

CAPITALISMO DE ROSTRO HUMANO

Por Dr. Rodolfo C. Barra

Este trabajo forma parte de la Obra Jurídica de interés: ISTITUZIONI ECONOMIA SVILUPPO VECCHI E NUOVI PROBLEMI NEL DOPO EMERGENZA - Aut: Riccardo Cardilli, Mario Ciaccia, Cesare Mirabelli (a cura di).

Producción editorial: Universitaliasrl.it In collaborazione con Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma "Tor Vergata". Año 2020



Acceder a obra colectiva completa

SUMARIO

Introducción La salida de la crisis ¿mejores o peores?	01
I. Contrato social y contratos sociales	03
II. Una visión contractualista del mercado	09
III. El ordenamiento jurídico y los ordenamientos jurídicos (Estado y sociedad)	10
IV. El capitalismo de exclusión	39
V. Causas de la exclusión	43
VI. Globalización, capitalismo financiero y ecología	47
VII. Capitalismo subsidiario, solidario y social	51
VIII. Los sistemas "soporte" del ordenamiento jurídico.....	53
IX. La Renovación del sistema.....	55
X. La subsidiariedad positiva y negativa	57
XI. El principio de solidaridad	61
XII. El ordenamiento jurídico internacional	63
XIII. Los "no" de Francisco	72
XIV. "Capitalismo de rostro humano" y "Economía de empresa"	75

INTRODUCCIÓN. LA SALIDA DE LA CRISIS: ¿MEJORES O PEORES?

En la introducción a la obra conjunta sobre la actual emergencia sanitaria,¹ hacíamos referencia a la singularidad de la pandemia que la humanidad

1. *Emergencia sanitaria global: Su impacto en las instituciones jurídicas*, bajo la dirección de Plaza, Martín y Barra, Rodolfo; edic. RAP, Buenos Aires, 2020.

hoy padece, con relación a otras “pestes” de tiempos pasados. La actual es “global”, en el sentido estricto del término; también ha generado e impuesto el fenómeno del “aislamiento social” con una intensidad nunca experimentada y, como efecto inmediato de ella, ha obligado a que nos habituemos, experimentemos, desarrollemos, técnicas virtuales, *on line*, de trabajo, estudio, comunicación social e incluso (lamentablemente?) afectivas.

¿Cambiará el sistema de relaciones humanas (sociales, políticas, económicas) después de esta crisis sanitaria, que es también económica y relacional? Con respecto a la pandemia, Francisco ha advertido:² “Nosotros estamos viviendo una crisis, la pandemia nos ha puesto a todos en crisis, pero recuerden, de una crisis no se sale igual: o salimos mejores o salimos peores. Esta es nuestra opción” (destacado agregado). Ciertamente, es posible empeorar a pesar de las enseñanzas que nos dejará la emergencia –incluso seguir igual a lo que éramos y estábamos antes de la pandemia, sería una forma de empeorar– pero también la crisis (uno de los significados de la palabra es, precisamente, “cambio”) ofrece la oportunidad de cambiar para mejor.

“Después de la crisis –se pregunta Francisco (lug. cit.)– ¿continuaremos con este sistema económico de injusticia social y de desprecio hacia el cuidado de la creación, del medio ambiente?”³

Palabras muy fuertes. El “sistema económico de injusticia social”, aquí y ahora, en este mundo globalizado del siglo XXI, no puede ser sino el capitalismo en su versión actual (para las versiones pasadas el juicio sería seguramente más severo todavía); prácticamente no hay vigente otro “sistema económico” al que aplicar la grave afirmación del Papa argentino.⁴

2. Audiencia General del 26 de agosto de 2020, cuarta catequesis sobre el Covid-19.

3. Iniciar estas reflexiones con una cita papal, a la que seguirán muchas más, obliga a una aclaración. Lejos de cualquier intención confesional, lo que se pretende es tomar en cuenta una doctrina –la denominada “Doctrina Social de la Iglesia”– desarrollada en los últimos 130 años y basada también en el pensamiento de intelectuales que, a lo largo de los siglos, en gran medida inspiraron a nuestra cultura occidental. Esta “Doctrina” expone y propone principios de organización social y económica de indudable peso, se los compartan o no. Creo que sería una omisión grave no considerarlos en el debate al que seguramente la post-pandemia nos obligará.

4. Incluso el actual sistema chino es una suerte de capitalismo mixto, con importante participación privada, aunque fundamentalmente estatal, en un régimen autoritario de partido único.

Aun así no debemos olvidar que el sistema económico en desarrollo y evolución desde el siglo XVIII (el capitalismo, precisamente), ha generado una inmensa y positiva cantidad de frutos en beneficio de la humanidad, especialmente en las naciones que han sabido aplicarlo, sin perjuicio de sus muchas fallas de cara a la equidad y justicia social. ¿Puede el capitalismo, también como consecuencia de la crisis, renovarse, adquiriendo –para “analogar” el eslogan reformista (“socialismo de rostro humano”) motor de la “primavera de Praga”- un “rostro humano”?⁵

I. CONTRATO SOCIAL Y CONTRATOS SOCIALES

No hay teoría más falsa que la del “contrato social”. Pero a la vez, no hay teoría más cierta que la del “contrato social”.

¿Cómo podemos afirmar esto sin violar el principio de no contradicción? Dependerá del sentido con que consideremos al “contractualismo”. Históricamente es una teoría absolutamente falsa, tanto para la historia general como para la personal. Adán y Eva⁶ no firmaron un contrato con nadie, tampoco lo hizo el “hombre mono”, si es que de él descendemos. Ninguno de nosotros firma un acuerdo contractual cuando nace, momento en que sólo hemos exigido, instintivamente y a puro grito, los cuidados y la alimentación materna (“el que no llora no mama”, canta Discépolo en el tango “Cambalache”); tampoco hemos firmado tal contrato, estrictamente, en algún momento posterior durante el resto de nuestra vida.

Pero, a la vez, se trata de una afirmación acertada, en tanto que símbolo o imagen explicativa de la realidad social, incluso en su perspectiva económica-jurídica.

5. Es cierto que los sistemas no tienen rostro, ni tampoco son buenos o malos, ya que la maldad o la bondad solo se puede predicar de los seres humanos. Pero, por extensión, también de las obras de los hombres, de sus consecuencias y así también de los sistemas que los hombres desarrollan y aplican.

6. La “posición original” que JOHN RAWLS presenta, siempre como hipótesis instrumental, en su *Teoría de la Justicia* -versión castellana, Fondo de Cultura Económica, México, 2006- y el “velo de ignorancia” que cubría a los humanos en tal “posición”, es una figura que lleva a recordar al relato (o revelación, según las creencias del lector) del Génesis, incluso en lo que se refiere al “velo de ignorancia”, que la primera pareja habría rasgado al comer el “fruto prohibido”.

Sin Contrato (pongámoslo con mayúscula) los hombres estarían enfrentándose como lobos, tal como lo temía Hobbes, o no podrían hacer respetar sus derechos, especialmente a la vida y a la propiedad, según imaginaba Locke, y, en tal estado de naturaleza librados a sí mismos, agotarían sus fuerzas individuales y perecerían:

Escuchemos a Rousseau, cuando imagina a un agotado “buen salvaje”:⁷ “Supongamos que los hombres hayan llegado a un punto tal, que los obstáculos que dañan a su conservación en el estado de naturaleza, superen por su resistencia las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en ese estado. En tal caso su primitivo estado no puede durar más tiempo, y perecería el género humano sino variase su modo de existir. Mas como los hombres no pueden crear por sí solos nuevas fuerzas, sino unir y dirigir las que ya existen, solo les queda un medio para conservarse, y consiste en formar por agregación una suma de fuerzas capaz de vencer la resistencia, poner en movimiento estas fuerzas por medio de un solo móvil y hacerlas obrar de acuerdo. Esta suma de fuerzas solo puede nacer del concurso de muchas separadas; pero como la fuerza y la libertad de cada individuo son los principales instrumentos de su conservación ¿Qué medio encontrará para obligarlas sin perjudicarse y sin olvidar los cuidados que se debe a sí mismo? Esta dificultad, reducida a mi objeto, puede expresarse en estos términos: ‘Encontrar una forma de asociación capaz de defender y proteger con toda la fuerza común la persona y bienes de cada uno de los asociados, pero de modo que cada uno de éstos, uniéndose a todos, solo obedezca a sí mismo, y quede tan libre como antes’. Este es el problema fundamental, cuya solución se encuentra en el contrato social”, esto es, un instrumento que permita armonizar la libertad y la autoridad.

Todas esas parábolas⁸ contractualistas, en definitiva, solo tratan de demostrar la necesidad ontológica de la “polis”, entendida como comunidad, precisamente, política, generadora de bienes comunes, y la necesidad,

7. J.J. ROUSSEAU, *El Contrato Social*, Kindle, Cap. VI.

8. La parábola, según la RAE (Real Academia Española), es una narración de un tema fingido del que se deduce, por comparación o semejanza, una verdad o enseñanza moral. En nuestro caso se trataría de una enseñanza “social”, sin perjuicio de su, también, valor moral.

también ontológica, de protección de la libertad y derechos de cada uno de sus miembros. Es una manera - teñida, quizás, de un racionalismo individualista e ingenuo- de expresar lo que Aristóteles, veinte siglos antes, había ya descubierto con su metafísica explicación de la naturaleza social y política del hombre, en síntesis, una moderna explicación según la ley de la razón de lo que era ya suficientemente explicado de acuerdo con la ley natural. Claro que este aparente conflicto gnoseológico no deja de ser injustificado, ya que la ley natural es posible de ser perfectamente conocida por medio de la recta razón.

Hayek⁹ destaca la raíz cartesiana del contractualismo. El racionalismo cartesiano, afirma, “es casi un paso inevitable (para concluir) que solo lo que es verdad (en el sentido racionalista) puede conducir a una acción exitosa, y así todos los logros humanos son producto de su razonamiento...Solo su razón le permite al hombre construir la sociedad. Este intencionalista o pragmatista relato de la historia encuentra su más plena expresión en la concepción que explica la formación de la sociedad por medio de un contrato social, primero en Hobbes y luego en Rousseau, quien en muchos aspectos es un directo seguidor de Descartes. Aun cuando aquellas teorías no siempre indican un relato histórico de lo que realmente sucedió, siempre se las consideró como guías para decidir si una institución existente debe o no ser aprobada en tanto que racional”.

Así entonces, toda construcción, interpretación y valoración de las instituciones sociales pasa por el prisma de su racionalidad, como lo es, según veremos más adelante, la figura del “mercado”, una perfecta “ecuación” teórica, realizadora de grandes beneficios prácticos, pero con también falencias importantes en la realidad.

Pero no sólo el contractualismo es una parábola, es también una realidad material si lo pensamos como un conjunto y no como un acto supremo y único.

9. F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1, Rules and Order, Kindle, Cap. 1.

Cuando María y Juan celebran una relación jurídica bilateral –incluso la más simple, por ej., la compra de caramelos en un quiosco– están contratando, celebrando un contrato particular. Claro que hay centenares y centenares de miles de juanes y marías, de contratos, tantos de poca monta como también multibillonarios. La sociedad toda es un entramado de contratos, de acuerdos y convenciones, con los más diversos objetos, patrimoniales o no, en los que rige el principio de la decisión bilateral autónoma. A todos estos contratos, que son metodológicamente “primeros”, los podemos identificar como “contratos de bien *particular*”, porque aquí las *partes* (ya veremos “partes” con respecto a que “todo”) realizan intercambios persiguiendo directa e inmediatamente su propio bien.

La vida social se caracteriza por ser una multiplicación de intercambios. Es ya un intercambio la sola presencia de otro humano, a quien mirar, con quien conversar (el “Náufrago” –así se llama el film– Tom Hanks pinta la cara de un hombre en un balón, resto del mismo naufragio, a quien llamará “Wilson”, y que será su atento oyente y compañía durante su tiempo de aislamiento). A partir de esta primera entrega (de la presencia, como la de la madre, que es a quien percibe, seguramente por el olor o el timbre de voz, el niño recién nacido, esto es, el primer “contrato social”) vendrán el afecto, el consejo, la compañía, la solidaridad, la lealtad, la colaboración, la acción cooperativa, etc. También los contratos sin contenido económico, como el matrimonio, y la infinidad de los que tienen aquel contenido, prácticamente todos bilaterales.¹⁰ Parecería, así, que el primer paso (el primer contrato) de nuestra asociación con otro es recibir de éste lo que necesitamos, lo que no tenemos y que el otro tiene sobrante, para entregarle, a cambio, lo que nosotros tenemos sobrante y que el otro no tiene. Junto con ello, los humanos “comparten” –que quiere también decir “tomar parte”, actuar o disfrutar con otro en calidad, ambos, de parte– creencias religiosas, valores morales, dentro de estos, por ejemplo, los que sustentan la nacionalidad, esto es sentirse unidos por un pasado y también por un futuro común, que los identifica en lo universal, todo lo cual podemos sintetizarlo en

10. La unilateralidad, en sentido estricto, de un acto jurídico se encuentra en el testamento, que no es un contrato, sino un acto unilateral destinado a tener efectos jurídicos *post mortem*. La donación posee elementos de bilateralidad, comenzando por la aceptación por el donatario, que es una suerte de agradecimiento o reconocimiento de la bondad del acto.

la expresión “valores culturales”. De esta manera, los “asociados” crean grupos, algunos naturales, como el matrimonio, fundado en el amor recíproco entre un hombre y una mujer, consolidado por el instinto procreativo, otros surgidos de las circunstancias históricas, como en el caso de las corporaciones medievales, o las sociedades comerciales (en este último caso, con perdurable éxito). Relaciones de intercambio, valores culturales básicos comunes, otros sectorizados en una rica pluralidad, grupos que podremos denominar “intermedios” entre las familias y la comunidad general, elementos todos estos que conducen (aunque en la realidad existen todos juntos, en espontánea generación) a la polis, y a la autoridad de la polis y en la polis. Volveremos sobre estas cuestiones.

Si Juan o María no cumplen con el contrato que los une (escrito, verbal, tácito) el agraviado podría exigir el cumplimiento por la fuerza, lo que importará un enfrentamiento del que resultará vencedor el “lobo” más fuerte y no necesariamente el asistido por el derecho; ciertamente el estado de naturaleza conduce, peligrosamente, a que el buen salvaje se convierta en un agotado acechante y acechado.

Surgirá entonces el (metodológicamente) “segundo contrato”, también imaginado por los contractualistas con el nombre de “contrato de sumisión” aunque podríamos llamarlo “contrato de Bien Común”, aquel que fija los términos de nuestro sometimiento a una autoridad común. Sólo son posibles los intercambios si existe una autoridad común que garantice su cumplimiento, a través de un marco jurídico que instituya órganos y organizaciones que lo apliquen, y que así resuelvan los conflictos utilizando hasta la coacción para ejecutar sus decisiones (sobre la aplicación de estos principios en el plano supranacional, ver infra XII).

Se trata, la anterior, de la “infraestructura jurídica-institucional” sin la cual no serían posibles los intercambios sociales (los “contratos de bien particular”). A aquélla debemos agregar las “infraestructuras inmateriales”, como la educación, los derechos “de libertad sustancial” (libre difusión de las ideas, libertad religiosa, de estado civil, sanidad, seguridad pública, etc.), junto con las “infraestructuras materiales”:

rutas, puertos, aeropuertos, energía, comunicación –hoy especialmente la digital, por red- vivienda, y toda otra que sirva al ejercicio de las libertades sustanciales. Se trata de los tres sistemas tenidos en cuenta por Novak y sobre los que nos detendremos en infra VIII.

No son, las anteriores, ideas originales. Se encuentran en la concepción aristotélica-tomista del hombre como animal social y político, de la causa final de la polis (el Bien Común), en la misma definición tomista de ley. El individualismo formuló estas nociones desde otra perspectiva, aunque no necesariamente contradictoria con la anterior. Así, en los mismos documentos liminares del constitucionalismo moderno, como la Declaración de la Independencia de Estados Unidos (1776): “...para garantizar estos derechos (que antes enumera) se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados”. El “consentimiento” es, precisamente, un elemento esencial de todo contrato. También lo es su bilateralidad, cuyo incumplimiento (violación de la regla del “*pacta sunt servanda*”) permite a la parte cumplidora (es “cumplidora” porque honra sus obligaciones como “un buen padre de familia” y “buen ciudadano”) a aplicar la “*exceptio non adimpleti contractus*”. La Declaración continúa: “...que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno...(ya que) es su derecho (del pueblo), es su deber, derrocar ese gobierno y establecer nuevos resguardos para su futura seguridad”. Es así, porque los “resguardos para la seguridad” de los individuos, dan contenido al objeto del que hemos denominado “contrato de Bien Común”.

De igual manera, la francesa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) afirma en su art 2 que “La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre...”, y sólo para tal protección se admite la fuerza pública y las contribuciones fiscales, sobre cuya administración y aplicación los ciudadanos tienen derecho de control (arts. 12 a 15). No dejan de representar, ambas declaraciones, una forma de enunciación del principio de subsidiariedad, como lo veremos más adelante.

Claro que ambos contratos (los de “bienes particulares” y el de “Bien Común”) no son necesariamente escritos (especialmente el último de ellos), ni firmados, ni son exactamente tácitos, ni tampoco son sucesivos; son naturales, espontáneos¹¹ y, ambos, contemporáneos. Los “contratos de bien particular” tienen, en la mayoría de los casos, contenido económico, de intercambio de bienes susceptibles de valoración económica. Todos ellos, como vimos, están protegidos, ayudados, fomentados, por el “contrato de Bien Común”.

II. UNA VISIÓN CONTRACTUALISTA DEL MERCADO

En este punto es conveniente ya anticipar que lo expuesto podría servir como una suerte de introducción o camino hacia una “teoría contractualista del mercado”, en tanto que el “mercado” también puede ser descrito como un conjunto indeterminado, pero en una época y ubicación determinadas, de relaciones de intercambio (contratos de bien particular) semejantes, de las cuales se puedan inducir elementos comunes para luego, de éstos, deducir reglas aplicables a todas las concretas y reales relaciones semejantes, por ej. la “banda” (entre un mínimo y un máximo) del precio razonable, que será así “el precio de mercado”.

El mercado es, entonces, el resultado de la infinidad de “contratos sociales” (particulares), pero siempre dentro del marco del “contrato social” (de Bien Común). El mercado sólo puede existir en un contexto libre y ordenado, producto de un principio ordenador sujeto a reglas. De lo contrario ¿Cómo inducir elementos comunes en la anarquía? ¿Cómo descubrir un precio razonable cuando, para que los contratos se cumplan, resulte necesario recurrir a la fuerza privada, a la ley del más fuerte, o cuando es esa ley de la fuerza (física, económica, política) la que impone el “consentimiento” del otro?

Los sistemas totalitarios no creen, no pueden creer, en las teorías contractualistas. Si todo está en el Estado, nada puede existir fuera

¹¹ Los contratos de “bien particular” son naturales y espontáneos en tanto necesariamente existen, aunque cada contrato concreto suponga una opción libre y deliberada.

de él; entonces hay un solo sujeto. No hay verdaderos contratos, sino un solo contrato que es impuesto e impone a los demás los límites del consentimiento (así, el plan imperativo).

En *La Pelle*, Curzio Malaparte imagina el diálogo entre los jóvenes oficiales de enlace, el inglés y el perteneciente al ejército italiano, ahora nuevo aliado de los “Aliados”, en la ya liberada Nápoles: Tú que siempre has vivido bajo el totalitarismo, explícame en qué consiste ese sistema, pregunta el inglés. Y el italiano le contesta: el totalitarismo es aquel sistema donde todo lo que no es obligatorio, está prohibido y todo lo que no está prohibido es obligatorio.

En una sociedad totalitaria el plan imperativo –en su círculo vicioso de prohibiciones y mandatos– sustituye al mercado, por lo que también sustituye al contrato. La parábola contractualista cambia su final, dando creación al *Leviathan* de Hobbes, monstruo bíblico en favor de quien el hombre enajena todos sus derechos y que así rige todos los intercambios.

III. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS (ESTADO Y SOCIEDAD)¹²

“*Ubi societas ibi ius*”, enseña la sabiduría latina. Es que aquella multitud de “contratos de bien privado” dan vida a la sociedad política, que no puede ser sino una sociedad de, también y significativamente, intercambios económicos (generación y distribución de los recursos). A la vez, no puede ser sino una sociedad compuesta de reglas jurídicas.

Todas aquellas “sociedades” están relacionadas; en realidad son una sola porque lo político debe conducir a lo económico y debe generar las últimas normas jurídicas que regulan el todo.

Pero, en una sociedad donde lo que no está prohibido o mandado, es libre –y sólo muy pocas conductas están prohibidas o mandadas– la mayor

12. Hemos tratado este tema, desde una perspectiva más estrictamente jurídica, en, R. BARRA, *El ordenamiento jurídico y la emergencia* (el caso argentino), en esta misma publicación.

cantidad de las normas son de creación *particular*, por las *partes*, en los intercambios mercantiles (en el mercado) expresados en relaciones jurídicas.

