

DOI: 10.4067/S0718-09502023000100091

La propiedad privada como canon: notas para su deconstrucción

*Pedro S. Guerra Araya**

RESUMEN

El artículo indaga en los rasgos de la propiedad privada en tanto paradigma jurídico superpuesto a uno de orden económico, al que son funcionales las formulaciones normativas y la dogmática jurídica de la propiedad. Se repasa la evolución de los sistemas de ideas acerca de la propiedad privada hacia la construcción de un canon propietario privatista, que expresa la mejor versión posible de la propiedad. A partir de ello se busca develar una lógica económica que ha resultado fundamental para la construcción de un canon jurídico, en tanto única forma posible de aproximación a las relaciones entre las personas y los bienes. Dicho canon puede ser interpelado a partir de los desarrollos tecnológicos y las nuevas formas de transacción que estos permiten, que cuestionan la validez de lo propiedad privada como forma única de aprovechamiento de bienes.

Propiedad; economía de la propiedad privada; capitalismo

Private property as a canon: notes for its deconstruction

ABSTRACT

The article investigates the features of private property as a legal paradigm that has been overlapped in an economic one, to which the normative formulations and legal dogmatics of property are functional. The evolution of the systems of ideas about private property is reviewed towards the construction of a private property canon that expresses the best possible version of property. From this, the article seeks to show an economic logic that has been fundamental for the construction of a legal canon, as the only possible way of approximating the relationships between people and the goods. That canon can be contested, based on technological developments and the new forms of transaction that they allow, which question the validity of private property as the only form of use of goods.

Property; property economics; capitalism

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Magíster en Políticas Públicas y Sociales, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Doctor en Derecho, Universidad de Valparaíso, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6886-2422>. Correo electrónico: psguerra76@gmail.com.

Artículo recibido el 20.7.2022 y aceptado para su publicación el 3.1.2023.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la clausura definitiva del mundo feudal y el comienzo de lo que Beaud llamó “la larga marcha hacia el capitalismo”¹, un complejo sistema de ideas viene acompañando la instauración de un sistema político y económico que se fundamenta en el trabajo asalariado y la propiedad privada. En ese sentido, la gran transformación que se sigue de la clausura de los campos abiertos y su propietarioización, es el resultado de un cambio en las mentalidades que permiten un cierre epocal² y la inauguración de un nuevo orden, que se legitima en el derecho subjetivo y el imperio de la ley. Este orden arranca de desarrollos de la filosofía política, en los que la elaboración de justificaciones para la apropiación privada de bienes que antes pertenecían a todos (y a nadie en particular) van a establecer las bases de nuevas formas de producir y transar bienes en el mercado.

El paisaje de ideas de que acompaña ese proceso de alumbramiento del capitalismo está marcado especialmente por el auge de liberalismo político, que será proclive a nuevas lecturas del derecho de propiedad, de antiquísima data en los sistemas jurídicos. La propiedad va a transitar, en ese sentido, hacia una consagración de su forma privada porque esa es la forma más funcional al sistema capitalista y sus modos de acumulación. El punto culmine de la modernización de la propiedad va a ser su establecimiento como derecho subjetivo absoluto sobre bienes materiales, mediante fórmulas normativas codificadas, impersonales y de alcance universal. Como se verá, a partir de este punto la propiedad iniciará un largo derrotero hacia su descomposición conceptual, de la mano de los cambios políticos y económicos que marcarán las varias fases del desarrollo capitalista.

En ese contexto, las fórmulas normativas acerca de la propiedad privada se asientan en paradigmas filosóficos que se implantan en los sistemas jurídicos, conformando un canon propietario que reacciona ante los estatutos feudales superando sus raíces teológicas y éticas, para constituir un derecho despersonalizado y una racionalidad propia, en tanto incentivo al trabajo que la sociedad capitalista requiere³. Bajo esas premisas este estudio busca indagar críticamente en los rasgos fundamentales de ese paradigma propietario que se canoniza en la modernidad a partir de fundamentos jurídicos y económicos, pero que suelen quedar ocultos en una aproximación puramente dogmática de la propiedad privada. Los primeros dan cuenta de sus rasgos dogmáticos en el contexto de un cambio de época y un giro en la dirección de las ideas sobre el derecho. A su turno, el canon económico permite explicar el rol que la propiedad privada va a tener en la expansión del capitalismo, a base de un sentido común (o comúnmente compartido) que sugiere que la asignación de derechos de propiedad privada es la forma más eficiente de llevar los bienes a su mejor uso. Si la propiedad construye, con las herramientas del derecho subjetivo, un instituto legal funcional a un modo de producir, es posible advertir que los

¹ BEAUD, 1984.

² POLANYI, 1992.

³ MACPHERSON, 1975, p. 106.

cambios que la tecnología genera en los modos de producir y transar derechos, pueden establecer las bases para la construcción de nuevos paradigmas respecto de la apropiación y, quizás, para la superación de su carácter puramente privado. Esta trayectoria de cambio está dominada, en buena parte, por una ruptura en la unidad conceptual de la propiedad en que se asienta el canon jurídico, que responde a esos nuevos modos de producción y transacción.

