

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE**

DERECHO CIVIL IV
Profesores : Eduardo Ugarte y
Esteban Ovalle
Coordinador: Francesco Campora

**Seminario de Derecho Civil IV.
Bienes y Derechos reales.
1ª. Sesión**

Derecho de Propiedad. Evolución histórica y nociones fundamentales.

1. WALDRON Jeremy, Derecho de Propiedad, traducción de Mariano Soto Fajardo, del original "Property Law", en A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Dins Patterson (ed.). Oxford: Blackwell, 1996, pp. 3-23.
2. RODOTA, Stefano, El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada, prólogo y traducción de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, pp. 71-144.
3. GROSSI, Paolo, Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea. Barcelona: Ariel, pp. 19-51.
4. DE LOS MOSOS, José Luis, El derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradición jurídica, capítulo IV, "La elaboración definitiva del concepto moderno de propiedad". Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 27-81.
5. DE LOS MOZOS, José Luis, op.cit., capítulo I, "Presupuestos dogmáticos y estructurales del derecho de propiedad", pp. 223-289.

Agosto 2006

Derecho de Propiedad*

JEREMY WALDRON

El pensamiento filosófico respecto del derecho de propiedad comprende dos clases de problemas. En primer término, hay problemas analíticos relativos al significado y uso de los conceptos más importantes en el derecho de propiedad, tales como "propiedad privada", "dominio" y "cosa". El segundo tipo de problema es normativo o justificativo. El derecho de propiedad, tal como lo conocemos, supone individuos con derecho a tomar decisiones acerca del uso de los recursos -la tierra y la riqueza material de un país- sin consultar necesariamente los intereses y deseos de los demás miembros de la sociedad que pueden verse afectados. Entonces, en general ¿qué justifica dar a las personas derechos de esta naturaleza? Y más específicamente, ¿qué principios justifican la asignación de determinados recursos a determinados propietarios? Los dos tipos de problemas están, desde luego, vinculados; por lo significativo de agudizar nuestra comprensión analítica de conceptos como "dominio" es importante aclarar qué es lo que realmente está en juego cuando se formulan preguntas de justificación.

❗ Problemas Analíticos

Cualquier intento por definir términos como "propiedad privada" y "dominio" corre el riesgo o de sobresimplificar las complejidades del derecho de propiedad o de perder en absoluto el sentido de los problemas más generales en una maraña de detalles técnicos. En efecto, algunos juristas han sostenido que estos términos son indefinibles y principalmente prescindibles (Véase Grey 1980). Afirman que llamar a alguien el "dueño" de un recurso no proporciona una información exacta relativa a los derechos que ella (u otros) puedan tener con relación a ese recurso: un copropietario no es lo mismo que un dueño absoluto; el

* Del original Waldron, Jeremy, "Property Law", en *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Denis Patterson ed., Blackwell, Oxford, 1996, pp. 3-23. Traducción preparada por Mariano Soto Gajardo,

dueño de una propiedad intelectual tiene un conjunto distinto de derechos que el propietario de un automóvil; e incluso con relación a un mismo recurso, los derechos (y obligaciones) de un dueño que no tiene ninguna carga sobre su propiedad pueden ser bastante diferentes de aquellos que tiene un deudor hipotecario que vive en su propio inmueble.

Si uno es paciente, sin embargo, es posible construir un mapa conceptual de la materia lo suficientemente claro, el cual respeta tanto la sensibilidad del técnico por los detalles legales como la necesidad del filósofo por un conjunto de "ideales tipo" bien entendidos que sirvan como el centro de atención del debate justificativo (Ver Waldron, 986, pp. 26-61).

Los objetivos de la propiedad

Comencemos con algo de ontología. El derecho de propiedad es relativo a cosas, y a nuestras relaciones recíprocas con respecto al uso y control de ellas. ¿Qué tipo de cosas? Cosas materiales, por supuesto, como manzanas y automóviles, pero la propiedad nunca se ha autolimitado a cosas corporales. Los bienes raíces son un ejemplo interesante. Una casa rodante es una cosa, como también lo es la porción de terreno sobre la cual se encuentra. A los ojos del derecho, sin embargo, la tierra no es un objeto tangible. Resulta tentador identificar la tierra con el suelo y las rocas sobre las cuales se encuentra la casa rodante; pero retire cualquier porción de suelo y roca y la tierra aún permanece. La tierra es más bien la región de espacio o la porción de superficie de la tierra en la cual el suelo, la roca y también la casa rodante están ubicadas. Una categoría diferente de intangibilidad está vinculada a la propiedad intelectual. Mi CD de Madonna es una cosa corporal distinta de tu cassette de Madonna. Pero ambos contienen las mismas canciones, y las canciones en sí mismas -las melodías y las letras- pueden ser consideradas como cosas sobre las cuales pueden haber derechos de propiedad de la misma forma que las manzanas y los automóviles.

Una tercera categoría de intangibilidad comprende la "cosificación" de las relaciones jurídicas en sí mismas. Si Jennifer debe a Sarah 50 libras y Sarah abandona la esperanza de cobrar la deuda, ella puede aceptar un pago de 30 libras de Bronwen, un especialista en cobranzas, a cambio de las cuales Bronwen adquiere el derecho de recuperar las 50 libras de Jennifer (si puede conseguirlo). Parece obvio decir que Sarah ha vendido la deuda a Bronwen, y que por lo tanto la deuda era una "cosa" de que Sarah era dueña y sobre la cual tenía derecho de disponer incluso antes de que Bronwen apareciera en escena. El término jurídico para este tipo de cosas es el de "~~choses-in-action~~¹" (las choses-in-action más complejas comprenden cheques y repartos en una sociedad.) Ahora bien, puede ser de ayuda para ciertos propósitos considerar las "choses in action" como una materia adecuada para el derecho de propiedad, pero en general ellas no generan problemas importantes en la filosofía de la propiedad de la misma forma que la tierra, la propiedad intelectual y los bienes materiales. Una composición, una porción de tierra y un automóvil son cosas que existen independientemente del derecho objetivo y sobre las cuales el derecho es requerido para tomar ciertas decisiones, solucionar determinadas disputas y así sucesivamente. Por el contrario, una chose in action existe solamente porque el derecho *ya ha resuelto* determinados conflictos de una forma particular. Los problemas filosóficos generados por una chose in action son entonces mejor apreciados como problemas en el derecho de los contratos o de sociedades y no como tópicos en el derecho de propiedad.

Las diferencias ontológicas entre los bienes corporales, la tierra, y la propiedad intelectual pueden tener una importante relación con preguntas de justificación. En cierta forma, hay un argumento más convincente a favor de la propiedad privada sobre bienes intelectuales que sobre la tierra. Una melodía original que he compuesto es, en cierto sentido, un producto del intelecto. Sin mi creatividad, la canción puede que nunca haya tenido existencia y cualquiera que reclame por las ganancias que obtengo de mis derechos

¹La chose in action, en el common law, es una institución aplicable a los derechos personales y que corresponde a aquellas cosas sobre las que el dueño no tiene la posesión, sino solamente un derecho a accionar judicialmente para adquirirla. A modo ejemplar, constituyen choses in action, el derecho a cobrar

de propiedad intelectual debe admitir que no estaría en peores condiciones si yo nunca hubiese compuesto la melodía y, por consiguiente, nunca hubiese adquirido un derecho de propiedad sobre ella. Una porción de terreno, por el contrario, es más que un producto del hombre o una invención, naturaleza pura. O si la definimos como una región en el espacio, la tierra es simplemente lo que ha sido *dado* por adelantado a la actividad de cualquier individuo; es parte del marco dado para el movimiento y el funcionamiento de la vida humana.

Otros contrastes entre la propiedad intelectual y la no-intelectual parecen funcionar en la dirección opuesta. No existe la misma *necesidad* de restricciones a la propiedad referida a cosas producto del intelecto, si esas cosas van a ser utilizadas, como la que existe con relación a porciones de terreno o a cosas corporales como las sillas. Cuando usted está usando un Blackacre en un juego de cricket, yo no lo puedo usar para jugar fútbol americano; y rara vez dos personas pueden sentarse en una misma silla sin resultados catastróficos. Pero si yo interpreto o grabó una melodía que otro ha compuesto, no le estoy impidiendo o interfiriendo el uso de ella a su compositor o a cualquier otro individuo. Las canciones no se ocupan del mismo modo que las sillas o las porciones de terreno, y no se gastan por su uso. Puedo estar interfiriendo en las ganancias del autor derivadas de su composición. Pero ello deja sin resolver la pregunta acerca de la propiedad. Para el compositor las ganancias constituyen simplemente la explotación del derecho que le confiere su propiedad sobre la melodía, a saber, el derecho de excluir a otros del uso de esa melodía si ellos no le van a pagar por dicho privilegio.

Tipos de sistema de propiedad

una deuda, el de demandar los daños provenientes del incumplimiento de un contrato o de un daño extracontractual vinculado al incumplimiento de un contrato.