Así la sociedad es un entramado de relaciones jurídicas. Estas, para que se desarrolle el mercado –en realidad, *los mercados*– como resultado contractualista, tienen que nacer, por definición, del consentimiento libre, expresión de la “autonomía de la voluntad” de las partes; de lo contrario el mercado es un imposible. Por ello el sistema de mercado es resultado y causa, a la vez, de la sociedad libre.

Tales relaciones jurídicas suponen: el reconocimiento subjetivo –la personalidad jurídica– de las partes, su calidad de propietarios de bienes –que así son bienes “particulares” y “privados” (es decir, de las partes y no del público o “bienes públicos”)– y también la libertad de disposición sobre tales bienes. Las relaciones jurídicas arriba mencionadas son relaciones propias de la virtud de la justicia conmutativa.¹³ En estas, lo “debido como objeto”, el “derecho del otro”, es un bien privado de la parte que es “término” del acto justo.¹⁴ La “igualdad como medida” del acto justo es definida por el encuentro de la voluntad de las partes, el consentimiento mutuo, de manera que el “precio” –el punto de encuentro de ambas voluntades– es un elemento endógeno de la misma relación, aunque normalmente se encuentre influido por los datos aportados por el mercado.¹⁵

Desde tal perspectiva, Friedman señala que la característica del mercado es “su carácter impersonal” (excluye la “acepción de persona”). “Ninguna parte –afirma– puede determinar las condiciones según las cuales la otra parte tendrá acceso a los bienes o trabajos. Todos toman el precio (del intercambio) como se encuentra dado por el mercado y ningún individuo

13. También existen relaciones jurídicas sometidas a la virtud de la justicia distributiva, esto es cuando la autoridad, a través de su sujeto jurídico Estado, entabla con los particulares relaciones de derecho público, adjudicando así al sujeto privado la parte proporcional del bien común que, como carga o beneficio, a ésta le pertenece. Sobre la relación de la justicia distributiva con el derecho público, ver R. C. BARRA, *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, Astrea-RaP, Buenos Aires, 2018, Tomo 1, capítulo II.

14. Tomás DE AQUINO, *Suma Teológica*, 2-2, 58,5.

15. Ampliar en R.C. BARRA, *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, Astrea-RaP, 2018, capítulo III.

puede por sí solo tener más que una desdeñable influencia sobre aquél, y así todos los participantes determinan juntos el precio mediante el efecto combinado de sus propias y separadas acciones”.¹⁶ Ya veremos que no siempre este sencillo esquema se produce por sí sólo en la realidad, que, en el punto, se hace compleja en razón de la trascendente influencia de los precios relativos –también producto del entramado relacional del mercado– y de los distintos componentes del “valor”. Es que ni siquiera la relación conmutativa, siendo totalmente voluntaria (cuando es perfecta) excluirá necesariamente la “acepción de persona”, ya que un sujeto puede alejarse del precio sugerido por el mercado debido a, por ej., motivaciones que le genera la contraparte (así, deseos de vinculación), sin perjuicio de sus propias necesidades subjetivas (p.ej., urgencias, comodidad, en general, la utilidad que busca satisfacer), a lo que habrá que agregar también las “externalidades” positivas y negativas generadas por el contexto económico-jurídico. Pero estaremos siempre frente a situaciones excepcionales o bien cualitativamente no sustanciales.

El comportamiento jurídico y económico del hombre es racional, mientras que los datos aportados por el mercado le brindan una parte sustancial de la información necesaria para la toma de decisiones racionales, que nunca se alejarán o despreciarán, al fijar el precio de los bienes, del coste de sus componentes, incluyendo el trabajo directo e indirecto (trabajo de aplicación individual en el producto o bien –indirecto– el socialmente necesario para la producción). Pero lo cierto es que un sujeto racional, si un bien vale en el mercado entre 9 y 11, no lo venderá por 5 (salvo urgencia u otro supuesto de excepción) ni lo comprará por 16 (salvo urgencia u otro supuesto de excepción). También es cierto que los datos que aporta el “plan” impuesto por el Estado podrían permitir una decisión racional, pero esta será dentro de la muy probable irracionalidad del plan, ya sea general o para el caso, como lo demuestra, por otra parte, la experiencia histórica y el fracaso de las economías central e imperativamente planificadas.¹⁷

16. M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, Forthieth Anniversary Edition, Kindle, p. 120.

17. El caso chino, al momento, podría estar desmintiendo a lo afirmado en el texto. Lo cierto que allí se habría quebrado la ecuación “libre democracia representativa-capitalismo-desarrollo económico”.

El entramado de relaciones jurídicas (la gran mayoría de las cuales da vida al mercado) conforma lo que, partiendo de Romano,¹⁸ podemos denominar como “ordenamiento jurídico”, el que no se integra sólo por el conjunto de normas que rigen a una comunidad dada (lo que sería el “ordenamiento normativo”) sino que, además de aquellas, contiene como elementos a los sujetos, sus relaciones (muchas de ellas son generadoras de normas, como veremos luego), las agrupaciones entre sujetos, que en determinadas condiciones dan lugar a la existencia de subordinamientos jurídicos, como también veremos luego, y sobre todo, la autoridad o “centro de poder del ordenamiento”, el gobierno, sin el cual el ordenamiento no podría existir como tal.¹⁹ A estos elementos debemos agregar a los que denominaremos “sistemas-soporte del ordenamiento jurídico” –el político, el económico, el moral-cultural– según lo estudiaremos más abajo.

En realidad, el ordenamiento jurídico –desde la perspectiva que lo estamos abordando con base en Romano– no es otra cosa que *la polis*, considerada desde su conformación jurídica. A la vez, es el marco donde la economía de mercado puede prosperar, y también impulsar la socialización (incremento y efectos) de las conductas individuales.

Así, el conjunto de relaciones intersubjetivas de intercambio de bienes –el “mercado”– exige y crea, como si fuese el producto de un gran “contrato social” engendrado por la multiplicación de los contratos individuales, al mismo ordenamiento jurídico, dando cierta razón, en el punto, a la marxista concepción de lo jurídico como superestructura de las relaciones de producción y distribución de la riqueza: “En la producción social de su vida, los hombres entran en determinadas relaciones necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción, que corresponden a un determinado grado de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. Estas relaciones de producción en su conjunto constituyen la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la

18. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1945.

19. He estudiado el tema en R.C. BARRA, *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, Astrea-RaP, 2018, Tomo 1, Capítulo Primero.

cual se erige la superestructura jurídica y política y a las que corresponden determinadas formas de conciencia social”²⁰

20 C. MARX, *Contribución a la crítica de la economía política*, Edit. Progreso, Moscú, 1989.

21 Me parece apropiado el uso, a estos efectos y con el debido respeto, de un concepto teológico: “...engendrado, no creado, de la misma naturaleza...”, confesamos los católicos cuando rezamos el “Credo de Nicea”. El “ordenamiento jurídico” no es *creado* de la nada, sino que es como *engendrado* en y desde la misma naturaleza de los hombres y sus relaciones intersubjetivas, de donde proviene desde siempre, es decir, desde el inicio de la existencia humana.

Pero la visión marxista, sin ser totalmente desacertada, peca por su determinismo unilateral. Es que, a la vez que el ordenamiento es “engendrado”²¹ por las relaciones intersubjetivas, es el mismo ordenamiento el que, de desarrollarse conforme a las exigencias de la naturaleza humana, ayuda a la proliferación de las relaciones jurídicas en un juego de causas y efectos recíprocos, como si se tratase de una viva línea circular de infraestructuras y superestructuras.

3.1 Los “sectores” del ordenamiento jurídico

El ordenamiento jurídico puede ser dividido en dos grandes sectores. Uno, el que principalmente hemos considerado hasta ahora, es su “sector privado”, ocupado por los individuos, portadores de determinados valores sociales, religiosos, morales –en general, la cultura– agrupados en una enorme variedad de asociaciones e interconectados por esa red de relaciones que conforma el tejido social. Este es el capital social, que

20. C. MARX, *Contribución a la crítica de la economía política*, Edit. Progreso, Moscú, 1989.

21. Me parece apropiado el uso, a estos efectos y con el debido respeto, de un concepto teológico: “...engendrado, no creado, de la misma naturaleza...”, confesamos los católicos cuando rezamos el “Credo de Nicea”. El “ordenamiento jurídico” no es *creado* de la nada, sino que es como *engendrado* en y desde la misma naturaleza de los hombres y sus relaciones intersubjetivas, de donde proviene desde siempre, es decir, desde el inicio de la existencia humana.

una ordenada economía de mercado no debe despreciar, ni debilitar, y a cuyo desarrollo el ordenamiento debe fomentar, como lo estudiaremos en VII y VIII.

El otro sector del ordenamiento jurídico es el “público”, ocupado totalmente por el “centro de poder” del mismo, al que estudiaremos luego en III.- 3.-

¿Qué queremos indicar cuando hablamos de “privado” y “público”? Lo público es lo abierto a todos, lo que es para todos o a todos afecta, indicando por el término “todos” a un número abierto de sujetos, aunque se encuentre delimitado por categorías. Lo privado es la esfera de acción reservada a uno mismo²² y/o a alguien determinado por nuestra propia voluntad (normalmente consensuada). Lo privado se hace público cuando trasciende de aquella esfera personal y se abre al todo; lo público se hace privado cuando se brinda al uso y goce (es decir, a alguna forma de apropiación) por los sujetos.²³

El texto del art. 19 de la Constitución de la Nación Argentina, sancionado en 1853 y todavía vigente en su original redacción, declara: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Las “acciones privadas de los hombres” no son solo aquellas que quedan encerradas en su mente, o en el secreto de un recinto cerrado, sino también las que están destinadas a una persona o a varias en unión subjetiva. La jurisdicción de los “magistrados” –de la autoridad o gobierno, centro de poder del ordenamiento jurídico– comienza cuando la acción privada afecta a lo “público”, o daña, sin derecho, a un tercero (incluso

22. No me estoy refiriendo al “*idios*” griego, que significa “privado” en sentido “egoísta-vicioso” (ya veremos que existe también el “egoísmo-virtuoso”), alguien incapaz de considerar lo público, de donde viene “*idiotés*” (“*idiotéz*” en castellano), en el sentido de “privado de capacidades”. Ciertamente, quien sólo actúa para su propio beneficio, aun siendo consciente de que con ello daña al bien común, a lo público, es un idiota, término que, en esta acepción, es sinónimo de egoísta (vicioso).

23. En la “oferta pública”, de cualquier tipo de bien, lo público es la oferta, no el bien, que es privado para el oferente y lo será para el adquirente. La ley regula las condiciones de la oferta a los efectos de evitar daños a terceros y al orden público.

entendiendo a estos efectos por “tercero” al sujeto destinatario de la acción, o contraparte, si sufre un daño injusto por parte del sujeto activo) o viola, por acción u omisión, a una “ley” (en este caso, cualquier norma emanada de la autoridad), incluso sin producir daño inmediato a terceros (por ej., contravención de policía administrativa).

El sector privado del ordenamiento es donde se producen los intercambios decididos y acordados por los particulares (los que son parte en el todo ordinamental), a quienes también llamamos sujetos privados, porque no existen ni actúan (directa e inmediatamente) para y en razón de lo público –no son sujetos públicos– o bien individuos, porque valen en su ser único, distinto al de otros, es decir, su ser individualizado, aunque, en la realidad, normalmente actúen motivados por el bien de su propia familia. Estos sujetos privados intercambian sus propios bienes, que así son privados, destinados a satisfacer los fines individuales o particulares de los sujetos que interactúan.

El intercambio, ya lo vimos, se concreta en relaciones jurídicas, es decir, relaciones de justicia –regidas por la virtud de la justicia– con efectos jurídicos para las partes y también para el ordenamiento, en las condiciones que luego veremos. Estamos aquí, cabe reiterar, en el ámbito de la justicia conmutativa, que es la propia, en sentido estricto, de los intercambios de bienes privados y donde –lo más importante– las partes son las que, por su autónomo consentimiento, definen la medida del “acto justo”, o precio o valor (en sentido amplio) del intercambio. Esta autonomía o libertad particular (ya veremos que no es absoluta) no es sino consecuencia de buscar las partes la satisfacción de fines propios mediante el intercambio de bienes también propios, perteneciente a su exclusiva esfera de dominio, o propiedad privada.

3.2. La propiedad privada. Propiedad y ley de las partes

A los efectos del intercambio no es absolutamente necesario que exista “lo mío” y “lo tuyo”, al menos en un sentido estricto. Es posible intercambiar bienes comunes, no privados, siempre que los sujetos del intercambio

tengan algún poder de disposición sobre ellos. Seguramente de esta manera comenzó el proceso de apropiación privada de los bienes, especialmente de aquellos que fueron obtenidos o elaborados mediante el esfuerzo de quien, así, se apropió de ellos. Estos bienes no estaban antes de que el sujeto los extrajera (de la tierra) o elaborara, aunque en una relación causal más lejana o más cercana, según los casos, muchos de sus componentes eran preexistentes. La tierra también era y es preexistente, aunque fue apropiada a lo largo de la historia, muchas veces con métodos violentos, aunque hayan sido ya “purificados” por el trabajo de generaciones en el largo transcurso del tiempo.

La cuestión de la propiedad es también y principalmente, una cuestión moral. El Papa Francisco, en *Laudato si'* (L.s.) n° 93, nos recuerda que “Hoy creyentes y no creyentes estamos de acuerdo en que la tierra es esencialmente una herencia común, cuyos frutos deben beneficiar todos”. El “origen primigenio de todo lo que es un bien”, señala el Papa Juan Pablo II en la encíclica *Centesimus annus* (C.a.) n° 31, “es el acto mismo de Dios que ha creado el mundo y el hombre” (un no creyente podría decir que el origen es la misma naturaleza). Esta, o Dios, “...ha dado la tierra a todo el género humano para que ella sustente a todos sus habitantes, sin excluir a nadie ni privilegiar a ninguno. He ahí, pues, la raíz primera del destino universal de los bienes de la tierra... (la que) no da sus frutos sin una peculiar respuesta del hombre (a ese don) es decir, sin el trabajo...De este modo (el hombre) se apropia una parte de la tierra, la que ha conquistado con su trabajo: he ahí el origen de la propiedad individual...” Y agrega “A lo largo de la historia, en los comienzos de toda sociedad humana, encontramos siempre estos dos factores, *el trabajo y la tierra...*” (destacado en el original). También podríamos decir: *el trabajo y el capital*.

Ningún bien podría ser apropiado de no ser por la cooperación directa o indirecta, inmediata o mediata, de todos los hombres en un continuo de todas las generaciones, dentro de las condiciones facilitadas por el ordenamiento jurídico, incluso el universal.²⁴ Por ello el factor de

24. La mención al “ordenamiento jurídico universal” es sin perjuicio de su imperfección, a la que nos referiremos luego, en el XII.

apropiación más importante es, o debería ser, el trabajo, el que siempre tendrá una dimensión social en tanto que resultante de la cooperación permanente en la historia humana.

“En nuestro tiempo –continúa la C.a, 31- es cada vez más importante el papel del trabajo humano en cuanto factor productivo de riquezas inmateriales y materiales; por otra parte, es evidente que el trabajo de un hombre se conecta naturalmente con el de otros hombres. Hoy más que nunca, trabajar es *trabajar con otros* y *trabajar para otros*: es hacer algo para alguien” (destacado en el original). Es de destacable interés la concepción del trabajo que expresaba la argentina Constitución “justicialista” de 1949²⁵ art. 37.1): “El trabajo es el medio indispensable para satisfacer las necesidades espirituales y materiales del individuo y de la comunidad, la causa de todas las conquistas de la civilización y el fundamento de la prosperidad general; de ahí que el derecho de trabajar debe ser protegido por la sociedad, considerándolo con la dignidad que merece y proveyendo ocupación a quien la necesite”.

La relación entre trabajo (ya vimos que necesariamente cooperativo, social) y la propiedad, hace que ambos compartan sus también sus notas esenciales. Así, el valor personalizador, esto es, su fuerza transformadora del individuo en persona, y el valor comunitario: se trabaja también para otros y se posee también para otros; el trabajo y la propiedad expresan, junto con aquella potencialidad personalizadora, un aporte a la riqueza social.

Pero no debemos olvidar que toda acción del hombre se encuentra orientada hacia el logro de su propio bien. Aunque éste, como veremos, sólo es posible en el *bien común*, el incentivo de la propia felicidad en la felicidad (sustento) de la propia familia es razón primera del esfuerzo laboral. El hombre tiende naturalmente a apropiarse de los frutos de su trabajo, incluso cuando tales frutos se acumulan formando lo que denominamos capital. Así entonces, la vocación por el trabajo y la disposición para ejecutarlo será especialmente

25. Se trató de un texto constitucional inspirado en el constitucionalismo social de postguerra y vigente hasta 1955, fecha en que, por un golpe de estado militar, se regresó a la Constitución de 1853.

fomentada -siempre según las circunstancias, ya que pueden existir otros medios, como el régimen hereditario, aunque éste también se funda en el trabajo de las generaciones precedentes- siempre que se asegure al sujeto la apropiación privada de los frutos de su trabajo, incluso del capital (dinero y otros activos) que aquellos frutos hubiesen podido producir. El incentivo al que acabamos de hacer referencia es también ayudado cuando el sujeto del trabajo puede prever y aspirar razonablemente a que sus hijos disfruten del resultado de su esfuerzo, aun después de muerto, lo que explica la existencia del instituto de la herencia como un verdadero derecho de gentes.

Si bien la difusión de la propiedad privada de los bienes de uso, consumo y goce (incluyendo la vivienda) se encuentra, con ya escasas excepciones, universalmente aceptada, no ocurre lo mismo con relación a los bienes o medios de producción, seguramente debido a las dificultades de su implementación.

Quizás hoy el obrero no desee ser jurídicamente “socio” del empleador, sino, mejor, que se le asegure la estabilidad en el empleo, un salario digno, el acceso a la vivienda familiar y a la seguridad social (seguro médico familiar y seguro de pensión). Para ello es imprescindible asegurar el trabajo “en blanco” y la sindicalización (protección gremial que iguala la fuerza de negociación entre empleado y empleador, especialmente gracias a la negociación colectiva). Estos aspectos son primeros en la preocupación gremial con relación a la participación de los trabajadores en la propiedad de la empresa, sin perjuicio de instituciones como la del accionariado obrero, de difícil éxito si se la considera como una mera participación accionaria. Por ello la ya citada C.a. destaca la “legitimidad de los esfuerzos de los trabajadores por conseguir el pleno respeto de su dignidad y espacios más amplios de participación en la vida de la empresa, de manera que, aun trabajando juntamente con otros y bajo la dirección de otros, puedan considerar en cierto sentido que trabajan en algo propio, al ejercitar su inteligencia y libertad” (nº 43). En definitiva, el obrero es “propietario” de su fuerza de trabajo, incluso intelectual, la que aporta a la empresa para recibir en cambio una retribución en forma

de salario y prestaciones sociales, amén de los derechos, especialmente patrimoniales, derivados de la estabilidad y antigüedad en el empleo. Se trata de una forma de “sociedad” (trabajo-capital)²⁶ de base voluntaria y de regulación legal, mayoritariamente imperativa y a través del instituto convencional colectivo (según las exigencias de la “justicia legal”, ver *infra* III.3).

Es cierto que, según lo sostenía Marx, existe una relación entre trabajo, producción, plusvalía y consumo,²⁷ además de su acierto al destacar la también fuerte relación entre capitalismo (como sistema en sí mismo) y consumismo. Pero los tiempos modernos, y quizás también la realidad, han corregido, en gran parte, el determinismo de esta teoría, especialmente si un porcentaje importante de la plusvalía regresa al trabajador bajo la forma de salario y prestaciones de la seguridad social.

El trabajo, junto con el capital, produce bienes que son consumidos por los “mismos” (en general) dueños del trabajo (los trabajadores) y del capital: en condiciones de eficiencia cuanto más se trabaja (o más capital se invierte) más se produce y más se gana, cuanto más se gana más se consume –el ahorro es consumo diferido en el tiempo o trasladado a terceros, como capital o como consumo– cuanto más se consume más se deberá producir y por tanto trabajar e invertir, de manera que si la plusvalía (¿también del capital?) genera consumo, es porque genera, a la vez, trabajo (físico e intelectual). Así la plusvalía²⁸ regresa al trabajador gracias a los medios de consumo que le proporciona su trabajo asociado al capital en la empresa, lo que parecería neutralizar el fenómeno tan destacado por los economistas

26. “Capital y trabajo son los dos determinantes básicos que hacen que una economía crezca en cualquier país del mundo y bajo el régimen político que sea (desde los EEUU capitalista hasta la China comunista)...”, subraya el economista argentino C. MELCONIAN en *La necesidad de reaccionar antes de que sea demasiado tarde*, diario La Nación, Buenos Aires, 20/9/2020.

27. C. MARX, *Las crisis del capitalismo*, Sequitur, Madrid, 2009: “Lo que en realidad producen los obreros es plusvalía: Mientras la produzcan, tendrán algo que consumir. Tan pronto como dejen de producirla, su consumo terminará. Reducir la cuestión a una relación entre consumidores y productores, significa olvidar que el trabajador asalariado y el capitalista son dos tipos completamente distintos de productores (por no hablar de los consumidores que no producen nada). Una vez más se niega la contradicción, la formalización de una contradicción que existe realmente en la producción”.

