

Bienes fundamentales, bienes comunes y lo común en el Estado constitucional¹

Fundamental goods, common goods and the common in the constitutional State

Por HÉCTOR SILVEIRA²
Universidad de Barcelona

RESUMEN

Los bienes fundamentales ocupan un lugar central en la propuesta de Constitución de la Tierra que realiza el gran jurista italiano, Luigi Ferrajoli. Con esta nueva categoría jurídica abre un debate, no sólo con la doctrina constitucionalista y los defensores de la cultura de los derechos humanos, sino también con aquellas que apuestan por los bienes comunes y lo común como principio, para impulsar procesos de transformación social. Para Ferrajoli, los bienes comunes deben ser reconocidos, entre otros, como bienes fundamentales por el Estado constitucional. Este paso es importante por dos motivos. En primer lugar, para evitar equívocos con otros usos del término bienes comunes y, en segundo lugar, para conseguir una protección más eficaz, desde el punto de vista jurídico, de estos bienes, que son vitales para todas las personas. En este texto, en aras también de tener una mayor o mejor comprensión de la propuesta del jurista italiano, abundaremos en estas dos razones. Para ello, deberemos adentrarnos en el mundo complejo

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto I+D+i «Administración compartida y bienes comunes: derecho, y políticas públicas mediante gobernanza colaborativa», PID2020-114735GB-100, coordinado por los profesores Vicenç Aguado y Joan Antón Mellón de la UB y financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

² Profesor Agregado Serra Hünter de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona.

de los discursos y teorías sobre los bienes comunes, los cuales, en este artículo, vamos a analizar; dividiéndolos en dos grandes contenedores: los bienes comunes jurídicos (3) y lo común y los bienes económico-políticos y, este último, a su vez, en otros dos: los bienes comunes como agentes de cambios en el Estado constitucional (5.1) y lo común como principio político instituyente (5.3). Acabaremos defendiendo la necesidad de crear un «cuarto poder cívico» en el Estado constitucional, con el fin de impulsar la propuesta de Ferrajoli sobre los bienes fundamentales.

Palabras clave: bienes fundamentales, bien común, común, bienes comunes, cuarto poder cívico.

ABSTRACT

Fundamental goods occupy a central place in the proposal for a Constitution of the Earth made by the great Italian jurist, Luigi Ferrajoli. With this new legal category, he opens a debate, not only with constitutionalist doctrine and the defenders of the culture of human rights, but also with those who support common goods and the common as a principle, to promote processes of social transformation. For Ferrajoli, common goods must be recognized, among others, as fundamental goods by the constitutional State. This step is important for two reasons. Firstly, to avoid misunderstandings with other uses of the term common goods and, secondly, to achieve more effective protection, from a legal point of view, of these goods, which are vital for all people. In this text, also in order to have a greater or better understanding of the proposal of the Italian jurist, we will elaborate on these two reasons. To do this, we will have to delve into the complex world of discourses and theories on common goods, which, in this article, we will analyze, dividing them into two large containers: legal common goods (3) and the common and economic-political goods and, the latter, in turn, into two others: common goods as agents of change in the constitutional State (5.1) and the common as an instituting political principle (5.3). We will end by defending the need to create a «fourth civic power» in the constitutional State in order to promote Ferrajoli's proposal.

Key words: fundamental goods, common good, common, common goods, public good, «fourth civic power», constitutional state.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. BIENES COMUNES COMO BIENES FUNDAMENTALES. 2.1 *Los bienes comunes jurídicos.* a) Las *res communes omnium*; b) De cosas comunes a cosas «comunales»: de las Partidas y su evolución posterior; c) Las *res publicae* o «comunales» de uso público; d) Los bienes comunes urbanos italianos; e) El patrimonio común de la humanidad y los bienes comunes globales.— 3. EL «BIEN COMÚN» DE LA COMUNIDAD.— 4. LO COMÚN Y LOS BIENES COMUNES ECONÓMICO-POLÍTICOS. 4.1 *Los bienes comunes como agentes de cambios en el Estado cons-*

titucional. 4.2 Los bienes fundamentales para obligar a los poderes públicos y privados a respetar los bienes vitales y ganar eficacia jurídica. 4.3 Lo común como principio político instituyente.— 5. LA NECESIDAD DE CREAR UN «CUARTO PODER CÍVICO» EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.— 2. COMMON GOODS AS FUNDAMENTAL GOODS. 2.1 *Legal common goods:* a) the *res communes omnium*; b) from common things to «communal» things: The Partidas and their subsequent evolution; c) the *res publicae* or «commons» for public use; d) Italian urban common goods; e) the Common Heritage of Humanity and global common goods.— 3. THE «COMMON GOOD» OF THE COMMUNITY.— 4. THE COMMON AND THE ECONOMIC-POLITICAL COMMON GOODS. 4.1 *Common goods as agents of change in the Constitutional State.* 4.2 *Fundamental goods to oblige public and private powers to respect vital goods and gain legal effectiveness.* 4.3 *The common as an instituting political principle.*— 5. THE NEED TO CREATE A «FOURTH CIVIC POWER» IN THE CONSTITUTIONAL STATE.

1. BIENES COMUNES COMO BIENES FUNDAMENTALES

El gran jurista italiano, Luigi Ferrajoli, maestro de tantos, nos propone estipular una constitución de la tierra para hacer frente, con nuevas instituciones jurídicas, políticas y económicas, a los colosales desafíos que tiene la humanidad: el cambio climático, el hambre y la pobreza, las guerras, la desigualdad y los flujos migratorios masivos, la crisis política y de la democracia representativa, entre otros. Con este fin, y para abrir e incentivar el debate entre la doctrina científica y en la opinión pública, él mismo ha elaborado y puesto sobre la mesa un proyecto de constitución de la tierra, donde recoge de manera resumida y articulada, en cien artículos, sus propuestas de principios, derechos, bienes y de instituciones globales de gobierno, de garantías y económico-financieras³.

En este proyecto de constitución ocupan un lugar central una nueva categoría de bienes, la de los *bienes fundamentales*, cuya tutela y accesibilidad, nos dice, deberían estar garantizados a todas las personas por ser esenciales para la vida. Bajo el paraguas de estos bienes, Ferrajoli coloca tres subtipos: los personalísimos, los comunes y los sociales. Entre ellos hay diferencias estructurales importantes. Los personalísimos, como los órganos del cuerpo humano y los datos relativos a la identidad personal, serían objeto de «libertades frente a», es decir, de inmunidades *erga omnes*, y serían accesibles y utilizables

³ FERRAJOLI, L.: *Por una Constitución de la Tierra. La Humanidad en la encrucijada*, Trotta, Madrid, 2022, pp. 155.

sólo por quien los posee. En cambio, los comunes, bienes vitales naturales como, por ejemplo, el agua potable, el aire, los grandes bosques, la biodiversidad y la Antártida, serían objeto de «libertades de», esto es, de libertades-facultad consistentes en el derecho de todos a acceder a su uso y disfrute. Y los bienes sociales, bienes vitales artificiales como, por ejemplo, los alimentos básicos, los medicamentos esenciales, las vacunas y las redes de internet, serían objeto de derechos sociales cuya prestación estaría a cargo de los poderes públicos⁴. Todos estos bienes, como bienes vitales para la vida, que garantizan la igualdad y el libre desarrollo de la persona, no deberían, subraya Ferrajoli, estar en manos privadas y formar parte de procesos de mercantilización y de apropiación privada. Al contrario, deberían estar blindados en las constituciones como bienes fundamentales universales, de todas las personas sin exclusión, indisponibles e inapropiables, y deberían ser, además, el objeto de protección y garantía de los derechos fundamentales primarios⁵.

Esta propuesta del jurista italiano nos interpela a realizar cambios relevantes en nuestras concepciones sobre los bienes y las instituciones de gobierno y de garantías del Estado constitucional. Cambios que serían relevantes porque, por ejemplo, los alimentos y los medicamentos esenciales para la vida, hoy por hoy, forman parte de los bienes patrimoniales, están disponibles en el mercado como mercancías; son producidos y distribuidos por empresas privadas de los sectores alimentario y farmacéutico. La conversión como *bienes fundamentales*, de los «fármacos esenciales, las vacunas, [y] los productos sanos y no contaminados, necesarios para la alimentación básica» (art. 48.4 PCT⁶), como propone Ferrajoli, implicaría un cambio importante en las reglas de juego entre los poderes públicos y los poderes privados. Es más, su reconocimiento como bienes sociales fundamentales, requiere de la intervención del Estado, que mediante el dictado de nuevas leyes, los reconozca y garantice como derechos fundamentales de las personas. Así, según Ferrajoli, los bienes personalísimos y los comunes deberían ser objeto de derechos individuales negativos (como, por ejemplo, derechos biológicos a la integridad personal y derechos ecológicos o del medio ambiente) consistentes en expectativas negativas, a las que corresponden, como garantías, límites fundamentales regulados por prohibiciones *erga omnes* de lesión. En cam-

⁴ FERRAJOLI, L; *op.cit.*, pp. 155-156, Id., *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011, p. 734.

⁵ Para Ferrajoli, los derechos primarios (o sustanciales) son aquellos «cuya titularidad corresponde a todos en cuanto personas naturales o en cuanto ciudadanos». Tienen por contenido «necesidades o intereses sustanciales reconocidos como vitales, como el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos de libertad y los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la subsistencia, a la educación y similares» (FERRAJOLI, L; *op. cit.*, pp. 692-693, 733.

⁶ Proyecto de Constitución de la Tierra, de ahora en adelante PCT, en FERRAJOLI, L; *Por una Constitución de la Tierra...*, p. 156.

bio, los bienes sociales deberían ser objeto de derechos positivos, esto es, de expectativas positivas que deben ir acompañadas, como garantías, de leyes que regulen las obligaciones públicas, también *erga omnes*, para proporcionar las prestaciones que corresponden a todas las personas⁷.

En suma, con la propuesta de los *bienes fundamentales*, Ferrajoli, busca que los tres poderes del Estado constitucional hagan frente, de una vez por todas, a algunos de los principales desafíos que tienen por delante como, por ejemplo, eliminar la pobreza y el hambre o no dejar a nadie sin las vacunas esenciales por motivos económicos. Y que, además, se haga frente a estas cuestiones con una eficacia mayor de la conseguida, hasta ahora, en el cumplimiento y realización de los derechos fundamentales. Estamos, por tanto, ante una propuesta importante, ambiciosa en sus objetivos, que incide de lleno en el Estado constitucional y en su cultura jurídica⁸. Esta se ve interpelada directamente porque la categoría que propone, la de los *bienes fundamentales*, no forma parte de su lenguaje habitual. Es una categoría nueva, que se añadiría, por un lado, a la de los bienes y, por otro, a la cultura de los derechos fundamentales. Están los bienes muebles e inmuebles, públicos y privados, patrimoniales y comunes, pero no los *bienes fundamentales*, que no están ni citados en los textos constitucionales. Es más, su propuesta rompe también con la clásica división jurídica entre bienes públicos, privados y comunes. A estos, se sumarían los bienes fundamentales, pero con la peculiaridad de que los bienes comunes pasan a estar subsumidos en aquélla, perdiendo visibilidad y la carga simbólica que actualmente tienen y que los distinguía de los otros bienes: la de ser de todos y estar disponibles para todos. Asimismo, los *bienes fundamentales* inciden también de lleno en el espacio propio de la cultura de los derechos humanos, hegemónica en las luchas por los derechos de las personas que llevan adelante las organizaciones defensoras de los derechos humanos en nuestra sociedad.