El artículo se organiza de la manera siguiente: un primer capítulo se dedica al desarrollo de las ideas que la modernidad ofrece para la justificación de la propiedad, y la forma en que estas construyen un canon propietario, en tanto modelo de características perfectas, o la mejor versión posible de la propiedad. Una segunda parte indaga en el canon jurídico de la propiedad, y los rasgos más significativos de este, es decir, su carácter exclusivo y excluyente. Una tercera parte explora la propiedad privada como canon económico y la forma en que el sistema normativo instaura las bases para un modo de explotación económica específico de los bienes, bajo la premisa de que solo la propiedad privada puede ofrecer las condiciones óptimas de uso de los bienes. Finalmente, bajo el acápite de “un horizonte de crítica” se ofrece una reflexión acerca de las líneas de falla que muestra la propiedad como canon, cuyas imperfecciones pueden llevar a su deconstrucción y, en buena medida, a nuevos paradigmas propietarios.

II. LA CANONIZACIÓN DEL PARADIGMA

La entronización de un paradigma individualista de la propiedad privada, al servicio de un sistema capitalista, ha recibido una consagración normativa general en las sociedades occidentales. En ese sentido, los sistemas jurídicos que clausuran el régimen feudal, son de orden individualista y en ellos se mezclan las ideas de la propiedad como un derecho subjetivo, provenientes del iusnaturalismo, y la influencia del pensamiento económico⁴. Es tal su potencia ideológica que suele escaparse a los estudios dogmáticos que la propiedad privada se articula como condición de crecimiento y prosperidad en una determinada coyuntura histórica económica, y en esa lógica se protege y defiende. Su pretendida validez universal puede, por tanto, ser cuestionada a partir de los cambios en las condiciones tecnológicas de producción e intercambio, que en buena medida impugnan algunos elementos sustanciales del canon propietario, como se verá.

El aparato dogmático de la propiedad privada, que termina por volcarse en los códigos decimonónicos, y por supuesto en el Código Civil de Andrés Bello, es receptivo a la idea de una propiedad despersonalizada y desritualizada, y a la vez se basa de manera patente en la idea del derecho de excluir a otros en el ejercicio de los actos propietarios. Bell y Parchomovsky hacen el punto al señalar que, en el marco de la propiedad como sistema de protección del valor, la exclusión de otros permite a su dueño, entre otras cosas, fijar un precio de uso de ese bien objeto de propiedad, lo que en definitiva constituye el

⁴ CORDERO y ALDUNATE, 2008, p. 379.

derecho del dueño a extraer de forma completa el valor de esa propiedad⁵. Macpherson, no obstante, sostiene que la idea de exclusión no siempre fue así de consustancial al derecho de propiedad, y que es el capitalismo el que termina de suprimir la idea de lo común como una forma de propiedad, que había de alguna manera convivido con la propiedad privada en el mundo premoderno. Se dirá, por lo pronto, que aun cuando la dogmática civil otorgue pocas pistas al respecto (y se esfuerce más bien en despolitizar la propiedad en la asepsia que proporciona la ley), la decisión de vertebrar el derecho de propiedad privada a partir de la exclusión, es una de orden político y económico, que se instala mediante un canon jurídico particular. Es el nuevo signo de las relaciones sociales y productivas que surge a fines del siglo XVII, el que acaba por sepultar las formas propietarias comunes⁶. De esta manera, como se verá, es posible establecer un contrapunto entre la propiedad privada que aparece modernamente y el canon comunitario, propio del mundo medieval, con su característica dispersión y fragmentación.

Esta transición en la dogmática de la propiedad, y su avance hacia el derecho subjetivo, es fundacional para la modernidad política y económica, y su vocación hegemónica va a necesitar de una canonización, esto es de su elevación a la mejor forma posible de propiedad. Como se ha argumentado, este proceso va a decantar en dos formas de canon propietario. La primera, que interesa al derecho, es jurídica. Pero detrás de esta se oculta, sin gran disimulo, como se ha venido sosteniendo, un canon económico de la propiedad. En lo que sigue se exploran ambas variantes del canon, bajo la premisa de que deben entenderse en una relación sinérgica: el canon jurídico de la propiedad no es otra cosa que un vector del canon económico.

1. *El canon jurídico de la propiedad*

La propiedad que se compone a partir del pensamiento liberal es, como se ha visto, de cuño exclusivamente privado, y se articula en una oposición a la propiedad común y a las múltiples formas de apropiación que el mundo medieval ofrecía. La variante jurídica del canon es el producto de la universalidad de la ley y se manifiesta en las formulaciones normativas de esta y las reglas que establece para el acceso, el uso y la transferencia de la propiedad. En ese sentido hay que distinguir, con Waldron, entre una noción de propiedad, considerada como reglas de acceso y control de las personas sobre las cosas; y una noción de propiedad privada, comprendida como

“(...) un sistema que asigna objetos particulares, como piezas de tierra, a un individuo particular para que este la use y administre como desee, con exclusión de otros (...) y con exclusión de cualquier otro control minucioso de la sociedad”⁷.