28. El de plusvalía es un concepto no aceptado por muchos economistas no marxista, por ejemplo, L. VON MISES, *Socialism; An Economic a Sociological Analysis*, Yale University Press, 1962, edición Kindle, especialmente pags 132 y ss.

marxistas, aunque siempre restará, como en un “sinfín”, una suerte de “plusvalía excedente”.

Claro que, como en todo, la virtud se encuentra en el justo medio: el consumismo, al que nos referiremos más adelante (numeral XIII), a la vez que degrada moralmente y lesiona de manera insustentable a la “casa común”, termina superando si no a la plusvalía, si en cambio al salario, generando falsas necesidades que quedarán siempre insatisfechas. En cualquier caso, la plusvalía creada por el trabajo debe ser materia de regulación por las convenciones colectivas de trabajo que, en su mayor parte, contienen normas imperativas así homologadas por la autoridad, en cumplimiento de la justicia legal, general o del Bien Común. A la vez, la plusvalía producida por el capital (todo instrumento de producción es generador de plusvalía) puede ser adecuadamente orientada al Bien Común a través de la política y legislación tributaria.

En la misma línea de valoración del trabajo, es cada vez más importante y vigente la advertencia contenida en el n° 32 C.a.: “Existe otra forma de propiedad, concretamente en nuestro tiempo, que tiene una importancia no inferior a la de la tierra: es la *propiedad del conocimiento, de la técnica y del saber*. En este tipo de propiedad, mucho más que en los recursos naturales, se funda la riqueza de las naciones industrializadas” (destacado en el original). Las palabras pontificias, a treinta años de pronunciadas, parecen proféticas. Hoy será necesario impulsar y asegurar la dignidad del trabajo en la “sociedad del conocimiento”, el nuevo modelo productivo resultante de la digitalización y la inteligencia artificial.²⁹

Se trata de un gran desafío de cuya acertada solución dependen en gran medida nuestras libertades y el debido respeto a la dignidad humana. Así, Ciaccia³⁰ llama nuestra atención acerca de que en un eventual “... declive de la ‘globalización totalizante’, el espacio que queda vacío no sea

29. Sobre el particular ver las interesantes reflexiones de G. CHIBAN, Peste, Estado y secuelas, en la publicación conjunta *Emergencia sanitaria global: Su impacto en las instituciones jurídicas*, cit., ps. 65 y ss, especialmente p. 68.

30. M. CIACCIA, *Protección de los derechos humanos: derecho a la salud y globalización*, en *Emergencia sanitaria global...*, cit. p. 94 y ss, especialmente p. 103.

ocupado por lo que agudamente se ha definido *Capitalisme Numerique* (cita omitida), es decir, por un “Capitalismo Digital” que se alimenta de la enorme masa de datos producidos constantemente por la sociedad de la información y capturados por las nuevas tecnologías con plataformas de empresas privadas. De hecho, el peligro es que tal capitalismo se convierta en un ‘nuevo monstruo’ capaz de robarnos nuestra libertad y de modificar nuestros comportamientos, en la búsqueda de beneficios que nada tienen que ver con apreciables reducciones de costos, pero que, en cambio, implican un proceso de deshumanización que forma parte de lo que se ha descrito eficazmente como el “el Capital de la Vigilancia’ (*il Capitale della Sorveglianza*; cita omitida)”. Continúa con esta oportuna advertencia: “Por lo tanto, se requieren ya indispensables normas férreas que regulen ciertos poderes privados que hoy, carentes de responsabilidad, golpean, utilizando algoritmos no transparentes, a los irrenunciables valores de libertad y dignidad humana”. En el fortalecimiento de la dignidad humana, trabajo y propiedad van de la mano. El respeto por parte del ordenamiento jurídico de, al menos, la sustancia del derecho a la propiedad particular (de las partes), y privada (no destinada a servir a lo público), permite la existencia del patrimonio, tanto en su activo como en su pasivo. Ambos (activo y pasivo) son resultado –además de conductas materiales, como el trabajo– de relaciones jurídicas mayormente bilaterales,³¹ de intercambio de bienes. El patrimonio es constituido y, a la vez, potencialmente constitutivo, de derechos y obligaciones y así se encuentra en la base de todas las relaciones jurídicas que se denominan, precisamente, “patrimoniales”, esto es, de los contratos.³² Son, por tanto, relaciones jurídicas constitutivas del “mercado”.

Por ser “privada” la propiedad, la disposición de los bienes, y por tanto su intercambio, se lleva a cabo conforme con la autonomía de la voluntad de las partes. En ese intercambio, en la relación jurídica contractual que lo

31. También puede provenir de actos jurídicos unilaterales (testamento) o de imposición legal (sucesión *ab intestato*), lo que hace honor al origen etimológico de la palabra –*patrimonium*, recibido del padre– aunque aplicable en todas las relaciones jurídicas bilaterales. Lo mismo podemos decir de los bienes recibidos por donación, sin perjuicio de que, con ser un acto jurídico unilateral, contiene muchos elementos de bilateralidad.

32. Conforme con el art. 957 del Código Civil y Comercial argentino (CCC), “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. Esta es una definición compartida en los ordenamientos de la misma tradición, así, por ej. el Código Civil italiano, art. 1321: “Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”.

sustenta, las partes establecen su propia ley, que es entonces una “ley” (en el sentido de norma jurídica, o regla de conducta con efectos y exigibilidad jurídicos) autónoma, endógena, privada y particular.³³

El valor normativo privado del contrato quedó brillantemente expresado en el art. 1197 del antiguo Código Civil argentino, fruto de la pluma de Dalmacio Vélez Sarsfield: “*Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma*”. El contrato es la *lex propria* de los contrayentes, sustentada en el consentimiento mutuo, ley que puede variar, prolongarse o extinguirse mediando la común voluntad de aquellos. Es una norma o regla que expresa un compromiso regido por la virtud de la justicia conmutativa. No contradice a la (mejor) prosa jurídica de Vélez Sarsfield, el actual texto del art. 957 del Código Civil (ver nota 32) al declarar que el contrato contiene un consentimiento-regla de las relaciones jurídicas patrimoniales.

Estas normas contractuales, “endógenas” y “particulares” constituyen la muy amplia base de la pirámide jurídica, aunque el término “base” no debe hacernos pensar, en este caso, en una ubicación subalterna de las mismas. En realidad, como veremos más abajo, las normas autónomas o endógenas, prevalecen sobre las normas gubernamentales (a estas últimas las podemos denominar “heterónomas” o, mejor, “exógenas”) “dispositivas”, debiendo sólo someterse a las normas exógenas “imperativas”, también denominadas “de orden público”, en una suerte de aplicación del principio de subsidiariedad tanto *positivo*, debida intervención de la autoridad, como *negativo* o de debida abstención de la autoridad, a menos que las partes la requieran, como lo veremos en el próximo numeral.

Así la propiedad privada es garantía de libertad y de pluralismo social; estrictamente asegura y da fuerza a la existencia de la Sociedad privada, o Sociedad a secas (el sector privado del ordenamiento jurídico) frente al Estado en sentido lato (sector público del ordenamiento jurídico). En el paraíso terrenal bíblico, o en la posición originaria “rawliana”, la propiedad,

33. Precisamente, el art. 963.b) del CCC denomina a estas normas, que aquí llamamos “endógenas”, como “normas particulares del contrato”.

siquiera de los bienes de consumo, no sólo era innecesaria sino también contraria al natural orden de las cosas. La primera pareja humana tenía a su disposición (y así lo hubiesen tenido también sus descendientes por toda la eternidad) todos los bienes necesarios para su sustento; tampoco precisaban de bienes de producción ya que no existía el trabajo (habría, quizás, labores no esforzadas ni sudorosas, que se llevarían a cabo como parte de un placer bucólico) ni se presentaba la necesidad de transformar los bienes que el género humano, por siempre, estaba destinado a recibir gratuitamente. Pero en el “estado de naturaleza caída” (la única que conocemos con ciertos testimonios, al menos a partir de cierta época histórica), la propiedad privada de los bienes de consumo ha sido y es garantía de sustento y libertad (el esclavo no era propietario de nada); también lo es la propiedad de los medios de producción, del que con el correr de los siglos sería llamado “capital”, o el adecuado aprovechamiento de éste por medio del trabajo libre, personal y retribuido en medida justa y protegida. Si la sociedad edénica no habría necesitado progresar, porque todo lo habría poseído, la sociedad “caída”, en cambio lo necesita, en un proceso que no tiene fin.

Como lo puntualiza von Mises, la doctrina de la propiedad (que él identifica como “liberal”, aunque no es así necesariamente) “...ha enfatizado el importante rol cumplido por la propiedad privada de los medios de producción en la evolución de la civilización”.³⁴ El documento “fundacional” de la Doctrina Social de la Iglesia, la encíclica *Rerum novarum* (1891), de León XIII (nada liberal, por cierto) también resalta el carácter natural de la posesión los bienes “con derecho estable y permanente ... tanto los bienes que se consumen con el uso, cuantos los que, pese al uso que se hace de ellos, perduran” (nº 4). La propiedad es un derecho natural del hombre y de ahí “la necesidad de que se halle en el hombre el dominio no sólo de los frutos terrenales, sino también el de la tierra misma, pues ve que de la fecundidad de la tierra le son proporcionadas las cosas necesarias para el futuro” (nº 5); y aclara “El que Dios haya dado la tierra para usufructuarla y disfrutarla a la totalidad del género humano no puede oponerse en

34. L. VON MISES, *Socialism; an Economic and Sociological Analysis*, Yale University Press, Kindle, p. 53.

modo alguno a la propiedad privada” (nº 6) ya que tal don no lo fue para que “(la) posesión (de la tierra) fuera indivisa para todos, sino porque no asignó a nadie la parte que habría de poseer, dejando la delimitación de las posesiones privadas a la industria de los individuos y las instituciones de los pueblos” (nº 6), es decir, al trabajo, a los intercambios contractuales y al sistema resultante del ordenamiento jurídico como exigencia de la “justicia general” que también define “la función social de la propiedad”, o su “hipoteca social”, como lo veremos en el próximo numeral.

3.3. El ordenamiento jurídico. Sector público y justicia general. La “hipoteca social” que grava a la propiedad privada

A. Orden y ordenamiento

Como hemos visto la “parábola contractualista” se nutre tanto de “los contratos de bien particular” como del “contrato del Bien Común”, esto es, de los “contratos sociales”, a los que nos hemos referido más arriba, y del “contrato social, que ahora trataremos.

Un contrato supone prestaciones recíprocas. La presencia de estas en los “contratos de bien particular” es clara ¿Cuál es el sinalagma en el “contrato del Bien Común”?

El contrato social tiene una estructura de superposición o de estructuración recíproca con los contratos sociales (ni “infra” ni “súper” estructuras): como ya hemos adelantado, el entramado de relaciones jurídicas particulares (los contratos sociales) “engendran” a la *polis*, entendida como *ordenamiento jurídico-político*, y, en éste, como condición de su propia supervivencia, un centro de poder o autoridad, o gobierno, que colma todo el “sector público” del ordenamiento (aunque con una organización compleja integrada por diversos subordenamientos, siempre pertenecientes al “gobierno” en sentido lato).³⁵

35. Nos referimos al “gobierno” como autoridad o centro de poder, y no como un sector de la misma autoridad, en el sentido de los regímenes parlamentaristas.

Ambos –sector público y sector privado– dan plenitud al ordenamiento jurídico, guardando entre sí una diferencia esencial: mientras en el sector privado, como vimos, se persiguen los fines “privados” de las “partes”, en el sector público se persigue el bien del todo (de la totalidad de la polis), aunque dicho bien finamente se “particularice” a través de las relaciones de justicia distributiva: las que lleva al sujeto público (el que se sitúa en el sector público) a dar a cada parte privada lo que le corresponde en su participación, como carga o beneficio, del bien del todo, o Bien Común,³⁶ ya que el Bien Común no es sino para ayudar o perfeccionar el bien particular o bien de las partes.

Escuchemos al Papa Juan XXIII en la encíclica *Pacem in terris* (P.t.): “Una sociedad bien ordenada y fecunda requiere gobernantes, investidos de legítima autoridad, que defiendan las instituciones y consagren, en la medida suficiente, su actividad y sus desvelos al provecho común del país (nº 46) ...”. Este Bien Común, como veremos, obliga tanto al particular como al gobernante (P.t., ns. 52 y 53) y debe redundar en provecho de todos y cada uno: “...todos los miembros de la comunidad deben participar en el bien común por razón de su propia naturaleza...” (nº 56), en tanto el bien común “...abarca todo un conjunto de condiciones sociales que permitan a los ciudadanos el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección” (nº 58). Es que “La índole social del hombre demuestra que el desarrollo de la persona humana y el crecimiento de la propia sociedad están mutuamente condicionados, porque el principio, el sujeto y el fin de todas las instituciones sociales es y debe ser la persona humana...”³⁷

Si tanto las relaciones de conmutación como las de distribución tienen como fin directo e inmediato el bien de las partes, pesa también sobre estas una virtud especial y suprema, la de la justicia general, legal o del Bien Común.³⁸ Según esta doctrina, de desarrollo aristotélico-tomista, ninguna conducta humana es realmente virtuosa sino se encuentra orientada, a la vez que, al fin propio de cada virtud, a la realización del

36. Ampliar en R.C. BARRA, *Derecho Administrativo*. Acto administrativo y reglamentos, Tomo 1, capítulo II.

37. Concilio Vaticano IIº, Constitución Pastoral *Gaudium et spes*, nº 25, destacado agregado.

38. Ver R.C. BARRA, *Derecho Administrativo*. Acto administrativo y reglamentos, cit, capítulos II y III.

Bien Común; por ello se la denomina “general”, porque incide sobre todas las acciones sin pertenecer a ninguna de ellas específicamente, y también “del Bien Común”, porque a este bien es “orientada” (conducción general) cada conducta humana por el impulso de dicha virtud general. El sujeto acreedor del acto justo es la comunidad toda, siempre a través de su autoridad de gobierno, que es gestora del Bien Común, y de aquí que la medida del acto justo sea (de la manera que veremos luego) la ley, esto es, la “prescripción de la razón, en vista del bien común y promulgada por el que tiene a su cuidado la comunidad”.³⁹ Por esto último a esta especie de virtud de la justicia también se la denomina “legal”. Podemos detenernos en la consideración de este fenómeno, propio de la naturaleza social del hombre. La relación de justicia, o más exactamente el cumplimiento del acto justo, supone la realización de un cierto orden, en tanto éste implica la correcta o justa colocación de las cosas, la adjudicación a ellas del lugar que les corresponde, del lugar o situación suyo (de la cosa); el orden es también una regla que se observa en el modo de colocar las cosas.

Así entonces la justicia produce el orden, y cada relación jurídica es un elemento de orden. Este es una suerte de “orden espontáneo”, resultado del acuerdo de los particulares (de cada uno de los individuos privados). Pero este “orden espontáneo” no se produciría, o sería un mero desorden, una situación proclive a la anarquía, si no hubiese un impulso natural a conformar el bien propio con el bien del todo. Es así que las mismas relaciones jurídicas particulares (las que persiguen el bien de las partes) engendran un orden comprensivo, envolvente de ellas mismas, que es en gran medida espontáneo (por ser naturalmente engendrado en la multitud de las relaciones jurídicas particulares) pero también construido, ya que requiere, en su formulación concreta, de la voluntad de todos los que participan en las relaciones particulares y, de ser necesario, de la acción directiva de la autoridad.

Es cierto que las relaciones particulares (que son, como vimos, normas particulares reguladoras –autoreguladoras– del mercado) importan

39. Según la clásica definición de Santo TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, c.90 art. 4.

acuerdos también voluntarios, pero la voluntariedad se presenta en cada relación por separado, y no en el ensamble de todas ellas que, en principio, se ajustan espontáneamente para engendrar un orden mayor y común. El que hemos denominado (no sin cierta ambigüedad) “orden envolvente”, requiere de una construcción voluntaria más compleja, ya que no sólo es un ajuste o colocación o ubicación de bienes de las partes (que es lo que ocurre, por sí mismo, en cada relación de intercambio) sino de dar orden a dichas relaciones entre sí, entre todas ellas, asegurarlas y asegurar que no dañen al orden envolvente (infraestructuras jurídicas, como normas e instituciones, en general infraestructuras institucionales), crear bienes de sustento (infraestructuras materiales, como los servicios públicos en general y, ahora especialmente, la red informática) definir la idea directriz de todo el sistema, que se expresa en la orientación de todas las actividades, tanto públicas (las que hacen al orden envolvente) como privadas, al Bien Común, conforme con los que más abajo estudiaremos bajo el nombre de “sistemas-soportes”.

La voluntad de las partes en este orden complejo se trasciende a sí misma y a la relación jurídica que genera, aunque siempre desde la espontaneidad idealmente inicial (idealmente, porque todo ocurre y transcurre en un mismo tiempo). En virtud de tal trascendencia engendra a un ordenamiento, cuya potencialidad se manifiesta tanto en la acción como en el efecto de ordenar. Y este ordenamiento, como vimos más arriba, sin renunciar a su naturaleza política, no puede sino manifestarse también como jurídico.

El ordenamiento jurídico reconoce entonces dos principios ordenadores: el espontáneo y el creado. El espontáneo, ya lo vimos, resulta de los intercambios privados (a los que mejor sirve la propiedad privada o particular de los bienes) y ocupa un sector (es una sectorización meramente ideal) del ordenamiento, al que llamaremos su sector privado o social: la Sociedad. El otro se concentra en un solo actor principal, el centro de poder o autoridad, el gobierno del ordenamiento. Es el sector público, el que existe por y para lo público, como lo es el todo para las partes, que no pueden subsistir sin el todo. Si el sector privado es el que corresponde a la Sociedad, al sector público, cediendo a la impronta hegeliana, podemos

denominarlo el Estado. Ambos, cabe reiterar, son demarcaciones ideales; es como si se tratase de tres círculos concéntricos, correspondiendo el exterior a todo el ordenamiento, el medio al sector privado y el extremo interior (de menor perímetro) al sector público.

La distinción entre lo público y lo privado, de clara raíz clásica en general y escolástica en especial, fue también advertida por los filósofos-economistas modernos, como Hayek.⁴⁰ Destaca el autor que el orden, y por tanto la organización, no siempre es *exógeno*, es decir, proveniente desde fuera de lo ordenado, sino que también es *endógeno*, o producto de la tendencia natural (el fin propio, podría decirse) de lo que se auto-ordena (ps. 35/36). Este orden endógeno se vincula con la teoría general del mercado (p. 36). La sociedad humana –única forma de vida humana, como ya vimos– es producto de un *orden espontáneo* y de un *orden creado*, que los griegos identificaban con las expresiones *kosmos*, para el primero, y *taxis*, para el orden creado (ps. 36/37). Ambos, el orden espontáneo y el orden creado, son diversos. El primero se encuentra vinculado con las teorías económicas acerca del mercado (p. 36) incluso la gráfica idea smithsiana de la “mano invisible”, con la cual se buscó señalar como “el hombre es orientado a promover un fin que no se encontraba presente en sus intenciones” (p. 37, con cita de Adam Smith, “Wealth of Nations”, Vol. 1, p. 421), fin que podríamos llamar “de añadidura”.⁴¹ Ninguno de los dos órdenes actúa aislado de reglas. El orden espontáneo se somete a sus propias reglas y también a las provenientes del orden creado (ps. 43 y ss.) resultante, y a la vez condición, del primero. El orden espontáneo se expresa en sociedades u organizaciones –que llamaré “ordenamientos jurídicos menores” o “subordenamientos”– insertas en otra comprensiva de todas, la Gran Sociedad (p. 47), esto es, en nuestra terminología, el “ordenamiento jurídico mayor”. Una de las organizaciones que “normalmente ocupa un lugar muy especial (dentro de la Gran Sociedad) es la que denominamos gobierno” cuyo cometido no es producir los bienes y servicios que producen

40. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, cit. ps. 36 y ss.

41. Claro que una suerte de añadidura inversa con relación a la evangélica. La que considero en el texto diría: “busca primero satisfacer tu bien propio que con ello el bien común se dará por añadidura”. Pero también difiere de la evangélica en tanto, como veremos más adelante, el bien común de añadidura sería resultado tanto del orden espontáneo como del orden creado.

y consumen los individuos, sino hacer (como lo hacen los equipos de mantenimiento en las fábricas, ejemplifica Hayek) que todos los elementos del orden (sin duda, en sus dos tipos, *kosmos* y *taxis*) funcionen bien, incluso “para cumplir (el gobierno) con otros servicios que el orden espontáneo no puede producir adecuadamente” (ps. 46/47), coincidiendo, de esta manera, con la enunciación del principio de subsidiariedad (ver infra III.- 4.- y VII). Así, es posible distinguir entre “sociedad” y “gobierno”, o, en los pensamientos influidos por el hegelianismo (p. 48) “Estado”, terminología ésta más común en las ciencias sociales continentales que anglosajonas.