En su *Proyecto de Constitución de la Tierra*, Ferrajoli define a los bienes comunes como aquellos bienes que son patrimonio común de la humanidad y de todos los demás seres vivos. Son bienes vitales naturales como, por ejemplo, el aire, el agua potable y sus fuentes, los ríos, los mares, los grandes bosques, los grandes glaciares, la biodiversidad, los fondos marinos, la Antártida, los espacios aéreos, las ondas electromagnéticas, los espacios ultraterrestres, la Luna y los demás cuerpos celestes» (arts. 49.1 y 48.2 PCT). A los clásicos bienes comunes romanos, Ferrajoli, les suma aquellos que la cultura jurídica ha ido reconociendo como patrimonio común de la humanidad. Al ser de todos los seres vivos, el acceso a estos bienes debe estar garantiza-

⁷ *Ibidem*, p. 735.

⁸ Ver al respecto, GARCÍA SÁEZ, J. A.: «Bienes comunes: conceptos y discusiones a partir de Por una Constitución de la Tierra de Ferrajoli», en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 36, 2024, pp. 104-123.

do a todos y deben, además, estar sustraídos a la apropiación privada y a la comercialización (art. 49.2 PCT). Asimismo, estos bienes comunes, deben ser también, para Ferrajoli, denominados y reconocidos como *bienes fundamentales* por el Estado constitucional. Este paso es importante, para el jurista italiano, principalmente, por dos motivos. En primer lugar, para evitar equívocos con otros usos del término bienes comunes y, en segundo lugar, para conseguir una protección más eficaz, desde el punto de vista jurídico, de estos bienes, que son vitales para todas las personas. Por ello, a continuación, nos proponemos revisar con más detenimiento estas dos razones, en aras también de tener una comprensión mayor o mejor de la propuesta de Ferrajoli de integrar a los bienes comunes en una categoría superior, denominada *bienes fundamentales*, en el Estado constitucional.

2. BIENES COMUNES COMO *BIENES FUNDAMENTALES*

Como decíamos, Ferrajoli propone introducir la categoría de los *bienes fundamentales* en el Estado constitucional y, en especial, en la doctrina constitucionalista, para evitar, en primer lugar, cualquier equívoco que se pueda producir con el uso del término bienes comunes. La «mística de los bienes comunes, escribe Vitale, se convierte en el peor enemigo interno de un constitucionalismo del derecho privado que sepa de verdad poner límites a la pura lógica del beneficio»⁹. Por mística de los bienes comunes, Vitale alude a la explosión de teorías, de todo tipo, económicas, sociológicas, políticas, jurídicas, que, en los últimos años, vienen haciendo uso del término bienes comunes y de otros relacionados con lo común¹⁰. Esto va a suponer, por un lado, un enriquecimiento de las teorías sobre la vida en común, en concreto, en relación con las teorías relacionadas con la democracia y el capitalismo. Pero, por otro lado, también ha dado lugar a un uso diverso, con significados, a veces contradictorios, sobre este concepto y otros relacionados con la idea de lo común, creando confusión y desconcierto. Para adentrarnos en este mundo complejo y muy diverso sobre los distintos discursos de los bienes comunes, vamos a hacerlo, dividiéndolos en dos grandes contenedores: el jurídico y el político-económico¹¹. En el primero, estarían algunos de los distintos usos jurídicos relacionados con los bienes comunes. Usos que no buscan ir más allá de presentar las características y las transformaciones de unos bienes,

⁹ VITALE, E; *Contro i beni comuni*, Laterza, Roma, 2013, p. XI.

¹⁰ Sobre Vitale y los bienes comunes Cfr. LLOREDO ALIX, L.; «Los bienes comunes como aproximación materialista al problema del bien común: una réplica a Ermanno Vitale», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 45, 2021, pp. 250-283.

¹¹ Para una taxonomía distinta sobre los bienes comunes ver LLOREDO ALIX, L., «Bienes comunes», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, 2020, pp. 214-236.

que no son ni públicos ni privados, que tienen su un fundamento en lo que es común a todos y que deberían estar a disposición de todas las personas. En el segundo ámbito, en el político-económico, estarían aquellos usos que, además de destacar la relevancia de los bienes comunes, los convierten en un instrumento de transformación social, con el objetivo de conseguir cambios de orden político y económico, incluso radicales, en el Estado constitucional. En estos casos, nos encontraríamos con un uso instrumental de los bienes comunes¹².

2.1 Los bienes comunes jurídicos

En este ámbito vamos a presentar el concepto jurídico de los bienes comunes, realizando, además, un recorrido en el tiempo, hasta llegar al presente, donde presentaremos algunas de sus actuales denominaciones y usos como, por ejemplo, «bienes comunes urbanos», el «patrimonio común de la humanidad» o los «bienes públicos globales». Acabaremos esta parte presentando brevemente el concepto de «bien común».

a) LAS RES COMMUNES OMNIUM

Desde el punto de vista jurídico, el término comunes aparece citado por primera vez en el derecho romano en la división de las cosas, que realiza Marciano en el libro III de sus *Instituciones*, y que está recogido en el *Digesto* (1.8,2): «Algunas cosas son comunes a todos por derecho natural, otras son de la universalidad, otras no son de nadie, y la mayor parte son de cada uno, las cuales se adquieren para cada cual por varias causas». Para luego especificar que las cosas comunes por derecho natural son: «el aire, el agua corriente y el mar, y consiguientemente las costas del mar» (D.1.8,2.1). También encontramos referencia a las cosas comunes en las *Instituciones* de Justiniano que recoge al pie de la letra la clasificación de Marciano pero añadiendo las *res publicae* (cosas públicas): «Hay unas cosas que están en nuestro patrimonio y otras que se hallan fuera de él. En efecto, mientras unas son por Derecho Natural comunes a todos, otras son públicas o propiedad de alguna corporación o no tienen dueño; pero la mayoría son propiedad de particulares...» (Inst.2.1.1).

Una de las maneras que tenían los romanos de clasificar a las cosas era distinguiendo entre aquellas que estaban fuera del comercio (*res extra commercium*) y las que estaban dentro (*res intra commercium*). Las primeras estaban excluidas del dominio particular y del tráfico mercantil y no podían ser enajenadas ni adquiridas. Entre éstas estaban las cosas de derecho divino (*res divinis iuris*), las cosas públicas

¹² BARCELONA, M., *op. cit.*, p. 166.

de uso público (*res publicae in uso publico*) y las cosas comunes (*res communes omnium*). Las *res divinis iuris* podían estar consagradas a los dioses –*res sacrae*– o situadas bajo la protección de los mismos dioses (*res sanctae*), como era el caso de los muros y puertas de las ciudades. Las *res publicae in uso publico* son los bienes públicos que pertenecían al pueblo romano en cuanto miembros de la comunidad romana. Hay *res publicae* por su propia naturaleza o por Derecho de gentes, como es el caso de los ríos y sus costas, o bien, también por el dictado de una autoridad, que mediante un edicto (*publicatio*) regulaba su uso público, como en el caso de las calles, los puentes, los foros, los teatros o las termas. Con la expansión de Roma por el mundo se integraron en esta categoría de *res publicae* las cosas de las que eran titulares colonias, municipios y otras colectividades –*res universalis*–, también destinadas al uso público. Por último, los romanos colocaban también fuera del dominio de los particulares y del tráfico mercantil, a las *res communes omnium*, las cosas comunes a todos los seres vivos por derecho natural, como el aire, el agua corriente (*aqua profluens*) y el mar con sus costas. En estos casos, cualquier individuo puede hacer uso de estos bienes comunes mientras no impida, a su vez, su uso por parte de otros. La diferencia principal entre las cosas comunes –*res communes omnium*– y las cosas públicas (*res publicae in uso publico*) es que, a las primeras, los romanos las consideraban cosas de todos los seres vivos, en cambio, a las *res publicae* las consideraban sólo de los integrantes de una determinada comunidad política. Ambas cosas podían ser usadas por todos, sin distinción, no excluían a nadie y todos podían hacer uso de ellas y eran de interés de todos, pero unas pertenecen a todos los seres vivos y otras a una colectividad determinada. Por otro lado, estaban las cosas que formaban parte de la esfera comercial, las *res intra commercium*, entre las cuales estaban: las cosas de los particulares (*res privatae*), las que no pertenecían a nadie (*res nullius*), pero que cualquier persona podía adquirir por ocupación, como los animales salvajes, o las cosas halladas en el litoral, y, en tercer lugar, las cosas públicas que pertenecían al pueblo romano pero que podían ser vendidas o compradas por particulares. Entre estas últimas estaban las que formaban el erario o patrimonio público (*res publicae in erario populi*), como los esclavos y las tierras (*ager publicus*) y botines de guerra, y las que en la época del Imperio pasaron a formar parte del fisco o patrimonio del César (*fiscus Caesaris*), las *res publicae in patrimonio populi o in pecunio populi o in patrimonio fisci*¹³. Estas últimas se consideraban también bienes del pueblo romano pero no eran de uso público porque estaban destinadas a financiar los gastos del Estado, formaban parte de la institución imperial y, en consecuencia, se transmitían al sucesor en el cargo, y como *res intra*

¹³ Con el tiempo las *res publicae in patrimonio populi* absorbieron a las *res publicae in erario populi*.

commercium podían ser vendidas al igual que las *res privatae* de los particulares¹⁴.

b) DE COSAS COMUNES A COSAS «COMUNALES»: DE LAS PARTIDAS Y SU EVOLUCIÓN POSTERIOR

Las *Partidas* (1256-1265) asumieron la división romana de las cosas, pero ahora haciendo uso del término «comunales», para hacer referencia a las cosas que son de todos los seres vivos y de todos los hombres y mujeres integrantes de una comunidad¹⁵, que las usan y aprovechan en común. En el libro III, se dice que son «cosas comunales» las que pertenecen: a) a todos los *seres vivos*, como el aire, las aguas de lluvia, el mar y sus riberas, imprescindibles para la vida de todos los seres vivos; b) a todos *los hombres* y que pueden hacer un uso público como los ríos, caminos, puertos y riberas; c) a una *población* y destinadas al uso común de los vecinos, como fuentes, plazas, montes y pastos; d) a una *población* determinada pero que no son de uso público ya que están destinadas a proporcionar una renta al conjunto de los vecinos, como los huertos, olivares, viñas o el ganado y, en consecuencia, forman parte del tráfico mercantil y las ciudades las poseen a título de patrimonio privado¹⁶.

