estructurales de ambos, se propuso con la intención de mostrar y explicar el carácter estructural de los bienes comunes, en su doble aspecto: como *unión* procedente de la participación recíproca de los ciudadanos (relación, vínculo o nexo intersubjetivo: actividad interior); y como *producto* visible y prueba de la participación ciudadana (fruto, parte o término objetivo: forma exterior).

Y si los *bienes comunes* son los centros de *unión* de *unos* y *otros* ciudadanos, entonces, por esta condición específica de ser el vínculo bilateral y el resultado visible de la participación ciudadana, conforman *la parte de unión estructural de la comunidad*, el término medio entre los diferentes individuos que está más allá de ellos, el lugar de confluencia que concluye el proceso total de la integración comunitaria, pues de los ciudadanos procede la participación recíproca, y de esta actividad proviene la unión participativa de los ciudadanos en los bienes comunes.

Ver o no ver la parte de unión estructural de los bienes comunes, es decisivo para ver o no ver la comunidad completa. Porque los bienes comunes son los objetos visibles de la unión de los sujetos y como lugares de participación constituyen *la tercera parte de unión estructural de la comunidad*, o sea, la parte comunitaria propiamente dicha (del latín *communitas*: cualidad de común) que, precisamente por su carácter propio de nexo común entre unos y otros individuos (primera y segunda parte estructural), se puede distinguir, pero no separar de toda la

comunidad: *vemos la comunidad si vemos la confluencia de los ciudadanos en los bienes comunes.*

A partir de la visión y comprensión de los bienes comunes como la parte central de unión intersubjetiva de toda la estructura comunitaria (el conjunto de unos y otros ciudadanos, y su unión en los bienes comunes), se muestra una visión integral de la Constitución, con la imagen completa de la comunidad (lo primario) y de su organización política (lo secundario), en la primera y segunda parte de la Constitución, respectivamente, cuyas estructuras participativas son análogas.

Una visión de *constitucionalismo participativo* muestra en la *primera parte* de la Constitución la *forma de participación de la comunidad* (el modelo estructural), que contiene no sólo los derechos individuales sino también los derechos de incidencia colectiva o de participación intersubjetiva cuyo objeto son los distintos tipos de bienes comunes políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales; y también muestra en la *segunda parte* de la Constitución la *forma de participación del gobierno democrático* (la copia estructural), que incluye no sólo la división de los poderes institucionales sino también el objeto compartido de los bienes comunes como un tercero integrador, la parte conclusiva tanto de la estructura participativa de la comunidad como de la estructura participativa del gobierno.

De manera que no hay discordancia sino concordancia entre *la primera y la segunda parte de la Constitución*, porque tanto el *estatuto de la comunidad* como el *estatuto de la organización política*, respectivamente, tienen como centro de unión pública o común a los distintos tipos de bienes comunes que señalan a los ciudadanos y a los poderes institucionales el camino hacia la integración nacional.

Además, una visión más amplia de *constitucionalismo participativo* integra dentro de sí a las visiones menos amplias del *constitucionalismo liberal y social*, las cuales tienen una mirada inconclusa de la construcción comunitaria, porque no conocen que los bienes comunes son la unión y el producto visible provenientes de la participación de los ciudadanos, y que por esta peculiaridad constituyen la parte de unión estructural de un grupo y de toda la comunidad.

En efecto, estas dos visiones del constitucionalismo liberal y social no ven que la libre participación de los ciudadanos y la gestión de los gobernantes se unen y concretan en el espacio de los bienes comunes: les falta comprender el sentido constitucional de participación e integración ciudadana que se realiza en los bienes comunes, concretos y siempre presentes, y por esta deficiencia no pueden entender cómo se concluye la construcción comunitaria.

En cambio, una visión integral de constitucionalismo participativo muestra que los bienes comunes son *el centro de unión* de los ciudadanos que el constitucionalismo liberal y social desconocen, *el término medio* que está más allá de los límites estructurales del individualismo liberal y del conflicto de las desigualdades sociales, respectivamente, y que concluye la construcción participativa de la comunidad y de su forma de organización institucional.

Entonces, ver *la tercera parte de unión estructural de los bienes comunes* es determinante para poder ver la comunidad completa, y ver la comunidad completa es determinante para poder ver el gobierno completo, como lo hace una visión integral de *constitucionalismo participativo*, y por eso puede integrar en sí misma a las visiones parciales del constitucionalismo liberal y social.

El constitucionalismo participativo integra a la visión del *constitucionalismo liberal*, ya que incluye los derechos y los bienes individuales, pero los completa con los derechos de incidencia colectiva que tienen como objeto los bienes comunes; superando así el aislamiento y la desvinculación fundamental de los individuos.

Y también integra a la visión del *constitucionalismo social*, ya que incluye los derechos del trabajo, pero cambia las relaciones de oposición estructural entre los empresarios autónomos y los trabajadores dependientes, por las relaciones de colaboración en la dirección y participación bilateral en las ganancias de las empresas que, como bienes compartidos de los grupos empresariales (micros, pequeños, medianos o grandes), constituyen la tercera parte de unión estructural de la comunidad económica.