Ordenamiento jurídico y Justicia general

Me he referido en el numeral anterior a la incidencia de la justicia general sobre el ordenamiento jurídico. Ciertamente éste no podría existir sin que, en las conductas particulares, no primase esta especial virtud, que no es impuesta (salvo en casos especiales, que luego identificaré) sino connatural al hombre.

La virtud es, en general, una propiedad de la cosa de que se trate, o bien un resultado natural del funcionamiento normal de aquella. En el hombre, la virtud es un hábito de la voluntad, una disposición normal que le conduce a obrar “bien” (es decir, conforme con la finalidad de la operación) de acuerdo con la percepción del bien por la razón natural. En este plano, la virtud no es ajena a la ley, sino que se encuentra sometida a la regla de la “igualdad”, entre la conducta y el bien, identificado por la ley natural de la que forma parte la ley moral y sus tres preceptos (jurídicos y morales): vivir honestamente, dar a cada uno lo suyo, no dañar a otro.

La virtud importa una cierta espontaneidad en el actuar virtuoso, por eso es un hábito, y, en lo que aquí interesa, la virtud de la justicia general nos mueve espontáneamente a conducirnos conforme con aquellos tres preceptos, con efecto general sobre el Bien Común, sobre el bien del ordenamiento todo.⁴²

42. Me permito repetir el ejemplo que suelo presentar a mis alumnos: cuando cada uno de ustedes decidió estudiar derecho, respondió a una vocación especial, o a una razón de conveniencia (por ej., el padre o la madre son titulares de un despacho jurídico) o por descarte (quiero tener estudios universitarios, pero no me atraen las ciencias exactas, etc.). Por el motivo que fuere, la conducta ha estado, y está, dirigida a obtener un bien propio,

Ya hemos visto que las relaciones jurídicas entre los individuos, que denominamos normas endógenas particulares (de y para las partes) –sus relaciones de intercambio con efectos jurídicos– son las normas-base de la pirámide normativa. Pero estas normas no son autosuficientes, como no lo son las mismas relaciones jurídicas que las crean, ya que ellas, si bien importan un orden espontáneo, requieren del orden mayor que ellas mismas engendran. Sin aquellas, el orden engendrado (el *taxis*) no existiría, o sería una mera imposición totalitaria, tampoco sin el *taxis* podrían existir las relaciones particulares (*kaos*), destruidas por la ley de la fuerza, es decir convertidas en “caos” (en castellano y en italiano; *chaos*, en inglés) en el sentido moderno del término: desorden o confusión absolutos.

Aun cuando la inclinación hacia el bien común es connatural al hombre (¿podría decirse que es instintivo, sin perjuicio de su apreciación racional?) lo cierto es que el ser humano es susceptible de tentación y así ser motivado (movido) a conductas viciosas (ausencia de la virtud) de manera de, creyendo realizar su propio bien, comportarse con daño al Bien Común, especialmente cuando este bien del todo le exige al individuo un sacrificio concreto, por ej., cumplir con las obligaciones tributarias o con ciertas regulaciones de seguridad laboral que aumentan los costos de producción de la empresa. Por ello el Gobierno (la autoridad, el Estado) tanto por su sola existencia como por su accionar, genera un marco de protección ya sea contra tales conductas viciadas o frente a las dificultades del medio.

El individuo decidirá realizar inversiones, aplicar su trabajo, ejercer su profesión, en cuanto él, su familia, su propiedad, se encuentren protegidos contra actos de violencia, delitos, incumplimientos contractuales, u otras conductas dañosas. También tomará tales decisiones si sabe que podrá, por ej., radicarse en una localidad donde exista algún sistema de salud pública, de educación para los hijos, medios de comunicación, especialmente vía internet, servicios de energía, etc.

pero, si lo hago correctamente (conforme a los tres preceptos antes enunciados) beneficiaré, siquiera indirecta y mediatamente al Bien Común, porque a la polis-ordenamiento le interesa contar con miembros capacitados, etc. Lo mismo ocurrirá más tarde con el ejercicio de la profesión, hecha para lograr el bien personal (satisfacción de la vocación, medio de sustento propio y familiar) pero que enriquece al mismo tiempo al Bien Común.

En el supuesto anterior el orden general actúa de manera difusa, reitero, por la sola presencia de la autoridad, y de las instituciones por ella creadas, actuando en cumplimiento de sus actos propios de gestor del Bien Común.

También, e incluso como fundamento necesario de lo anterior, el Bien Común incide y motiva nuestras conductas individuales por medio de la ley, que, como ya lo hemos visto más arriba, tiene como fin natural la realización de aquel bien del todo. Esta ley será la que hemos denominado “exógena” o “heterónoma” con respecto a la relación jurídica, emanada de la autoridad o centro de poder del ordenamiento, siempre con aquella finalidad de Bien Común. En este caso, que es el mayoritario, la ley moverá las conductas hacia el bien común de manera subsidiaria y dispositiva, es decir de aplicación en subsidio de la voluntad de las partes en la relación jurídica (de la norma endógena particular) y siempre sujeta a la disposición de dichas partes interesadas.

En el mismo plano “difuso” (en un principio, aunque de ser necesario se convertirá en concreto y determinado) “subsidiario” y “dispositivo”, actúan las instituciones gubernamentales.

Así el inversor celebrará contratos con la seguridad que le brinda la ley civil y comercial, aunque de aplicación subsidiaria y dispositiva con relación a lo pactado por las partes. Confiará también en la existencia y funcionamiento de las instituciones gubernamentales, como el Poder Judicial, donde podrá accionar para el cumplimiento del contrato, con un también adecuado sistema de cumplimiento de la sentencia.

Finalmente, ya en un nivel más extremo, las exigencias de la justicia general se impondrán sobre la voluntad de las conductas y relaciones jurídicas con la fuerza de la ley imperativa o de orden público, indisponible para los sujetos interesados, como es el caso de la ley penal, o de las leyes y reglamentaciones de regulación económica y policía administrativas, así como las normas civiles de orden público (nulidades absolutas). Lo expuesto se encuentra habitualmente así regulado en los ordenamientos jurídicos. Así, por ejemplo, el CCC argentino expresa lo señalado arriba:

“Art. 962.- Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible”; “Art. 963.- Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código”.⁴³ Tanto las normas imperativas, de aplicación directa y principal, como las dispositivas, de aplicación subsidiaria, y así también las instituciones y la incidencia difusa de la justicia general (las dos últimas fundadas en las normas) forman el marco jurídico que permite el funcionamiento ordenado del mercado, de la libertad en el orden, esto es el estándar de la “libertad ordenada” (*ordered liberty*)⁴⁴ utilizado por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, como sistema donde deben actuarse los derechos consagrados en el *Bill of Rights* incorporado, fundamentalmente, en las primeras diez enmiendas a la Constitución federal de aquel país.

Este es, también, el “contexto jurídico” al que se refiere Juan Pablo II en C.a. 42 (sobre la que volveremos) como condición de subsistencia de un sistema económico que, según la encíclica, puede válidamente denominarse “de empresa”, o “de mercado” o “simplemente de economía libre”. Si el sistema, señala la C.a. (lug. cit.), implica que “la libertad, en el ámbito económico, no está encuadrada en un sólido contexto jurídico que la ponga al servicio de la libertad humana integral y la considere como una particular dimensión de la misma...”, éste no será una acertada opción de reemplazo del comunismo recién fenecido a la época de la encíclica (1991) ni tampoco “para los países del Tercer Mundo, que buscan la vía del verdadero progreso económico civil”. 3.4. *Ordenamiento jurídico y ordenamientos jurídicos. El “pluralismo ordinamental” y el principio de subsidiariedad*

43. En el mismo sentido el art. 1322 del CCC italiano: “Autonomia contrattuale. Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge...”

44. El concepto aparece utilizado por primera vez en la pluma del legendario “Justice” Cardozo, en *Palko vs. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), para luego ser repetido en innumerable cantidad de fallos.

La expresión “pluralismo ordinamental”⁴⁵ no es sólo una mera variante de la utilizada en su momento por Romano –quien advirtió con sabiduría que el sistema jurídico se basa en la existencia de una pluralidad de ordenamientos dentro del ordenamiento general- sino que busca aprovechar la fuerza no sólo jurídica sino principalmente política pero también económica del término “pluralismo”.

Si el ordenamiento jurídico nace como consecuencia del fenómeno de la organización,⁴⁶ con las características que hemos visto en el párrafo precedente, y si cada organización se califica e individualiza -podemos decir con Hauriou: deviene institución o se institucionaliza- en razón, principalmente, de la idea de empresa o fin que le viene impuesta por el grupo fundador,⁴⁷ es lógico que existan tantas organizaciones-ordenamiento como “ideas de empresa” puedan perseguir los grupos humanos.

Ahora bien, estos ordenamientos menores son creación humana en busca de la satisfacción de un determinado fin. Cuando tal fin es genérico -abarcador de todos los anteriores ya que sin éste ninguno de los anteriores podría lograrse- común a todos ellos y, sobre todo, capaz de coordinarlos, arbitrar sobre sus conflictos y contradicciones, el ordenamiento jurídico creado para satisfacerlo es la misma comunidad política organizada.

Así, los estados nacionales -es decir, la forma de organización política donde el poder superior interno se ejerce sobre un determinado territorio que delimita a la “nación”- constituyen, cada uno de ellos, un ordenamiento jurídico que engloba a diversas organizaciones dotadas de una cierta autonomía con relación al denominado estatal.

Allí donde se presente una organización, siempre dentro del ordenamiento estatal (o supraestatal, como veremos), con los caracteres enunciados y,

45. Ampliar en R.C. BARRA, *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, cit., capítulo Primero, & 4.

46. *Ibid.*, & 4.

47. También por el transcurso del tiempo, de manera que el grupo fundador puede estar constituido, por ejemplo, por varias generaciones.

cabe señalar capaz de producir normas obligatorias para sus miembros, existe un ordenamiento jurídico.

Romano⁴⁸ sostiene que “... toda institución se concreta en un distinto ordenamiento jurídico...”, haciendo propia la tesis de Gierke “... según la cual “toda comunidad orgánica es capaz de generar Derecho” (normas), sin perjuicio de que, como lo aclara el mismo Romano, toda institución es en sí misma Derecho. Grossi,⁴⁹ por su parte, destaca que el derecho no es exclusivamente producto del poder “...sino especialmente (de) la pluralidad de fuerzas existentes en la sociedad, una de las cuales –pero solamente una- es la orden de quien gobierna...el derecho puede registrar y registra la complejidad de ‘la sociedad’. No la oprime, no la reduce, como ocurre bajo aquella capa de plomo que llamamos Estado, poder político voraz y totalitario, que será la presencia caracterizadora de la modernidad europea continental; simplemente la registra con la máxima fidelidad. Y el derecho-ordenamiento se convierte en el espejo de la sociedad en todas sus articulaciones, ya que no se reduce a una central de poder sino a la sociedad en su globalidad e incluso en sus diversas facetas... (las que) ... tomando forma del magma socio-económico-político, devienen en ordenamiento jurídico, respetando la indiscutible autonomía de cada una de ellas... En suma, pluralidad de ordenamientos jurídicos bajo el mismo ordenamiento político”, que es también ordenamiento jurídico. Como continúa Grossi⁵⁰ “Dentro de un mismo territorio y sujeto a un exclusivo, unitario y central poder político pueden vivir y convivir una pluralidad de ordenamientos jurídicos”.

Desde esta perspectiva, corresponde considerar como ordenamientos jurídicos a los sindicatos obreros y empresarios, las asociaciones civiles, las sociedades comerciales, los partidos políticos, etc. Por el contrario, no es ordenamiento jurídico la mera relación jurídica entre dos sujetos -p. ej., un contrato- aunque ella tenga para las partes efectos normativos y, desde el punto de vista de la posición de las partes, también organizativos. No lo

48. S. ROMANO, *L'Ordinamento Giuridico*, § 32.

49. P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Roma, Scientifica, 2005, ps. 13 y 14.

50. P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento cit.*, p. 43.

es en tanto carece de una autoridad propia común, distinta de cada una de las partes, con poder para producir normas jurídicas internas y asegurar la aplicación de éstas. Tampoco lo sería la familia, ya que si bien ésta reconoce una autoridad -la paterna y materna- de donde emanan normas, éstas no son jurídicas, sino simple y principalmente reglas de comportamiento basadas en el afecto.

Para que la organización se constituya en ordenamiento requiere que su juridicidad sea reconocida y garantizada por el ordenamiento nacional, por ser el que engloba e incluye a todos los ordenamientos “menores” con respecto a él, que es el “mayor”, sin perjuicio de los ordenamientos jurídicos supranacionales.

Una importante característica de esta concepción pluralista del ordenamiento jurídico se destaca en lo que hemos denominado⁵¹ el “principio de la inclusión plural relativa”, según el cual los ordenamientos mayores incluyen a los menores, pero no de una manera absoluta ni exclusiva. La pluralidad hace que un ordenamiento menor pueda estar incluido en uno o en diversos ordenamientos mayores -por eso la inclusión es plural- aunque sin estar incluido en otros, de manera que se trata de inclusiones parciales. Pero estas inclusiones no son absolutas, y no sólo por no comprender a todos los ordenamientos. Es que la inclusión no diluye al ordenamiento menor en el mayor -de lo contrario no tendría sentido hablar de “pluralismo ordinamental”- sino que se realiza sin mengua de los elementos propios de cada uno, lo que supone, como veremos, la autonomía (también, y en la misma medida, relativa) de cada ordenamiento. Por esto la inclusión no sólo no es absoluta en el conjunto, sino que tampoco lo es en cada caso en particular: es siempre relativa.

La relación de los distintos ordenamientos menores que se integran dentro de un mismo ordenamiento mayor, entre sí y con este último, viene dada por tres características: la autonomía, la autojudicialidad y la subsidiariedad. Estas son poseídas en distintos grados por los distintos

51. R.C. BARRA, *Temas de Derecho Público*, RaP, Buenos Aires, 2008, Tema I.

ordenamientos, conforme con la importancia relativa de cada uno de ellos dentro del ordenamiento mayor.

La *autonomía* dice del “poder”⁵² del ordenamiento de dictar sus propias normas, pero aquélla será siempre relativa en tanto los ordenamientos menores deberán también someterse a normas de cumplimiento obligatorio emanadas de una autoridad ajena a la propia, esto es, el centro de poder o gobierno del ordenamiento mayor.⁵³ La *autojudicialidad* se refiere al “poder” del ordenamiento de resolver por sí los conflictos que se presenten dentro de su seno, lo que no quiere decir que lo pueda hacer de manera final, sino con remisión al órgano de autoridad predispuesto para tal fin (con competencia para ello) el que sí en cambio resolverá -en principio, teniendo en cuenta la existencia y jurisdicción de órganos judiciales supranacionales- de manera final. La *subsidiariedad*, por su parte, no sólo se refiere a los ámbitos materiales de actuación de cada ordenamiento, con relación a un ordenamiento de mayor importancia (no necesariamente el mayor o inclusivo), sino también al ejercicio y límites de la autonomía y la autojudicialidad: los “poderes” de los ordenamientos más complejos (o mayores) en tales cuestiones serán subsidiarios de los que puedan -por capacidad organizativa, disponibilidad de medios y conveniencia general- ser ejercidos por los ordenamientos menos complejos, o de menor jerarquía.

Recordemos que el principio de subsidiariedad fue enunciado por el Papa Pío XI en la Encíclica *Quadragesimo Anno* (Q. a.), núm. 79: “... sigue ... en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dársela a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda

52. Estrictamente se trataría de una “competencia”, pero para evitar detenernos ahora en las precisiones que el concepto exigiría, en especial en su aplicación al caso, utilizamos el término “poder” en un sentido amplio, y en cierta manera equívoco, como comprensivo de “capacidad”, “prerrogativa”, “competencia”, “atributo”, “facultad”, etcétera.

53. E. DE MARCO, *Introduzione allo studio del Diritto Pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 87, cita a Giannini quien señala que es requisito indispensable para que pueda existir un ordenamiento jurídico el que el grupo cuente con “normación propia y originaria”.

acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del grupo social, pero no destruirlos y absorberlos”. La doctrina de la subsidiariedad fue luego complementada por Juan Pablo II en el núm. 15 de la C.a.: si bien la subsidiariedad rige en lo que respecta a la intervención indirecta del Estado en la economía social, el Estado debe también intervenir directamente “... según el principio de solidaridad, poniendo, en defensa de los más débiles, algunos límites a la autonomía de las partes que deciden las condiciones de trabajo...” (cursiva en el original) y, agregamos, de cualquier tipo de acuerdo aún regido por la justicia conmutativa, por imperio de la justicia legal (ver C.a., núm. 48). La formulación del principio de subsidiariedad fue también complementada por Benedicto XVI en la Encíclica *Caritas in Veritate* (C.v.), donde destaca la calidad de tal principio como “expresión de la inalienable libertad” de las personas (núm. 57), de manera que la actuación de las organizaciones (ordenamientos) superiores en campos propios de las inferiores e incluso de los individuos, debe estar guiada por una razón de ayuda y no por una voluntad de desplazamiento de las mayores con respecto a las menores. Sobre la subsidiariedad y la solidaridad volveremos en infra X y XII.

En síntesis, el ordenamiento comprensivo o integrativo de la pluralidad de ordenamientos menores es el nacional (identificable como estado-nación), sin perjuicio de la consolidación -cada vez mayor- de distintas formas de ordenamientos supranacionales. Dentro del ordenamiento nacional, se encuentran las distintas instituciones que conforman la *pluralidad ordinamental*, cada una de ellas dotada de un determinado grado de autonomía y autojudicialidad, y en relación subsidiaria entre sí y con el ordenamiento mayor.

Más abajo consideraré la significación del pluralismo ordinamental y siempre subsidiario, con respecto al desarrollo de lo que es posible esbozar como “capitalismo social de mercado”, es decir, del “capitalismo de rostro humano”.

IV. EL CAPITALISMO DE EXCLUSIÓN

Como muy bien lo advirtió Adam Smith, el que esta noche tengamos la cena servida no depende de la benevolencia del carnicero, del panadero o del cervecero, sino del interés que ellos tienen en vendernos sus productos. Tampoco nosotros trabajamos para nuestro empleador por benevolencia hacia él, sino para ganar el dinero con que pagamos en el supermercado.

Pero, precisamente, el problema actual del sistema capitalista, se encuentra en su falta de benevolencia, ausencia cuyos efectos difícilmente se harán sentir sobre los que, aun con gran justicia, tienen bienes suficientes. Seguramente hay un punto en el sistema social, en el ordenamiento, donde el interés personal, aun el bien encaminado, no basta para satisfacer todas las mesas; algunas de estas estarán vacías esta noche porque ni el carnicero, ni el panadero, ni el cervecero fueron benevolentes ¿No será que la ausencia de benevolencia –el egoísmo vicioso– es de la misma naturaleza del sistema?

Es difícil dudar de las injusticias del capitalismo decimonónico, o incluso, del vigente en la primera mitad del siglo pasado. En esas injusticias pueden encontrarse también las excusas y caminos hacia los totalitarismos y hacia las dos grandes guerras que asolaron el siglo XX. A partir de la segunda posguerra la situación social mejoró notablemente, gracias, en gran medida, a una política “benevolente” de los estados, pero que resultó, aun, insuficiente: todavía hoy, al menos un 10% de la población mundial se encuentra en situación de extrema pobreza (marginalidad).⁵⁴ La situación de “simple” (¿?) pobreza (renta de menos de 3,20 us\$/día) alcanza al 20% de la población mundial, mientras que la pobreza media (renta menor a 5,50 us\$/día, es decir 165 us\$/mes) afecta al 40% de la población mundial. Estas cifras indican que solo el 30 % de la población vive en condiciones de ingreso satisfactorias, sin perjuicio de que solo un muy pequeño porcentaje de personas acapara la mayor parte de la riqueza mundial.

54. Según el Banco Mundial (www.bancomundial.org) extrema pobreza es vivir con menos de 1,90 dólares estadounidenses por día. Se estima que ese porcentaje del 10% se incrementará notablemente como consecuencia de la crisis del Covid 19.

Es cierto que los pobres de hoy viven mejor que los pobres de, por ej., el siglo XVIII, pero eso también les ocurre a los ricos, que viven muchísimo mejor que en todos los siglos pasados, e incomparablemente mejor que los que menos tienen. Hoy la desigualdad es no solo manifiesta, sino que ha alcanzado niveles inhumanos,⁵⁵ en general, en un grado mucho más extremo que el de siglos atrás, aunque el progreso siempre, de alguna manera, se derrame para todos. Pero parecería que, en general, tal derrame no es más que un espaciado goteo.