A medida que nos preocupamos por los problemas de justificación planteados por los derechos de propiedad sobre distintos tipos de cosas, es importante comprender las principales alternativas consubstanciales a un sistema de propiedad privada.

Deberíamos comenzar con la distinción entre "propiedad" y "propiedad privada". La distinción es una de género a especie. El concepto genérico -propiedad- puede ser utilizado para referirse a cualquier sistema de reglas que regulan el acceso de las personas a las cosas, a su uso y control, sean tangibles o intangibles, naturales o manufacturadas. Siguiendo a David Hume, podemos decir que las reglas de propiedad son necesarias para cualquier clase de cosas sobre las cuales existe la posibilidad de que surjan conflictos relativos a su acceso, uso y control, particularmente cosas que son escasas en relación a las demandas que los deseos humanos son susceptibles de generar en ellas (Hume, [1739] 1888, pp.484-98). Desacuerdos relativos a quien ha de usar o controlar dichos objetos son susceptibles de ser serios porque el uso de recursos es un tema de importancia para las personas, tanto para su sustento como para su disfrute. De esta forma, cualquier sociedad con interés en evitar un conflicto violento necesitará un sistema de reglas con la autoridad suficiente para resolver desacuerdos de este tipo. La importancia de tales reglas apenas puede ser sobreestimada, ya que su función es proporcionar un marco jurídico para la economía de la sociedad en cuestión. Sin ellas, la planificación, la cooperación, la producción y el intercambio son prácticamente imposibles o posibles sólo en temerosas y truncadas formas que apreciamos en "mercados negros" donde nada puede ser considerado. [Los juristas generalmente mencionan estas necesidades como la base de un argumento a favor de la propiedad privada, pero hasta ahora, todo lo que ellas demuestran es la necesidad de reglas de propiedad.] A medida que continuamos con nuestro análisis, tenemos que mantener en mente que determinadas sociedades humanas han existido por milenios, satisfaciendo las necesidades y deseos de todos sus miembros sin propiedad privada, ni nada que se le parezca, sobre la tierra o sobre los otros principales recursos de la vida económica.

Sostengo que "Propiedad" es el término genérico. Hay tres grandes especies de organización de la propiedad: propiedad común, propiedad colectiva (o estatal), y propiedad privada.

En una organización en base a propiedad común, los recursos son gestionados por reglas cuyo objetivo es ponerlos al alcance de todos los miembros de la sociedad. Una zona de propiedad común, por ejemplo, puede ser utilizada por todos en una comunidad para pastorear el ganado o recolectar el alimento. Un parque público puede estar abierto a todas las personas para hacer picnic, deportes o para recreación. El objetivo de cualquier restricción en su uso es simplemente asegurar el justo acceso a todos y prevenir que alguien los utilice de un modo que pueda impedirlo.

La propiedad colectiva es una idea bastante diferente. En un sistema de propiedad colectiva, los recursos no son dejados abiertos a todos los que lleguen. En cambio, la comunidad en su conjunto determina cómo han de utilizarse los recursos; estas determinaciones son hechas sobre la base del interés social, por medio de los mecanismos de toma de decisiones colectivas de la sociedad. Ahora, lo que esto signifique dependerá de las instituciones públicas que existan en determinadas sociedades. Puede comprenderlo todo desde un pausado debate entre los ancianos de una tribu hasta una burocrática decisión implementando un "Plan Quinquenal" al estilo soviético. (En sociedades modernas la propiedad colectiva equivale, en efecto, a la propiedad estatal y es frecuentemente aludida al socialismo). También depende de la concepción dominante del interés social -por ejemplo, si éste se concibe como un idéntico interés en el bienestar de todos, o como la mayor felicidad de la mayoría, o la promoción de algunos objetivos futuros, tales como la gloria nacional, el esplendor cultural, o la rápida industrialización.

La propiedad privada es una alternativa tanto a la propiedad colectiva como a la común. En una planificación en base a la propiedad privada, las reglas de propiedad están organizadas en torno a la idea que los recursos han de ser considerados como cosas separadas, cada una entregada a la decisión de algún sujeto determinado (un individuo o

una compañía). La persona a quien una cosa determinada le es asignada por los principios de propiedad privada (por ejemplo, la persona que lo encontró o que lo fabricó) tiene el control sobre ella; es su decisión determinar qué debería hacerse con ella. En el ejercicio de esta autoridad, ella no es concebida como un agente u oficial de la sociedad. En su lugar, decimos que el recurso es de su propiedad; le pertenece; ella es su dueña; es tan suyo como sus brazos y piernas, riñones y córneas. Al decidir cómo ha de usarse la cosa, ella puede según su deseo, actuar en su propia iniciativa como un sujeto privado sin necesidad de dar explicaciones a nadie, o bien entrar en acuerdos de cooperación con terceros para el beneficio de éstos o del suyo propio. Además de todo eso, su derecho para decidir a su arbitrio se ejerce sin interesar si otros se ven afectados por su decisión. Si Jennifer es dueña de una fábrica de acero, tiene derecho a decidir (en su propio interés) si la cierra o la mantiene funcionando, aun cuando la decisión de cerrarla pueda tener el más grave impacto en sus trabajadores y en la prosperidad de la comunidad local.

Aunque la propiedad privada es un sistema de toma de decisiones individuales, es también un sistema de reglas sociales en el siguiente sentido. El dueño no está obligado a confiar en su propia fuerza para justificar su derecho a tomar decisiones en relación a la cosa que se le ha asignado: cualquier intento por parte de otros en impedir o resistir su decisión se encontrará con una fuerza combinada de la sociedad en su conjunto. Si los trabajadores de Jennifer se toman la fábrica de acero para mantenerla en operaciones a pesar de su decisión, ella puede llamar a la policía y echarlos a la calle sin tener que hacerlo por su cuenta ni pagar con dinero de su bolsillo.

En ciertas ocasiones hablamos acerca de estos tipos alternativos de planificación de la propiedad -común, colectiva y privada- como si fueran maneras alternativas de organizar las sociedades por completo. Decimos que la ex Unión Soviética era una sociedad socialista porque los recursos económicamente más importantes estaban regidos por reglas de propiedad colectiva, mientras que en los Estados Unidos los recursos económicamente más significativos están regidos por reglas de propiedad privada. En realidad, en cualquier sociedad moderna hay recursos regidos por reglas de propiedad común (como por ejemplo,

calles y parques), recursos regidos por reglas de propiedad colectiva (tales como bases militares y piezas de artillería), y recursos regidos por reglas de propiedad privada (cepillos de dientes y bicicletas). Incluso entre los recursos económicamente significativos (tierra agrícola, minerales, vías férreas, plantas industriales), encontramos en la mayoría de los países una mezcla de propiedad y estatal, constituyendo un punto de permanente debate político el equilibrio entre los dos tipos de organizaciones.

A mayor abundamiento, existen variaciones en el grado de libertad que tiene un propietario privado sobre los recursos que se le han dado. Es evidente que la libertad de un dueño está limitada por reglas de conducta básicas: No puedo usar my revólver para asesinar a otro. Pero éstas no son en estricto rigor reglas de propiedad. Más vinculadas con el tema, existen cosas como planos reguladores y leyes relativas a la preservación histórica que equivalen, en efecto, a la imposición de una decisión colectiva sobre el propietario privado relativa a determinados aspectos sobre el uso de un recurso dado. Al propietario de un edificio en un distrito histórico se le puede señalar, por ejemplo, que puede destinarlo a un negocio, a una casa, o a un hotel, a dejarlo desocupado si desea, pero que no puede demolerlo y reemplazarlo por un rascacielos postmoderno. O, en el ejemplo de la fábrica de acero de Jennifer, ella se puede dar cuenta que se encuentra obligada por ley a no cerrar su planta sin otorgar a sus empleados y a la autoridad local una notificación con 90 días de anticipación. La propiedad privada, entonces, es un asunto de grado. En los ejemplos recién indicados, nos gustaría decir que el edificio histórico y la planta de acero eran propiedad privada; pero si muchas otras áreas de decisión relativas al uso fueran también controladas por agencias públicas, estaríamos más inclinados a decir que los recursos en cuestión en realidad estaban sujetos a una organización de propiedad colectiva (con el dueño funcionando como gestor de las decisiones de la sociedad).

El dominio: un haz de derechos.

Concentrémonos ahora mas detenidamente en la propiedad privada. Analizado técnicamente, el derecho de un individuo para tomar decisiones acerca del uso de una cosa comprende dos elementos. El primero, como acabamos de ver, dice relación con la ausencia

~~de cualquier obligación de usar o de abstenerse de usar la cosa en cualquier forma.~~ El propietario puede decidir como desee y está en absoluta libertad para llevar a efecto su decisión ocupando, usando, modificando o tal vez incluso consumiendo o destruyendo la cosa. En segundo lugar, ~~la propiedad privada importa que otras personas no tengan esta libertad;~~ ellos tienen una obligación -una obligación para con el dueño- ~~de abstenerse de ocupar, usar, modificar, consumir o destruir la cosa.~~ Ellos podrán usarla con su permiso; pero lo que esto significa es que depende del dueño decidir si excluye o no del goce de la cosa a terceros.