Esta investigación sobre los espacios de integración de los bienes comunes en la estructura de la comunidad, es relevante porque intenta llenar los lugares dejados vacíos por las visiones del *constitucionalismo liberal* (derechos individuales o de primera generación) y del *constitucionalismo social* (derechos sociales o de segunda generación), las cuales desconocen el aspecto de parte estructural de los bienes comunes y así pierden de vista el medio de unión de los ciudadanos, cuyos resultados tangibles son las divisiones liberales y los conflictos de las desigualdades sociales.

En cambio, el reconocimiento de los espacios de integración de los bienes comunes en la estructura de la comunidad, hace posible superar las divisiones individualistas y resolver los conflictos de las desigualdades sociales mediante la participación de los ciudadanos en la generación, en la conservación y en los beneficios de las distintas clases de bienes comunes,

concretos y siempre presentes, los que también constituyen el objeto de la gestión del gobierno democrático.

En esta dirección, una *visión integral de la Constitución*, en la que resplandece como núcleo la participación de los individuos en la unidad de los bienes comunes políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, es capaz de resolver los dilemas y de llenar la brecha social en la teoría constitucional, permitiendo de este modo superar los conflictos y desarrollar el verdadero sentido de participación de los ciudadanos y de servicio de los gobernantes que señalan las distintas clases de bienes comunes.

Estos son los *dos aportes* que se ofrecen en este trabajo a la teoría constitucional y los derechos humanos: *mostrar los bienes comunes como la parte de unión estructural* (básica o fundamental) que completa la estructura participativa de la comunidad: el conjunto tripartito de *unos y otros* ciudadanos y la *unión de ambos en los bienes comunes*; y en base a esto, *mostrar una visión integral de la Constitución Argentina, con la imagen completa de la comunidad* (lo principal) *y de su organización política* (lo accesorio), *en la primera y segunda parte de la Constitución, respectivamente*, y la integración de las visiones del constitucionalismo liberal y social que abarcan menos en una visión de *constitucionalismo participativo* que abarca más, porque supera los límites estructurales del individualismo liberal y la contradicción de las desigualdades sociales, con la confluencia de los derechos de los ciudadanos y los poderes de los gobernantes en los bienes comunes.

Por lo tanto, ver la *parte* de unión estructural de los bienes comunes permite ver la comunidad completa, ver el *todo* de la comunidad permite ver la Constitución completa, y ver el *todo* de la Constitución permite la integración de las *partes* estructurales de las visiones del constitucionalismo liberal y social en una visión completa de constitucionalismo participativo, porque sólo desde una visión completa de la comunidad se puede mostrar lo que les falta ver a las otras concepciones.

Entonces, si los conflictos políticos y socioeconómicos que se han manifestado a lo largo de la historia constitucional argentina tienen como marco los modelos liberal y social que no ven o no comprenden la parte de unión estructural de los bienes comunes en la Constitución, su muestra y explicación que permite ver una imagen completa de la estructura participativa de la comunidad y de su gobierno, puede impulsar un cambio de sentido grande y realista de la actividad política, económica, social, cultural y ambiental que los ciudadanos y los gobernantes necesitan para el desarrollo de la unión nacional y la fraternidad humana (conf. art. 1, Declaración Universal de Derechos Humanos).

En síntesis, la actividad política y socioeconómica necesita dejar de darle la espalda a la Constitución que significa no ver el centro de unión estructural de los bienes compartidos, y mirarla de frente para ver y seguir el sentido constitucional de participación e integración de los ciudadanos en los bienes comunes que concluyen el proceso construcción permanente de la comunidad.

Sólo un cambio de conocimiento en la teoría constitucional, con la visión y comprensión de los bienes comunes en la Constitución como la *parte de unión estructural* que permite ver una *imagen completa de la comunidad y de su gobierno*, puede hacer posible un cambio de sentido en la actividad política, socioeconómica, cultural y ambiental de los ciudadanos y los gobernantes, dejando los caminos del individualismo liberal y la oposición de las desigualdades sociales que *interrumpen* y dejan inconclusa la construcción comunitaria, y siguiendo los caminos de la participación e integración ciudadana que tienen lugar en los bienes comunes, haciéndolos *prevalecer*, ya que únicamente estos caminos llevan a término el desarrollo constructivo de la comunidad.

No es por el camino de la libertad individualista del constitucionalismo liberal ni por el camino de la igualdad conflictiva del constitucionalismo social, que se llega a concluir la construcción comunitaria, sino por el camino de la libertad, la igualdad y la fraternidad de un constitucionalismo participativo, con una visión de la parte de unión estructural de los bienes comunes que permite ver una imagen completa de la comunidad y de su gobierno, o sea, con una visión integral de la Constitución y de los derechos humanos: *¡Vemos la comunidad si vemos la confluencia de los bienes comunes!*