Desde entonces, y por un largo período de tiempo, dejamos de encontrar referencias sobre las *res communis omnium* en las leyes y en la doctrina jurídica. Los bienes comunes eran considerados de escaso interés para la comunidad, por ser cosas de imposible apropiación y quedar fuera del tráfico mercantil. Será ya en la época contemporánea, en la segunda mitad del siglo XX, cuando volverán a ser de interés para la opinión pública y la cultura jurídica, bajo los conceptos de «patrimonio común de la humanidad» y «bienes comunes globales» (*global commons*). El Derecho Internacional Público vuelve a colocar a las cosas comunes en el centro de atención cuando la comunidad internacional, especialmente tras la Segunda Guerra, se ve ante la necesidad de proteger unos bienes considerados imprescindibles y fundamentales para la humanidad, convertida, a partir de entonces, en un nuevo sujeto jurídico¹⁷. Esto, en cuanto, a las *res communis omnium*.

¹⁴ LÓPEZ RAMÓN, F; *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 27-28; SERNA VALLEJO, M; «Los bienes públicos: Formación de su régimen jurídico» en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 75, 2005, pp. 969-972.

¹⁵ En el libro III, título XXVIII de las *Partidas*, encontramos que las cosas se dividen entre aquellas que: «comunalmente pertenescen á todas las criaturas del mundo» (3); «pueden usar todo los homes comunalmente» (6) o las que «sean comunales á todos los moradores de las cibdat ó della villa» (10), etc.

¹⁶ *Partidas* III, XXVIII, 3, 6, 9 y 10.

¹⁷ GÓMEZ ISA, F; «Patrimonio común de la Humanidad», en *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, núm. 41, 1993, pp. 134-140.

c) LAS *RES PUBLICAE* O «COMUNALES» DE USO PÚBLICO

En cambio, las *res publicae* o «comunales de uso público», pertenecientes sólo a los miembros de una comunidad, fueron sufriendo cambios importantes como consecuencia de los procesos de patrimonialización del poder, realizados durante la Edad Media y Moderna, en los distintos ámbitos territoriales de las comunidades políticas (ciudades, regiones y estados). Bienes que, hasta entonces, se consideraban pertenecientes a los vecinos y ciudadanos, y que eran de uso también común, fueron pasando a otras manos, a veces a los monarcas (regalías), otras a las ciudades y municipios, bajo la nueva categoría de bienes de dominio público, o a los comuneros en el ámbito rural. Hay que tener presente que ya en el siglo xv los municipios comenzaron a dejar de ser considerados comunidades de vecinos para pasar a tener una personalidad propia, esto es, a ser una entidad propia y diferenciada del conjunto de los ciudadanos¹⁸. Más adelante, ya en el xix, las revoluciones liberal burguesas consolidaron el proceso de patrimonialización de los bienes públicos y comunales y promovieron, a su vez, su integración en el tráfico mercantil. La defensa del derecho de propiedad y de la libertad contractual dieron fundamento a legislaciones desamortizadoras¹⁹, las cuales abrieron la puerta a la desvinculación de grandes cantidades de bienes inmuebles y de derechos, que hasta entonces formaban parte del patrimonio de la Corona, del clero y de las órdenes religiosas, o bien de los municipios y de las comunidades de vecinos, para convertirlos en bienes patrimoniales y *res intracommercium*. Las regulaciones que tenían su origen en los fueros medievales, y que incluían derechos sobre aguas, minas, caminos, vías y pesquerías, fueron desplazadas por nuevas leyes que traspasaron su titularidad a la Administración del Estado, o bien quedaron bajo la tutela de distintos servicios administrativos. En España, con la desamortización promovida por la Ley Madoz (1855), innumerables bienes comunales, de aprovechamiento por comunidades de vecinos, perdieron su carácter de bienes inalienables y *extra commercium*, para

¹⁸ LÓPEZ RAMÓN, F; *op. cit.*, pp. 28-29.

¹⁹ En España, la desamortización eclesiástica promovida por Mendizabal duró unos veinticinco años (1835-1860) y permitió que muchos terrenos eclesiásticos se convirtieran en parques urbanos, nuevos barrios y en sedes de instituciones públicas. La desamortización civil, en cambio, duró más tiempo y provocó grandes cambios en los antiguos patrimonios públicos. Tuvo su momento álgido con la Ley Madoz de 1855, en 1917 se suspendió su aplicación, pero no fue expresamente derogada, para los bienes y derechos estatales, hasta la aprobación de la Ley del Patrimonio del Estado de 1964. Por ejemplo, en la provincia de Zaragoza se puso en venta el 42,6% de la superficie provincial, en toda España 3,5 millones de hectáreas de montes públicos, muchos pertenecientes a los pueblos, fueron declarados enajenables, y en las provincias de Badajoz, Cáceres o Ciudad Real se formaron grandes latifundios tras la venta de miles de hectáreas comunales (*ibidem*, p. 30).

convertirse en bienes patrimoniales de los pueblos²⁰ e *intra commercium*²¹. Por su parte, la codificación simplificó la división de los bienes imponiendo el binomio bienes de dominio público²² y bienes de propiedad privada²³. El Código Civil dejó claro que los bienes sólo pueden ser de dos maneras: de dominio público (art. 339) o de propiedad privada (art. 340). Y esto se impone también para las provincias y los pueblos, donde existían, hasta entonces, muchos bienes de tipo comunal (art. 343 Cc)²⁴. De este modo, todo bien que no fuera de dominio público pasaba a ser de propiedad privada. Los bienes municipales quedaron integrados en dos grandes clases: por un lado, en las ciudades, los bienes de dominio público, relacionados con la vida cotidiana (mercados, casas, mataderos, escuelas, calles plazas, parques) y, por otros, en los pueblos, con los bienes de gestión agraria, pecuario o forestal, pertenecientes al municipio –bienes de propios o patrimoniales– y los que, de forma excepcional, eran de uso colectivo –aprovechamiento– por los vecinos (bienes comunales). Durante un tiempo, con la desamortización, los bienes comunales quedaron fuera de los bienes de dominio

²⁰ La calificación de los bienes comunales como bienes patrimoniales de los pueblos se deduce de la interpretación de los arts. 343 y 344 del Código Civil (Cc), y la recoge expresamente la legislación hipotecaria de esos años (SERNA VALLEJO, M; *op. cit.*, p. 1006).

²¹ *Ibidem*, 996. El artículo 2 de la ley exceptuaba de la desamortización a los bienes que en el momento de aprobación de la ley fueran de «aprovechamiento común». Pero la falta de una definición clara sobre qué significaba «aprovechamiento» dejó en manos de los jueces su interpretación y la que estos hicieron –exigieron veinte años de uso continuado– dificultó que los vecinos pudieran defender sus bienes comunales e impedir su conversión en bienes patrimoniales y enajenables. El Tribunal Supremo interpretó «aprovechamiento» a partir del artículo 53 de la Instrucción de 31 de mayo de 1855 y limitó las excepciones al entender que el factor del aprovechamiento comunal debía de haberse producido de forma ininterrumpida desde al menos veinte años antes de la aprobación de la ley (*ibidem*, pp. 1005).

²² En el proceso de patrimonialización de los bienes públicos y comunales jugó también un papel importante la importación desde Francia de la categoría del dominio público. Así, en la exposición de motivos de la Ley de Aguas de 1866 se distinguía por primera vez entre el dominio público y el dominio particular de la Nación. Esta, se dice, tiene dominio público «sobre aquellas cosas cuyo uso es común por su propia naturaleza o por el objeto a eu se hallan destinadas: tales son, por ejemplo, las playas, los ríos, caminos, muelles y puertos públicos, su carácter principal es ser inenajenable e imprescriptible». Y el dominio particular del Estado, el que a éste compete «sobre «aquellas cosas destinadas a su servicio, o sea a la satisfacción de sus necesidades colectivas, y no al uso común, cosas de las que dispone como los particulares de las que constituyen su patrimonio: tales son, entre otras muchos, los montes, minas, arsenales, fortalezas y edificios militares» (cit. en LÓPEZ RAMON, F; *op. cit.*, p. 31).

²³ El Código civil distingue entre bien y cosa. Se entiende por bien la relación directa y exclusiva de las personas con las cosas u objetos de la realidad apropiables y útiles para aquéllas. Y las cosas son el objeto de las relaciones jurídicas (ver art. 333 CC).

²⁴ El Estatuto Municipal de 1924 estableció que el patrimonio municipal estaba integrado por bienes de dominio público y privado. Lo mismo hizo el Reglamento de bienes de 1955 y el de 1986 (LÓPEZ RAMÓN, F; *op. cit.*, p. 32).

público, aunque luego, ya en el siglo xx, pasarán a estar bajo la tutela de éstos²⁵.

Desde el punto de vista jurídico, en España, los bienes comunales volverán a salir a la luz con la Constitución de 1978. La ley, dice el constituyente, «regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación» (art. 132.1 CE). En este artículo, dice Alejandro Nieto, la Constitución presenta su veta romántica, que «la ha inducido a aludir –ya que no a proteger– sectores económicos deprimidos, como es el caso, junto con los bienes comunales, de la artesanía y las zonas de alta montaña que aparecen en el artículo 130»²⁶. Años después, el legislador español vuelve a incluir a los bienes comunales en los bienes de dominio público, declarándolos también inalienables, inembargables e imprescriptibles (arts. 79 y 80 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985)²⁷. Sin embargo, será en un país vecino, en Italia, donde los bienes comunales de las administraciones locales van a tener un verdadero reconocimiento, no sólo jurídico, sino también y, especialmente, por la política y la sociedad civil, con los denominados *beni comuni urbani*. Vale la pena detenernos un momento en ellos.

d) LOS BIENES COMUNES URBANOS ITALIANOS

Bajo el nombre de *beni comuni urbani*, un número considerable de municipios italianos han introducido en sus legislaciones una nueva categoría jurídica para hacer referencia a un conjunto de bienes que la

²⁵ En la Ley de Régimen Local, texto refundido de 1955, se mantiene la calificación de los bienes comunales como bienes patrimoniales pero se proclama su carácter inalienable, imprescriptible e inembargable (art. 118) (SERNA VALLEJO, M; *op. cit.*, pp. 1006-1007).

²⁶ NIETO, A; «La nueva regulación de los bienes comunales», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 233, 1987, p. 10. Es interesante tener presente la discusión que se plantea en la doctrina administrativa y civil sobre la cuestión de la propiedad, si los bienes comunales son objeto o no de propiedad. La ambigüedad del Código Civil da pie a toda clase de posiciones. La postura dominante considera al dominio público como objeto de propiedad (FERNÁNDEZ DE VELASCO, ÁLVAREZ GENDÍN, GARRIDO). Otros en cambio niegan una relación de propiedad y considera, como COBIAN, que las cosas de dominio público «no pertenecen en propiedad a nadie, ni aún al Estado, que sólo ejerce una protección en nombre y en interés público» (cit. en NIETO, A; *op. cit.*, pp. 14-15). Siguen esta línea en la doctrina administrativista PALASÍ, PAREJO GÁMIR, PAREJO ALFONSO, etc. NIETO defiende la tesis de que los bienes comunales tienen una «titularidad compartida», entre los vecinos, a quienes corresponde el uso y aprovechamiento, y el Municipio, al que corresponde la administración. Tesis que también ha admitido el Tribunal Supremo (*ibidem*, p. 15).