El propietario puede dar a otras personas permiso para hacer uso de su propiedad. Podrá prestar su automóvil, arrendar su casa, ceder una servidumbre de paso sobre su propiedad. El efecto del ejercicio de estos atributos es, a veces, crear otros intereses (relativamente limitados) sobre la cosa, de modo tal que las distintas libertades, derechos y atributos del dominio se encuentran diseminados entre muchas personas. De esta forma, el derecho de propiedad se preocupa de cosas tales como garantías, arrendamientos y servidumbres, además del dominio mismo.

Más llamativamente, ~~el dueño está legalmente facultado para transferir todo el haz de derechos que tiene sobre la cosa de que es propietario (incluyendo la facultad de transferir) a otro~~ -como un regalo, o en la forma de una venta si desea recibir algo a cambio, o como un legado para después de su muerte. Una vez que ha hecho esto, ~~el adquirente se encuentra en calidad de dueño; el tradente deja de tener un interés jurídicamente protegido sobre la cosa.~~ Con este poder de transferencia, el sistema de la propiedad privada se vuelve autoperpetuo (que no es lo mismo que autoexigible). Después de un reparto inicial de cosas a los dueños, no existe más la necesidad por parte de la comunidad o del Estado de preocuparse de preguntas distributivas. ~~Las cosas van a circular según los arbitrios y decisiones de los propietarios individuales y los mandatos de los sucesivos adquirentes.~~ (La excepción ocurre en derecho sucesorio, el que proporciona un conjunto de reglas subsidiarias para el evento que un dueño muera sin dejar instrucciones sobre quien deberá sucederle en su propiedad; pero incluso estas reglas están generalmente basadas en las

disposiciones que normalmente se espera que hagan los testadores.) El resultado puede traducirse en que los recursos sean distribuidos en forma amplia o bien se concentren en unas pocas manos; algunos individuos pueden ser dueños de mucho, otros de casi nada. Es parte de la lógica de la propiedad privada que nadie tiene la responsabilidad de preocuparse por el panorama general en lo que concierne a la distribución de los recursos. La sociedad sencillamente se compromete a hacer valer los derechos de exclusión que son implícitos al dominio, donde sea que éstos se encuentren. Como lo veremos, los filósofos están en desacuerdo sobre si esto es una ventaja o un reproche al sistema de propiedad privada.

Estos son entonces los episodios más llamativos de la propiedad: la libertad de uso, el derecho para poder excluir y los variados atributos de transferencia. Otros juristas han enumerado muchos otros (ver especialmente Honore, 1961), incluyendo las inmunidades constitucionales contra la expropiación tales como la expresamente garantizada en la Quinta Enmienda a la Constitución Norteamericana), y la factibilidad del dueño a ser ejecutado (por deudas, por ejemplo) por medio de la subasta pública de la cosa. Obviamente que la formulación y nivel de detalle en este análisis son en parte una cuestión de gusto, y en parte una cuestión de qué es lo que se considera como problema más importante a considerar en cualquier debate normativo acerca de la institución.

La necesidad de una justificación

Los problemas de justificación surgen porque las leyes e instituciones que tenemos no son características distintivas del mundo natural como lo es la gravedad, sino creaciones humanas, establecidas y sustentadas por decisiones humanas. No estamos atados a las organizaciones que hemos heredado: actuando colectiva y políticamente podemos optar por cambiarlas si queremos, ya sea a gran escala o en detalle. La argumentación normativa tiene lugar cuando juntos pensamos sobre cómo guiar y evaluar tales opciones.

Cada institución social requiere de justificación aunque sólo fuera porque la energía y los recursos necesarios para sostenerla podrían ser utilizados de alguna otra forma. La

propiedad privada, sin embargo, pertenece a una categoría especial de instituciones que requiere de justificación no sólo porque existen costos de oportunidad involucrados en su puesta en marcha, sino porque ellas operan de una forma que parece - a primera vista - moralmente objetable. Con respecto a esto, la propiedad privada se asemeja a la institución de la pena. Necesitamos de una justificación para el castigo no sólo porque el dinero gastado en cárceles podría invertirse en educación, sino porque el castigo comprende la deliberada imposición de muerte, dolor, o privación en los seres humanos. Tales acciones no son susceptibles de defensa a menos que sirvan a ciertos propósitos moralmente convincentes y queremos que se nos diga cuáles son esos propósitos.

De la misma forma, buscamos una justificación para la propiedad privada, porque ella priva a la comunidad del control de los recursos que pueden ser de importancia para el bienestar de sus miembros, y especialmente porque requiere que nosotros movilizemos la fuerza social en apoyo a la exclusión de muchos miembros de nuestra sociedad sobre todos y cada uno de los usos de los recursos que se necesitan para vivir. He dicho antes que uno de los efectos de reconocer atributos de transferencia es que los recursos pueden gradualmente ser distribuidos de tal forma que dejé a unos pocos con mucho, a un gran número con muy poco y a un número considerable con absolutamente nada. La propiedad privada involucra un compromiso de la sociedad en el sentido que continuará utilizando su autoridad, tanto física como moral, para defender los derechos de los propietarios incluso contra aquellos que no tienen trabajo, alimento que comer, hogar donde ir, ni tierra en la cual no estén expuestos en cualquier momento a ser expulsados. El que esa autoridad legal y fuerza social sean tomados como instrumentos para una distribución arbitraria del control sobre la tierra y los demás recursos, es suficiente para generar una presunción en contra de la propiedad privada. Buscar una justificación es una forma de preguntar si hay algo que aducir para destruir esa presunción.

Puede pensarse que el problema justificativo es hoy en día discutible, con el colapso del "socialismo vigente" en Europa Central y del Este y en la ex Unión Soviética. ¿Qué estamos presenciando ahí, sino el tardío reconocimiento (por los antiguos defensores de la

propiedad colectiva) que los mercados y la propiedad privada son, después de todo, necesarios -y no sólo propiedad privada sobre departamentos, cepillos de dientes, y excepcionales automóviles contaminantes, sino también sobre negocios, fábricas, minerales, tierra agrícola, y medios de producción en general?

Con esto aconteciendo en la cuna del Marxismo-Leninismo, parece fácil concluir que la propiedad colectiva ha sido completamente desacreditada y que el problema de justificar la propiedad *privada*, es resuelto por exclusión, por decirlo de algún modo. El problema puede ser ahora entregado a los filósofos, como algo de lo cual los individuos prácticos no necesitan preocuparse más. Sin duda que los filósofos continuarán tratando el problema -pero de la misma forma que ellos se provocan con preguntas acerca de la realidad del mundo exterior o si el sol rayará mañana.

Sería equivocado desechar el problema de esta forma. Considere una analogía: suponga que como resultado de una "revolución retributiva" mundial, todos los países que han proscrito la pena de muerte desde el año 1940 fueran a reimplantarla. ¿Disminuiría ello la preocupación que las personas en los Estados Unidos tienen hoy acerca de la pena capital en su sociedad - el debilitamiento del tabú contra el asesinato, el peligro de ejecutar a un inocente, disparidades raciales en la aplicación de la pena de muerte, la barbarie de la fascinación popular con sus macabros detalles, y así sucesivamente? Puede hacernos menos optimistas acerca de las probabilidades de éxito de la reforma, pero no disminuirá la necesidad de examinar si ésta era una institución con la cual estábamos autorizados a vivir cómodamente, desde un punto de vista moral.

De todas formas, la razón de discutir la justificación de una institución no consiste sólo en meditar acerca de su proscripción. Frecuentemente necesitamos justificarla para entender y poner en marcha la institución de manera inteligente. Nuevamente, una analogía con el castigo puede ser de ayuda. En Derecho Penal, estudiamos problemas acerca del *mens rea* y la responsabilidad estricta, la diferencia entre causal de justificación, excusa y atenuante, el uso o abuso de la defensa basada en la demencia y las analogías entre un

crimen homicida y un asesinato deliberado. Es difícil ver cómo nada de eso puede hacerse sin formular preguntas relativas al *objetivo* de la sanción penal. Sin algo de información filosófica acerca del castigo y la responsabilidad individual, las doctrinas y principios del derecho penal son propensos a parecer como un lenguaje misterioso, con una gramática formal, pero sin un significado real propio.

Análogamente, al pensar en la propiedad privada, hay un número de problemas y debates que no tienen mucho sentido a menos que sean discutidos en la conciencia de cuáles serán los *objetivos* de las reglas sobre propiedad (o específicamente las reglas sobre propiedad *privada*). Algunos de estos problemas son técnicos. La *Rules against perpetuities*², los tecnicismos del registro de los títulos de propiedad, los límites a la libertad de testar -todo esto sería un código misterioso e ininteligible, para ser aprendido en el mejor de los casos, de forma mecánica, a menos que se hicieran algunos intentos para conectarlos con la idea de respaldar el control individual o la disposición individual del control de los recursos con la autoridad social.