La cultura actual está tan acostumbrada a la desigualdad que podría, como lo hace, convivir con ella, incluso si los pobres no participasen en nada de los beneficios del progreso. De todas maneras, hay muchas áreas del globo (en la Argentina, a no más de 20 kms. de la Plaza de Mayo) donde hay gente que no tiene cloacas, agua corriente, electricidad, internet, educación y atención sanitaria suficiente, etc. Si situaciones de este tipo eran explicables siglos atrás por meras razones de grado de desarrollo (los ricos tampoco tenían tales servicios, aunque lo compensaban con muchos otros bienes de imposible acceso para los pobres) hoy importan un escándalo que clama al cielo. ¿No está ocurriendo esto también en un país tan dotado de bienes naturales como lo es la Argentina? Los pobres de las “villas-miseria” o “favelas”, los jóvenes sin trabajo y sin escuela, abandonados a la droga, el pobrerió de los ranchos del interior, los sin trabajo, los sin techo. Claro que también, ahora, los que todavía tienen trabajo y techo, se ven cada vez más empujados desde una humildad soportable y superable a la pobreza que degrada y que se estanca, del obrero del “peronismo” o “justicialismo” original (agremiado, protegido, valorado) al “changuista” (que a veces ni changas consigue) “lumpenizado” tanto por los clásicos modelos de exclusión como por los populismos siglo XXI. Es el drama del individuo que dejó de ser obrero para convertirse en “cliente”, cuyo voto se encuentra asegurado en directa relación con el aumento de su marginalidad. No es éste el “capitalismo salvaje” del siglo XIX. Se trata de otro fenómeno cualitativa y cuantitativamente diverso, y peor, que podría ser identificado como “capitalismo de salvaje exclusión”.⁵⁶

55. Ver A. ARIÑO y J. ROMERO, *La secesión de los ricos*, Galaxia Gutemberg, Barcelona 2016.

56. ¿Quién está mejor, el adolescente marginal de la villa miseria, sin trabajo, sin estudio, dominado por la droga,

¿Quién está mejor, el adolescente marginal de la villa miseria, sin trabajo, sin estudio, dominado por la droga, y por ésta llevado a la delincuencia, o los personajes (reales) algunos también adolescentes, del insuperable “I Compagni” de Monicelli, que vivían en un cuartucho, pero de material, asistidos por la solidaridad de la familia (todavía existía esa institución) y de sus compañeros de trabajo (todavía existían la solidaridad y los valores de pertenencia) y sobre todo, apoyados en la cultura del trabajo, como mi abuelo que llegó de Italia a fines del siglo XIX, cargando, como tantos, con su pobreza pero aliviado por su vocación de trabajo y de familia, en un país receptor y, fundamentalmente, de inclusión social? Mi abuelo nunca fue marginal, aunque era un obrero todavía no amparado por los beneficios sociales que comenzaron a regir en la Argentina a partir de 1943, un obrero que hasta pudo construir, con sus manos y ayudado por sus hijos y yernos, su propia casa, y pudo también sentar las bases del progreso de su familia.

La situación en la que nos encontramos es, en muchos aspectos peor que las vividas en otras épocas de la historia; ahora se combina la marginalidad con su aceptación indiferente o resignada por la propia víctima, es decir, la actitud espiritual inversa a lo que antes podía identificarse como “conciencia de clase”. Esta que en la concepción marxista era una condición indispensable para la revolución, ahora se ha trastocado en una suerte “resignación a la marginalidad”. El marginalizado o “lumpenizado” no constituye una clase ni tiene capacidad de organización, no obstante que en las sociedades donde la desigualdad y la miseria son más graves, la cantidad de pobres marginalizados ya está superando a la cantidad de, también pobres pero no miserables, obreros y empleados.

Así el moderno capitalismo de exclusión es cuantitativamente peor que el capitalismo salvaje porque el marginal actual sufre mayor miseria que el

y por ésta llevado a la delincuencia, o los personajes (reales) algunos también adolescentes, del insuperable “I Compagni” de Monicelli, que vivían en un cuartucho, pero de material, asistidos por la solidaridad de la familia (todavía existía esa institución) y de sus compañeros de trabajo (todavía existían la solidaridad y los valores de pertenencia) y sobre todo, apoyados en la cultura del trabajo, como mi abuelo que llegó de Italia a fines del siglo XIX, cargando, como tantos, con su pobreza pero aliviado por su vocación de trabajo y de familia, en un país receptor y, fundamentalmente, de inclusión social? Mi abuelo nunca fue marginal, aunque era un obrero todavía no amparado por los beneficios sociales que comenzaron a regir en la Argentina a partir de 1943, un obrero que hasta pudo construir, con sus manos y ayudado por sus hijos y yernos, su propia casa, y pudo también sentar las bases del progreso de su familia.

anterior, y es cualitativamente peor porque el marginal actual no sólo lo es, sino que acepta serlo, a pesar de tener conocimiento acerca de otras posibilidades de vida, se da cuenta de ser un excluido, porque conoce, por los “medios”, como es la vida de inclusión, y lo que es peor, sabe y se resigna a la imposibilidad de ser incluido.

Todo ello también en términos relativos: los pobres de la historia gozaban de menos bienes, porque la cantidad global de bienes era menor: según las épocas, todos (ricos y pobres) tenían que alumbrarse con velas, todos carecían de medicamentos adecuados, de agua corriente y cloacas, no había automóviles, ni aviones, no había internet ni telefonía celular, no existía la cultura del consumismo, que hoy llega a todos, incluso a los que no pueden consumir. Pensemos en la cuestión sanitaria. “Quien vive en la pobreza es pobre en todo, incluso en las medicinas, y por lo tanto su salud es más vulnerable”, señala Francisco,⁵⁷ advirtiendo que “también existe una ‘marginalidad farmacéutica’ (que genera) una brecha más entre las naciones y entre los pueblos”.

Es que todos estamos convencidos, porque así nos lo han inculcado, de que los bienes se derramarán de manera tal que la inclusión (que no quiere decir todos igualmente ricos) tendrá que necesariamente producirse, como obedeciendo a una ley natural. Por eso lo esperamos con ansiedad, pero el derrame no llega y no parece que, en las actuales condiciones, vaya a llegar. Así lo advirtió el Papa Francisco en el n° 54 de *Evangelii gaudium* (E.g): “...algunos todavía defienden las teorías del ‘derrame’, que suponen que todo crecimiento económico, favorecido por la libertad de mercado, logra provocar por sí mismo mayor equidad e inclusión social en el mundo. Esta opinión, que jamás ha sido confirmada por los hechos, expresa una confianza burda e ingenua en la bondad de quienes detentan el poder económico imperante. Mientras tanto, los excluidos siguen esperando...”. La teoría del derrame natural y suficiente es, en el mejor de los casos, una ingenuidad en la que muchos hemos caído en algún momento de nuestro desarrollo gnoseológico.

57. Alocución a los miembros del Banco Farmacéutico, audiencia del 19 de septiembre de 2020.

V. CAUSAS DE LA EXCLUSIÓN

El sistema capitalista de mercado se basa en premisas que, en sí mismas, son absolutamente racionales. Es racional sostener que con su trabajo honesto el panadero, incluso sin saberlo, sirve al bien común. También que así lo hacen, por ej., el estudiante y el obrero industrial y, debería ser igualmente así que, en el otro extremo, derraman en cantidad los “supermillardarios” que integran el 1% más rico de la población mundial.⁵⁸ Todos generan trabajo y riqueza, y es natural, inevitable, que esta riqueza se derrame, es decir, genere “externalidades” positivas. ¿Por qué, entonces, esto choca con la realidad?

El problema no se encuentra ni en el panadero Juan García ni en Bill Gates (tomado a este último como un imaginario ejemplo de aquel 1%, sin perjuicio de sus virtudes personales), sino en el sistema, que, en lugar de conducir el esfuerzo de ambos -del panadero y de Bill Gates- en orden a maximizar las externalidades que deberían generar, permite y además orienta a que gran parte de ellas, y sin razón, no se distribuya.

En realidad, la culpa no hay buscarla ni en el panadero ni en el cervecero, que pagan sus impuestos como cualquier hijo de vecino, hasta, a veces, soportando una carga fiscal que, para ellos, puede resultar excesiva y desproporcionada con relación a las cargas de los más ricos. Los vicios naturales del sistema impiden que la gran capacidad de producción de riqueza de los superricos y de los segmentos inferiores pero cercanos al vértice de la pirámide, se derrame a raudales y no, proporcionalmente, a ritmo de lento goteo.⁵⁹

Son muchas las causas de este desvío del sistema económico, muchas de ellas identificadas por Francisco,⁶⁰ que conducen a una economía de

58. A. ARIÑO y J. ROMERO, *La secesión de los ricos* cit., ps. 31 y ss.

59. Claro que el sistema, en su actual versión, es, a la vez, promotor y víctima de la concupiscencia humana. Así como la justicia general nos mueve a la virtud, la ausencia de esta justicia en el ordenamiento -en la polis normalmente por defecto de los gobernantes- nos aleja de la virtud. En definitiva, el vicio no es sino un hábito malo. No olvidemos que estos vicios sistémicos, a los que nos iremos refiriendo en los próximos párrafos, se incorporan como elementos culturales de una determinada época (obviamente también lo hacen las virtudes), dicho esto como exculpación de algunas conductas personales que no son sino productos “naturales” de su tiempo.

60. E.g. ns. 54 y ss.

exclusión, donde se multiplican las “internalidades” negativas (en general, egoísmos) abortivas de las “externalidades” positivas, connaturales a la actividad humana.

Así la “idolatría del dinero” y de la consiguiente actividad financiera, considerada no como un instrumento para la investigación y la producción de bienes necesarios y vendibles a precios asequibles para todos (por la mayor oferta), sino como un mecanismo de producción de más dinero. Muchas veces se tratará de meras “ingenierías” falsas (“burbujas” que se disuelven en el aire) con daño no sólo a los inversionistas sino a la economía en general, y por supuesto a los más pobres, que ven aumentadas el costo de sus deudas a la vez que cerradas las fuentes de trabajo.

“La crisis mundial –sigue Francisco- que afecta a las finanzas y a la economía, pone de manifiesto sus desequilibrios y, sobre todo, la grave carencia de su orientación antropológica que reduce al ser humano a una sola de sus necesidades: el consumo”. En el párrafo anterior, el Papa argentino señala la perversa relación del consumismo y la desigualdad: “La cultura del bienestar nos anestesia y perdemos la calma si el mercado ofrece algo que todavía no hemos comprado, mientras todas esas vidas truncadas por falta de posibilidades nos parecen un mero espectáculo que de ninguna manera nos altera”.⁶¹

Pero la causa principal es la ausencia de legislación, del marco jurídico que, conforme a la justicia general, oriente a la actividad económica hacia el Bien Común, que no es sino el bien proporcionalmente distribuido a

61. Aunque parezca increíble, las “villas miseria” en muchas ciudades del tercer mundo son parte del paisaje urbano y hasta, su vista desde fuera, una atracción turística. A la vez, el consumismo degrada a los propios excluidos, quienes, encandilados por el mismo sistema, creen transitar un camino de inclusión solo por adquirir algún bien inútil, cuando no tienen para lo indispensable, y así agravan la situación de marginación. El consumismo, al que podríamos definir, como el sistema que genera y exacerba conductas individuales obsesionadas por adquirir bienes de consumo a los que se somete a una extraordinaria e innecesaria velocidad de remplazo, no solo es destructivo del ambiente –otro mal del actual capitalismo, denunciado también por Francisco en *Laudato si'*– sino de la misma dignidad humana. Rushdie le hace decir a Sancho, hijo imaginario de un Quijote moderno, “Ah, es verdad, dinero –dijo el chaval chasqueando los dedos-. ¿Puedo tener una cuenta bancaria? Es importante. También es importante tener tarjeta de débito. Y deberle al banco. Si no compras cosas, si no haces reembolsos, el sistema no reconoce que existes”, S. RUSHDIE, *Quijote*, Seix Barral, 1ra. edic. 2020, p. 152. Es decir, si no consumes (mucho y cualquier cosa) eres un excluido del sistema. De ahí que la conciencia de la marginalidad, a la que arriba nos hemos referido, se acrecienta ante la exhibición de bienes por los pudientes, el reclamo al consumo por los medios de comunicación, y la ausencia de recursos para dedicarlo a bienes mucho más allá de los estricta y escasamente necesarios para la mera subsistencia.

las partes del todo comunitario. Es lo que habitualmente se predica como “justicia social”, como el imperio de la justicia en la polis.

En realidad, la justicia social es un todo, fruto de un adecuado funcionamiento de la justicia conmutativa, en las relaciones entre las partes o particulares, de la justicia distributiva, en las relaciones entre los sujetos públicos y los particulares o sujetos privados, y la justicia general, como juego de normas, ya sean dispositivas y supletorias, o imperativas y principales, que orientan al bien común. La justicia social importa la ordenada disposición de las partes en el ordenamiento jurídico.⁶²

5.1. Cinco panes y dos peces

No está demás, recordar aquí el famoso pasaje evangélico de la multiplicación de los panes y los peces (Mateo 14, 13-22).⁶³ Después de su predicación los discípulos le señalan a Jesús que ya era tarde y que la multitud –aproximadamente cinco mil personas– estaba hambrienta. Había que despacharlos para que cada uno se arreglase para conseguir comida. Como respuesta Jesús les ordenó alimentar a la gente, pero los discípulos, sorprendidos, le advirtieron que sólo tenían cinco panes y dos peces. Jesús pidió que le trajeran esos escasísimos recursos, los multiplicó y los hizo repartir entre los cinco mil asistentes. Tantos alimentos fueron producidos

62. Sobre la justicia social, ver R.C. BARRA, *La justicia social como criterio de interpretación jurídica*, La Ley 1978-D-422.

63. Esta referencia evangélica, como las distintas citas de documentos sociales de la Iglesia, cabe insistir, no responde a una disposición confesional, sino el recurso a elementos que han conformado gran parte de la cultura occidental. De todas maneras, la aplicación de enseñanzas bíblicas a sistemas económicos o políticos debe hacerse con suma prudencia, para no caer en fundamentalismos o mesianismos políticos, tan peligrosos como los mismos sistemas políticos antirreligiosos. Guardando aquella debida prudencia y dejando a salvo siempre que las enseñanzas religiosas persiguen fines espirituales, de salvación trascendental, alguna “analogía”, o algún tipo de moraleja o mensaje práctico podría hacerse, aunque siempre en el orden de los principios y quizás no en el orden de los sistemas concretos, o en el orden de las postulaciones sobre instituciones concretas derivadas de esos sistemas. Con estas salvedades, cabe coincidir con M. NOVAK, *The Spirit of Democratic Capitalism*, Madison Books, Lanham, New York, 1991, Kindle, p. 241, cuando advierte: “Pasar del mito del Éxodo a las teorías marxistas de explotación y liberación, por un lado, o de la parábola de los talentos escondidos a la teoría Spenceriana de la competición, por el otro lado, es mero fundamentalismo”. En definitiva, como lo afirma el personaje de A. SOLZENICYN, “En el primer círculo”, traducción italiana, “Nel primo cerchio”, Voland, Roma, 2019, p. 437, “El socialismo, de cualquier género, es una caricatura del Evangelio”, aunque también sería caricaturesco un supuesto o pretendido capitalismo cristiano. Es que todos los sistemas temporales estarán afectados por la imperfección humana y su extrema volubilidad no sólo a nuestros defectos, sino también al cambio de circunstancias, al envejecimiento tanto de ideas como de instituciones. El Evangelio, en lo temporal, sólo nos mostrará la permanente cara de la injusticia, generándonos la pasión por derrotarla, hoy, mañana, siempre (por eso no es conformista, opíaceo) en un permanente Camino hacia el Reino que no es de este mundo.

y distribuidos que no solo alcanzaron para saciar el hambre de los cinco mil asistentes (quienes, de lo contrario, habrían sido librados a su suerte, excluidos del alimento material y espiritual) sino que con los sobrantes se llenaron doce canastos. Claro que este relato contiene una enseñanza espiritual, prefigurando también el milagro de la Eucaristía. Sin embargo, también podemos encontrar en él enseñanzas mundanas. Los bienes de la naturaleza, los bienes dados y ya trabajados por el hombre (capital) simbolizados por los cinco panes y los dos peces, no sólo son susceptibles de reproducción, sino que deben ser reproducidos, multiplicados, para el bien de todos, para su distribución o “derrame”. No lo especifica el evangelista, pero seguramente los escasos panes y peces originales eran para alimento del Maestro y sus discípulos, pero fueron multiplicados para sí mismos (seguramente estos también comieron, como habrán bebido del “vino bueno” en la boda de Caná) y para todos. Propiedad e iniciativa “privada”, y también plusvalía, con práctico y concreto destino social.

5.2. ¿Solo migas para los perros?

Otro texto evangélico que, más allá de su primordial sentido religioso, podemos aprovechar con relación a la “teoría del derrame”, es el de la “mujer cananea, que implora a Jesús por la curación de su hija. Jesús es en principio muy severo con ella, respondiéndole que su misión era sólo para “las ovejas descarriadas de Israel”, y ante un nuevo pedido su respuesta parece cruel: “No está bien echar a los perros el pan de los hijos”. La cananea, inspirada, le replica: “Tienes razón Señor, pero también los perros se comen las migajas que caen de la mesa de los amos”. La fe de la mujer conmovió a Jesús (fue ocasión de la enseñanza) y le otorgó la deseada curación de la hija, es decir, no las migajas que caen casi por desprolijidad, sino la participación en el mismo Reino o, si aceptamos trasladar la enseñanza a lo temporal, la participación en el Bien Común. Además del *derrame*, que puede alcanzar sólo para los perros, existe la *misericordia*, que es la que se ajusta a los hombres, cuya expresión social muy bien puede ser la *solidaridad* (ver infra XI).⁶⁴

64. Este artículo sin duda carece de una referencia que hubiese sido más que oportuna, la relativa a la nueva encíclica del Papa Francisco sobre la fraternidad y la pobreza, de publicación anunciada para después del

VI. GLOBALIZACIÓN, CAPITALISMO FINANCIERO Y ECOLOGÍA

VI.I. ¿Estamos viviendo un fenómeno de “deglobalización”?

Las relaciones humanas, especialmente las económicas, se han “globalizado”, fenómeno que se encuentra facilitado e incluso impuesto por los avances tecnológicos.

No sabemos cuál será el grado o intensidad de la globalización post-pandemia. Ciaccia⁶⁵ habla de la “*slowbalización*”, para indicar una suerte de disminución y selectividad de la tendencia. Otros, como el comentarista Oscar Granados⁶⁶ destacan, en el campo industrial, el fenómeno del “*reshoring*”, contrario al “*offshoring*”, esto es, de “relocalización” de industrias (en realidad de procesos industriales sectorizados) luego del proceso de “delocalización” que marcó el primer ventenio del siglo XXI. El *reshoring* ya ha comenzado en Estados Unidos antes de la pandemia y se supone que incrementará luego de superada aquella, especialmente para las empresas que se habían “delocado” en Wuhan, la ahora famosa ciudad China, en su momento un gran imán para la “delocalización” de procesos industriales.

Un estudio también importante sobre el tema se encuentra en la monografía de Jeremy Green, *Is globalization over*,⁶⁷ aunque probablemente deberemos revisar o complementar sus conclusiones una vez alcanzada la etapa de la “post-pandemia”. Green distingue la globalización como proceso de la globalización como condición. En el primer aspecto, la globalización es el flujo supra fronteras o supra estados nacionales, de ideas, bienes, personas, capitales. Como condición es un contexto que transforma la manera en que pensamos y organizamos nuestra vida cultural, política y económica.

obligado envío del presente a impresión.

65. En este volumen.

66. O. GRANADOS, *La globalización cojea y el mundo se hace más pequeño*, El País, Madrid, 8 de agosto de 2020.

67. Edición Kindle, 2019.

¿Estamos viviendo un fenómeno de “deglobalización”? No lo creo (siempre dejando a salvo la “post-pandemia”) a pesar de signos que indicarían lo contrario, como el “Brexit”, el surgimiento de gobiernos inspirados en imprecisos nacionalismos populistas (basados más en la personalidad del líder respectivo que en una ideología medianamente coherente). No olvidemos que la globalización es también una consecuencia de los extraordinarios adelantos tecnológicos que han achicado el mundo, de manera que todo, y en todos lados, es vivido en tiempo real. Este es un elemento de avasalladora incidencia cultural, que de aquí se “derrama” (ahora sí) a todos los campos del hacer humano. Es un fenómeno en sí mismo positivo, aunque en algunos aspectos, como veremos más abajo, sufra de la “anarquía de los poderosos”.

Por globalización, entonces, puede quererse significar fenómenos de diferente naturaleza. Uno es el incremento de las relaciones sociales y culturales a nivel mundial, otro, también especialmente marcado en materia económica, el que se refiere a relaciones comerciales y financieras prácticamente exentas de regulación estatal (la que he denominado “heterónoma”). Aquellas relaciones financieras globalizadas han dado gran impulso –podría decirse que un incremento tanto cuantitativo como, y especialmente, cualitativo– al que es posible denominar “capitalismo financiero”, donde el capital dinerario se multiplica para sí mismo, como lo hemos ya mencionado en el numeral anterior. Como lo denuncia Francisco en E.g. 57, un “dinero que gobierna en lugar de servir”. Las causas y los efectos dañinos del capitalismo financiero, como lo han mostrado las crisis que prácticamente inauguraron este siglo XXI, fueron, y son, acontecimientos totalmente “globalizados”, tanto como (en la clasificación de Green), “proceso”, que como “condición” del que el primero es tributario, pues son propios de un sistema y una cultura –una suerte de *weltanschauung* o cosmovisión– globalizada.