⁵ BELL y PARCHOMOVSKY, 2005, p. 598.

⁶ MACPHERSON, 1975, pp. 106-107.

⁷ WALDRON, 2016, p. 1.

Es posible, entonces, identificar un canon jurídico de la propiedad privada, que posee rasgos similares, en cualquier momento y lugar donde el sistema capitalista haya hecho su labor colonizadora. Este canon se identifica en poderes específicos que el propietario detenta sobre los bienes y que se establece mediante fórmulas jurídicas concretas y universales en su alcance. En términos simples, la primera acepción de propiedad puede resumirse en las reglas que gobiernan el acceso y el control que las personas tengan respecto de una larga serie de objetos que pueden ser apropiados. Giuliano Martignetti⁸ ha señalado que mediante la etimología de la palabra misma “propiedad” se puede adivinar la relación contrapuesta entre personas y cosas. La noción de propiedad articula una compleja red de relaciones a partir de la pertenencia exclusiva de un objeto a una persona, máxime cuando esta se consagra como un derecho subjetivo. Esta última implicación jurídica es de gran relevancia, pues permite distinguir a la propiedad como un derecho que se opone a otra u otras formas posibles de detentar una cosa material, como es la posesión⁹. Ya se avizora aquí un rasgo distintivo del canon moderno de la propiedad, esto es su carácter de derecho subjetivo oponible a otras personas, uno de los varios poderes que se pueden ejercer en una cosa material y cuya variedad y posibilidades de transacción y aprovechamiento dará más adelante lugar a la teoría de la propiedad como un *bundle of rights* o haz de derechos.

Estos rasgos distintivos ya inducen una concepción de la propiedad como derecho real, oponible a todos los demás que no lo detentan. W. N. Hohfeld¹⁰ desarrolló a comienzos del siglo XX esta idea, al identificar los derechos reales (*in rem*) como aquellos que detenta una persona en contra de una clase amplia e indefinida de personas¹¹. De esta forma, los derechos reales, y siendo la propiedad el más importante de esta clase, no se dirigen en contra de cosas sino en contra de una amplia variedad de personas que cargan con un deber de respetar ese derecho¹². Ahora bien, como Hohfeld reflexiona, esto implica una amplia variedad de posibles relaciones, actuales y futuras. Hohfeld afirma que los derechos *in rem* no implican un solo derecho con un solo deber correlativo. Más bien hay aquí una compleja trama de relaciones compuesta por muchos derechos separados, actuales y potenciales, cada uno de ellos posee un deber correlativo que descansa en una persona o grupo de personas¹³. Ello da origen a relaciones de deberes cuyo contenido varía, y es a la vez una evidencia de la adaptabilidad de los derechos, y en especial del de propiedad, a distintas coyunturas económicas y transaccionales que son esencialmente dinámicas.

⁸ MARTIGNETTI, 2002.

⁹ MARTIGNETTI, 2002, p. 1301.

¹⁰ HOHFELD, 1964.

¹¹ HOHFELD, 1964, p. 72.

¹² Esta idea, por elemental que parezca, permite desarticular una largamente sostenida noción de que existen derechos que se ejercen contra personas específicas (derechos personales, comúnmente llamados créditos); y derechos que recaen contra (o “en”) cosas. Hohfeld sostendrá, en definitiva, la artificialidad de tales distinciones, relevando que las relaciones jurídicas se producen, en suma, entre personas y respecto de estas, variando más bien por una cuestión de escala.

¹³ HOHFELD, 1964, p. 92.

La propiedad se construye, en esta lógica, como un conjunto (de variable complejidad) que el dueño puede ejercer sobre una cosa respecto de todos los no dueños. Esta posición del dueño se construye mediante diversas formas de posicionamiento, expresadas en poderes específicos y transables, amparadas en una compleja red de reglas que van a tener sentido cuando se miran en contextos específicos.