Lo mismo es cierto con problemas menos técnicos y más sustantivos. La Quinta Enmienda a la Constitución de Los Estados Unidos exige que la propiedad privada no sea expropiada para propósitos públicos sin una justa indemnización. Es bastante evidente que este derecho prohíbe al Estado apoderarse o confiscar la propiedad raíz de alguien (para usarla como campo de tiro o aeropuerto). Pero piense en el ejemplo utilizado antes: ¿Qué sucede si el Estado lisa y llanamente coloca algún tipo de restricción en el uso de la propiedad raíz? A Sarah se le dice que no podrá edificar un edificio para oficinas postmoderno en su propiedad, porque comprometerá la estética histórica del barrio. ¿Equivale esto a una expropiación por la cual ella debería ser indemnizada bajo la Quinta Enmienda? Es un hecho que Sarah ha sufrido una pérdida (ella puede haber comprado la propiedad exclusivamente con la intención de urbanizarla). Por otro lado, sería torpe sostener que

² En el common law, la *Rules Against Perpetuities* deja sin efecto cualquier herencia que se deje a un asignatario que no ha nacido y que no tiene la posibilidad de nacer dentro del plazo de 21 años contados desde el fallecimiento de alguien que vive al momento de crearse el derecho.

~~existe una expropiación cada vez que se impone cualquier restricción.~~ No puedo conducir mi automóvil a 180 kilómetros por hora, pero aún sigo siendo el dueño del vehículo.

No creo que sea posible contestar a esta pregunta marcando con un asterisco las palabras "propiedad" y "expropiación". Ciertamente que es imposible atender el problema constitucional inteligentemente (como contrapuesto a aprender en forma mecánica las respuestas que los tribunales han sugerido) sin algo de conocimiento acerca de por qué la propiedad privada es considerada como lo suficientemente importante para haberle otorgado este tipo de protección constitucional. ~~¿Está protegida porque desconfiamos de la capacidad del Estado y sus agencias para tomar decisiones colectivas relativas al uso de los recursos?~~ ¿O lo está sólo porque queremos poner límites a las cargas que cualquier individuo espera soportar en aras del bien común? Puede constituir una diferencia de importancia para nuestra interpretación de la norma sobre expropiaciones, además de otras venerables doctrinas sobre el derecho de propiedad, lo que consideremos como objetivos y valores primordiales a los que la propiedad privada supone servir.

Teorías Justificativas

Nos dedicaremos ahora a las teorías de justificación que sobre el particular han sido propuestas. En este punto, la filosofía del derecho se extiende a la filosofía política y a los debates sobre la propiedad en los cuales han participado Platón, Aristóteles, Grocio y Pufendorf; Hobbes y Locke; Hume, Smith y Rousseau; Hegel y Marx; Bentham y Mill; Nozick y Rawls.

Una institución como la propiedad privada requiere de justificación en dos aspectos. ~~Primero, necesitamos justificar la idea general de tener cosas bajo el control de sujetos privados.~~ En segundo lugar, debemos justificar ~~los principios en virtud de los cuales algunos llegan a ser propietarios de determinados recursos mientras que otros no.~~ En principio, el mismo argumento puede funcionar para ambos cometidos, para algunos los propósitos justificativos generales no son otra cosa que principios distributivos forzados,

escritos en letra grande. Robert Nozick, por ejemplo, justifica la propiedad privada únicamente en el hecho de que determinadas cosas pertenecen intrínsecamente a determinados individuos, y que nosotros debemos erigir nuestras instituciones sociales para respetar esos derechos individuales, sea o no que la institución en su conjunto sirva a fines sociales más amplios. "Las cosas aparecen en el mundo", nos señala, "ya vinculadas a personas con derechos sobre ellas" (Nozick, 1974, p.160). Su ejemplo más convincente son las partes del cuerpo. No necesitamos de una justificación social general para la norma que prescribe que mis riñones me pertenecen. Ellos sencillamente son míos, y cualquier teoría aceptable sobre la propiedad será mejor que respete esa circunstancia. Pero es dudoso que este enfoque individualista pueda extenderse a la propiedad raíz u otros objetos externos. El intento mejor conocido es el de John Locke ([1690] 1988, pp. 285-302); pero como lo veremos, incluso Locke consideró necesario complementar su teoría de derechos individuales con consideraciones más generales de utilidad social.

Objetivos Justificativos Generales

La estructura más común del argumento justificativo es que las personas se encuentran mejor cuando una determinada clase de recursos se encuentra regulada por un régimen de propiedad privada antes que por cualquier otro sistema alternativo. Bajo la propiedad privada, se afirma, los recursos se utilizarán de manera más inteligente, o bien serán utilizados para satisfacer un mayor (y tal vez más variado) número de necesidades que bajo cualquier otro sistema, de manera que la felicidad general que los individuos obtienen de un determinado surtido de recursos aumentará.

El argumento más convincente de esta clase es a veces conocido como la "tragedia de los bienes comunales" (Hardin, 1968)³. Si a cada uno se le otorga el derecho para usar una determinada porción de terreno, entonces nadie tiene un verdadero incentivo en vigilar que los cultivos se planten o que la tierra no se explote de manera excesiva. Si

³ "Tragedy of the commons", en el original. Para una explicación general sobre el tema, puede consultarse SAMUELSON, P. y NORDHAUS, D: *Economía*, 14ª edición, McGraw-Hill, 1993, pág. 326-7.

cualquiera toma a su cargo esta responsabilidad, es probable que ellos mismos sufran todos los costos de hacerlo (los costos de plantar o los de su auto restricción), mientras que los beneficios (si es que los hay) se acumularán para todos los posteriores usuarios. En muchos casos es poco probable que existan beneficios, desde que un control o una restricción individual será improductiva a menos que los demás cooperen. Más bien, bajo un sistema de propiedad común, cada comunero tiene un incentivo para obtener cuanto más se pueda de esa porción de tierra lo más pronto posible, dado que los beneficios de hacer esto son en el corto plazo concentrados y asegurados, mientras que los beneficios a largo plazo de la auto restricción son inciertos y difusos. Sin embargo, si una porción de una, hasta ahora, propiedad común se divide en hijuelas y cada una de ellas es adjudicada a un individuo particular que puede controlar lo que en ella sucede, entonces la planificación y la autorestricción tendrán oportunidad de sostenerse. Por ahora, la persona que sufre los costos de una restricción está en una posición de cosechar todos los beneficios; de modo que si las personas son racionales y si la restricción (o alguna otra forma de actividad planificada a futuro) es más rentable, existirá un aumento general en la cantidad de utilidad obtenida //

Argumentos de este tipo son familiares e importantes, pero como todos los argumentos utilitaristas, necesitan ser tratados con cuidado. En la mayoría de los sistemas de propiedad privada, hay algunos individuos que tienen muy poco o nada y que se encuentran completamente a merced de otros. De modo que cuando se dice que las "personas" están mejor bajo una organización en torno a la propiedad privada, debemos preguntar "¿Cuáles personas? ¿Todos? ¿La mayoría? ¿O sólo un pequeño grupo de propietarios cuya prosperidad es tan grande que puede compensar la consecuente miseria en un cálculo utilitario global?."

John Locke se aventuró a decir que todos estarían mejor. Comparando Inglaterra, cuyos bienes comunes estaban rápidamente siendo reunidos en manos propietarios particulares, con la América precolombina, donde los nativos continuaron gozando de un acceso universal a la tierra, Locke especuló que "un Rey de un territorio extenso y

(4) Carol Rose (suministro II) ≠ Hardin (1)
 (r. de. con. en. en. en.) (reg. b. n. con. r. a. b.)

fructuoso allá [esto es, en América], alimenta, hospeda y se viste peor que un trabajador en Inglaterra" (Locke [1690] 1988, p. 297). El trabajador puede que no sea dueño de nada, pero su calidad de vida es más alta tomando en cuenta las expectativas de trabajo que son ofrecidas en una próspera economía privatizada. Como alternativa, los más optimistas de los utilitaristas lanzan sus justificaciones en el lenguaje de lo que hoy llamaríamos "Optimo de Pareto". Tal vez la privatización de una tierra que ha sido previamente común no beneficia a todos: pero beneficia a algunos y no deja a otros peor de lo que estaban antes. Ahora bien, esto difícilmente puede constituir un argumento que vaya a ser apoyado o promovido por el último grupo de personas, pero sugiere que no tienen mucho espacio para el reclamo. El problema de no tener techo y la miseria de los pobres, por esta razón, no es producto de la propiedad privada; es sencillamente el problema normal del género humano, del cual unos pocos usurpadores enérgicos han conseguido librarse.

todos están mejor (bien común, felicidad para la mayoría)

Hasta ahora, hemos considerado el [argumento utilitario] para preferir la propiedad privada por sobre la propiedad común. El argumento para optar por la propiedad privada por sobre la colectiva tiene que ver más con los mercados que con la necesidad de responsabilidad y autorestricción en el uso de los recursos (aunque puede sostenerse que el historial ambiental de las sociedades soviéticas está resultando haber sido mucho, mucho peor que el de sus competidores capitalistas). El argumento a favor de los mercados es que en una sociedad compleja hay un número indefinido de decisiones que tomar respecto de la asignación de determinados recursos a determinados procesos de producción ¿Es una determinada tonelada de carbón mejor aprovechada para generar electricidad, la que a su turno será utilizada para refinar aluminio para la fabricación de artículos de cocina o aviones, o se le dará un mejor uso si se ocupa para producir hierro el cual puede ser utilizado para construir las líneas férreas, las que a su vez pueden servir para transportar forraje o bauxita de un lugar a otro?. En la mayoría de las economías hay cientos de miles de distintos factores de producción y se ha demostrado que es imposible para la toma de decisiones eficientes relativas a su asignación el que éstas sean hechas por agencias centrales actuando a nombre de la comunidad y saturadas con el control de la economía en su conjunto. En las sociedades socialistas existentes, la planificación centralizada se

convirtió en una forma de asegurar más que de prevenir una parálisis económica, la ineficiencia y el despilfarro.