La globalización es un hecho, pero hay que lograr que sea un hecho positivo, que se trate de la globalización de la inclusión y no de la “globalización de la indiferencia”, de la que se lamenta Francisco (ver nota 57).

VI.II. Los términos del intercambio

Lo cierto es que las relaciones comerciales entre países, hoy multiplicadas e intensificadas como consecuencia de la globalización, han sido sometidas a una especie de “división internacional del trabajo” y a la cruda ley de la oferta y la demanda, donde el “*self interest*” de los compradores de materias primas difícilmente se atenga a reglas de moralidad y de justicia, cuando todavía son culpables de muy recientes, y muy salvajes, imperialismos. El proceso de exclusión o marginación de los países más pobres, (vendedores de materias primas y compradores de productos elaborados) que supone la exclusión y marginación de sus habitantes, ha sido definido por el economista Raúl Prebisch⁶⁸ con el acertado término de “deterioro de los términos del intercambio”: los países productores de materias primas deben entregar cada vez más bienes a los países manufactureros para la obtención de la misma cantidad de productos industriales.

También Paulo VI se refirió al deterioro de los términos del intercambio en la encíclica *Populorum progressio* (P.p.; 1967): “Dejada a sí misma (se refiere a las relaciones económicas entre naciones) su mecanismo conduce el mundo hacia una agravación y no a una atenuación, en la disparidad de los niveles de vida: los pueblos ricos gozan de un rápido crecimiento, mientras que los pobres se desarrollan lentamente. El desequilibrio crece: unos producen con exceso géneros alimenticios que faltan cruelmente a otros, y estos últimos ven que sus exportaciones nacen inciertas” (nº 8). En el nº 57 especificó: “Las naciones altamente industrializadas exportan, sobre todo, productos elaborados, mientras que las economías poco desarrolladas no tienen para vender más que productos agrícolas y materias primas. Gracias al progreso técnico, los primeros aumentan rápidamente el valor y encuentran suficiente mercado. Por el contrario, los productos primarios que provienen de los países subdesarrollados sufren amplias y bruscas variaciones de precios, muy lejos de esa plusvalía progresiva. De ahí provienen para las naciones poco industrializadas grandes dificultades cuando han de contar con sus exportaciones para equilibrar su economía

68. Economista argentino que fuera, entre 1953 y 1960, Secretario Ejecutivo de la CEPAL, Comisión Económica de Naciones Unidas para América Latina y el Caribe.

y realizar su plan de desarrollo. Los pueblos pobres permanecen siempre pobres y los ricos se hacen cada vez más ricos”.

Es cierto que la “delocalización” de procesos industriales sectoriales ayuda a generar puestos de trabajo en zonas deprimidas –por ello la “relocalización” no deja de ofrecer peligros- pero también debe advertirse que, por falta de regulaciones adecuadas, aquella estrategia suele generar la baja del coste salarial general de la producción del concreto bien final (no siempre reflejado directamente en el precio del producto). Así se aprovechan las situaciones de marginación *off shore* para pagar salarios bajísimos a los obreros allí contratados, generando contemporáneamente baja de salarios y desempleo en la misma “metrópoli”.

A la vez, la “delocalización” de capitales “fiduciarios” como estrategia para la evasión impositiva por parte de los superricos, es también causa de perjuicios económicos, muchas veces con especial incidencia en los países más pobres. Debe admitirse también que el “deterioro de los términos del intercambio” no siempre ha sido un proceso constante. El barril de petróleo a casi 150 dólares y la tonelada de soja a más de 600 unidades de la misma moneda durante la primera década de este siglo significó un gran beneficio para los países exportadores de *commodities*, en muchos casos lamentablemente desaprovechados por políticas de “populismo bananero”, muy especialmente en los países latinoamericanos. Pero este fenómeno, con ser de exclusiva y grave responsabilidad de las clases dirigentes en cuestión, no deja de señalar igualmente la ausencia de oportunas regulaciones para el comercio internacional; precios razonables estables podrían ayudar a generar políticas más responsables y de largo plazo en las naciones con déficit de gobernanza.

VI.III. La casa común

La “casa común” llama Francisco, en L.s. a la tierra incluyendo el “ambiente” o condiciones generales que protegen a la tierra, a su flora y fauna, a sus riquezas hídricas, alimenticias, minerales, energéticas, y también, claro está, a los seres humanos, para quienes todo fue hecho. “Entre los

pobres más abandonados y maltratados –exclama Francisco- está nuestra oprimida y devastada tierra...” (L.s., n° 2).

La casa común, el ambiente, son bienes comunes, por naturaleza destinados a toda la humanidad y por ello necesariamente globalizados. Su afectación o daño en un país concreto, es una afectación o daño a todo el globo. La destrucción de la “casa común” es como si fuese, parafraseando a Lenin, la “fase superior” del capitalismo consumista. La cuestión ecológica tiene mucho que ver con la “cultura del descarte, que afecta tanto a los seres humanos excluidos como a las cosas que rápidamente se convierten en basura” (L.s., 22).

Estamos padeciendo una situación de “inequidad planetaria”, denuncia Francisco (L.s., 48 y ss.): “El ambiente humano y el ambiente natural se degradan juntos, y no podremos afrontar adecuadamente la degradación ambiental si no prestamos atención a causas que tienen que ver con la degradación humana y social. De hecho, el deterioro del ambiente y el de la sociedad afectan de un modo especial a los más débiles del planeta...”

VII. CAPITALISMO SUBSIDIARIO, SOLIDARIO Y SOCIAL

Laudato si' señala la degradación del ambiente natural y del ambiente humano, social. Quizás estemos frente a un círculo vicioso: la economía de exclusión fomenta la degradación social, mientras que ésta fortifica e impulsa a la economía de exclusión.

La exclusión es antidemocrática por naturaleza, al menos si le otorgamos a la democracia un sentido amplio, no solamente representativo sino también participativo. Sin embargo, es posible una renovación del sistema, hacia una economía de mercado que sea motor del desarrollo integral humano, como lo requiere Paulo VI en la *Populorum progressio*, desarrollo que alcance tanto la producción de bienes necesarios, el progreso científico y técnico, la inventiva y el espíritu de empresa, la asunción del riesgo económico sin poner en riesgo el sistema social (a lo contrario de lo sucedido en la crisis financiera de los años 2007/08), como a la valoración del trabajo, de la

familia, de las asociaciones intermedias, de los derechos humanos, de la dignidad humana de la que emanan todos esos derechos, y siempre en el marco del respeto de la casa común, de la sustentabilidad del ambiente humano y natural.

La evolución hacia un “capitalismo social”, idea que cuenta hoy con el apoyo de un importante sector intelectual,⁶⁹ supone la recreación de instituciones sociales que fueron lentamente deshilachadas a lo largo de, por lo menos, los últimos 200 años. El matrimonio, la familia, las organizaciones vecinales, las iglesias y otras organizaciones religiosas, los gremios (adaptados a las nuevas realidades laborales), todos los cuales pueden ser considerados ordenamientos jurídicos menores en una polis estructurada como pluralidad “ordinamental” (ver arriba, III.- 4.-), pueden ayudar muchísimo a la renovación del capitalismo, e incluso es posible afirmar que será la condición indispensable de tal renovación. Pero esto necesitará de una, también, gran renovación cultural, seguramente no en movimiento de retroceso sino como respuesta a la realidad y necesidades del hombre actual.

El denominado capitalismo social o teoría del capital social ofrece muchas respuestas a las carencias del capitalismo hoy vigente. Sobre el particular, es de interés la mención hecha por el filósofo argentino Joaquín Migliore,⁷⁰ con ocasión de su estudio acerca de la denominada “sociedad civil” (sobre lo que volveré más adelante): “La vitalidad de la ‘sociedad civil’ ha sido vista como necesaria, incluso, para alcanzar el desarrollo económico. Si el fracaso del socialismo parecería dar la razón a quienes, desde el liberalismo, habían sostenido la necesidad de independizar los mercados de la política, las dificultades experimentadas tras la caída del régimen hicieron evidente que existían vinculaciones entre la economía de mercado y ciertos tipos de estructura social. Lo que los teóricos de la ‘sociedad civil’ señalaron (...) fue que también los mercados para poder funcionar, necesitaban de

69. Así, A. BAGNASCO, *Il capitale sociale nel capitalismo che cambia*, en *Stato e Mercato*, 65, 2002, Il Mulino con numerosas citas bibliográficas.

70. J. MIGLIORE, *Reflexiones en torno al concepto de sociedad civil*, en revista *Cultura económica*, Buenos Aires, 62, 2005, ps. 11 a 24.

normas y valores compartidos –*Habits of the Heart* fue el título de una obra ampliamente comentada en los Estados Unidos (cita a Robert Bellah)-imprescindible para generar la confianza en la que los mercados reposan. ‘El secreto del éxito de las economías políticas que mejor operan –señala Amitai Etzioni citando a Alan Wolfe–no suele hallarse en la política ni en la economía’. La noción de ‘capital social’ (...) tiende a remarcar que la confianza, los hábitos de cooperación y el sentido de reciprocidad creados por las asociaciones en ámbitos no económicos, son los que permiten, de últimas, el buen funcionamiento del mercado”.⁷¹

VIII. LOS SISTEMAS “SOPORTE” DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El ordenamiento jurídico no puede existir sin un adecuado soporte en valores, de manera que, en el mismo núcleo del ordenamiento, como si fuese su líquido céfalo-raquídeo, corren los “sistemas de valores”, de los cuales depende una verdadera renovación del capitalismo, en coincidencia con lo sostenido por los impulsores del denominado “capitalismo social”, o el también sustancialmente coincidente “capitalismo democrático”, según la calificación elegida por Michael Novak.⁷²

Novak ubica tales sistemas de valores en la familia,⁷³ ya que es ésta (aunque carezca de subjetividad jurídica) y no es el individuo el verdadero último sujeto económico. Por su familia, normalmente, el individuo realiza lo fundamental de su actividad económica, de manera que el capitalismo democrático, afirma Novak, “no puede funcionar plenamente sin ciertas fortalezas morales, enraizadas en instituciones como la familia”.⁷⁴

Novak Incluye también, junto con la familia, a otras instituciones de base moral-cultural, como “las iglesias y vecindarios, que son vitales en el triple sistema”, que explicaremos luego en el texto. En el mismo

71. El artículo de Migliore es muy rico en bibliografía. En lo que interesa al párrafo que he transcripto, cita las ediciones en castellano de Robert BELLAH, “*Hábitos del Corazón*”, Alianza, Madrid, 1989, y a Amitai ETZIONI, “*La nueva regla de oro. Comunidad y moralidad en una sociedad democrática*”, Paidós, Buenos Aires, 1999.

72. M. NOVAK, *The Spirit of Democratic Capitalism* cit.

73. M. NOVAK, *The Spirit of Democratic Capitalism* cit., cap. VIII.

74. M. NOVAK, *The Spirit of Democratic Capitalism* cit., p. 156.

lugar (p. 157) el pensador norteamericano advierte que los enemigos del capitalismo democrático “son virtualmente unánimes en su hostilidad hacia la que califican de “familia burguesa”, ya que son conscientes de que tal institución familiar “es indispensable para el gobierno republicano, las instituciones democráticas, y la tradición liberal”. Así señala (p. 159) que los “Ataques contra la familia toman tres formas: anular sus logros económicos, políticos y moral-culturales”. En la actualidad, la principal responsabilidad de estos ataques (hasta ahora exitosos) reside en lo que podemos calificar como “ideología progresista” tanto de derecha como de izquierda. En la derecha -especialmente el típico personaje del “intelectual urbano”- no advierten que desempeñan el papel de “compañeros de ruta” de los verdaderos revolucionarios, aquellos que profesan una suerte de marxismo post-soviético, de impronta “gramsciana”, confiado en que la destrucción del clásico orden de valores importará la aniquilación del sistema económico que, en una inversión de las clásicas categorías marxistas de “infra” y “superestructura”, en aquel orden de valores se sustenta.

Así entonces el primer “sistema-soporte” es el “orden económico” en cuanto centrado en el impulso, iniciativa y búsqueda de bienestar de la familia. Es que tanto el carnicero como el panadero de Adam Smith (ver IV) normalmente “...soportan la sangre y el calor de sus trabajos no por ellos mismos sino por el beneficio de sus familias”, sigue Novak (p. 160). “El ‘propio interés’ del que escribe Smith debe ser considerado en un sentido amplio, antes que estrecho, de manera de incluir formas de natural benevolencia, deber y otras finalidades centradas en los otros. El interés propio económico incluye, sobre todo, a la familia...”, que es donde comienza nuestra vida económica, y de ahí que “la cultura familiar es una variable crítica de la performance económica” (p. 161).

Sin perjuicio de que muchas “Pequeñas y Medianas Empresas” son familiares o de núcleo familiar, lo cierto es que, como señala Novak (p. 163) “la vitalidad económica del capitalismo democrático depende de las gratificaciones diferidas, ahorros e inversiones de largo plazo” que generalmente constituyen “políticas” de las familias, tanto para la

protección de los infortunios de la enfermedad y de la vejez, como para la ayuda de los hijos bajo la forma de un patrimonio hereditario.

“Si la familia puede ser considerada como una forma de socialismo que corrige el exagerado individualismo de los economistas capitalistas, es también una forma de libertad que corrige el exagerado colectivismo de los estatistas”.⁷⁵

Como sistema-soporte “político”, la familia constituye una fuerte y efectiva barrera con respecto a los avances estatistas, claro que la familia institución, cuya vocación duradera es alentada por la legislación, y no la familia “de paso”, la familia *light*, la familia del “todo es igual, nada es mejor” (para seguir con el “cambalache” discepoliano), que es la que parece alentar la cultura y legislación actuales. Sobre todo, continúa Novak, “la familia es la natural defensa de la humanidad frente al utopismo”⁷⁶ que domina a las distintas variantes del socialismo.

Todo lo expuesto se funda también en el tercer sistema-soporte individualizado por Novak,⁷⁷ el moral-cultural, que anida en los valores compartidos, las tradiciones, los aportes de la religión –donde, a estos efectos, se destaca la concepción judeo-cristiana de la familia- el sentido de la cooperación, de la solidaridad, de la disciplina y orden, todos ellos fuertemente impulsados por la cultura familiar.

IX. LA RENOVACIÓN DEL SISTEMA

Pero ¿por qué hablar de renovación del capitalismo y no de su sustitución por otro sistema? Simplemente porque es un sistema económico que ha demostrado su eficiencia y eficacia, considerando bajo el término “capitalismo” a la economía de mercado y no al capitalismo estatal comunista. Las reglas propias de la oferta y demanda son positivas y, sin perjuicio de las salvedades y críticas hechas más arriba, es de reconocer

75. M. NOVAK, *The Spirit of Democratic Capitalism* cit., p. 163.

76. M. NOVAK, *The Spirit of Democratic Capitalism* cit., p. 166.

77. M. NOVAK, *The Spirit of Democratic Capitalism* cit., p. 166.

que vivimos, en general, mejor que hace siglos atrás, de manera que algo de derrame ha ocurrido.

En el n° 34 de la ya citada C.a., Juan Pablo II admite claramente que “...tanto a nivel de naciones, como de relaciones internacionales, el *libre mercado* es el instrumento más eficaz para colocar los recursos y responder eficazmente a las necesidades ...” (destacado en original). El “libre mercado” supone libre “iniciativa y espíritu emprendedor” (cfr. n° 32) es decir, “trabajo humano disciplinado y creativo”, lo que es una “fuente de riqueza en la sociedad actual” (lug. cit.).

El libre mercado, entonces, es un *instrumento* que permite la obtención de resultados (eficacia) relativos a la producción y distribución de los bienes con un éxito superior a los otros instrumentos conocidos hasta el presente. Pero es sólo un instrumento y no un resultado. Como *resultado* en materia de asignación de los bienes, todavía no es totalmente *eficaz*, aunque sin duda supere para bien a la planificación imperativa socialista, y a la burocratizada planificación social demócrata. Se trata de una ineficacia relativa, esto es, con relación a la (insuficiente) distribución reflejada tanto en la desigualdad por excesiva concentración minoritaria de la riqueza, con un gigantesco vacío distributivo con relación a la mayoría de la población, como en la exclusión de una importantísima porción de los seres humanos (¿casi un tercio de la población mundial?) en el goce de bienes necesarios y hoy posibles de producción y distribución masiva. Esta exclusión se manifiesta especialmente en perjuicio de las poblaciones de los países más pobres.

Pero tampoco es totalmente *eficiente* (obtención del mayor resultado con el menor costo posible), si consideramos el costo representado por la degradación del ambiente humano y del habiente natural, la cuestión ecológica integral, al que lo lleva el afán desmedido de lucro y el fomento del consumismo sin límites.

Juan Pablo II también resalta que el instrumento del libre mercado solo es conveniente “para aquellas necesidades que son ‘solventables’, con poder

adquisitivo, y para aquellos recursos que son ‘vendibles’, esto es capaces de alcanzar un precio conveniente” (C.a., 34). “Pero –observa– existen numerosas necesidades humanas que no tienen salida en el mercado...Por encima de la lógica de los intercambios a base de los parámetros y de sus formas justas existe algo que es debido al hombre porque es hombre, en virtud de su eminente dignidad. Este *algo* debido conlleva inseparablemente la posibilidad de sobrevivir y de participar activamente en el bien común de la humanidad” (lug. cit, destacado en el original).

Es decir, junto a una adecuada práctica libre-mercantil de la justicia conmutativa y sus efectos generales en la definición del valor cancelatorio de las prestaciones recíprocas, con su influencia en la asunción del riesgo empresario, falla la justicia distributiva y su regla de la igualdad proporcional, mientras que la justicia general parece relegada a la simple garantía del buen cumplimiento de las obligaciones conmutativas, sin importar en suficiente medida la permanente orientación al bien común de todas las relaciones jurídicas. En definitiva, hay un déficit de justicia social.

X. LA SUBSIDIARIEDAD POSITIVA Y NEGATIVA

El principio de subsidiariedad, enunciado en 1931 por Pío XI en la encíclica *Quadragesimo anno* (Q. a., 79), al que calificó de “principio inamovible e inmutable” (ver supra III.- 4.-), tiene que ser considerado como fuente de inspiración esencial para el buen gobierno de la polis.

La subsidiariedad es aplicable en todos los órdenes de la vida, de forma casi automática, por mero ejercicio de la razón y, en ocasiones, sin saber, no solo su nombre, sino siquiera que se lo está aplicando. Así la ayuda de los padres con relación a los hijos, cuando éstos no pueden por sí solos, pero que, a medida que crecen y se forman, dejan que se basten por sí mismos como método indispensable para la correcta educación y maduración de la prole. Si la ayuda supera lo necesario y conveniente, estaremos frente a “padres castradores”, con daño al correcto desarrollo de los hijos. Igualmente, si la ayuda no llega cuando es razonablemente necesaria, también se seguirá un daño a los jóvenes, esta vez por defecto.

En lo político, el principio de subsidiariedad se manifiesta como “connatural” al mismo ordenamiento; “dar a cada uno lo suyo” es también dar a los particulares el lugar que les corresponde –el lugar justo– reconocerles la competencia correcta, no invadir, por parte del gobierno, el lugar y competencia del sector privado del ordenamiento; pero también no abandonar a los particulares en los casos en que estos, o directa e inmediatamente el Bien Común, legítimamente necesitan de la acción gubernamental. “No dañar” a la sociedad y actuar “honestamente”, esto es, cumplir con la competencia propia, obliga también a que el gobierno realice las acciones requeridas por el Bien Común, cuando dejarlas dentro del ámbito de competencia de las agrupaciones menores resultaría tanto desordenado como ineficaz.

Así entonces, el principio de subsidiariedad admite tanto una aplicación negativa (límite a lo público) como positiva (obligación de actuación de lo público).⁷⁸ Fundamentalmente se trata del principio fundamental y general de delimitación de las competencias entre los dos grandes sectores en que se divide el ordenamiento jurídico (ver supra III.- 1.-): el público (o estatal, o gubernamental) y el privado (más abajo se analizará la aplicación de esta distinción en los ordenamientos supraestatales). Claro que se trata de un principio, esto es una norma general de acción que actúa como impulso y orientación del, en este caso, gobierno (la autoridad última en la polis-ordenamiento). Por ser un principio político es de aplicación prudencial y circunstancial, lo que no obsta a que actúe como clara guía para la acción de conducción o gobierno de la polis, de manera que su incorrecta aplicación siempre traerá aparejada, más tarde o más temprano, daños para el ordenamiento, para los individuos, e incluso para el mismo sistema en ejercicio del poder.