²⁷ *Ibidem*, p. 11; SERNA VALLEJO, M; *op. cit.*, pp. 1006-1007. Sobre los bienes comunales y su historia legal ver la importante obra de NIETO, A; *Bienes comunales*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1964; y también NIETO, A; *Bienes comunales de los Montes de Toledo*, Civitas, 1991.

ciudadanía, bajo distintas formas, ha pasado a cuidar, usar y gestionar bajo su responsabilidad. Bienes que pueden tener tanto una procedencia pública como privada. Pero lo relevante de estos bienes es el uso que se hace de ellos y no a quienes pertenecen. Para Arena, son los miembros de la comunidad, los que al establecer vínculos de interés, cuidado y responsabilidad con los bienes, los convierten en bienes comunes²⁸. En el caso de los bienes privados, la propiedad sigue siendo privada, pero el propietario pone a disposición de la comunidad el bien, que asume la responsabilidad de ocuparse de aquél, en aras del interés general y de su uso colectivo. Y con los bienes públicos sucede algo similar. Por un lado, están los bienes que son usados por las administraciones con fines públicos, pero que también son objeto de atención e interés por los ciudadanos, y que hacen uso de ellos, con el fin de aportar servicios a la comunidad. Ambas intervenciones, la de la administración y la de la ciudadanía, son complementarias, y cada uno asume unas responsabilidades y las usa con una finalidad u otra. De este modo, hay una ciudadanía activa y unas administraciones locales que se abren al público, y que colaboran entre ellos con el fin de ofrecer servicios de mejor calidad a la comunidad. Por otro lado, en el caso de los bienes públicos abandonados o infrautilizados por las administraciones, pasan a ser bienes comunes desde el momento en que la ciudadanía los hace suyos y los reconoce como bienes de todos. Dejan de ser estrictamente públicos, para convertirse en bienes comunes de todos y a disposición de todos²⁹.

Uno de los rasgos más relevantes de la experiencia italiana sobre estos bienes es que han conseguido tener un reconocimiento legal. En la Ley Constitucional de 18 octubre de 2001, el legislador italiano introdujo el principio de subsidiariedad horizontal, con el fin de reconocer explícitamente y, a su vez, favorecer, la participación de los ciudadanos en los asuntos de interés general de sus comunidades. De este modo, se reconocía la relevancia y, a su vez, la necesidad de la implicación y de la colaboración de los distintos poderes públicos, desde el Estado central hasta el más pequeño ente local, con la ciudadanía³⁰. Pero es más, este principio no se ha quedado en una mera formulación constitucional, ya que las instituciones locales italianas lo han llevado a la práctica adoptando un nuevo modelo organizativo a nivel administrativo: el de la denominada «administración compartida». Ésta, a su vez, ha estado

²⁸ ARENA, G; «Un nuevo derecho para la administración compartida de los bienes comunes. La experiencia italiana», en *Revista de Administración Pública*, núm. 203, 2017, p. 436.

²⁹ ARENA, G; *op. cit.*, pp. 437-438.

³⁰ «Estado, Regiones, Ciudades Metropolitanas, Provincias y Municipios favorecen la iniciativa autónoma de los ciudadanos, solos o asociados, para el desarrollo de actividades de interés general basadas en el principio de subsidiariedad» (art. 118, último párrafo, de la Constitución Italiana).

acompañada por un importante desarrollo legal, los reglamentos de bienes comunes urbanos, adoptados por decenas de ciudades italianas³¹.

La «administración compartida» ha supuesto un salto cualitativo no sólo en el funcionamiento de las ciudades sino también para la democracia italiana, ya que su principio de actuación se fundamenta en la participación activa de la ciudadanía de interés general. Ésta deja de ser pasiva para ser activa, corresponsable y coadministradora en asuntos que tienen que ver con el bien común. Los bienes comunes urbanos son una realidad en Italia, no sólo porque los ciudadanos quieren ocuparse y se hacen cargo de estos bienes, sino también porque este interés y esta participación están acompañados de un marco normativo que los hace posible y los legitima. Todo ello favorece el desarrollo de la comunidad y abre la puerta a poner en práctica, a nivel local, la idea de la democracia como forma de vida.

Más allá de esta peculiar experiencia italiana sobre los bienes comunes urbanos, los clásicos bienes comunes romanos, volverán a salir a la luz, como decíamos, con los conceptos de Patrimonio común de la Humanidad y de *bienes comunes globales*, del Derecho Internacional Público, en la segunda mitad del siglo xx.

e) EL PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD Y LOS BIENES COMUNES GLOBALES

Las originarias «cosas comunes» romanas, aquellas que pertenecen a todos, las volvemos a encontrar, siglos después, en la segunda mitad del siglo xx, bajo una nueva categoría de Derecho Internacional Público: el Patrimonio Común de la Humanidad. Esta nueva categoría jurídica ha ido tomando forma, a lo largo del tiempo, en varios tratados. En el *Tratado sobre el espacio ultraterrestre o Tratado del espacio* (1967), donde se determina que los recursos celestes, como la Luna, los planetas o el espacio ultraterrestre, son «patrimonio común de la humanidad» y, en consecuencia, no pueden «ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera» (art. II). Asimismo, en la *Declaración de Principios que Regulan los Fondos Marinos y Océánicos y su Subsuelo Fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional*, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1970 (resolución 2749 (XXV)), se establece que los recursos minerales del fondo marino son «patrimonio común de la humanidad» y, por tanto, su uso debe hacerse siempre

³¹ El *Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani* de Bologna define a los bienes comunes urbanos como: «los bienes materiales, inmateriales y digitales que los ciudadanos y la Administración, a través de procedimientos participativos y deliberativos, reconocen como funcionales al bienestar individual y colectivo [...] para compartir con la administración la responsabilidad de su cuidado y regeneración con el fin de hacer mejor el disfrute colectivo» (art. 2.1a).

en beneficio de la humanidad en su conjunto. Los principios de esta resolución fueron integrados, doce años después, en la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* (1982), donde se consiguió establecer bajo jurisdicción internacional más del 50% del fondo marino, fuera del alcance de cualquier Estado. Por otro lado, en 1972, la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, aprobó la *Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural*, estableciendo también que determinados bienes del patrimonio cultural y natural pertenecen al «patrimonio común de la humanidad» por su valor universal excepcional, con la obligación de ser conservados para las generaciones presentes y futuras. Como vemos en estas convenciones se van sustrayendo espacios de soberanía a los Estados, para atribuirlos a la humanidad en su conjunto, la cual, a su vez, se va convirtiendo en un nuevo sujeto jurídico del Derecho Internacional.

Ahora bien, la referencia a los bienes comunes, en el marco del Derecho Internacional, no acaba aquí ya que, el actual Secretario General de las Naciones Unidas, António Guterres, en el informe *Nuestra Agenda Común* (2021), introdujo la distinción entre *bienes comunes globales* y *bienes públicos globales*, haciendo aún más complejo el actual debate sobre los bienes comunes desde un punto de vista jurídico. Los *bienes comunes globales* son, dice Guterres, «los recursos naturales o culturales que comparte la humanidad y que benefician a todas las personas». Y entre estos bienes cita a los que no están sujetos a jurisdicción nacional y que, como vimos, también son reconocidos como patrimonio común de la humanidad como, la alta mar, el espacio ultraterrestre y la Antártida. También se suelen incluir en los *bienes comunes globales*, el conocimiento, los derechos humanos y la capa de ozono. La UNESCO, por ejemplo, defiende que la educación y el conocimiento sean considerados *bienes comunes globales*. En cambio, los *bienes públicos globales* son aquellos «bienes y servicios que se prestan y benefician a toda la sociedad», como por ejemplo, a nivel nacional, el alumbrado público, el control del tráfico, el agua limpia y, a nivel internacional, la búsqueda de la paz y la regulación del tráfico aéreo civil internacional. Estos bienes son cada vez más reconocidos como bienes públicos globales ya que se considera que ningún Estado puede por sí solo suministrarlos adecuadamente y porque afectan también al bienestar de la humanidad. El mismo Guterres reconoce que aún no se ha llegado a un acuerdo sobre la definición de estos bienes pero, a pesar de ello, los considera útiles como punto de partida para examinar dónde nos encontramos en relación con estos bienes y porque, además, es urgente que se tomen medidas para su protección y suministro³².

³² Naciones Unidas, *Nuestra Agenda Común-Informe del Secretario General*, Naciones Unidas, Nueva York, 2021, p. 48.

En su informe, Guterres distingue también entre, por un lado, determinar y suministrar bienes públicos globales y, por otro, proteger a los bienes comunes globales. Haciendo en su informe una imagen con círculos nos encontramos que, el círculo de los *bienes comunes globales* (de la atmósfera o la alta mar), queda integrado en un círculo más grande, el de los *bienes públicos globales*, donde Guterres incluye además a la salud mundial, la información, la economía mundial, la paz, el patrimonio digital, un planeta sano (el medio ambiente) y otros³³. De este modo, nos encontramos que los *bienes públicos globales* contendrían o integrarían a los *bienes comunes globales*. Esto evidencia la disparidad de criterios que hay en el derecho internacional acerca de cómo calificar a los bienes como, por ejemplo, al medio ambiente, ya que para unos es un bien común global y para otros, como Guterres, es un bien público global³⁴. A pesar de la diversidad de términos y desavenencias sobre dónde situar un bien u otro, tiene razón Guterres que ahora lo más importante es tomar nota de que hay unos determinados bienes que no pueden ser regulados y protegidos sólo por los Estados y que, por ser fundamentales para la humanidad, requieren de una protección global.

3. EL «BIEN COMÚN» DE LA COMUNIDAD

Aunque no tiene que ver directamente con los bienes comunes y sus usos jurídicos, consideramos que es importante hacer una breve referencia, al concepto de «bien común» y, así, si es posible, evitar otras posibles confusiones. Lo hacemos a continuación de los bienes comunes jurídicos, pero apartados de ellos. Con el «bien común», estamos ante un concepto central y determinante para la vida en común y las instituciones de la comunidad política. No alude a un bien, sino a algo más abstracto, a una idea, que tiene que ver con lo común, pero en el sentido de bienestar y de justicia, en y para la comunidad, respectivamente. Lo común que permite vivir con bienestar y en una sociedad justa.

Desde un punto de vista histórico, el *bien común* es un concepto que ya está presente en las primeras reflexiones de los filósofos clásicos sobre la vida en comunidad. Si echamos la vista atrás, hacia la Antigüedad, nos encontramos que Aristóteles clasifica a los regímenes políticos en función de si atienden o no al *bien común* de la polis. Los que lo hacen los llama gobiernos rectos, y a los que no, desviacio-

³³ Naciones Unidas, *op. cit.*, p. 50.