En economías de mercado, por el contrario, decisiones como las señaladas son tomadas en un sistema descentralizado por miles de individuos y compañías respondiendo a señales de precios, cada uno buscando maximizar las ganancias provenientes del uso de los recursos productivos que están bajo su control. Algunos han especulado que podrían existir mercados sin propiedad privada, pero esto también parece imposible. A menos que los empresarios en una economía de mercado sean motivados directamente por consideraciones de ganancia personal en sus inversiones y decisiones de inversión- o a menos que se hagan responsables frente a otros que están motivados en esa base- no puede esperarse que ellos respondan eficientemente a los precios. Este tipo de motivación puede esperarse sólo si los recursos en cuestión son *suyos*, de modo que la pérdida sea suya cuando se pierde una señal de mercado y la ganancia sea también suya cuando una inversión rentable es segura.

He dicho anteriormente que la defensa utilitarista de la propiedad privada se encuentra en problemas, a menos que pueda demostrar que todos están mejor bajo un sistema de propiedad privada, o al menos que nadie se encuentra peor. Ahora bien, una sociedad en la que todos los ciudadanos obtienen ventajas significativas de la privatización de la economía no es quizás un ideal imposible. Pero en cada sistema de propiedad privada con el cual estamos familiarizados hay una categoría de personas, generalmente muchos miles, que son dueños de muy poco o nada, y que están probablemente mucho peor bajo ese sistema que el que tendrían bajo una alternativa socialista. Una teoría justificativa no puede simplemente ignorar su predicamento, aunque sólo fuera porque es en cierta forma su predicamento el que coloca el problema justificativo en primer lugar. Un utilitarista exagerado puede sostener que las ventajas para aquellos que disfrutan de la propiedad privada simplemente superan los costos de aquellos que sufren. Esto es, el utilitarista puede defender la propiedad privada utilizando exclusivamente medidas globales de producción y prosperidad. Filosóficamente, sin embargo, este tipo de exageración está bastante

Utilitarismo
|

desacreditado (Rawls, 1971, pp. 22-23; Nozick, 1974, pp. 32-3): si tomamos al individuo en vez de una entidad abstracta como "el bienestar social" como el punto focal de justificación moral, entonces debería haber algo que podamos decir a *cada* individuo acerca de por qué la institución que estamos defendiendo es digna de respaldo. De otra forma, no es del todo claro por qué debería esperarse que él observara sus reglas y condiciones (a menos que tengamos el poder y el dinero para obligarlo).

Tal vez el argumento utilitario puede ser complementado con un argumento de mérito con el objeto de demostrar que existe justicia en el hecho de que algunas personas gocen de los frutos de la propiedad privada mientras que otros deban soportar la pobreza. Locke también tomó esta dirección. Dios nos dio el mundo, sostiene, "para que se aprovecharan de él el trabajador y el racional... no para el capricho o la ambición del pendeñero y conflictivo" (Locke, [1690] 1988, p.291). Si la propiedad privada supone que el uso de los recursos se hará de forma más sabia y eficiente, es porque alguien ha desarrollado las virtudes de prudencia, trabajo y autorestricción. Personas que soportan la pobreza, por esta razón, lo hacen principalmente producto de su inactividad, despilfarro o deseo de iniciativa. Ahora bien, teorías como ésta, son fácilmente desacreditadas si ellas pretenden justificar la real distribución de la riqueza bajo una economía basada en propiedad privada (Nozick, 1974, pp. 158-9; Hayek, 1976). Pero hay una posición más modesta que los teóricos del mérito pueden abrazar: a saber, que la propiedad privada por sí sola ofrece un sistema en el cual la inactividad no es premiada a costa del trabajo, un sistema en el cual aquellos que pueden tomar sobre sí las responsabilidades de prudencia y productividad pueden esperar cosechar alguna recompensa por su virtud, la que los distingue de aquellos que no hicieron dicho esfuerzo.

Uno también puede enfocar el problema de la virtud desde una perspectiva un tanto diferente. En vez de (o además de) premiar al propietario por la virtud que exhibe, podemos contabilizar como un punto a favor de la propiedad privada el que ella ofrece a las personas la oportunidad de adquirir y ejercitar tales virtudes. Ser dueño de algo, en palabras de Hegel, ayuda a los individuos a "dejar de lado la mera subjetividad de la personalidad"

Hegel, no hay a suponer que por las cosas

(Hegel [1821] 1991, p.73); en palabras más sencillas, les otorga la posibilidad de hacer planes y proyectos concretos que de otra forma sólo revolotearían dando zumbidos dentro de sus cabezas, y a asumir la responsabilidad por sus intenciones de la misma manera como el material en que están trabajando -una casa, un bosquejo, o un automóvil- registra el impacto de las decisiones que han tomado (Waldron, 1986, pp.343-89; cf. Munzer, 1990, pp.120-47). En la tradición cívica republicana, el argumento de virtud fue asociado a la noble independencia y autosuficiencia del granjero terrateniente. No deber nada a nadie salvo a su propio trabajo, ni tan rico como para ser capaz de comprar a otro, ni tan pobre para ser comprado. El propietario individual en una república de virtud podía tener fe en actuar como un buen ciudadano, usando en las relaciones públicas las virtudes de prudencia, independencia, determinación y buena labranza en las que él necesariamente confió al trabajar su propia tierra. Si la mayoría de los recursos económicos son poseídos en común o controlados colectivamente para el beneficio de todos, no existen garantías de que las condiciones de vida de los ciudadanos serán de tal magnitud como para ser capaces de promover virtudes republicanas. Por el contrario, los ciudadanos se pueden comportar como beneficiarios pasivos del Estado o como participantes irresponsables en la tragedia de los bienes comunales. Si una o dos generaciones crecen con tal carácter entonces la integridad de la sociedad en su conjunto se encuentra en peligro. Estos argumentos acerca de la virtud por supuesto que son bastante sensibles a la distribución de la propiedad (Waldron, 1986, pp. 323-42). Tal como observó T. H. Green, a una persona que no es dueña de nada en una sociedad capitalista "también pueden denegársele, en lo que respecta a los objetivos éticos a los que la posesión de propiedad debería servir, derechos de propiedad por completo" (Green, 1941, p. 219).

Para completar este panorama respecto a las justificaciones generales de la propiedad privada, debemos considerar la relación entre propiedad y libertad. Sociedades con propiedad privada generalmente son descritas como sociedades libres. Parte de lo que esto significa es que, de seguro, los propietarios son libres de usar su propiedad a su arbitrio; ellos no se encuentran atados por decisiones sociales o políticas. (Y

correlativamente, el papel del gobierno en la toma de decisiones económicas se encuentra minimizado.) Pero esto no puede ser todo su significado -como lo vimos en nuestra discusión analítica- sería igualmente oportuno describir la propiedad privada como un sistema falto de libertad, desde que necesariamente involucra la exclusión social de las personas a los recursos que otros poseen.

Hay otras dos cosas implícitas en la exposición libertaria. La primera es una idea sobre la independencia: una persona que es dueña de una cantidad importante de propiedad privada -una casa, y digamos, una fuente de ingreso- tiene menos que temer de la opinión y la coerción de otros que el ciudadano de una sociedad en la cual otras formas de propiedad son predominantes. El primero abraza, en un sentido bastante literal, ("La esfera privada") que los liberales han atesorado siempre para los individuos -un reino de acción en el cual no necesita responder a nadie sino a sí mismo. Pero como el argumento de la virtud, esta versión del modelo libertario es sensible a la distribución: para aquellos que no son dueños de nada en una economía basada en la propiedad privada parecería ser tan falto de libertad como cualquiera lo sería en una sociedad socialista.