El abandono de las competencias gubernamentales durante la vigencia del primer capitalismo, generador de la denominada “cuestión social”, produjo la lenta y dolorosa modificación del sistema, con el pago del

78. La distinción entre “subsidiariedad negativa” y “subsidiariedad positiva” no coincide con la de “libertad negativa” y “libertad positiva” planteada por Erich FROMM en su ya clásico *El miedo a la libertad*, aunque puede contener elementos comunes. Es posible diferenciar esto dos tipos de libertad, en forma más que sintética, señalando

terrible precio de las dos guerras mundiales que llenaron de vergüenza la historia de la humanidad. Si aquel proceso, que fue fundamentalmente causado por el incumplimiento de las competencias impuestas por la “subsidiariedad positiva”, ha podido mostrar la capacidad de reforma del sistema capitalista, el vicio contrario -falla en la “subsidiariedad negativa” o abstención de desplazar la legítima competencia de la sociedad- provocó, muy rápidamente, la hecatombe del sistema soviético-comunista (y de todos los comunismos en general) por implosión más que por explosión, superado con creces por la eficiencia y eficacia del sistema capitalista moderno. La violación de la oportuna línea límite entre sociedad y gobierno aumenta el daño al Bien Común en proporción directa con la magnitud del desvío. Si este desvío es en perjuicio de la “subsidiariedad negativa”, cuanto más se acerque al máximo más importará un régimen totalitario (de izquierda o de derecha). Si, en cambio, es en perjuicio de la “subsidiariedad positiva” el sistema tenderá a la desaparición del Gobierno; así el liberalismo puro (el que hoy es llamado “libertario”) es, al menos en sus efectos prácticos, esencialmente anarquista.

El principio de subsidiariedad tiene múltiples ámbitos de vigencia. Limitándonos al ordenamiento jurídico correspondiente al Estado-Nación, la subsidiariedad permitirá delimitar, como hemos visto, a los sectores público y privado del ordenamiento jurídico; también la aplicación del derecho público (en general, indisponible) con relación al derecho privado. Este último, por regla general disponible, puede ser afectado por normas indisponibles o de “orden público” que también serán de aplicación subsidiaria “positiva” en las relaciones jurídicas de derecho privado, mientras que las normas heterónomas dispositivas son de aplicación subsidiaria con relación a las normas de creación particular (la misma relación jurídica), según lo hemos visto más arriba en el numeral III.3.

Ya más concretamente en lo económico, la subsidiariedad será una guía, por ejemplo, para determinar los casos en los que la regulación heterónoma ayuda en el desarrollo de la economía en general, de aquellos en que es un ahogo para los particulares, con el consecuente daño a la economía general. También las situaciones concretas en las que será necesario que

el Gobierno, a través de su persona jurídica “Estado”, actúe en calidad de empresario –calidad que siempre importará alguna distorsión en el mercado, especialmente por el debilitamiento de la competencia, fenómeno que ni siquiera las regulaciones de la Unión Europea pueden evitar del todo- de aquellas en las que la actividad tiene que ser dejada a la iniciativa y riesgo privado. La participación del Estado en la economía, además de la, importantísima, determinada por la política tributaria en general, el gasto público, la política cambiaria, las normas heterónomas y la estructura y calidad institucional, puede hacerse mediante instrumentos de fomento que tienen una infinidad de gradaciones sin llegar a la situación de Estado propietario, total o parcial, de los medios de producción, es decir del “Estado-empresario”. Esta última calidad debería ser excepcional, cuando así lo exijan razones de Bien Común. En definitiva, cuando en la existencia y desarrollo de una actividad concreta no esté comprometido directa e inmediatamente el Bien Común, y existan particulares decididos a emprender la misma (si es necesario, ayudados por mecanismos públicos de fomento) ¿cuál podría ser la razón que justifique comprometer el erario público en la mencionada actividad, cuando además el Gobierno puede, sin comprometerse, influir en ella a través de distintos medios, y además percibir impuestos? “Para conseguir estos fines –señala el número 15 de la C.a., con relación a las distintas propuestas que había ya enumerado, destinadas a la construcción de un sistema más justo- el Estado debe participar directa o indirectamente. Indirectamente y según el *principio de subsidiariedad*, creando las condiciones favorables al libre ejercicio de la actividad económica, encauzada hacia una oferta abundante de oportunidades de trabajo y de fuentes de riqueza” (destacado en el original; más abajo volveré con este texto en lo vinculado al *principio de solidaridad*). En el n° 48 de la C.a., Juan Pablo II también advierte contra los excesos del “Estado de bienestar” (sin desconocer sus muchos aspectos positivos) provocados por una “inadecuada comprensión de los deberes propios del Estado”, con “pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados por lógicas burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos”. Un poco más arriba, en el mismo número 48, señala “...aparte de estas incumbencias de armonización y dirección de desarrollo, el Estado

puede ejercer *funciones de suplencia* en situaciones excepcionales, cuando sectores sociales o sistemas de empresas, demasiado débiles o en vías de formación, sean inadecuados para su cometido. Tales intervenciones de suplencia, justificadas por razones urgentes que atañen a bien común, en la medida de lo posible deben ser limitadas temporalmente, para no privar establemente de sus competencias a dichos sectores sociales y sistemas de empresas y para no ampliar excesivamente e ámbito de intervención estatal de manera perjudicial para la libertad tanto económica como civil”.

XI. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

¿Se trata, la solidaridad, de un principio exclusivamente moral?

Sin perjuicio de que toda actividad humana (entre ellas la económica), cualquiera sea su grado de autonomía, no debe aislarse de los principios morales (los totalitarismos del siglo pasado son suficiente ejemplo de hasta a qué extremo de monstruosidad puede conducir tal aislamiento), la solidaridad es por sí misma un principio de organización social y económica, directamente derivado de las exigencias de la justicia general o del Bien Común. Como tal, es también un principio estrictamente jurídico que debe expresarse en normas heterónomas indisponibles.

Así, según el n° 15 de la C.a., el principio de solidaridad exige la intervención directa del Gobierno en la actividad económica de la polis/ordenamiento “... poniendo, en defensa de los más débiles, algunos límites a la autonomía de las partes que deciden las condiciones de trabajo y asegurando en todo caso un mínimo vital al trabajador en paro”. La ya citada Constitución “justicialista” de 1949 obligaba a las “Autoridades de la Nación” (los tres clásicos “poderes”) a hacer operativo el principio de solidaridad, conforme con el texto de su art. 35: “Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes”.

La solidaridad es el complemento necesario de la interdependencia cada vez más intensa que vincula a los seres humanos, incluso por encima de las naciones, y también a las naciones entre sí. Por ello no sólo debe ser exigida en las normas de orden público, sino contenida en las mismas normas autónomas creadas por las partes en la relación jurídica particular: “lo debido al otro” de la justicia conmutativa es también la acción solidaria, es decir, no sólo es una exigencia de Bien Común, sino un “derecho-presupuesto” de toda relación jurídica. El “mercado” –como ya vimos, el conjunto de relaciones jurídicas de contenido económico semejante que informa sobre las reglas básicas de la transacción– no puede operar de espaldas a la solidaridad. Es de reconocer que el principio de solidaridad se encuentra presente en los modernos sistemas capitalistas a través de variadas instituciones. Así son expresiones de solidaridad, la política tributaria, el movimiento sindical, no sólo orientado a la defensa de las condiciones justas de trabajo, sino a otros derechos de la persona del trabajador, como la vivienda, la asistencia médica, las vacaciones, etc., las convenciones colectivas de trabajo, las políticas tarifarias en los servicios públicos y en otras actividades prestacionales reguladas, el mutualismo y el cooperativismo, para mencionar solo algunas de sus manifestaciones más importantes.

¿Es suficiente? Sin duda que no. Como veremos luego, falta hacer efectiva la solidaridad entre naciones, entre los pueblos (migración), en beneficio de las minorías excluidas, que se encuentran presentes en proporciones significativas incluso en las naciones más ricas. La desigualdad desproporcionada es un síntoma de luces rojas con relación al déficit de solidaridad en el sistema.

También termina en un sistema no solidario el igualitarismo comunista⁷⁹ porque la no generación de riqueza social perjudica más a los pobres que a los ricos, categorías que en el modelo comunista podrían calificarse como pueblo y clase dirigente (la denominada *nomenklatura*). En este

79. La “idea fuerza” de la solidaridad constituyó un motor determinante en la lucha popular contra el totalitarismo comunista, como lo demuestra el caso polaco, donde “Solidarnosc” fue vanguardia y expresión del anhelo solidario de los trabajadores frente al centralismo del sindicalismo estatal. El clamor solidario fue la chispa que encendió lo que terminó siendo la implosión del imperio soviético.

punto parece equivocarse Novak⁸⁰ cuando afirma que el “socialismo es un juego de suma cero”. Por el contrario, como en el capitalismo salvaje de la primera era industrial, en el socialismo existe una minoría que se queda con la totalidad de la renta y, entonces, de la plusvalía producida (mal producida como consecuencia del burocratismo del plan central) mientras que el pueblo trabajador recibe solo la medida de subsistencia.

En definitiva, lo importante para destacar aquí es que la solidaridad, como la subsidiariedad, no son sólo principios morales, sino que deben reflejarse -cada una en su ámbito de acción, sin perjuicio de la subsidiariedad solidaria, es decir la subsidiariedad inspirada por la solidaridad- en instituciones concretas, la mayoría de ellas guiadas por la justicia general o del Bien Común y expresadas en normas imperativas.

“El principio de subsidiariedad debe mantenerse íntimamente unido al principio de la solidaridad y viceversa –señala Benedicto XVI en C.v. n° 58- porque, así como la subsidiariedad sin la solidaridad desemboca en el particularismo social, también es cierto que la solidaridad sin la subsidiariedad acabaría en el asistencialismo que humilla al necesitado” (destacado en el original).

XII. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

XII.I. El Bien Común universal

¿Existe un ordenamiento jurídico internacional? La respuesta no puede ser sino negativa, a pesar de los avances que, especialmente luego de la segunda guerra, se han experimentado.

Cabe reiterar que por ordenamiento jurídico entendemos aquí no sólo un sistema normativo, sino un sistema político-jurídico⁸¹ compuesto,

80. M. NOVAK, *The spirit of democratic capitalism* cit., p. 123.

81. Cabe reiterar que el ordenamiento es político porque es, precisamente, “ordenamiento” (no mero orden) y así abarca al todo comunitario desde la perspectiva, fundamental, de la conducción o gobierno, mientras que es jurídico porque sin reglas jurídicas justas sería un mero orden autoritario. Por esta razón lo hemos asemejado con el concepto de polis, sin olvidar aquella regla esencial que mencionáramos al inicio: “ubi societas, ibi ius”.

principalmente, por sujetos, normas, sub-ordenamientos, relaciones jurídicas (incluyendo tanto las patrimoniales como las no patrimoniales), autoridad, relaciones (políticas y jurídicas) de la autoridad con los particulares, reconocimiento expreso, como idea directriz, del bien propio del ordenamiento o Bien Común distributivo. Precisamente el logro del Bien Común es lo que justifica y exige la existencia del ordenamiento jurídico; se trata, en la sustancia, de lo expresado por los revolucionarios franceses en el lenguaje individualista de la época, que, es oportuno recordar nuevamente: “La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre...” (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789, art. 2).

La coincidencia entre la concepción clásica, aristotélico-tomista, del Bien Común y aquella del individualismo de los iluministas parisinos se encuentra en los mismos caracteres del Bien Común: éste, si bien es “expansivo”, ya que alcanza –directa o indirectamente, mediata o inmediatamente– a todas las realidades o bienes humanos, es “subsidiario” y “distributivo”, porque no debe suplantar la búsqueda personal del bien personal y porque el Bien Común se realiza cuando se distribuye entre todos los miembros o partes del todo comunitario.⁸² No cabe duda que, en última instancia, la realización/distribución del Bien Común es en, precisamente, beneficio de los bienes individuales, que pueden ser calificados de “derechos”: derecho a que la autoridad actúe en pos del Bien Común (derecho fundamentalmente político con ingredientes jurídicos, ejercido a través del voto), derecho a participar del Bien Común realizado (derecho fundamentalmente jurídico, con ingredientes políticos, ejercido a través de relaciones jurídicas, amén del voto).

La ya citada encíclica de Juan XXIII, *Pacem in terris* (P. t.), se inicia, precisamente, con una abierta declaración de derechos: “En toda convivencia humana bien ordenada y provechosa hay que establecer como fundamento el principio de que todo hombre es persona, esto es naturaleza dotada de inteligencia y de libre albedrío, y que, por tanto, el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes, que dimanen inmediatamente y al mismo

⁸². Me he referido a estas cuestiones en mi temprano *Principios de Derecho Administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 1980, && 4 a 6.

tiempo de su propia naturaleza. Estos derechos y deberes son, por ello, universales e inviolables y no pueden renunciarse por ningún concepto” (nº 9, con cita de Pío XII, radiomensaje navideño 1942), para luego (ns. 11 a 27) enumerar los principales “derechos del hombre”. Ahora bien, luego de aquella premisa general, a partir del nº 53, la P.t. enuncia los principales caracteres del Bien Común: “obliga al ciudadano” (nº 53), “obliga también al gobernante” (nº 54), “está ligado a la naturaleza humana” (nº 55), “abarca a todo el hombre” (nº 57). Detengámonos en el nº 56, “debe redundar en provecho de todos”: “...todos los miembros de la comunidad deben participar en el bien común por razón de su propia naturaleza...Por este motivo, los gobernantes han de orientar sus esfuerzos a que el bien común redunde en provecho de todos...”, proporcionalmente como corresponde a la justicia distributiva, pero también solidariamente: “...razones de justicia y equidad pueden exigir, a veces, que los hombres de gobierno tengan especial cuidado de los ciudadanos más débiles, que puedan hallarse en condiciones de inferioridad, para defender sus propios derechos y asegurar sus legítimos intereses” (nº 56 cit.). Finalmente, en el nº 58, la P.t. recuerda lo que el mismo Juan XXIII había ya expresado en la gran encíclica social *Mater et magistra*: “...el bien común abarca todo un conjunto de condiciones sociales que permitan a los ciudadanos el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección” (destacados agregados).

XII.I. La Autoridad política mundial

No es posible poner en duda que, dado que existe “la humanidad”,⁸³ necesaria y materialmente existe un Bien Común universal, es decir, un conjunto de condiciones que permitan y ayuden a todas las naciones, y de ahí a todos los habitantes de ellas, alcanzar su propia perfección, sus bienes propios. Pero todavía no existe desde una perspectiva política y jurídica.

83. No debemos caer en el pesimismo del personaje a quien A. SOLZENICYN, “En el primer círculo”, cit., ps. 396 y 397, le hace decir, dirigiéndose a su cuñada (amada en secreto) y dibujando con un palo sobre la tierra: “¿Ves este círculo? Es la patria. Es el primer círculo. Este es el segundo círculo -había trazado otro círculo, concéntrico, de mayor diámetro- Es la humanidad. ¿Crees que el segundo círculo contiene al primero? ¡De ninguna manera! El primer círculo es un vallado de preconceptos. Una alambrada de púas vigilada por soldados con ametralladoras. No se puede traspasar ni con el cuerpo ni con el corazón. Entonces, no existe humanidad alguna. Sólo muchas patrias, para cada uno diversa...”. La escena transcurre en Moscú en tiempos de Stalin, donde, a pesar del supuesto internacionalismo comunista, se había montado un imperio de fronteras guardadas con alambres de púas y ametralladoras: con el muro de Berlín como ominoso ejemplo real y concreto.

Dicha realización política y jurídica puede ser alcanzada sólo por dos vías. La primera es por el consenso de todas las naciones, algo que se encuentra en el espíritu de la Organización de Naciones Unidas (UN), pero que no parece haberse logrado todavía, conspirando contra ello vicios estructurales, como el Consejo de Seguridad y el poder de veto que allí ejercen los Estados más poderosos y, en definitiva, por la propia voluntad de esos poderosos, aun cuando no ejerzan tal poder de veto: de no querer cumplir con una resolución de la UN ¿quién podría obligarlos? La segunda vía es por imposición, incluso frente a los poderosos, lo que requeriría de la existencia de una autoridad internacional con tal fuerza efectiva.

Sin autoridad o gobierno no es posible hablar, al menos en sentido propio, de Bien Común, pues no habrá quien lo defina, quien regule los medios para alcanzarlo y para distribuirlo, quien pueda ejecutarlo y hacerlo ejecutar, quien establezca las instituciones adecuadas para ello, entre estas, las destinadas a resolver conflictos con fuerza de sentencia ejecutable. Es decir, una verdadera autoridad internacional que, como corresponde a la autoridad en los estados nacionales con relación a sus miembros, su principal cometido sea la realización y distribución entre las naciones del Bien Común internacional, así como la protección de las naciones más débiles. Ciertamente, como ocurre en la órbita interna de las naciones, la situación de desgobierno solo favorece a los más poderosos en perjuicio de los más débiles.

El reclamo de una autoridad supranacional común no es obra de organizaciones o sectas secretas, como afirman algunos confundidos populismos. Por el contrario, se trata de una tradición muy arraigada de la que fuera la “cristiandad” (una forma de “globalización”, con las limitaciones geográficas de la época). Me permito transcribir, como fundamento de tal reclamo, un largo párrafo de la C.v., nº 67: “Ante el imparable aumento de la interdependencia mundial, y también en presencia de una rescisión de alcance global, se siente mucho la urgencia de la reforma tanto de la *Organización de las Naciones Unidas* como de la arquitectura económica y financiera internacional, para que se dé una concreción real al concepto de familia de naciones...Esto aparece necesario precisamente con vistas a un

ordenamiento político, jurídico y económico que incremente y oriente la colaboración internacional hacia el desarrollo solidario de todos los pueblos. Para gobernar la economía mundial, para sanear las economías afectadas por la crisis, para prevenir su empeoramiento y mayores desequilibrios consiguientes, para lograr un oportuno desarme integral, la seguridad alimenticia y la paz, para garantizar la salvaguardia del ambiente y regular los flujos migratorios, urge la presencia de una verdadera *Autoridad política mundial...*” (destacado en el original).

Aunque la encíclica es de junio de 2009, y por tanto sus referencias a la “crisis” seguramente apuntan al “tsunami” financiero de aquella época, sus comentarios parecen también escritos para la situación actual. Notemos también que el Papa apunta a la necesidad de un “ordenamiento político, jurídico y económico” (quizás lo podamos sintetizar como “ordenamiento jurídico”, con los alcances que ya hemos visto en supra III.- 3.-) cuyo fin consista en la realización del Bien Común mundial, cuyos principales contenidos enumera y que, sin la conducción o gobierno de esa “Autoridad política mundial”, serán muy difíciles de alcanzar. Benedicto enuncia también los caracteres o propiedades que otorgarían legitimidad a aquella Autoridad (lug. cit.): “Esta Autoridad deberá estar regulada por el derecho, atenerse de manera concreta a los principios de subsidiariedad y solidaridad, estar ordenada a la realización del bien común, comprometerse en la realización de un auténtico desarrollo humano integral inspirado en los valores de la caridad en la verdad. Dicha Autoridad, además, deberá estar reconocida por todos, gozar de poder efectivo para garantizar a cada uno la seguridad, el cumplimiento de la justicia y el respeto de los derechos. Obviamente, debe tener la facultad de hacer respetar sus propias decisiones a las diversas partes... (so pena de que el derecho internacional quede...) condicionado por los equilibrios de poder entre los más fuertes. El desarrollo integral de los pueblos y la colaboración internacional exigen el establecimiento de un grado superior de ordenamiento internacional de tipo subsidiario para el gobierno de la globalización, que lleve a cabo finalmente un orden social conforme al orden moral, así como esa relación entre esfera moral y social, entre política y mundo económico y civil, ya previsto en el Estatuto de las Naciones Unidas” (citas omitidas, destacados en el original).

XII.I. Subsidiariedad y nacionalidades

La aplicación del principio de subsidiariedad en la delimitación de competencias entre los ordenamientos jurídicos supranacionales y las naciones que lo integran goza de un precedente concreto en el caso de la Unión Europea (UE).

La subsidiariedad se encuentra expresamente contemplada en el Tratado de la UE, así en sus arts. 4.1 –“...toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”- y 5, que afirma los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad de las competencias de la Unión, con relación a los Estados miembros. Mientras que el primero exige la radicación expresa de competencias en la UE, el segundo y tercero importan una atribución abierta, pero limitada, en sectores sin reserva europea expresa. En estos casos la UE intervendrá “sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión” (art. 5.3). Este principio es complementado por el de proporcionalidad, que obliga a la UE limitar el contenido y la forma de la acción (atribuida o subsidiaria) a “lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados” (art. 5.4).

La “supranacionalidad” importa un ordenamiento jurídico subsidiario. En realidad, deberíamos hablar de ordenamientos “supraestatales” más que de “supranacionales”. La experiencia de la integración europea afecta a los Estados, los que sin perjuicio, de ser “nacionales”, pueden estar, a la vez, integrados por diversas “nacionalidades”. Tal es el caso, por ej., del Reino de España, conforme lo admite el art. 2 de la Constitución de 1978: “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad *de la Nación española*, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las *nacionalidades* y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas” (destacados agregados). La “Nación española” (esto es, España) “...se constituye en un Estado...”.

es un Estado-nación, que reconoce la existencia en su seno de diversas nacionalidades, es decir, fundamentalmente, de diversas unidades culturales, con matices diferenciadores entre sí, aunque consolidados en la unidad cultural (nacional) española. Recordemos también que las “Altas Partes Contratantes” del Tratado de la Unión Europea son los Estados signatarios, aunque la Unión persigue regular tanto las relaciones entre los Estados miembros como la de sus pueblos entre sí (cfr. art. A, *in fine*) y de hecho muchas de las normas de la Unión son de aplicación directa a los ciudadanos de los Estados, que, por otra parte, son todos ciudadanos comunitarios. El art. 75.24 de la Constitución argentina, que citamos también como ejemplo conceptual, se refiere a los “tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones *supraestatales...*” (destacado agregado).