Las bases sociales, económicas y políticas que se establecen en Europa a partir de la Revolución Francesa permiten una configuración específica de la propiedad como derecho subjetivo fundado en la naturaleza de la persona humana¹⁴ que se imbrica con la idea de un sujeto político profundamente moderno, individuado pero a la vez abstracto, destinatario de una norma jurídica general que, a diferencia del privilegio medieval, le dispensa un trato “bajo la denominación del anónimo ‘el que’ o ‘quien’”¹⁵. A partir de esto se ha pretendido construir una visión esencialista de la propiedad a base de una sola forma de articular deberes y derechos sobre bienes, y que ha sido fuertemente influida por el liberalismo político. Es posible, no obstante, encontrar argumentos para desarticular esa posición y, tal vez, ensayar una reconstrucción alternativa de la propiedad.

a) Un haz de derechos

Esta reconstrucción de la idea misma de la propiedad obliga a repasar la contradicción aparente entre una noción esencialista, que la comprende como un solo, único y despótico dominio que un dueño ejerce a su antojo sobre una cosa, y la práctica política y económica de esta. Esta idea va a experimentar una erosión en sus bases conceptuales a propósito de su evolución en el contexto de los sistemas capitalistas en que opera. Esta evolución puede trazarse tanto en la filosofía jurídica de la propiedad y la descomposición conceptual que esta ofrece como en el mismo canon económico de la propiedad, desde un poder de acción sobre una cosa hacia el resguardo del valor económico de esos bienes, y la variedad de usos y posibilidades de aprovechamiento económico de estos, como apuntan Bell y Parchomovsky¹⁶.

Ya se aventuraba, con Hohfeld, la evolución en la dicotomía entre derechos personales y derechos reales y la comprensión de estos últimos como una variedad de relaciones jurídicas entre titulares de derechos y de deberes correlativos. Es preciso, entonces, indagar en los impactos que esta idea va a tener en la reconceptualización de la propiedad y su avance hacia una variedad de formas de ejercer derechos sobre un bien a base de una serie de relaciones jurídicas independientes entre sí y que van a descomponer la noción más unitaria que se construye en los albores del liberalismo. Como se adelantaba, una correcta interpretación de los derechos reales es, para Hohfeld, una que los considera como una más de las distintas formas de derechos que residen en una persona y que

¹⁴ CORDERO, 2008, p. 495.

¹⁵ CORDERO, 2008, p. 497; CORDERO y ALDUNATE, 2008, p. 380.

¹⁶ BELL y PARCHOMOVSKY, 2005.

están relacionados con deberes correlativos que residen en muchas diferentes personas¹⁷. De esta forma la expresión derechos reales (léase para estos efectos como derechos de propiedad) aluden a una de tantas y múltiples formas de derechos respecto de otros y que no tiene sentido tratar como si fueran una sola. De ahí que Hohfeld denomina la propiedad como un “interés legal” relacionado con un objeto y que consiste en un complejo de derechos agregados, privilegios, poderes e inmunidades¹⁸. Esta variedad de intereses están amparados en la ley, que facilita a su vez ciertas reglas para su aprovechamiento y transferencia, y que se sostienen en la posibilidad de exclusión de otros (todos o algunos).

Estas ideas acerca de la propiedad, fruto de una relectura del positivismo jurídico y de la jurisprudencia analítica norteamericana,¹⁹ poseen el efecto de trizar de modo quizás definitivo la noción unitaria que creció y se hizo fuerte en el auge de la propiedad liberal. Permite, por lo pronto, desentronizar a la propiedad privada como una posición jurídica fundamental y unitaria y comprenderla en realidad como una composición variable de muchas piezas que conducen a muchas relaciones posibles. Estas, como se sostendrá, van a obedecer en los hechos a las distintas formas de aprovechamiento económico de bienes cada vez más diversos. De la misma forma, las ideas de Hohfeld, desarrolladas a principios del siglo XX, tendrán una trayectoria posterior en la ideación del *bundle of rights* que planteó A.M. Honorè, de enorme influencia en la descomposición conceptual de la propiedad. Sobre todo, y como destaca Horwitz, estas ideas tendrán el efecto de sustituir la idea de la propiedad absoluta por una que la mira como una creación social²⁰, estableciendo las bases para una reconfiguración de sus bases.

Honorè define la propiedad como “los derechos legales, deberes y otros incidentes que aplican (...) a la persona que tiene el mayor interés en una cosa que pueda ser admitida por el sistema legal”²¹. La atención está puesta en la noción de la propiedad que denomina *liberal* o completa, que se despliega por medio de varias facultades estándar radicadas de forma copulativa en la persona del propietario. Cualquier arreglo que no contemple esas facultades se considera una versión no liberal del derecho de propiedad privada o una forma modificada de esta. Honorè²² considera la existencia de once *leading incidents* que constituyen, si se quiere, la versión liberal completa de la propiedad: el derecho a poseer, el de usar, el de administrar, el derecho a los réditos de un bien, el derecho al capital y el de la transmisibilidad, son los más relevantes para los efectos de considerar al derecho de propiedad como una piedra angular de un sistema capitalista. De ahí la denominación de *bundle of rights* o haz de derechos que para Honorè constituye la propiedad y cuyas características cardinales se construyen a partir del derecho de

¹⁷ HOHFELD, 1964, p. 95.

¹⁸ HOHFELD, 1964, p. 96.

¹⁹ HORWITZ, 1992, pp. 145-167.

²⁰ HORWITZ, 1992, p. 154.

²¹ HONORÈ, 1993, p. 370.