La última idea puede parecer muy inteligente, aunque, hay otras maneras indirectas en las cuales la propiedad privada contribuye a la libertad. Milton Friedman (1962) sostiene que la libertad política aumenta en una sociedad donde los medios de producción intelectual y política (imprentas, máquinas fotocopadoras, computadores) son controlados por un número de individuos particulares, empresas y compañías -incluso si ese número no es muy grande. En una sociedad capitalista, un disidente tiene la opción de tratar con muchas personas (excluidos los agentes del Estado) si desea difundir su mensaje; y muchos están preparados para ofrecer sus medios de comunicación simplemente a cambio de dinero, sin consideración al mensaje. En una sociedad socialista, por el contrario, aquellos que son políticamente activos o tienen que persuadir a las agencias del Estado para difundir su opinión, o bien arriesgarse a una publicación clandestina. Más genéricamente, Friedman sostiene que una sociedad basada en la propiedad privada ofrece a aquellos que no son dueños de nada una variedad más amplia de formas en las cuales ganarse la vida -o

si desea, una mayor cantidad de maestrías- de las que se le ofrecerían en una sociedad socialista. En estas formas, la propiedad privada puede según algunos hacer una positiva contribución a la libertad -o al menos un aumento en las posibilidades de elección- de todos.

Razonamientos distributivos particulares

(Suponga) ahora, por amor al razonamiento, que la propiedad privada es en general una buena institución para la sociedad. Sea porque maximiza la utilidad, facilita los mercados, cultiva la virtud, premia el mérito o porque proporciona un ambiente congénito para el desarrollo de la libertad, pensamos que es una buena idea que los recursos estén bajo el control de los individuos que tendrán que vivir con los efectos de las decisiones que toman sobre aquéllos. La pregunta ahora es cuáles individuos han de tener el control de cuáles recursos. ¿Cómo -en virtud de qué principios- se ha de determinar esto?

La tarea de justificar una distribución de la propiedad privada es importante. En nuestra discusión analítica, observamos que una vez que se establece un sistema de propiedad privada, con determinados recursos asignados a determinados individuos, no se requiere de una intervención distributiva adicional para que el sistema funcione. Aunque las necesidades cambian, las personas mueren y una generación es sucedida por otra, la institución de la propiedad privada puede en gran medida subsistir por sí sola, en lo que a la distribución respecta. Pero los resultados pueden no ser muy atractivos. En algunos casos, la concentración de los recursos en manos de unos pocos individuos, empresas o familias puede ser tan extremo que las autoridades se sentirán compelidas a intervenir en el nombre de la justicia y emprender una redistribución a gran escala. Históricamente esto ha sucedido en una gran cantidad de países -en Nueva Zelanda durante la segunda mitad del siglo diecinueve, en México a comienzos de siglo y más recientemente en Filipinas. Los países que han iniciado reformas en la propiedad raíz se están planteando la pregunta distributiva nuevamente, tratando de establecer una asignación de los recursos que se justifique a la luz de los actuales requerimientos de su sociedad.

Incluso en países donde no hay tal distribución, los razonamientos distributivos pueden desempeñar un papel en la manera de pensar de los individuos sobre la forma cómo los derechos de propiedad deberían ser regulados, y la manera cómo ellos se ajustan a una estructura general de instituciones sociales y económicas. Muchos países desarrollados tienen impuestos progresivos a la renta y la riqueza, y brindan apoyo económico y servicios básicos a sus ciudadanos más pobres, con cargo a esos impuestos. Estos esquemas no son generalmente concebidos como formas de redistribuir la propiedad, pero pueden, sin embargo, estar informados por un sentido que se cuestiona a qué distancia se encuentra el sistema vigente de una justa distribución o cuáles deberían ser los principios subyacentes básicos de la distribución de la propiedad.

Hago hincapié en esto porque hay un conocido argumento en "derecho y economía" tratando de demostrar que las preguntas de distribución inicial son irrelevantes. Imagine que un campo sembrado con trigo contiguo a una vía férrea se quema constantemente producto de las chispas de los trenes que por ahí pasan. Está claro que o el trigo puede crecer en esta tierra o los trenes pueden cruzarla, pero no ambas. Un teorema debido a Ronald Coase (1960) sostiene que un resultado eficiente puede obtenerse por el cosechador de trigo y el ferrocarril, independiente de si al primero se le confiere el derecho de que su trigo no arda en llamas. Si el negocio de ferrocarriles es más rentable que producir trigo, la compañía de ferrocarriles estará en condiciones de pagar al granjero los daños por la pérdida de su cultivo y aún obtener ganancias, si el granjero tiene el derecho a demandar; y si no lo tiene, éste va a ser incapaz de pagar lo suficiente para persuadirlos de dejar el negocio de los ferrocarriles y seguir causando daños a su plantación. Lo mismo se aplica, *mutatis mutandis*, si el cultivo de trigo se convierte en una actividad más rentable: el reparto inicial no tiene ninguna importancia. Pero el teorema de Coase sólo demuestra que la pregunta distributiva no es de importancia desde el punto de vista de la eficiencia (e incluso entonces, bajo supuestos altamente idealizados acerca de costos de transacción). Con todo, Coase y sus seguidores admiten que el reparto inicial de derechos tiene gran importancia en relación a con cuánta riqueza termina *cada parte* en una distribución

eficiente, y difícilmente pueden negar que es probable que esto interese más a las mismas partes que el problema de la eficiencia. [En general, los profesores de "Derecho y Economía" no han hecho un intento por demostrar por qué deberíamos preocuparnos de la eficiencia con exclusión de todo lo demás, o por qué al derecho no le debería interesar lo que tradicionalmente ha sido considerada su razón de ser -la justicia.]

NO ES NUESTRO

↑

EFICIENCIA & JUSTICIA → D^o

↓

R/O. DISTINGUIR

Entre los filósofos que discuten principios para asignar recursos a determinados propietarios, algunos aceptan la inherente arbitrariedad del reparto inicial, mientras que otros insisten en que a menos que dicho reparto esté moralmente justificado, la subsiguiente operación del sistema de propiedad no puede estarla. Dentro del último grupo -esto es, de aquellos que insisten que el reparto inicial debe estar moralmente justificado- algunos sostienen que la distribución inicial de la propiedad privada debe ser un asunto de decisión colectiva por la sociedad en su conjunto, mientras que otros sostienen que repartos moralmente aceptables pueden ser establecidos por acciones unilaterales de los individuos. Nombraré estos tres enfoques Humeniano, Rousseauiano y Lockeano en nombre a sus tres proponentes más famosos.

Enfoque Humeniano En este enfoque, partimos del supuesto que desde tiempos inmemoriales, los individuos han estado peleando y apropiándose de los recursos y que la distribución de la posesión de facto en cualquier tiempo es susceptible de ser arbitraria, dirigida por la fuerza, la destreza y la suerte. Es posible que esta apropiación y lucha predatoria (algunos de cuyos aspectos serán físicos, mientras que otros ideológicos) continuará de aquí para allá en forma indefinida. Pero también es posible que la situación se calme en alguna forma de equilibrio estable, en el cual casi todos aquellos en posesión de recursos de importancia descubren que los costos marginales de una actividad predatoria adicional son iguales a sus ganancias marginales. Bajo estas condiciones, algo como un "dividendo de paz" puede ser asequible. Tal vez todos pueden ganar, en términos de disminución de conflicto, estabilización de las relaciones sociales, y expectativas de un mercado de intercambios, por un acuerdo de no luchar más por la posesión.

Observo que será de mi interés dejar a otro en posesión de sus bienes, a condición de que él actúe de la misma forma conmigo. El es titular de un interés semejante en la regulación de su conducta. Cuando este sentido común de interés es mutuamente expresado y conocido, genera una adecuada conducta y determinación. (Hume [1739] 1888, p.490)

Tal determinación, si es duradera, puede equivaler con el tiempo a una ratificación de posesiones *de facto* como propiedad *de jure*.

El enfoque Humeneano -el cual encuentra una copia moderna en la obra de James Buchanan (1975) -proporciona una explicación a la distribución inicial que es congénita al espíritu de la economía moderna. No hace uso de ningún supuesto acerca de la naturaleza humana excepto aquellos utilizados en la teoría de la elección racional y es consecuentemente bastante modesta en sus pretensiones morales. En la explicación Humeneana, la estabilidad de una distribución inicial no tiene relación con su justicia o respetabilidad moral- Puede ser igual o desigual, justa o injusta (para algunos parámetros distributivos), pero las partes sabrán de antemano que no pueden esperar una mejor distribución precipitando nuevamente su propia fuerza contra la de otros. Hume sostiene, que no nos deberíamos preocupar de las características distributivas del régimen posesorio que surge de la era de conflicto. El objetivo debería ser ratificar cualquier distribución que parezca digna de nota -esto es, cualquier distribución apoyada por promesas que nos alejen de la disputa respecto de quien debería ser dueño de tal o cuál cosa y nos acerquen a los beneficios prometidos por un mercado ordenado.