La distinción que hemos hecho más arriba, entre “supraestatalidad” y “supranacionalidad” es muy importante, sin perjuicio de que ambas exigen el respeto por la subsidiariedad. La “supraestatalidad” se refiere fundamentalmente a las competencias que se encuentran resumidas en las tres clásicas funciones o “poderes” estatales: ejecutivas, legislativas y judiciales, esto es el “sistema-soporte económico y el “sistema-soporte político”, que hemos considerado en supra VIII. La “supranacionalidad”, por su parte, hace mención a los valores culturales que hemos considerado, en el mismo lugar, como “soporte moral-cultural”. Al primer sector, lo estatal, se refieren las normas del Tratado de la UE que hemos rápidamente comentado más arriba. El segundo es en realidad ajeno al ordenamiento jurídico europeo, ya que pertenece a cada Nación y a su Pueblo, como síntesis de pasado, presente y futuro, como unidad de destino en lo universal.

La “Autoridad política mundial”, mencionada en la C. v., sólo podría actuar como autoridad supraestatal, pero nunca, por propia naturaleza y en el sentido que estamos viendo, autoridad supranacional, so pena de ahogar, en un tono totalitario, la libertad de los pueblos y, finalmente, llevar la experiencia al fracaso. La nacionalidad, en el sentido que estamos considerando, no es susceptible de delegación alguna.

El propio Tratado UE lo reconoce cuando, en su Preámbulo, expresa que los firmantes, como representantes de los Estados, se obligan “Inspirándose en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho”. Así entonces el Tratado reconoce la existencia de valores fundamentales –el “patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del Derecho”, reza también el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸⁴– que, en sí mismos, son capaces de fundar una “Nación europea”. Esta no tiene por qué suponer avance alguno sobre los valores fundamentales, más concretos y circunstanciados, más centrados en el idioma, la historia y la tierra, de las nacionalidades (como en el ejemplo español mencionado arriba) y que se integran, en los términos de la delegación de competencias, al ordenamiento jurídico internacional (regional en el caso).

La distinción expuesta lleva a comprender con mayor simpleza la enunciación y vigencia del principio de subsidiariedad, positivo y negativo, en lo supraestatal. En lo supranacional, solo podemos hablar del principio de subsidiariedad negativa, que, salvo en lo que respecta a aquellas exigencias derivadas de la común herencia cultural (en el caso europeo; en el plano mundial podría ser en los principios derivados del derecho de gentes y del derecho natural) importa una sólida barrera impeditiva de cualquier avance sobre la cultura nacional de los pueblos. La aplicación de las exigencias de la subsidiariedad con solidaridad a escala mundial es, señala Francisco⁸⁵

“...indispensable, porque promueve una participación social, a todo nivel, que ayuda a prevenir y corregir los aspectos negativos de la globalización y de la acción de los gobiernos”

84. *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Roma, noviembre 4 de 1950.

85. Francisco, alocución audiencia general del 23 de septiembre de 2020, “Subsidiariedad y virtud de la esperanza”. Con referencia a la actual crisis global, el Papa señaló (lug. cit.) que el camino para salir de ella es “la solidaridad, que necesita ir acompañada de la subsidiariedad”. Hay una dimensión de la subsidiariedad en lo social-global. Desde esta perspectiva especial la subsidiariedad “es el principio que favorece que cada uno ejercite el papel que le corresponde en la tarea de cuidar y preparar el futuro de la sociedad, en el proceso de regeneración de los pueblos a los que pertenece” (lug. cit., destacado agregado).

La cuestión es extremadamente delicada, a la vez que extremadamente urgente, como lo muestra la pandemia Covid 19, totalmente globalizada, y la crisis ecológica, de duración hasta ahora permanente y con tendencia a agravarse.

Lo delicado de la cuestión, sobre todo por los obstáculos que pudieren instalar los Estados más poderosos frente a la pérdida del poder sin límites que supondría la existencia de una Autoridad política mundial, además de las reacciones de los populismos nacionalistas- aconsejaría avanzar paso a paso. Quizás convertir a ciertas agencias de la ONU en verdaderas autoridades dentro de los límites de sus respectivas competencias por materia (siempre con los caracteres enumerados en la C.v., que hemos transcripto más arriba, especialmente la subsidiariedad), y que así puedan atender, por ej., las crisis migratoria, sanitaria,⁸⁶ alimentaria, etc., de manera de hacer coincidir lo urgente con lo posible. Muy especialmente habría que pensar en una Autoridad mundial para la protección del medio ambiente, claramente un “problema global” (L. s., 25) que daña uno, muy determinante, de los contenidos del Bien Común de la humanidad: un bien, la “casa común”, que es “de todos y para todos” (L. s., 23).

Ya vimos que es impropio hablar de un Bien Común internacional hasta tanto no exista una Autoridad que lo realice, lo gestione y lo distribuya. Pero hay bienes, la tierra, el agua, el espacio, el ecosistema en general, que ya existen, que ya nos han sido dados, de los cuales, en principio, participamos por el sólo hecho de existir. Aun ausente una autoridad supraestatal, cabe protegerlos en contra de su explotación irracional, dañina, como en el caso de la tierra y el agua. En el punto mucho tienen de responsabilidad los Estados nacionales, que con razonables normas regulatorias pueden orientar (justicia general) hacia un uso sustentable de la tierra considerada como medio de producción, y del agua, en tanto bien de consumo y también de producción. También es cierto que el propio interés privado (por ej., el

⁸⁶. En la ya citada alocución del 19/9/2020 (ver nota 57) Francisco consideró la profunda brecha sanitaria que existe “entre las naciones y entre los pueblos”, para enfrentar lo cual propuso “...globalizar el tratamiento (médico), es decir, la posibilidad de acceso a (los) medicamentos que podrían salvar tantas vidas para todas las poblaciones.” “Y para ello –continúa- necesitamos un esfuerzo común, una convergencia que involucre a todos”. ¿Podría ser una agencia mundial con poder de imperio en la materia?

del productor agrícola, propietario o no) que no quiere el degrado de su bien productivo, está impulsando medidas de protección, de producción sustentable, como por ejemplo la denominada “siembra directa” o “labranza cero” (de gran uso en países productores agrícolas, como la Argentina), que consiste (muy sintéticamente) en la labranza sin arado, evitando la erosión del suelo y ayudando a la conservación de sus nutrientes y el equilibrio ecológico (aunque exige la utilización de herbicidas cuyos posibles efectos contaminantes también son controlados con métodos adecuados de uso, que además son de menor costo). La siembra directa, al menos en la Argentina, nació y se continúa utilizando sin intervención alguna de agencias estatales, sirviendo esto de ejemplo relativo a la existencia de casos espontáneos de coincidencia del bien privado con el Bien Común.

XIII. LOS “NO” DE FRANCISCO

Volvamos a la cuestión de la renovación del capitalismo, que hemos ya considerado más arriba. Allí afirmamos que tal renovación vale la pena, porque, parece acertado afirmar, la humanidad no ha conocido, al menos al momento, un sistema mejor de producción y distribución de bienes que el desarrollado por la economía de mercado, de un mercado sustancialmente libre. Esta economía no dejará de ser capitalista, en la conjunción de trabajo, conocimiento (especialmente en la era de la producción digitalizada) y dinero, ya que sin este último no sería posible sostener a los primeros, a los que siempre se deberá considerar en una situación de primacía. La unión de aquellos tres elementos es una empresa, es decir, son elementos del sistema-empresa.

Pero antes de avanzar sobre este último tema, escuchemos las advertencias de Francisco, en la ya citada *Evangelium gaudium* (E. g.), que pueden ayudar a “purificar” al capitalismo de ciertos males que lo intoxican.

- “No a una economía de la exclusión”.

“Así como el mandamiento de “no matar” pone un límite claro para asegurar el valor de la vida humana, hoy tenemos que decir ‘no a una economía de

la exclusión y la inequidad'. Esa economía mata. No puede ser que no sea noticia que muere de frío un anciano en situación de calle y que sí lo sea una caída de dos puntos en la bolsa. Eso es exclusión. No se puede tolerar más que se tire comida cuando hay gente que pasa hambre. Eso es inequidad. Hoy todo entra en el juego de la competitividad y de la ley del más fuerte, donde el poderoso se come al más débil. Como consecuencia de esta situación, grandes masas de la población se ven excluidas y marginadas: sin trabajo, sin horizontes, sin salida" (E. g., 53). En este sistema el hombre es sólo "un bien de consumo" (lug. cit.), descartable.

¿No había también marginados, excluidos, descartados, incluso esclavizados, en otras épocas históricas? Seguro que sí, lo que ya no podemos solucionar. Pero sí podemos corregir la actual situación, que hoy se justifica mucho menos que antes, porque hoy tenemos conciencia de ello y medios técnicos para solucionarlo. Notemos que no se trata de un mero problema cuantitativo, sino cuantitativo y cualitativo. El sistema es así.

- "No a la nueva idolatría del dinero".

"Una de las causas de esta situación se encuentra en la relación que hemos establecido con el dinero, ya que aceptamos pacíficamente su predominio sobre nosotros y nuestras sociedades. La crisis financiera que atravesamos nos hace olvidar que en su origen hay una profunda crisis antropológica: ¡la negación de la primacía del ser humano! ... La crisis mundial, que afecta a las finanzas y a la economía, pone de manifiesto sus desequilibrios y, sobre todo, la grave carencia de su orientación antropológica que reduce al ser humano a una sola de sus necesidades: el consumo." (E.g, 55). A la consolidación de esta injusticia social contribuyen la ideología de la total autonomía del mercado, de la especulación financiera, en una nueva forma de tiranía (cfr., n° 56). Los males se agregan: corrupción, evasión fiscal globalizada, en una dinámica "que tiende a fagocitarlo todo en orden de acrecentar beneficios (y que hace que) cualquier cosa que sea frágil, como el medio ambiente, queda indefensa ante los intereses del mercado divinizado, convertidos en regla absoluta" (n° 56).

- “No a un dinero que gobierna en lugar de servir”.

El “mercantismo” busca independizarse de la ética, aunque esta es la vía necesaria de la renovación, por eso en el n° 58 la E.g. exclama: “Una reforma financiera que no ignore la ética requeriría un cambio de actitud enérgico por parte de los dirigentes políticos...”. Es que el ordenamiento jurídico no puede desprestigiar su “sistema-soporte moral-cultural”, al que nos hemos referido en VIII, basado en principios que no podrían ser rechazados por cualquier persona razonable, necesite o no situarse detrás del velo de ignorancia imaginado por Rawls.

- “No a la inequidad que genera violencia”.

¿Cuál es la raíz, la explicación última, de la violencia e inseguridad que suele presentarse en las periferias de las ciudades del tercer mundo? La cultura del descarte conduce a la violencia de los descartados, tanto por reacción como por la misma degradación a la que se ven sometidos, con la ruptura de los lazos familiares y vecinales, y, sobre todo, el aumento exponencial del consumo de drogas, especialmente entre los jóvenes. Es un fenómeno que interpela a la actual manifestación del sistema capitalista y clama por su urgente corrección, especialmente frente a las previsible consecuencias económico-sociales de la pandemia en los países de la periferia mundial.

“Esto no sucede solamente porque la inequidad provoca la reacción violenta de los excluidos del sistema, sino porque el sistema social y económico es injusto en su raíz” (E. g., 59), por eso, “Estamos lejos del llamado ‘fin de la historia’, ya que las condiciones de un desarrollo sostenible y en paz todavía no están adecuadamente planteadas y realizadas” (lug. cit.). Y agrega “Los mecanismos de la economía actual promueven una exacerbación del consumo, pero resulta que el consumismo desenfrenado unido a la inequidad es doblemente dañino del tejido social. Así la inequidad genera tarde o temprano una violencia que las carreras armamentistas no resuelven ni resolverán jamás” (n° 60).

Francisco lanza también otro rotundo “no”, al que le dedica todo otro documento, la encíclica *Laudato si'*, que ya hemos citado: No a la destrucción de la Casa Común, destrucción que encuentra su tránsito tanto en la cultura del consumismo como en la cultura del descarte. Muy especialmente, como hemos ya adelantado, esta delicada cuestión hace de urgente necesidad la existencia de una verdadera Autoridad política mundial (siquiera limitada a esta competencia) que evite que ciertos Estados se nieguen a limitar la propia incidencia (seguramente de importante magnitud) en la contaminación ambiental, como lo denuncia la L. s. (26): “Muchos de aquellos que tienen más recursos y poder económico y político parecen concentrarse sobre todo en enmascarar los problemas o en ocultar los síntomas, tratando sólo de reducir algunos impactos negativos del cambio climático”.

XIV. “CAPITALISMO DE ROSTRO HUMANO” Y “ECONOMÍA DE EMPRESA”

Renovación, reforma, purificación, son las palabras guías –los principios directrices– con que deberíamos marchar hacia la construcción de un “capitalismo con rostro humano”, proyecto que, claro está, ya no corresponde aplicar al comunismo (fracasado y prácticamente desaparecido, salvo en su mutación ideológica “progresista post-humana”)⁸⁷ y tampoco al socialismo, en tanto su “rostro humano” no debería resultar demasiado diferente del “rostro humano” del capitalismo.

Pero, cabe volver a preguntarnos, en este análisis ¿no estamos violando el principio de no contradicción? ¿no estamos yendo, como una veleta al viento, hacia el norte y sur, este y oeste, de la valoración del sistema capitalista?

Cabe insistir, el sistema económico basado en la integración de capital, trabajo y conocimiento, instrumentado fundamentalmente a través del mercado, dentro de un adecuado, prudente, y, de ser necesario severo marco jurídico, siempre conforme con el respeto de la subsidiariedad negativa

⁸⁷. obre la ideología del “post-humanismo”, ver *Transhumanismo o posthumanidad; la política y el derecho después del humanismo*, obra colectiva bajo la dirección de M. AYUSO, Marcial Pons, Madrid, 2019.

y positiva, es el mejor de los conocidos hasta la fecha. Parafraseando a Winston Churchill podríamos decir que “El sistema de mercado es el peor sistema económico diseñado por el hombre; con excepción de todos los demás”.

En definitiva, nada de lo que es fruto del hombre puede llegar a la absoluta perfección; siempre es necesario mejorar, aspirar a un sistema más justo, que brinde mayores e integrales respuestas a las exigencias nunca agotadas y siempre renovadas. ¿No es acaso propio de la misma economía encontrar y generar recursos para dar satisfacción a necesidades, viejas y nuevas, que siempre estarán insatisfechas? Aun sabiendo que la plenitud del Reino se alcanzará en la vida futura, fuera del tiempo, lo cierto es que estamos obligados a comenzar a construirlo ahora mismo, en el tiempo, en un permanente ejercicio de levantar y tirar abajo edificios y sus fundamentos.

El problema del capitalismo actual es que falla, con mayor o menor intensidad en el diseño de los tres sistemas-soporte que hemos mencionado en supra VIII, especialmente en el sistema-soporte que, siguiendo a Novak, hemos denominado “moral-cultural”.

Es importante la reflexión que el Papa polaco nos ofrece en la C. a., 42, con relación al camino a seguir por las naciones recientemente liberadas de los soviéticos (recordemos que la fecha de la encíclica es 1991). “¿Se puede decir quizá que, después del fracaso del comunismo, el sistema vencedor sea el capitalismo, y que hacia él estén dirigidos los esfuerzos de los países que tratan de reconstruir su economía y su sociedad?”, pregunta que hace extensiva al Tercer Mundo, en búsqueda del “verdadero progreso económico y civil”. “La respuesta obviamente es compleja. Si por ‘capitalismo’ se entiende un sistema económico que reconoce el papel fundamental y positivo de la empresa, del mercado, de la propiedad privada y de la consiguiente responsabilidad para con los medios de producción, de la libre creatividad humana en el sector de la economía, la respuesta es ciertamente positiva, aunque quizá sería más apropiado hablar de ‘economía de empresa’, ‘economía de mercado’, o simplemente de ‘economía libre’. Pero si por ‘capitalismo’ se entiende un sistema en el cual la libertad, en el ámbito económico, no está encuadrada

en un sólido contexto jurídico que la ponga al servicio de la libertad humana integral y la considere como una particular dimensión de la misma, cuyo centro es ético y religioso, entonces la respuesta es absolutamente negativa”.

El texto transcrito enumera con suficiencia los aspectos positivos del que, si queremos, podemos continuar denominando como “capitalismo”, como también sus graves vicios,⁸⁸ radicados fundamentalmente en la debilidad o, en muchos casos, desviación de sus sistemas-soporte moral-culturales.

Sin caer en un absurdo nominalismo, lo cierto es que el nombre dado a las realidades (naturales o creadas por el hombre) es, normalmente, de gran importancia a los efectos de su comprensión y utilización adecuada. En definitiva, se trata de un instrumento indispensable para entendernos.

Para calificar o mejor, identificar, al sistema deseado, el Papa eligió un término que lo dice todo: “economía libre”.⁸⁹ La denominación alternativa de “economía de mercado” también importa una gran definición: el mecanismo de mercado, que por naturaleza tiene que ser tan libre como libre tienen que ser las relaciones jurídicas en las que el mercado se funda (ver supra II), no debe ser rechazado. Por el contrario, mantiene su potencialidad como motor central para el buen funcionamiento de una “economía libre”.

Pero hay otra calificación alternativa, de mucha sustancia, la de “economía de empresa”, punto al que la encíclica ya había dedicado su atención.

Luego de resaltar el valor del trabajo y del conocimiento, la C.a. 32, se detiene en la consideración de la empresa, donde se unen el capital tradicional, el trabajo y el conocimiento. Allí afirma: “La moderna *economía de empresa* comporta aspectos positivos, cuya raíz es la libertad de la persona, que se expresa en el campo económico y en otros campos...Si en otros tiempos el factor decisivo de la producción era la *tierra* y luego lo fue el *capital*, entendido

88. Debemos reconocer que este extraordinario párrafo de la C.a. 42, por sí solo, sintetiza, con mayor riqueza argumental, todas las páginas que hemos dedicado a este estudio. Bueno...se trata del Papa.

89. El término, siempre en el contexto empleado, sirve también para desmentir la severa crítica que NOVAK (en definitiva, un pensador católico), en *The Spirit of Democratic Capitalism*, cit., hace a la llamada “Doctrina Social de la Iglesia”, identificándola, casi en su misma naturaleza, con el socialismo.

como conjunto masivo de maquinaria y de bienes instrumentales, hoy día el factor decisivo es cada vez más *el hombre* mismo, es decir, su capacidad de conocimiento, que se pone de manifiesto mediante el saber científico, y su capacidad de organización solidaria, así como la de intuir y satisfacer las necesidades de los demás” (destacados en el original). La “*propiedad del conocimiento, de la técnica y del saber*” –afirma el Papa en el párrafo inicial del n° 32, cuya transcripción podemos repetir– es la forma de propiedad de nuestro tiempo, en la cual “mucho más que en los recursos naturales, se funda la riqueza de las naciones industrializadas”, y, cabe agregar, se desarrolla en esa comunidad personal que es la empresa.

El conocimiento considerado junto con el trabajo como elemento esencial para la producción en la empresa, es muy valorado por los pensadores que tienen una visión positiva del capitalismo. Así Novak⁹⁰ reconoce que “Capitalismo no significa meramente mercados, propiedad privada o ganancias”; “La revolución capitalista (afirma en un párrafo anterior) es la revolución de la inteligencia, transformadora del mundo de las actividades diarias”.

La propiedad del conocimiento y su desarrollo en la empresa, es una fórmula que debemos tener en cuenta para la nueva economía digital, a la que habrá que adaptar al trabajo humano, tanto como este trabajo deberá adaptarse a ella. Para ello es indispensable la empresa, como “*comunidad de hombres*” (C.a., 35, destacado en el original), sin perjuicio de la “*justa función de los beneficios*, como índice de la buena marcha de la empresa” (ibid.). Sobre el punto, más adelante señala: “Los beneficios son un elemento regulador de la vida de la empresa, pero no el único; junto con ellos hay que considerar *otros factores humanos y morales* que, a largo plazo, son por lo menos igualmente esenciales para la vida de la empresa”.

“Capitalismo social”, “capitalismo democrático”, “economía de mercado” en un “humanismo integral”,⁹¹ son, al menos, aspiraciones, todas coincidentes, en la búsqueda de un sistema económico cada vez más humano.

90. M. NOVAK, *The spirit of democratic capitalism* cit., ps. 432 y 433.

91. *Humanismo integral*, es el título de una extraordinaria obra de J. MARITAIN, publicada en castellano, entre otros, por la edit. Carlos Lohle, Buenos Aires, 1966.