³⁴ En relación con esta cuestión ver el intento de aclaración que realizan para la Unesco Emma Sabzalieva y José Antonio Quinteiro sobre bienes públicos, bienes comunes y bienes comunes globales en <https://www.iesalc.unesco.org/2022/04/10/bienes-publicos-bienes-comunes-y-bienes-comunes-globales-una-breve-explicacion/>

nes de aquellos. Cuando la «mayoría gobierna mirando por el bien común, recibe el nombre común a todos los regímenes políticos: república (*politeia*)» (Política 1279a). Como el fin de la ciudad, continúa Aristóteles, es el «bien vivir», esto es, alcanzar una «vida perfecta y autosuficiente», hay que suponer, continúa, «que la comunidad política tiene por objeto las buenas acciones y no sólo la vida en común» (Política 1281a). Por su parte, Santo Tomás dirá que toda ley «se ordena al bien común» (S. Th, I-II q.90 a.2). Siglos después, Rousseau defenderá también que los ciudadanos y los legisladores tienen el deber de decidir y de votar a partir de sus juicios sobre el *bien común*, y no en función de sus intereses particulares. La voluntad general debe votar lo que requiere el bien común o la justicia, esto es, votar por las medidas necesarias para garantizar la libertad de todos, luchar contra la desigualdad y asegurar un futuro a la ciudadanía³⁵. Y ya en el siglo xx, Rawls recogerá esta idea en su *Teoría de la Justicia* (1971), para defender que «la discusión legislativa ha de concebirse no como una contienda de intereses, sino como un intento de conseguir el mejor programa político, definido por los principios de justicia. [...] el deseo de un legislador imparcial es el de tomar la decisión correcta a la vista de esto...»³⁶.

Del conjunto de estas reflexiones podemos concluir que la guía que debe orientar la búsqueda del *bien común* de la comunidad es la del bienestar o, como dirían otros, la de realizar la justicia, entendida como el acto que busca lo que es justo para la comunidad. La justicia, escribe Aristóteles, «es la única, entre las virtudes, que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a los otros; hacer lo que conviene a otro, sea gobernante o compañero»³⁷. Con el concepto de *bien común*, por tanto, estamos aludiendo a la necesidad que tienen los miembros de una comunidad de buscar y de crear las instituciones, leyes y políticas que les garanticen el bienestar colectivo y la justicia. En el Estado constitucional, *el bien común* toma forma, queda instituido, por ejemplo, en los derechos fundamentales y en principios e instituciones como la división de poderes, el principio de legalidad, el imperio de la ley, el principio de igualdad, etc. En suma, *el bien común* se puede definir básicamente como el conjunto de instituciones políticas y de

³⁵ ROUSSEAU, J. J; *Discurso sobre la Economía Política*, Maia Ediciones, Madrid, 2011, pp. 32, 47-48.

³⁶ RAWLS, J; *Teoría de la Justicia*, FCE, México, 1993, p. 398.

³⁷ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, Gredos, Madrid, 1988, 1130a5-1. Santo Tomás abunda en esta idea: «el bien de cada virtud, ora ordene al hombre hacia sí mismo, ora lo ordene hacia otras personas singulares, es susceptible de ser referido al bien común, al que ordena la justicia. Y así el acto de cualquier virtud puede pertenecer a la justicia, en cuanto que ésta ordena al hombre al bien común. Y en este sentido se llama a la justicia virtud general. Y puesto que a la ley pertenece ordenar al bien común, como antes se expresó (I-2 q.90 a.2), de ahí que se siga que tal justicia, denominada general en el sentido expresado, se llame justicia legal, es decir, porque por medio de ella el hombre concuerda con la ley que ordena los actos de todas las virtudes al bien» (S. Th. II-II, q.58, a.5).

leyes que buscan, en general, el bienestar de la comunidad y, más en concreto, garantizar los derechos fundamentales de todas las personas que habitan en la comunidad.

Desde el punto de vista de la economía, y con el objetivo de ayudar a determinar en qué medida aquella puede colaborar en la consecución del bien común de la comunidad, el economista francés, Jean Tirole, abre su libro *La economía del bien común* (2018), con la pregunta ¿qué ha sido del bien común? Su respuesta es que la economía podría ayudar a ello de dos modos. En primer lugar, orientando los debates hacia objetivos que persiga el bien común y, en segundo lugar, definiendo y construyendo instrumentos que ayuden a su consecución. Esto es importante, dice Tirole, ya que, muchas veces, los que son meros instrumentos, como el mercado o una determinada política económica, adquieren vida propia y terminan por ir contra el bien común, que era, paradójicamente, lo que los justificaba en un principio. Para el autor francés, la economía no está al servicio de la propiedad privada y del Estado, sino «al servicio del bien común; su objetivo es lograr un mundo mejor»³⁸. En este sentido, la sociedad, en su conjunto, debe buscar y definir el bien común, pero la economía, como las otras ciencias sociales, deberá ayudar en esta tarea, creando, por ejemplo, instituciones que tengan como objetivo conciliar el interés individual con el interés general, y siempre en aras del bienestar colectivo³⁹. En este mismo sentido, Christian Felber, en *La economía del bien común* (2015), aboga por tener instituciones, como los bancos, que aspiren al bien común y defiendan un nuevo modelo económico «que ponga en primer lugar el interés general y el bienestar de la ciudadanía sobre los intereses del capital y de los mercados financieros»⁴⁰.

4. LO COMÚN Y LOS BIENES COMUNES ECONÓMICO-POLÍTICOS

Este ámbito se distingue del anterior, de los bienes comunes jurídicos, en que aquí, las teorías y doctrinas que hacen uso del concepto de los bienes comunes y de otros relacionados con lo común, pretenden también realizar cambios en la sociedad, ya sea en la gestión de los bienes, fomentando, por ejemplo, un mayor autogobierno en la gestión económica a través de los bienes comunes, o también, en las instituciones políticas, proponiendo, por ejemplo, cambios en la constitución o en las leyes, con el fin de establecer nuevos derechos o de imponer obligaciones para los poderes públicos y los poderes priva-

³⁸ TIROLE, J; *La economía del bien común*, Debolsillo, Barcelona, 2018, p. 17.

³⁹ TIROLE, J; *op. cit.*, pp. 13, 15.

⁴⁰ FELBER, CH; «Los bancos deberían aspirar por ley al bien común», entrevista a Christian Felber (por Raquel Quelart), en *La Vanguardia*, 27 noviembre 2014.

dos. Es más, algunas teorías van más allá, y conciben a los bienes comunes como elementos centrales de procesos sociales y políticos instituyentes de un nuevo orden social, alternativo al existente. Por ello, este ámbito lo dividiremos también en otros dos. En el primero, situaremos algunas de las teorías que, a través de los bienes comunes, buscan introducir cambios jurídicos y políticos, de más o menos calado, en las instituciones políticas y económicas del Estado constitucional. Y, en el segundo, estarán algunas de aquellas que promueven una transformación más radical, incluso de ruptura, del orden social y político instituido. Para desarrollar este ámbito, tendremos en cuenta la propuesta que hace Mario Barcellona, en su libro *Entre pueblo e Imperio* (2021), de dividir en tres partes teorías que hacen uso de lo común y de los bienes comunes como elementos pivotes de propuestas de transformación social: a) la de los bienes comunes; b) la de los derechos y c) la de lo común como principio político⁴¹. Pero nosotros, en vez de tres, las clasificaremos sólo en dos subámbitos. En el primero, «los bienes comunes como agentes de cambios en el Estado constitucional», situaremos aquellas teorías y propuestas que, a partir de los bienes comunes, buscan promover alguna estrategia de transformación y una mejora de las instituciones existentes, pero sin pretender ir más allá. Hay una finalidad de transformación, pero no de cambio radical del orden social. En este subámbito estarían las dos primeras estrategias propuestas por Mario Barcellona: la estrategia de los bienes comunes y la «estrategia de los derechos». Y, en el segundo, «lo común como principio político instituyente», estarían aquellas teorías que a través de lo común y los bienes comunes piensan que es posible abrir un proceso de creación de nuevos significados e instituciones que abran la puerta al nacimiento de un nuevo orden social.

4.1 Los bienes comunes como agentes de cambios en el Estado constitucional

En este subámbito, los debates tienen que ver fundamentalmente con dos grandes cuestiones: en primer lugar, con el régimen de administración y disfrute de los bienes esenciales que deben satisfacer necesidades primarias; y, en segundo lugar, con el régimen de apropiación privada de los recursos y, en consecuencia, con los fundamentos de la relación entre la política y la economía en el actual Estado constitucional⁴².

Desde un punto de vista económico, encontramos teorías que, por ejemplo, utilizan a los bienes comunes para proponer alternativas a la gestión privada y pública de los bienes. Introducen en sus análisis la

⁴¹ BARCELLONA, M; *Entre pueblo e Imperio, Estado agonizante e izquierda en ruinas*, Trotta, Madrid, 202, p. 166.

⁴² BARCELLONA, M; *op. cit.*, p. 166.

lógica de «lo común», en paralelo al funcionamiento del mercado, con el fin de poder defender y reivindicar sistemas de producción de bienes alternativos al privado, para tener una sociedad más justa. Una de las investigaciones referentes en este campo es la de Elinor Ostrom. En *El gobierno de los comunes* (2011), nos presenta casos de comunidades que se dedican a gestionar y producir, de forma colectiva y autogestionada, bienes comunales (*the commons*). Bienes como, por ejemplo, tierras de cultivo, bosques o pesquerías, son administrados por el conjunto de los miembros de la comunidad. Estos bienes, además, pueden pertenecer a los vecinos bajo un régimen de copropiedad o de coposesión. Mas, la relevancia de los bienes comunales está en que son el resultado de una praxis comunitaria constituyente de autogestión por los integrantes de la comunidad, praxis que puede tener centenares de años a sus espaldas⁴³. Con sus investigaciones sobre estos bienes, Ostrom buscaba presentar a la opinión pública experiencias de gestión comunitaria de recursos naturales alternativas a los sistemas de gestión privada o pública. Era importante demostrar que los sistemas de autogestión comunitaria de producción de bienes pueden ser tan eficaces que los sistemas de producción privada o pública. De este modo, examinando las condiciones bajo las cuales las personas cooperan entre sí, con el fin de apropiarse de recursos de uso común, llegó a poner en cuestiones afirmaciones de la teoría convencional⁴⁴ sobre los bienes comunes.

Si dejamos el plano económico y pasamos al jurídico, nos encontramos que otro de los autores que ve en la irrupción de los bienes comunes una posibilidad de transformación del orden social, es el jurista italiano, Stefano Rodotà. Bienes como internet, el conocimiento, el agua, el aire, los alimentos básicos y los medicamentos esenciales estarían poniendo en cuestión la lógica binaria –pública versus privada– de la propiedad. Cada vez es mayor el número de estos bienes que son incluidos en la categoría de propiedad común⁴⁵. Para Rodotà, esta categoría tiene su fundamento constitucional en el artículo 43 de la Constitución italiana, donde el constituyente previó la transmisión de empresas, mediante expropiación, a entidades públicas o a comunidades de trabajadores o de usuarios, que «estén relacionadas con servicios públicos esenciales o con fuentes de energía o con situaciones de monopolio, y que tengan carácter de interés general

⁴³ En México, por ejemplo, unos 30.000 ejidos y comunidades gestionan el 59% de la tierra y dos tercios de las unidades de producción rural (OSTROM, E; *El gobierno de los comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*, 2011, México, p. 44).