Como explicación sobre el génesis de la propiedad, la teoría de Hume tiene la ventaja sobre sus principales rivales de reconocer que las tempranas eras de la historia humana son eras de conflicto en gran medida no regulados por principios e ininteligibles a la luz de las últimas interrogantes morales. En nuestro análisis sobre la propiedad, Hume no nos exige indagar en la historia para averiguar quién hizo qué cosa a quién y qué hubiera sucedido si ellos no lo hubiesen hecho. Una vez que un determinado patrón de posesión

surge, simplemente trazamos una línea arbitraria y decimos, "los derechos de propiedad comienzan desde aquí". El modelo tiene consecuencias normativas de importancia para el presente también. Aquellos que son tentados a poner en duda o a desbaratar una distribución de propiedad vigente, deben reconocer que lejos de ser el comienzo en una nueva era de justicia, sus intentos son susceptibles de inaugurar una era de conflicto en la cual prácticamente ni la planificación ni la cooperación sean posibles. [La importancia de * tener relaciones estables de propiedad no es su contribución a la justicia, sino el proporcionar a las personas una base mutuamente reconocida sobre la cual el resto de la vida en sociedad pueda ser edificada.]

La debilidad del enfoque Humeniano es, por supuesto, lo opuesto de su fortaleza. Tal como lo vimos en nuestra discusión sobre el Teorema de Coase, la justicia distributiva importa al derecho y nos importa a nosotros. No seríamos felices con una convención Humeniana que ratifique la esclavitud o el canibalismo, aunque para todo eso, Hume muestra que también puede ser una característica del equilibrio que surge de la era del conflicto que algunas personas tengan la posesión de los cuerpos de otros. Y si este modelo de posesión fuera en realidad estable, todos ganarían -tanto los esclavos como sus dueños - con su ratificación como propiedad; pero aún nos opondríamos a ella en el terreno de la justicia. Lo que esto demuestra es que incluso si Hume está en lo cierto al decir que el sentimiento de justicia se construye en base a una convención de respetar la posesión de facto de otros, ese sentimiento una vez establecido, puede cobrar vida propia y, consiguientemente, volverse en contra de la distribución que engendró.

El enfoque Rousseauiano En el modelo Humeniano, el dividendo de paz es asegurado por una mutua cortesía: yo estoy de acuerdo en respetar lo que has conseguido para sobrevivir y tú estas de acuerdo en respetar lo que yo he conseguido con igual propósito. Una alternativa es establecer una autoridad pública o un Estado que haga valer esta mutua cortesía. Pero si el Estado que establecemos es lo suficientemente poderoso para imponer una distribución de facto, es probablemente lo suficientemente poderoso como para

movilizar los recursos de un individuo a otro de acuerdo a sus propios criterios de justicia (a saber, los de sus constituyentes y funcionarios de gobierno).

En verdad, el poder del Estado puede acordarse por un sentimiento moral general basado en que las personas que actúan en conjunto están facultadas para establecer una nueva distribución basada en principios de justicia más amplios que reflejen la posición de cada individuo como un igual camarada en una sociedad. Estos principios pueden sostener, por ejemplo, que los recursos de la tierra en su origen fueron puestos a disposición de todos, de modo que ningún individuo podría legítimamente ser apartado de ellos por la apropiación de otro individuo sin su consentimiento. O bien pueden sostener, basados en las palabras sugeridas por Manuel Kant, que las acciones unilaterales de un usurpador no pueden generar las obligaciones que el derecho de propiedad supone, obligaciones que simplemente no se tendrían, con la excepción de la apropiación. Solo una voluntad que es omnilateral puede ser capaz de hacer esto, de acuerdo a Kant -sólo la voluntad colectiva (común) y poderosa asociada con el derecho público promulgado por el gobierno (Kant, [1797] 1991, pp.77 y 84).

Esta posición está asociada más cercanamente con la teoría normativa de Jean Jacques Rousseau. Incluso si los individuos están en posesión de recursos cuando una sociedad se establece, Rousseau sostiene que como una parte inherente del contrato social debemos alienar nuestras posesiones particulares al deseo general de la comunidad, la que por sí sola es capaz de determinar una distribución que otorgue una base genuina de respeto mutuo (Rousseau, [1762] 1973, pp. 173-81). Por supuesto que esa sumisión nos parece terriblemente riesgosa. Pero el riesgo no parece ser tan grande si consideramos que la alternativa consiste en que ciertos individuos mantengan el dominio de los recursos, y por consiguiente, el poder sobre los demás de una forma que es sencillamente imposible de ser controlada por un principio moral. Debemos recordar también que el modelo Rousseauiano es uno altamente idealizado. La idea no es que todos -ricos y pobres- simplemente cedan sus posesiones a cualquier banda de ladrones o partido vanguardista

• Hume
• Berlin
• Green
• Weber

↓ Aristotle
Platon

Descartes

↓ HOBBS - LOCKE
rationalism
↓ Rousseau

KANT

↓ HEGEL - MARX
idealism

↓ KANT
↓ HUME
↓ HAYEK
(HUME) & Hayek

(rationalism 19th c)

ostente considerarse como gobierno. Se trata más bien de que la noción de un conjunto legítimo de derechos de propiedad es inseparable de la idea de una genuina unión social en la cual las personas resuelven juntas el problema de los recursos como individuos libres e iguales.

Lo que en realidad esto produce, en la forma de una asignación de recursos a los individuos, es una cuestión de principios distributivos que aprueben el examen (actual o hipotético) de la ratificación por la voluntad común. En efecto, muchos de aquellos que adoptan el enfoque Rousseauiano se representan algún tipo de burda igualdad en la propiedad privada.

Pero es aquí donde el modelo atraviesa por su mayor dificultad. Si un conjunto *inicial* de posesiones ha de ser valorado sobre la base de un principio distributivo (digamos, igualdad), entonces cualquier conjunto de posesiones puede calcularse sobre dicha base. Después de todo, de seguro que no existe justificación para aplicar el criterio Rousseauiano a t_1 lo cual tampoco sería una justificación para aplicarlo nuevamente a cualquier subsiguiente tiempo t_2 . Pero si estamos distribuyendo derechos de propiedad privada a t_1 , y si - como uno espera, ellos incluyen poderes de transferencia entonces - como lo ha dicho Robert Nozick (1974, pp 162-4), cualquier distribución favorable es susceptible de transformarse en una distribución desfavorable en t_2 por el principio igualitario, como resultado de actividades voluntarias tales como hacer regalos, legados, intercambios en el mercado y así sucesivamente. Para mantener un patrón distributivo del tipo que el principio Rousseauiano considera, "uno debe o interferir continuamente para evitar que las personas transfieran sus recursos a su arbitrio, o interferir periódicamente para tomar de algunas personas recursos que otros por alguna razón les han transferido" (Nozick, 1974, p.163). Aparte de atentar contra la libertad, los resultados de esta constante aplicación y reaplicación de un criterio moral puede hacer indeterminados los procesos del mercado, como Hume lo señala, "reducir a la sociedad a la más extrema de las indigencia; y en vez de evitar carencias y pobreza en unos pocos, convertirla en algo inevitable para toda la comunidad (Hume [1771] 1902, p.194).

John Rawls, quien puede ser considerado como un moderno exponente del enfoque Rousseauiano, sostiene que el problema puede resolverse por medio de insistir en que los principios de justicia ratificados por una asociación Rousseauiana imaginaria no han de ser aplicados a repartos distributivos individuales sino al juicio y elección de instituciones que, como es entendido, una vez escogidas funcionan por su propia cuenta y lógica. "Una distribución", escribe Rawls, "no puede ser juzgada en forma aislada del sistema del cual es su producto o de lo que los individuos han hecho de buena fe a la luz de las expectativas establecidas." (Rawls, 1971, p.88). Pero resta por ver si esta norma altamente abstracta puede convertirse en una forma de pensar y evaluar el real funcionamiento de organizaciones concretas de propiedad.

El enfoque Lockeano [En el modelo Rousseauiano, el reparto inicial de recursos es hecha por la sociedad en su conjunto, bajo la premisa que algo que afecta a todos requiere el consentimiento de todos.] El enfoque Lockeano refuta este enfoque como ridículo e imposible: "Si dicho consentimiento fuera necesario, la especie humana estaría muriendo de hambre, a pesar de lo muchísimo Dios le hayá dado" (Locke, [1690] 1988, p. 288). Nacimos, sostiene, que en un mundo abastecido para satisfacer las necesidades de la vida, y no puede haber nada malo en que una persona tome posesión y use algo de esto. Aún más, si una persona comienza a ocupar una porción de tierra u otro recurso natural, parece equivocado que otros traten de perturbarlo o despojarlo de ella, a menos que de algún modo su apropiación haya perjudicado gravemente su existencia. Pareciera que no necesitamos de ninguna decisión colectiva u omnilateral para establecer el derecho del apropiador a cierto respeto por el derecho que ha creado.

En su forma más sencilla, la teoría de adquisición unilateral se nos presenta como la Teoría de la Primera Ocupación: la primera persona en ocupar una porción de tierra se convierte en su dueño, o más genéricamente, la primera persona en actuar como si fuera dueño de algo se convierte en supropietario, en lo que respecta a la moral de sus acciones o la de los demás. El argumento tradicional para esto ha sido que mientras los segundos y

subsiguientes ocupantes necesariamente perjudican los intereses de alguien que llegó antes, el primer ocupante no. Pero eso no serviría de nada. Incluso si no hay un primer ocupante-apropiador, aún pueden haber otros individuos cuyos intereses son afectados por el primer ocupante -a saber, aquellos quienes han disfrutado previamente el recurso en común, pero que ahora se encuentran impedidos de usarla o gozarla por el título putativo del primer ocupante.