²² HONORÈ, 1993, p. 370.

excluir a otros en el uso de los bienes, el poder de destrucción de la cosa y la inmunidad ante la expropiación.

Tanto las nociones que avanzaba Hohfeld como la teoría del *bundle of rights* se pueden entender como una respuesta a la conceptualización de William Blackstone de la propiedad como el solo y despótico dominio que una persona puede tener sobre una cosa, y como una subversión de la concepción unitaria de la propiedad que impera en el pensamiento liberal. Corresponde, en ese sentido, a una mirada realista del derecho de propiedad, con tanto valor descriptivo como tuvo en su momento la visión blackstoniana, que logra vencer una noción monolítica y reemplazarla por una de carácter contextual y relacional sin desentenderse completamente del carácter absoluto del dominio²³. La noción misma del haz de derechos mira más bien a una descomposición del derecho de propiedad privada en una serie de poderes que muestran distintos grados de intensidad de control sobre los bienes o, lo que es equivalente, distintas formas de aprovechamiento económico de estos que especifican el dominio despótico, pero sin cuestionarlo. El haz de derechos, como va argumentarse más adelante, refleja distintos posicionamientos jurídicos de una cosa, que relaciona a su dueño con una larga secuencia de “otros” y que es funcional a esos aprovechamientos económicos. Sobre todo, el *bundle of rights* posee la aptitud de socavar esas bases conceptuales de la propiedad, apartándola de la propiedad centrada en la tierra para avanzar hacia la protección de valor económico de los bienes en los que recae²⁴.

Denis R. Johnson²⁵ llama la atención tanto sobre el carácter metafórico del *bundle of rights* como sobre el énfasis de la propiedad privada en una dimensión social: el derecho de propiedad no relaciona solo a una cosa con una persona, sino que primordialmente es una relación entre personas. De esto se va a derivar una consecuencia radical en la concepción de la propiedad: si, en su clásica dimensión liberal, esta servía solo a los propietarios, comprenderla en una dimensión social compromete otra clase de deberes de los propietarios para con su entorno. Pero junto con ello, Johnson muestra que detrás de la noción de *bundle of rights* hay también una crisis de la noción liberal a partir del surgimiento de otras clases de bienes apropiables, en especial los intangibles en los que también podía existir una forma de propiedad y que no funciona de la misma manera que la propiedad sobre la tierra. La abstracción de la propiedad en una serie desmontable de derechos evidencia la crisis de la propiedad clásica haciendo patente su vulnerabilidad y las dificultades de defenderlo²⁶.

La reconceptualización que propone la idea del *bundle of rights* es precisamente una apertura no solo en la dogmática de la propiedad, sino una nueva comprensión de esta

²³ KLINK y PARCHOMOVSKY, 2017.

²⁴ La aparición de nuevas formas de propiedad, especialmente sobre bienes intangibles representativos de un valor económico va a obligar a la jurisprudencia a considerar nuevas formas en que la propiedad puede ser vulnerada o interferida mediante acciones que reduzcan el valor de mercado de esos bienes. Véase en ese sentido a HORWITZ (1992, p. 147).

²⁵ JOHNSON, 2007.

²⁶ HORWITZ, 1992, p. 147.

como una función política que había sido enmascarada de alguna forma por la versión liberal clásica²⁷. En ese sentido, la desintegración de la propiedad privada en varios poderes separables entre sí y disponibles por sí mismos, sirve a un propósito de apertura social de una institución profundamente individualista y conceptualmente unitaria. Esta apertura, y la consolidación de la idea de un derecho descompuesto o desarmado en piezas móviles no está desligada de un contexto social y político específico que afectaba, a mediados del siglo XIX, a EE.UU. Hay en esto una influencia determinante del momento de transición de la economía desde un sistema primordialmente agrario (que coincide con la noción de Blackstone) hacia una economía basada en la información²⁸. Es indudable que el surgimiento de una economía basada en intangibles va a interpelar de modo sustancial a las instituciones claves del capitalismo, que no tardarán en recomponer sus bases conceptuales, y que la idea del haz de derechos va a mostrarse como más adaptada a nuevos condicionamientos económicos de la propiedad. El haz de derechos es, en suma, parte de un canon normativo que acoge de manera mucho más dinámica los diversos intereses que puedan concurrir en bienes que trascienden la economía basada en la tierra.

b) Los elementos del canon propietario

La desintegración de la propiedad privada en una variedad de poderes, separables entre sí, no obsta a considerar que aún en contextos de gran sofisticación dogmática, el derecho de propiedad compone un canon jurídico a partir de dos elementos esenciales: su carácter absoluto y la exclusividad de su ejercicio. Estos dos rasgos, de enorme persistencia, permiten justamente contextualizar a la propiedad privada como pieza clave del desarrollo capitalista y ensayar, más adelante, su crítica. No debe perderse de vista que la formulación que la dogmática jurídica propone para la propiedad no es sino una expresión de una formulación política y económica a la que sirve. Como lo hace Rodotà, es útil explicar la dogmática propietaria a propósito de sus expresiones más significativas: el Código Civil francés, con su artículo 544, representa un punto culmine de esa dogmática individualista, o “la carta fundamental de equilibrio propietario”²⁹. Es aquí donde confluyen en una fórmula prescriptiva propia del derecho, las características capitales de exclusividad y el carácter absoluto del dominio. Sin perjuicio de su relación dialógica, es posible separar su estudio para ensayar una crítica a estos, y partir de estos a la propiedad misma.