⁴⁴ La teoría convencional «supone que los individuos que se enfrentan a un dilema, debido a las externalidades creadas por sus propias acciones, generarán estimaciones estrechas que los conducirán a dañarse a sí mismos y a otros sin encontrar formas de cooperación entre sí para evitar el problema» (OSTROM, E; *op. cit.*, p.10). Ostrom cuestiona esta afirmación, algo de por sí relevante ya que la teoría convencional es muy utilizada para fundamentar políticas públicas.

⁴⁵ RODOTÀ, S; *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014, p. 110.

prioritario» (art. 43 CI)⁴⁶. Para este jurista italiano, los bienes comunes abren una nueva dimensión sobre la propiedad en el Estado constitucional, una tercera vía entre lo público y lo privado. Con los bienes comunes ya no hace falta ser propietario para acceder a un bien, al contrario, se pueden usar y disfrutar de ellos sin tener un título de propiedad. Surgen así nuevas relaciones que abren la puerta a lógicas no propietarias. Esto los convierte, para Rodotà, en necesarios e imprescindibles para garantizar los derechos inherentes a la constitucionalización de la persona⁴⁷. Para este autor, los bienes comunes marcan un límite a la lógica del mercado, a la de la apropiación privada, y abren una nueva dimensión en la praxis social colectiva para consolidar nuevos derechos fundamentales. La quiebra de la lógica propietaria público-privado no significaría una vuelta a otro modo de poseer la propiedad sino que, al contrario, los bienes comunes se presentan como algo opuesto precisamente al individualismo propietario, algo que está aún por construir y llevar a la práctica. «La imbricación de los bienes comunes con los derechos fundamentales produce un enriquecimiento concreto de la esfera de los poderes personales que, a su vez, realizan precondiciones necesarias para la efectiva participación en un proceso democrático»⁴⁸. Hay aquí, por tanto, una estrategia de pretender impulsar procesos de transformación social a través de los derechos. De ahí que Barcellona integre a teorías como ésta, de Rodotà, bajo la denominada «estrategia de los derechos».

Para Barcellona, esta es una estrategia expansiva ya que de la reivindicación de los bienes esenciales se pasa fácilmente a la reivindicación de otros bienes que tienen que ver con el proceso de producción y distribución de la riqueza. Así, nos podemos encontrar que bajo el nombre de bienes comunes se integren bienes tan diversos como, por ejemplo, los naturales (el agua, el aire), los sociales (la educación y la sanidad) y los culturales (el trabajo y el conocimiento). Por otro lado, es verdad que la relevancia que han adquirido estos bienes, hoy indispensables y esenciales para la vida de cualquier persona, permite que sean utilizados también para poner en cuestión, dice Barcellona, los fundamentos de la modernidad, en concreto: *a*) el régimen y administración de los bienes esenciales que satisfacen las necesidades primarias de las personas y, *b*) el actual sistema político de la democracia representativa, desde el que se decide cómo distribuir estos bienes y

⁴⁶ *Ibidem*, p. 105. Este artículo 43 CI dice: «Con finalidades de interés general, la ley podrá reservar a título originario o transmitir, mediante expropiación y sin perjuicio de la correspondiente indemnización, al Estado, a entidades públicas o a comunidades de trabajadores o de usuarios determinadas empresas o categorías de empresas que estén relacionadas con servicios públicos esenciales o con fuentes de energía o con situaciones de monopolio, y que tengan carácter de interés general prioritario».

⁴⁷ RODOTÀ, S; *op. cit.*, p. 109. Esta idea es muy próxima a la que defiende Ferrajoli cuando habla de los bienes fundamentales como objetos de los derechos fundamentales.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 117.

su régimen de apropiación privada⁴⁹. Sin embargo, señala Barcellona, la pretensión de transformar a la sociedad a través de los derechos presenta un déficit de «legitimación colectiva y de racionalidad social». Este déficit surge del hecho de que la estrategia de los derechos acaba por dejar la iniciativa de acción a los ciudadanos, que actuarían de forma individual, con los límites que esto conlleva a la hora de conseguir el pleno respeto y realización de los derechos fundamentales. Es más, es una estrategia de ámbito limitado ya que delimita su terreno de actuación a un ámbito específico, como es el jurídico y el jurisdiccional, hecho que presenta también otros problemas como, por ejemplo, el amplio margen de interpretación que muchas veces los jueces⁵⁰ se atribuyen, ejercitan, en detrimento, muchas veces, de un poder legislativo, quien debería ser el que tendría que posicionarse sobre cuestiones controvertidas, por ejemplo, de derechos sociales. En este subámbito debemos situar también la propuesta de Ferrajoli de integrar a los bienes comunes en los bienes fundamentales. Y aquí responderemos, al mismo tiempo, a la segunda razón por la que él nos hace esta propuesta: la de ganar eficacia jurídica.

4.2 Los bienes fundamentales para obligar a los poderes públicos y privados a respetar los bienes vitales y ganar eficacia jurídica

Como decíamos antes, Ferrajoli propone introducir el nuevo concepto de los *bienes fundamentales*, entre otras cosas, para conseguir una mayor eficacia jurídica a la hora de garantizar los bienes vitales⁵¹. Con esta propuesta, a su vez, pretende ir más allá de la actual hegemonía de la cultura de los derechos humanos. Esta cultura ha sido, hasta ahora, el principal instrumento del constitucionalismo y de las entidades defensoras de los derechos humanos para exigir el respeto de los derechos y libertades de las personas. Pero lo cierto es que, después de muchos años de estar en el centro de la mesa, esta cultura no ha logrado garantizar y satisfacer suficientemente las necesidades básicas y los derechos fundamentales de las personas del planeta. Décadas después, de haber reconocido como derechos fundamentales el derecho a la vida y el derecho a la salud en los ordenamientos jurídicos, o, el derecho a la alimentación adecuada, como un derecho humano en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, estos derechos se siguen incumpliendo, siendo ineficaces o inexistentes para millones de personas.

La cultura de los derechos humanos, subraya Ferrajoli, presenta límites e insuficiencias a la hora de garantizar las necesidades vitales

⁴⁹ BARCELLONA, M; *op. cit.*, p. 226.

⁵⁰ RODOTÀ, S; *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014, p. 110.

⁵¹ FERRAJOLI, L; *La Constitución...* p. 106.

de las personas en el marco de la globalización y del Estado constitucional. Por un lado, y como veíamos antes a la hora de hablar de la denominada «estrategia de los derechos», uno de estos límites está en que la lucha por los derechos humanos deposita una gran carga de responsabilidad en el individuo particular, que es quien debe activar los procedimientos jurídicos para defender sus derechos. Primero debe luchar para conseguir social y políticamente el reconocimiento de aquellos bienes, intereses y necesidades que para él y una parte de la ciudadanía son considerados esenciales e importantes y que quieren que la comunidad asuma como derechos fundamentales. Son mecanismos que, por un lado, se activan fundamentalmente a partir de las acciones que debe poner en marcha un individuo particular, afectado directamente por la quiebra de sus derechos subjetivos.

Esta lucha, sin embargo, es siempre una lucha sin fin porque siempre hay nuevas necesidades por garantizar y aún quedan viejas demandas por conseguir como sucede, por ejemplo, con los derechos sociales. Si nos detenemos un momento en estos últimos vemos que estos derechos, no sólo siguen encontrando una fuerte oposición a nivel político para su reconocimiento como derechos fundamentales, sino que también la hay en la doctrina jurídica y en la jurisdicción. Una parte de la cultura jurídica se niega a reconocer a los derechos sociales como derechos fundamentales por considerarlos meros principios rectores de la política social y económica y, en consecuencia, exigen que el legislador se pronuncie mediante una ley y así abrir la puerta para que las personas puedan reclamar sobre el incumplimiento de sus derechos ante la jurisdicción. El propio Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que, en relación a la aplicación de los derechos contenidos en el Pacto, le preocupa «que estos continúen siendo considerados como meros principios rectores de la política social y económica y que, por tanto, únicamente puedan ser invocados cuando hayan sido desarrollados legislativamente, o en relación con otros derechos, que cuentan con mayor protección, tal como el derecho a la vida»⁵². Es la cultura jurídica la que decide, según la corriente jurídica hegemónica en un país, qué derechos son fundamentales, o sólo subjetivos o meros principios rectores, en el seno de los ordenamientos nacionales, en conjunción con los supranacionales e internacionales. Esto es importante, ya que, en muchas ocasiones, esta cultura jurídica sobre la interpretación de los derechos humanos se erige precisamente en una barrera insalvable para el individuo, que reivindica el respeto y garantía de sus derechos reconocidos en la propia Constitución. Desde nuestro punto de vista, esta realidad, debilita la vía de la justiciabilidad, promovida por Naciones

⁵² CDESC, Observaciones finales del *Sexto informe periódico de España (2012-2016)*, de 25 de abril de 2018.

Unidas para conseguir la realización de los derechos sociales, económicos y culturales⁵³.

Sin embargo, los problemas y los límites de la vía individual establecida para reclamar los derechos no se acaban aquí. Porque la lucha por los derechos humanos requiere también disponer de tiempo y de recursos económicos para llevarla adelante. Y no todas las personas y organizaciones sociales disponen de dinero suficiente para interponer las demandas correspondientes ante los jueces. De ahí que se diga también que la vía de la reclamación fundamentada en la acción individual presenta unos límites muy concretos ya que no dependen sólo de la mera voluntad del individuo sino también y más bien de sus condiciones económicas y sociales. Por otro lado, la cultura jurídica de los derechos humanos basada en la iniciativa y el sostén del individuo afectado directamente por el incumplimiento del derecho presenta también problemas para proteger a los bienes comunes. Estos, al ser bienes de todos y de nadie en particular, pocas personas se sienten interpeladas para reclamarlos ante la justicia⁵⁴.

Todo esto nos plantea la necesidad de ir más allá de las teorías que basan sus propuestas en una estrategia de los derechos o, también, en buscar la justicia a través de una interpretación más flexible de éstos⁵⁵. Es necesario replantear esta estrategia y buscar nuevas vías que permitan avanzar en la eficacia de los derechos. Y esto pasa, para Ferrajoli, por introducir en el debate jurídico-político y en la opinión pública, la propuesta de los *bienes fundamentales*.