La teoría de John Locke es sin duda considerada como la más interesante de las discusiones filosóficas acerca de la propiedad, en gran medida porque representa un intento serio por tratar el problema. El punto de partida del análisis de Locke es que Dios dio el mundo a los hombres para compartirlo, de modo que la introducción unilateral de derechos es reconocida desde el comienzo para representar en cierto modo un problema moral.

¿Cómo plantea Locke solucionar este problema? Primero, él lo hace manejable por la vía de poner énfasis en que cuando la propiedad privada fue inventada había, en realidad, más que suficiente para que todos se hicieran dueños de algo. Fue la creación del dinero, sostuvo, la que lideró a la introducción de posesiones individuales más extensas, producto de las cuales algunos llegaron a ser propietarios de mucho y otros muy poco o nada; y agregó -no de manera completamente convincente- que desde que el dinero tuvo como base la convención humana, la fase de distribución fue gobernada por consideraciones de justificación de un tipo (al que he llamado) Rousseauiano: "Desde que el oro y la plata (...) tienen un valor sólo por el consentimiento de los hombres (...) es evidente que los hombres han acordado una posesión de la tierra en forma desigual y desproporcionada" (Locke, [169.0] 1988., pp. 301-2)

El principal significado de este argumento es que representa la conciencia de Locke sobre los límites de una teoría unilateral de apropiación. Una conciencia similar se muestra en su discusión sobre el origen de la propiedad, donde encontramos su teoría de apropiación individual complementada, desde principio a fin, por lo que he llamado antes Teoría General Justificatoria. Aunque Locke sostiene, tanto como cualquier teórico de la

— *con el argumento de que el dinero es un contrato social, pero no es un contrato*

Primera Ocupación, que una persona que toma recursos de la tierra virgen normalmente adquiere un derecho sobre ellos, ella siempre trata de agregar que esto es también una cosa buena desde el punto de vista social, porque premia el trabajo y promueve el bienestar general. La apropiación unilateral nunca tiene que permanecer completamente sola en la teoría de Locke, como lo está en la visión de sus más recientes seguidores, más destacadamente, Robert Nozick (1974):

Al final, sin embargo, es el argumento acerca de la apropiación unilateral el que ha capturado la imaginación filosófica. Y es indispensable para el ejemplo de Locke -aunque sólo sea porque proporciona el prototipo de los derechos individualizados que son apoyados por los razonamientos generales y que más tarde serán ratificados por el consentimiento. La contribución de Locke es haber conectado la apropiación unilateral con la idea de auto-dominio:

Aunque la tierra (...) sea común a todos los hombres, cada individuo tiene una propiedad sobre su persona. A ésta nadie tiene derecho sino ella misma. El trabajo de su cuerpo y la actividad laborativa de sus manos podemos decir que, en estricto rigor, son suyas. Él ha mezclado su trabajo con todo lo que ha sacado del estado que la naturaleza le ha proporcionado y los ha reunido en algo que le es propio, de ahí que lo haga su propiedad: Lo que él saca del estado común en que la naturaleza lo dejó, tiene producto de su trabajo algo anexo a ella; lo que excluye el derecho común de otros hombres: (Locke, [1690] 1988, pp. 287-8)

Que algo en lo que he trabajado, encarna una parte de mí es un sentimiento bastante común. Locke conectó este sentimiento con el de autodominio que caracterizó al emergente individuo liberal, en una forma que también gestó argumento tanto económica como moralmente convincente a favor de la apropiación unilateral. Desde que la mayor parte de lo que valoramos en las cosas externas no es producto de la naturaleza sino que del trabajo, no resulta tan extraño, como Locke lo plantea, "que la propiedad sobre el trabajo debería ser capaz de preponderar por sobre la comunidad de la tierra":

Aunque las cosas de la naturaleza son dadas en común, los hombres (por ser dueños de sí mismos, propietarios de su propia persona y de las actividades laborativas de ella genera) tienen en sí mismos la piedra angular de la propiedad; y aquello que constituyó la mayor parte de lo que a él se dedicó para su sustento o comodidad, cuando la invención y las artes han mejorado las conveniencias de la vida, era perfectamente suya, y no perteneció en común a otros (Locke, [1690] 1988, pp. 296-9).

La parte de la teoría de Locke que ha despertado quizás el mayor escepticismo en la filosofía del derecho no es la teoría de la adquisición unilateral, sino algo que parece derivarse de ella -a saber, que pueden haber derechos de propiedad privada anteriores al establecimiento de sistemas de derecho positivo. La propiedad Lockean se estableció en el estado de naturaleza, y aunque más tarde la desigualdad es ratificada por el consentimiento, dicho consentimiento no tiene nada que ver con el contrato social o la invención del gobierno. Consecuentemente, cuando el derecho positivo nace, se encuentra con un conjunto de derechos individuales ya existentes, y con una gran cantidad de punzantes ciudadanos que están dispuestos pelear por la tesis que sostiene que la tarea del gobierno es proteger sus derechos de propiedad y no reconstituirlos o redistribuirlos. Entonces, a la inversa, aquellos que creen que el gobierno debería tener más poder Rousseauiano sobre la propiedad, generalmente sostienen su argumento basado en la tesis que los derechos de propiedad son inimaginables sin derecho positivo)

En efecto, no es tan fácil deshacerse de la visión Lockean. En primer lugar, el estado de naturaleza de Locke no es uno asocial, sino solo apolítico. Locke toma la plausible perspectiva que todos los tipos de relaciones morales pueden existir en una denso tejido de interacción social, sin el apoyo específico del Estado o del derecho positivo. Pero si esto es reconocido como una proposición general, ¿Por qué las relaciones de propiedad han de ser una excepción? Las personas seguramente pueden cultivar la tierra exista o no un derecho positivo, y la idea de que otros sin el derecho son incapaces de formar, compartir o de actuar de acuerdo a la opinión que sostiene que es equivocado interferir o apropiarse del producto del trabajo de otros, parece poco plausible. De modo

semejante, no parecemos necesitar la ayuda de un ordenamiento jurídico para explicar la existencia del intercambio y de los mercados. Hasta donde podemos decir, el comercio entre los habitantes de diferentes regiones es de anterior data que la existencia de determinadas instituciones legales por muchos milenios.

Lo que sí es cierto es que el derecho hace una inmensa contribución al sistema de propiedad y que en las complejas circunstancias de la vida moderna, la propiedad sin derecho, -donde las reglas descansan sobre nada más robusto que una conciencia moral compartida- es susceptible de ser acribillada entre disputas y malos entendidos. Pero Locke reconoció este punto. Que después de todo era el propósito de celebrar un contrato social - proporcionar mecanismos para resolver pormenores, hacer valer derechos, arbitrar disputas que no existían en el estado de naturaleza. Pero no es una consecuencia necesaria del hecho que necesitamos estos mecanismos -y que sólo un ordenamiento jurídico puede proporcionar- que nuestros pensamientos y sentimientos acerca de lo mío y lo tuyo, la propiedad y justicia distributiva, sean producto exclusivo del derecho positivo.

Bibliografía

- Buchanan, J. 1975: *The limits of liberty: between anarchy and Leviathan*. Chicago: University of Chicago Press.
- Coase, R. H.. 1960: *The problem of social cost*. Journal of Law and Economics, 3, 1-44.
- Friedman, M. 1962: *capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago Press.
- Green. T. H. 1941: *Lectures on tthe Principles of political Obligation*. London. Longmans, Green & Co.
- Grey, T. C. 1980: *The disintegration of prperty*. In J.R. Pennock and J.W. Chapman (eds), *Nomos XXII: Property*, New York: New York University Press.
- Hardin, G. 1968: The Tragedy of the commons. *Science*, 162, 1, 243-8.
- Hayek, F. A. 1976: *The Mirage of Social Justice*. London: Routledge & kegan Paul.

- Hegel, G.W.F. [1821] 1991: *Elements of the philosophy of Right*, ed. A.W. Wood, Cambridge: Cambridge University Press.
- Honore, A. M. 1961: Ownership. In A.G. Guest (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press.
- Hume, D. [1739] 1888: *A treatise of Human Nature*, ed. L.A. Selby-Bigge, Oxford: Clarendon Press.
- Hume [11777] 1902: *Enquiries Concerning the Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*, ed. L.A. Selby-Bigge, Oxford: Clarendon Press.
- Locke, J. [1690] 1988: *Two Tratises of Government*, ed. P. Laslett, Cambridge: Cambridge University Press.
- Munzar, S. 1990: *A Theory of property*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nozick, R. 1974: *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Basil Blackwell.
- Rawls, J. 1971: *A theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Rousseau, J.J. [1762] 1973: *The Social Contract and Discourses*, tr. G.D.H. Cole, London: J.M. Dent & Sons.
- Ryan, A. 1984: *Property and Political Theory*. Oxford: Basil Blackwell.
- Waldron, J. 1986: *The Right to private Property*. Oxford: Clarendon Press.