Como ya ensayaba William Blackstone a fines del siglo XVIII, la propiedad privada lleva en sí misma el derecho de exclusión, que funciona como un disuasivo a todos los no propietarios, para no intervenir en los actos que el propietario quiera, a su arbitrio, ejercer sobre el objeto de apropiación. A partir de esto, los sistemas jurídicos han construido una

²⁷ JOHNSON, 2007.

²⁸ JOHNSON, 2007, p. 225.

²⁹ RODOTÀ, 1986, p. 101.

dogmática del derecho de propiedad que advierte a los terceros de un deber de abstención respecto de cualquier acto que pueda perturbar el dominio. Douglas y McFarlane han entendido que la particularidad de los derechos de propiedad se entiende no mirando tanto a las facultades que el dominio otorga sino más bien a ese deber de abstención, es decir, a un deber negativo con el que todos los no dueños cargan y que el dueño, titular del derecho subjetivo de propiedad, puede imponer a voluntad a todos esos no dueños. Lo específico de los derechos de propiedad radica en los deberes que todos los demás, como sujeto colectivo, tienen respecto del propietario en relación con el uso de un bien del cual es dueño, y esta es la base del carácter social del derecho de propiedad. Esto, evidentemente, cambia el foco del corazón de los derechos de propiedad y lo traslada desde el sujeto titular de los derechos y las facultades o poderes que le asisten sobre la cosa, hacia los terceros que asumen deberes respecto de ese titular del dominio³⁰.

Aun reconociendo que la exclusión es una característica esencial de la propiedad moderna, es necesario poner de relieve en qué contextos transaccionales específicos es posible afirmarla como un principio inmutable. El análisis de la evolución de los medios de producción es útil para poner en entredicho la premisa fundamental del derecho a excluir como base fundamental de la propiedad privada. En efecto, si se piensa que los derechos de propiedad aparecen modernamente siguiendo la trayectoria del capitalismo y que son funcionales a esta, es preciso concluir que la propiedad en la que piensa la modernidad liberal es la propiedad de la tierra: la exclusión, dotada ahora de contenido, se va a relacionar íntimamente con el aprovechamiento de los frutos de la tierra y una puesta en valor de esta, que ya se anuncia en el pensamiento lockeano. En un principio se podrá comprender la expresión “frutos” de forma literal, y así lo comprende Locke al referirse a los frutos silvestres de la tierra, cuya apropiación es anterior a la de la tierra misma³¹. Pero al poco andar esta idea va a complejizarse notoriamente: la tierra, se descubrirá, no solo produce frutas y verduras que alimentan a las extensas familias que componen el feudo medieval, sino que además (o incluso en vez de) produce renta, también llamada “frutos civiles” en la doctrina del derecho civil. De esta manera la exclusión que conllevan los derechos de propiedad privada va a ampliar su campo de influencia a una larga serie de bienes económicamente valiables que se seguirán de la explotación de la tierra. En la lógica propietarizadora, los cercos físicos ya no funcionarán, y será necesario poner atención a otras formas de afirmar “esto es mío”.

Pero la complejización no termina ahí: la evolución de los medios de producción no va a quedarse por mucho tiempo atada a la tierra. Con el tiempo el ingenio humano va a producir otros bienes, que no estarán sujetos a los límites físicos propios de la tierra y donde las barreras de orden material que permiten que el derecho de exclusión opere, van a desaparecer haciendo de esta un imposible o al menos encareciéndola sensiblemente. No es posible desconocer al derecho de exclusión como un emblema del cambio de paradigma propietario que trae consigo la modernidad y del quiebre con el mundo feudal.

³⁰ DOUGLAS y MCFARLANE, 2013, pp. 220-224.

³¹ LOCKE, 1998, p. 65.

Pero como Rodotà muestra, el análisis debe recorrer otro camino: en este, la propiedad privada va a descender del pedestal en que la filosofía liberal clásica la ha colocado como máxima expresión de la libertad humana y logro político capital en el ascenso de la burguesía, para centrar el análisis en el rol económico que la literatura le ha asignado. En esa línea de estudio, la exclusión aparece mucho más evidentemente ligada a la voluntad de imponer una explotación individual de los medios de producción de bienes escasos, cualquiera sea su naturaleza. Por esta razón las nuevas categorizaciones de bienes que aparezcan en la economía y la forma en que el derecho las reciba, pueden desafiar ese carácter exclusivo/excluyente. Baste señalar, siguiendo a Harold Demsetz, que habiendo costos asociados a la exclusión esta se volverá en algunos casos imposible o muy cara; y en ciertos momentos se convertirá derechamente en una fuente de ineficiencia. Si solo el derecho a excluir puede permitir la explotación de un bien para sí mismo por el dueño, no podrá ya justificarse esa exclusión cuando la posesión y el uso propio no impiden el de terceros, ni el de terceros la propia; si la pradera no es posible de cercar ¿por qué habrían de haber derechos de exclusión sobre ella?³² ³³. La exclusión, en esta lógica, es una contingencia tecnológico-política antes que una esencia de la propiedad misma.