La propuesta de los *bienes fundamentales* abre una dimensión nueva en el léxico jurídico actual. Por un lado, introduce nuevos bienes en los sistemas jurídicos, que hasta ahora sólo regulan bienes patrimoniales, disponibles y alienables y, por otro, amplía el concepto de fundamentales que, hasta ahora, en la cultura jurídica tradicional, hace referencia a los derechos de las personas. Así, la incorporación de los *bienes fundamentales* en las constituciones significaría, en primer lugar, el reconocimiento de que hay unos bienes vitales de todas las personas que deben ser garantizados y respetados por todos los poderes. El constitucionalismo contemporáneo, dice Ferrajoli, debe ser complementado con una nueva dimensión de la democracia: la

⁵³ La vía de la justiciabilidad, incluso directa, de los derechos fundamentales y, en especial, de los derechos económicos y sociales, debe reforzarse y complementarse necesariamente con nuevos instrumentos de protección desde la esfera pública. Esto lo consideramos hoy imprescindible, para avanzar en el proceso de democratización y, asimismo, contrarrestar el riesgo de que se consolide un populismo reductor de las libertades en los países europeos.

⁵⁴ Cuántos individuos, se pregunta Ferrajoli, de los nueve millones que fallecen cada año por contaminación ambiental interpusieron una demanda por ello, o cuántos familiares de las 60.000 personas muertas en Europa –11.000 en España– por la ola de calor del verano de 2022 han tomado la iniciativa de reclamar responsabilidades ante las administraciones públicas y las empresas contaminantes.

⁵⁵ Estas teorías se encuentran, de hecho, con márgenes de acción limitados por el propio Derecho y las barreras ya existentes en el orden social institucionalizado.

directa garantía de los *bienes fundamentales*, de los bienes comunes, que son de todos y que, por ello, no pueden caer bajo la lógica del mercado, y, de los bienes sociales, que también son de todos y deben estar accesibles a todos. Para conseguir estos fines es necesario el dictado de normas que establezcan una indisponibilidad deóntica constitucional⁵⁶, que determinen obligaciones y prohibiciones sobre los bienes fundamentales.

Con ello, Ferrajoli, va más allá de la cultura de los derechos ampliando el ámbito de actuación y de las responsabilidades de los poderes públicos. Incorpora a la cultura de los derechos otra cultura: la de los deberes y prohibiciones. El reconocimiento constitucional de la existencia de unos bienes fundamentales significaría también, al mismo tiempo, que los poderes públicos quedan obligados a garantizar y facilitar el acceso a los bienes vitales a todas las personas. Al respecto, los Estados constitucionales deberían estipular un catálogo de *bienes fundamentales* y establecer límites, prohibiciones y obligaciones que garanticen a todas las personas estos bienes vitales⁵⁷. Pero hay más, ya que en la propuesta del constitucionalismo ferrajoliano, también los poderes privados quedarían obligados a ello, debiendo colaborar con los poderes públicos para conseguir la plena eficacia de aquellos. No sólo los poderes públicos deben estar subordinados al interés general y los derechos fundamentales, sino también, y, más especialmente ahora con la globalización económica, los poderes privados. En el Estado constitucional no puede haber poderes sin límites; ello significa dejar la puerta abierta a «poderes salvajes»⁵⁸.

En suma, con esta propuesta, la defensa de los derechos fundamentales ya no pivota sólo en las personas, ya no habría que esperar a que las personas reclamen sus derechos, ya que, la responsabilidad principal recae primero en los poderes públicos y los poderes privados, quienes han de cumplir con sus obligaciones y hacer efectivos los derechos de las personas. Pero una vez llegados a este punto, el desafío que se nos presenta es el de cómo conseguir estos objetivos. Y aquí, la propuesta de Ferrajoli presenta un flanco débil ya que para ello, a nuestro entender, es necesario abordar también cambios importantes en el funcionamiento de la democracia representativa y en el diseño institucional de ésta bajo el Estado constitucional. Algo de esto lo veremos en el último punto.

⁵⁶ De ahí que en su propuesta de *Constitución de la tierra* proponga que el acceso a los bienes comunes «debe ser garantizado a todos» (art. 49.1) y la disponibilidad y accesibilidad a los bienes sociales «debe ser garantizada a todos de forma gratuita» (art. 50.1).

⁵⁷ FERRAJOLI, L; *Principia Iuris...*, p. 738.

⁵⁸ FERRAJOLI, L; *Poderes salvajes*, Trotta, Madrid, 2013.

4.3 Lo común como principio político instituyente

En este ámbito encontramos las teorías que reivindican lo común como un nuevo principio político que actuaría como motor de la creación de nuevos significados e instituciones y que incluso podría significar la puesta en marcha de un proceso de transformación social que ponga en cuestión al capitalismo. Una de estas teorías sobre lo común es la de Hardt y Negri. En su obra *Imperio* (2002), se preguntan sobre qué lugar ocupa «lo común» en una sociedad que está viviendo cambios radicales y profundos, como consecuencia de la revolución que están llevando a cabo las tecnologías de la información en el modo de producción capitalista. Lo común para ellos estaría en las relaciones de coproducción de bienes y servicios. Producir, escriben, «significa cada vez más construir cooperación y comunidades cooperativas. [...] Es la comunidad la que produce y la que, al producir, se reproduce y redefine a sí misma»⁵⁹. «Lo común» se encuentra para ellos en esas relaciones sociales cooperativas y de coproducción, y que hoy son claves para comprender el funcionamiento del actual sistema de producción, «como fuerza productiva y como la forma en que se produce la riqueza»⁶⁰. Es más, el común es el lugar de la libertad y la innovación –libre acceso, libre uso, libre expresión, libre interacción– en el sistema de producción y, como tal, está en contraposición con el control que ejercita el poder privado en aquél⁶¹. Desde esta lectura del sistema productivo, Hardt y Negri, utilizan el concepto de «lo común» de varias maneras. En algunos casos lo hacen para referirse a lo «común artificial», donde estarían el conocimiento, los lenguajes, los códigos, la información, en otros para aludir a lo común en relación con los bienes y elementos propios del capitalismo cognitivo y del trabajo inmaterial y, en otras ocasiones, para hacer referencia a lo común como principio político. En este último caso, «lo común» sería la expresión, para estos autores, de la suma de las acciones y decisiones que colectivamente realiza una *multitud* de trabajadores y de pobres del mundo. Y esta *multitud* podría, para Hardt y Negri, transformar a la actual democracia. Este objetivo de transformación social lo comparte también Silvia Federici, quien investiga la lógica que subyace a los sistemas de producción de los comunes. Ello es relevante, por poder ser el punto de partida, para la construcción de una sociedad constituida por asociaciones libres de productores, que satisfagan las necesidades y deseos de las personas, y no los del capital⁶². Para Federici los comunes pueden poner en jaque al capitalismo.

⁵⁹ HARDT, M; y NEGRI, A; *Imperio*, Paidós, Barcelona 2002, pp. 279-280.

⁶⁰ HARDT, M; y NEGRI, A; *Commonwealth. El devenir príncipe de la multitud*, Akal, 2011.

⁶¹ HARDT, M; y NEGRI, A; *op. cit.*, pp. 287-288.

⁶² FEDERICI, S; «Crisis y reproducción social. Claves para repensar lo común», en *Observatorio Social de Latinoamérica*, núm. 35, pp. 51-73.

En esta línea, de «lo común» como principio político transformador, debemos situar también las reflexiones de Carlos de Cabo, en su obra *El Común* (2017). De Cabo, comparte con Hardt y Negri, la idea de que en las sociedades contemporáneas se producen lo que él denomina «procesos del común», esto es: procesos sociales objetivos de oposición al sistema dominante de apropiación privada⁶³. El Común (ahora en mayúsculas) vendría a ser para De Cabo, un «movimiento de lo real», que pondría de manifiesto un conflicto social entre, por un lado, las formas de acumulación y de apropiación del capital y, otro, formas de reproducción cada vez más sociales o más en común. Para este autor, esta forma de producción del Común debería inspirar al constitucionalismo crítico, con el objetivo de abrir un proceso constituyente de una sociedad diferente⁶⁴.

Asimismo, en esta senda de reflexiones, también encontramos la extensa y relevante publicación, *Común. Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI* (2015), de Laval y Dardot. En esta obra, los profesores franceses hacen uso de la palabra común para hacer referencia a dos cosas: a un principio y, a su vez, a una praxis social. Por un lado, común es el nombre de un principio que, para ellos, vendría a expresar la responsabilidad que tiene cada persona de implicarse en los asuntos generales de su comunidad. Y, por otro, común hace referencia también al acto de comunizar (*commoning*) o de hacer en común⁶⁵. Las cosas, dicen Laval y Dardot, se convierten en comunes cuando son hechas en común⁶⁶. Pues bien, para estos autores, al igual que para De Cabo, el principio común podría convertirse en el motor -o fuente primaria (*arché*) del que se derivan los demás principios- de una posible transformación social de la comunidad. Desde este punto de vista, lo común es un principio político que vendría a expresar también la puesta en práctica de la democracia como forma de vida. En este proceso, los bienes comunes serían el resultado del hacer en común de la ciudadanía, la cual, de este modo, participaría activamente en los asuntos que afectan al «bien común».

La relevancia de la práctica en común como elemento central que caracteriza a los bienes comunes la comparte también Ugo Mattei para quien estos bienes adquieren relevancia en unos contextos específicos, que no «admiten una conceptualización teórica desconectada de la praxis» y sin tener en cuenta los vínculos cualitativos que se crean entre las

⁶³ DE CABO, C; *El Común. Las nuevas realidades constituyentes desde la perspectiva del constitucionalismo crítico*, Trotta, Madrid, 2017, p. 12.

⁶⁴ DE CABO, A; *op. cit.*, pp. 12, 115-118.

⁶⁵ LAVAL C. y DARDOT, P; *Común. Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI*, Gedisa, Barcelona, 2015, p. 661.

⁶⁶ «La obligación política procede enteramente del actuar común, extrae toda su fuerza del compromiso práctico que vincula a todos aquellos que han elaborado juntos reglas de su actividad y sólo es válida respecto a los coparticipantes de una misma actividad ... común es entonces el principio que hace que se busque ese objeto que es el bien común» (LAVAL, C y DARDOT, P; *op. cit.*, pp. 661-662).

personas. De ahí que para Mattei los bienes comunes tengan poco que ver con la idea moderna de mercancía sino que, al contrario, son algo más que un objeto y sólo cobran sentido cuando se dan unas determinadas relaciones entre los miembros de la comunidad. Por ejemplo, para este autor una plaza es un bien común cuando llega a ser un lugar donde la gente puede acceder a estar e incluso llega a ser un lugar donde se convive y se comparten experiencias, pero no lo es solo en cuanto mero espacio físico urbanístico. Asimismo, el trabajo puede ser un bien común si lo situamos en el contexto de una praxis orientada a luchar por el derecho de toda persona a trabajar en condiciones dignas y libres frente a las exigencias de unas empresas, que bajo la excusa de que deben competir en un mercado global, imponen a los trabajadores condiciones laborales abusivas⁶⁷. Pero Mattei lleva la reflexión sobre los bienes comunes más allá del derecho, de la economía y de la política, para situarla en el plano *filosófico* de la fenomenología. Lo común, dice Mattei, es algo más que un mero objeto -un bosque, un glaciar, un río-, es también «una categoría del ser, del respeto, de la inclusión, de la cualidad. Es una categoría auténticamente relacional, construida a partir de relaciones entre individuos, comunidades, contextos y medio ambiente»⁶⁸. Para este autor, los bienes comunes tienen una especial relevancia para la civilización humana y, por ello, considera que el gran desafío que tenemos por delante es el de construir nuevas instituciones de gobierno democráticas y ecológicas sobre los bienes comunes, que los protejan como derechos fundamentales de todas personas y eviten que caigan bajo la lógica instrumental y predatoria del poder y del capital⁶⁹.

Este desafío es compartido también por Laval y Dardot, al igual que por Hardt y Negri. Todos ellos están interesados, como veíamos, con la posibilidad de que lo común, el hacer en común, se transforme en un proceso social que dé lugar a un proyecto político que abra la puerta a una sociedad donde lo común se convierta en el centro y en el motor de la vida en comunidad y donde, en palabras de Negri, la riqueza que se produzca sea gestionada democráticamente⁷⁰. Mario Barcellona, sin embargo, es escéptico respecto a esta vía de lo común como principio político instituyente de un nuevo orden social. Barcellona considera que la denominada «estrategia de lo común» tiene los pies de barro al no tener en cuenta en su justa dimensión la «mutación ontológica» que está produciendo el capitalismo cognitivo en la sociedad actual. En esta mutación, la técnica se está apoderando del capitalismo, y no al revés,

⁶⁷ MATTEI, U; *Bienes comunes: un manifiesto*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 66-67.

⁶⁸ MATTEI, U; *op. cit.*, p. 74.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 74

⁷⁰ NEGRI, A; «La constitución de lo común», en *Redes.com; revista de estudios para el desarrollo social de la Comunicación*, núm. 3, 2006, pp. 171-178. Ver también, MÉNDEZ DE ANDÉS, A.; HAMOU, D. y APARICIO, M. (eds), *Códigos comunes urbanos*, Icaria, Barcelona, 2021; RENDUELES, C., *Comuntopía. Comunes, Postcapitalismo y Transición social*, Akal, Madrid, 2024.

como piensan los autores anteriores. Esto es así, para Barcellona, porque cada vez se hace más evidente que las máquinas, interactuando cada vez más entre ellas, ya son capaces de llegar a producir productos casi sin necesidad de contar con el trabajo humano. Y esto, para el jurista italiano, más que llegar a ser un verdadero proceso de liberación del ser humano, como auguran Hardt y Negri, va a suponer la reproducción de nuevas formas de explotación y de control social por parte del capital. En suma, para Barcellona, en la actual sociedad capitalismo, más que estar ante un proceso de liberación social, nos estaríamos enfrentando a una nueva vuelta de tuerca del capitalismo y de sus renovados mecanismos de dominio social⁷¹.

5. LA NECESIDAD DE CREAR UN «CUARTO PODER CÍVICO» EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Como decíamos anteriormente, la propuesta de Ferrajoli sobre la introducción de los *bienes fundamentales* en el Estado constitucional necesita ir acompañada, para que tenga éxito, de una robusta praxis social y política. De una praxis social que, desde la esfera pública, logre establecer nuevos vínculos políticos con las instituciones políticas y tenga, en último caso, una mayor presencia en las instituciones de gobierno de la comunidad. Y esto, a su vez, requiere la creación de nuevas instituciones políticas que abran sus puertas a la participación activa de la ciudadanía en todo aquello que tiene que ver con el bien común⁷². Es verdad, como dice Rodotà, que los derechos modelan y configuran a la democracia⁷³. Pero también es verdad que, sin una política realmente democrática y una esfera pública sólida y activa, los derechos de las personas se convierten fácilmente en papel mojado, en manos de unas instituciones públicas y privadas que tienen el poder para decidir sobre la vida de las personas. Por ello, pensamos que, además de nuevos bienes y derechos fundamentales, la ciudadanía debe disponer también de nuevas instituciones cívicas de participación, de muchas de ellas, desde las cuales pueda anteponer y defender el bien común, evitando que intereses personales espurios lo hagan en su lugar.

Es verdad que las constituciones de la postguerra han impuesto al Estado constitucional nuevas obligaciones, los derechos sociales, algunos de ellos recogidos como derechos fundamentales. Pero, hasta ahora, los instrumentos jurídicos se han mostrado insuficientes para

⁷¹ BARCELLONA, M; *op. cit.*, pp. 222-254.

⁷² SILVEIRA, H; «El cuarto poder y la protección de lo común (I)», en *Crítica penal y poder*, núm. 12, 2017 y «Más allá de la gobernanza democrática. El cuarto poder y la protección de lo común (II)», *Crítica penal y poder*, núm. 3, 2017.

⁷³ RODOTÀ, S; *op. cit.*, p. 103.

garantizar debidamente el cumplimiento de estas obligaciones. La defensa de los derechos y bienes fundamentales no puede quedar solo en las manos de los mecanismos de garantía construidos hasta hoy en el Estado constitucional, mecanismos que se activan fundamentalmente a partir de las acciones que deben poner en marcha sujetos directamente afectados por la quiebra de sus derechos subjetivos. Como decíamos antes, la vía de la justiciabilidad, incluso directa, de los derechos fundamentales y, en especial, de los derechos económicos y sociales, debe reforzarse y complementarse necesariamente con nuevos instrumentos de protección desde la esfera pública⁷⁴. Esto es hoy imprescindible para avanzar en el proceso de democratización y contrarrestar asimismo el riesgo de que se consolide un populismo reductor de las libertades en los países europeos.

Una alternativa a los límites de la esfera política del Estado constitucional pasa hoy por conseguir una nueva articulación entre el individuo, las organizaciones de la sociedad civil y las instituciones políticas de la democracia representativa. Esta renovación debe ir más allá de las experiencias de democracia participativa para construir, en línea con lo que proponen los defensores de la democracia deliberativa, una democracia en la que los gobernados puedan estar presentes, participar, hacer suyos y colaborar en los temas de gobierno de la comunidad entre los períodos electorales. La articulación de la denominada democracia participativa con la actual democracia representativa se puede convertir en el instrumento que permita avanzar hacia una sociedad más democrática, con más control ciudadano y más igualdad política. Para ello, el Estado de derecho debe abrirse a la creación de nuevas instituciones de contrademocracia para que desde la esfera pública se realicen labores de control, valoración, juicio y deliberación sobre las políticas de gobierno y el funcionamiento de los poderes públicos⁷⁵. Necesitamos un modelo normativo de democracia que vaya más allá del modelo liberal, esto es, mediante la construcción de un espacio público que no esté colonizado por las instituciones de la democracia representativa⁷⁶. Y una nueva praxis social y política que, desde la esfera pública, logre establecer nuevas relaciones entre el individuo y las instituciones políticas. En suma, son necesarias nuevas instituciones políticas que abran sus puertas a la participación activa de la ciudadanía en todo aquello que tiene que ver con el bien común.

⁷⁴ En el constitucionalismo latinoamericano encontramos un buen ejemplo de construcción desde la esfera pública de instituciones protectoras de los derechos fundamentales como son las denominadas defensorías públicas.

⁷⁵ ROSANVALLÓN, P. (2007), *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Manantial, Buenos Aires, p. 288; íd., *La legitimidad democrática*, Paidós, Barcelona, 2010, pp. 298-299.

⁷⁶ MARRAMAIO, G. (2011), «La lógica del capital está en una fase terminal, al igual que la lógica de la democracia», en El jinete insomne (blog: <https://eljineteinsomne2.blogspot.com/2011/10/giacomo-marramaio-la-logica-del-capital.htm>).

En este sentido, y desde nuestro punto de vista, la creación de un «cuarto poder cívico» dentro de la estructura institucional del estado constitucional, que articule las relaciones entre la esfera pública y la sociedad civil con el resto de los poderes, y que dé expresión y forma a la democracia deliberativa, como propone también Ethan Leib (2004)⁷⁷, puede ser un buen instrumento para consolidar el principio democrático y, a su vez, fortalecer las instituciones del Estado constitucional. Esta propuesta de crear un cuarto poder «cívico» en el Estado constitucional no pretende suplantar o dejar de lado a los mecanismos de representación y participación institucional existentes, sino que busca construir un nuevo espacio institucional regulado por la ley que haga de mediación entre la sociedad civil y las instituciones del sistema político. La opinión pública debe encontrar los canales para llegar a las instituciones que le permitan incidir con eficacia y plena legitimidad en el sistema político. Por otro lado, las instituciones públicas expuestas a un mayor control ciudadano y que cuentan con la participación de actores sociales independientes pueden llegar a tener también una fuerte influencia sobre los poderes e intereses privados, tal y como ponen de manifiesto experiencias de participación ciudadana en Luton, Porto Alegre y Newcastle⁷⁸. Esta cultura necesita de una amplia labor pedagógica de formación y empoderamiento de los miembros de la comunidad. La praxis del principio democrático y el mantenimiento de los principios del estado de derecho pasan hoy fundamentalmente por lograr una hegemonía cultural que revierta el actual proceso de individualización y pérdida de vínculos entre los integrantes de la comunidad. Para ello, siguiendo el ejemplo de la democracia ateniense, se hace imprescindible disponer de nuevos espacios sociales e institucionales que permitan su implantación y difusión, los cuales formarían el esqueleto de lo que aquí denominamos un «cuarto poder cívico». El objetivo central de las instituciones del «cuarto poder cívico» es el de poner en práctica las dos almas que tiene el principio de participación de la democracia deliberativa: por un lado, la que concibe a la participación como una vía para aumentar la capacidad de autodecisión y autoorganización de las comunidades y, por otro, la que piensa en la participación más como un medio para mejorar el control de los ciudadanos sobre los recursos e instituciones del estado⁷⁹. El conjunto de las instituciones del cuarto poder «cívico» formarían los espacios de participación y los canales de comunicación a través de los cuales los miembros de la comunidad pueden participar e influir en la agenda pública y en las instituciones de gobierno de la comunidad. Serían la puerta de entrada para la participación de la

⁷⁷ LEIB, E.; *Deliberative Democracy in America: A Proposal for a Popular Branch of Government*, Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 2004.

⁷⁸ WAINWRIGHT, H. (2005), *Cómo ocupar el Estado. Experiencias de democracia participativa*, Icaria, Barcelona, pp. 195, 209.

⁷⁹ WAINWRIGHT, H; *op. cit.*, p. 84.

ciudadanía en los asuntos generales de la comunidad y de transmisión de su voz a las instituciones de gobierno, además de la supervisión del funcionamiento de estos últimos. Este «cuarto poder cívico» actuaría como motor de transformación de los poderes públicos ya instituidos, desempeñando funciones de seguimiento y control de los órganos de gobierno y de elaboración de nuevas propuestas políticas, buscando un mejor gobierno y más democracia. Se integraría así en la filosofía de que es posible «cambiar el mundo sin tomar el poder», como propone Wainwright siguiendo el sendero que en su día abrió Holloway. Las posibilidades de conseguir cambios y transformaciones sociales dependen de las correlaciones de fuerzas que en cada momento haya entre el poder político y el poder social, tanto en el interior de las instituciones políticas como en las organizaciones sociales⁸⁰.

⁸⁰ WAINWRIGHT, H.; *op. cit.*, p. 197.