El segundo rasgo dogmático de los derechos de propiedad privada es el carácter absoluto de estos. También este puede rastrearse en la concepción de Blackstone, a la que se ha hecho mención antes, cuando este resalta el carácter despótico con que el dueño está facultado para actuar respecto de lo propio. Este rasgo está también presente en el artículo 544 del Código Civil francés de 1804³⁴, cuando define el derecho de propiedad como “el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto”. Y en el Código Civil chileno, cuando establece en el artículo 582 que la propiedad es el derecho sobre una cosa para “gozar y disponer de ella arbitrariamente”. Esta expresión del derecho de propiedad evidencia nuevas formas de soberanía, esta vez radicada en la relación sujeto-cosa, e intermediada y posibilitada por un derecho subjetivo del que la ley es fuente y resguardo.

Es oportuno preguntarse aquí, por tanto, cuál es la estructura económica y las bases de intercambios a las que sirve el canon moderno de la propiedad. En ese sentido, asoma con claridad que la disciplina jurídica de la propiedad se construye teniendo en cuenta principalmente la tierra, o la propiedad raíz. Son, como dice Rodotà, esas exigencias, o más bien esas lógicas transaccionales, las que establecen los límites y el carácter de la

³² DEMSETZ, 1964, p. 18; HETTINGER, 1989, p. 35.

³³ No se debe perder de vista el rol que los derechos de exclusión que acompañan el dominio van a jugar en el establecimiento del valor de los bienes en un mercado. Demsetz explica que el sistema de derechos de propiedad privada cumple, en un sistema económico dado, la función de excluir del uso de un bien a quienes que no han pagado por él. Su existencia como derecho subjetivo propio del dominio va a revelar el valor social de esos bienes. Hay a partir de esto una función de valoración de los bienes y servicios que se sigue de la existencia de los derechos de propiedad privada. “El precio de un caramelo es exacto en cuanto a medir el valor social porque refleja la capacidad de cada comprador para controlar el uso de su mercancía adquirida, ya sea para revenderlo, entregarlo a la caridad, para sus hijos o para su propio consumo”. DEMSETZ, 1964, p. 18.

³⁴ Rodotà destaca que el Código Civil francés constituye el punto de arranque de nuevas empresas, tanto dentro como fuera de Francia. No hay duda de que el Código de Bello es una de ellas.

propiedad privada, de manera que el carácter absoluto del dominio obedece también a ello³⁵. Una de las consecuencias de la concepción propietaria moderna es justamente la posibilidad de comprender la propiedad en términos de racionalización de la explotación de la tierra, que resulta más económica en la medida en que el propietario ejerza todas las posibles acciones sobre los bienes³⁶. El carácter absoluto en el ejercicio de los poderes propietarios no solo es una construcción dogmática, sino que sirve a un modo de concebir la economía que pone los acentos en las eficiencias que se derivan de una determinada forma de asignar los derechos de propiedad que concentra poderes absolutos en un solo dueño. Las eficiencias a las que sirve un derecho de propiedad privada absoluto y exclusivo son, con todo, dinámicas, máxime si se considera en contextos de desarrollo tecnológico rápidamente cambiantes.

Si bien el rasgo absoluto de la propiedad está fuertemente anclado en consideraciones económicas, no debe soslayarse el carácter de declaración de principios políticos que lleva implícita. En la genealogía que desarrolla Cordero³⁷ hay una interesante reflexión acerca del establecimiento del artículo 544 del Código Civil francés en que, como se ha visto, el carácter absoluto está concebido en un grado superlativo. Aquí Cordero enfatiza el carácter de cierre epocal que la definición de la propiedad representa, cuando afirma que esta tiene la finalidad de “ratificar la abolición definitiva de cualquier derecho feudal sobre la tierra y legitimar las transferencias de propiedad que se habían producido entre los años 1789 y 1804”³⁸. A partir de esto la propiedad ya no es solo un artilugio dogmático, sino que toma el verdadero carácter de declaración política en el contexto del ascenso del capitalismo. Claro que, como cualquier declaración altisonante, “fruto de la euforia y el entusiasmo”³⁹, la propiedad concebida así no tardará en evidenciar sus límites. No solo los límites materiales, que van a comenzar a aparecer nítidamente: la imposibilidad de un derecho verdaderamente ilimitado se hace más evidente ante la realidad de una vida crecientemente social antes que individual⁴⁰.

³⁵ RODOTA, 1986, p. 121.

³⁶ RODOTA, 1986, p. 114.

³⁷ CORDERO, 2008.

³⁸ CORDERO, 2008, p. 499.

³⁹ CORDERO, 2008, p. 500.

⁴⁰ Para CORDERO y ALDUNATE, 2008, pp. 383-384, el Código francés concibe el carácter absoluto más bien en un sentido histórico que no se contradice con un sistema de libertades de acción subordinado a la ley. Este sistema de límites se articula, en la concepción liberal, en deberes negativos de no hacer, y en el ámbito de los conflictos individuales. Las facultades del Estado de limitar el ejercicio de los poderes dominicales no son distintas de aquellas que le permiten regular el ejercicio de cualquier otra libertad mediante leyes y reglamentos. Esto, para los autores, generaría un flanco donde introducir la idea de “función social de la propiedad”, que extiende las potestades reguladoras “a un ámbito que va más allá del choque de derechos entre particulares (...) permitiendo disponer límites a la propiedad en vistas a la consecución de fines colectivos de carácter positivo (y no de mera protección frente a actos nocivos)”. Sin perjuicio de discutir que la función social de la propiedad sea suficiente para la persecución activa de esos fines, lo cierto es que la comprensión de la propiedad como una libertad más dentro del catálogo que ofrece la filosofía liberal y su respectiva producción normativa, sitúa a este derecho en un lugar bastante más debajo del que el liberalismo le había dado. Al mismo tiempo, el reconocerle otras propiedades o funciones al dominio obedece más que nada a

De ahí que la vida social demande límites y reglas para una convivencia armónica. Aquí la ley representará el primer límite, en tanto fuente primordial de ese derecho subjetivo, como voluntad que se impone a la otra, bajo el amparo de la ley⁴¹. De esta forma la propiedad no tardará en transformarse en el escenario de un conflicto por el establecimiento de límites de orden político a las facultades inicialmente absolutas del *dominus*. En efecto, y a medida que el auge del capitalismo genere legiones de postergados, el tener y el no tener serán las causas de conflictos sociales y políticos en que el interés particular (de los que poseen) colisionará con los que no poseen y con aquellos que se ven perjudicados en algún grado por el ejercicio propietario de los que sí.

Una de las líneas maestras que articula la crisis del absolutismo propietario es el desmembramiento conceptual de la propiedad en varias formas o “propiedades”. Esta idea trasciende de alguna forma la noción de *bundle of rights*, que explica Honoré: ya no se trata solo de que la propiedad se componga de varios poderes propietarios, de cuya suma es el resultado. Más bien se avanza hacia una ruptura de la unidad conceptual de la propiedad, que había sido un rasgo fundante de la noción más clásicamente liberal. Aquí la doctrina civilista va a plantear la idea de una pluralidad de propiedades, reconociendo que los vaivenes de un mundo productivo en permanente cambio van a generar otras clases de bienes y distintos regímenes jurídicos para estos. Será “(...) el término de la era de ‘la propiedad’ y el comienzo de la era de ‘las propiedades’”⁴².

2. *El canon económico de la propiedad privada*

Este estudio sostiene la premisa de que el canon jurídico de la propiedad se construye en una filosofía política concreta y específica a un contexto político y económico, de modo que establece las bases de la detentación e intercambio en una economía dada. Detrás de esa filosofía, adpta a la libertad individual, se esconde un objetivo de orden económico, esto es conducir los bienes de que los hombres y las mujeres se servían, hasta el advenimiento de la modernidad, en una lógica común, hacia su mejor aprovechamiento de modo privado, exclusivo y excluyente. De este modo, la propiedad privada constituye un paradigma de la modernidad, que tanto se asienta en un canon jurídico, expresión de su propia filosofía política, como en una concepción económica en la que los derechos de propiedad privada aparecen como la única forma de obtener el mejor aprovechamiento de bienes escasos.

En ese sentido, si la filosofía liberal ofrece una narrativa acerca de la libertad humana y la organización del poder, ese mismo soporte teórico sirve a la justificación económica de la propiedad. Como señala Carol Rose, la respuesta que la economía clásica pensó para la asignación de la propiedad, remite a Locke, toda vez que distribuye derechos de

una distinta forma de internalizar o externalizar el aprovechamiento de un activo sobre el que se verifican distintas formas de derechos, que no se limitan necesariamente a la forma propietaria. Véase, en ese sentido, a CALABRESI y MELAMED, 1972.

⁴¹ DUGUIT, 1987, p. 27.

⁴² CORDERO, 2008, p. 513.

propiedad que premian el trabajo útil⁴³. Esta respuesta no ha variado significativamente, ni en el transcurso del tiempo ni mediante las sucesivas (y a veces superpuestas) fases del desarrollo capitalista: en la noción lockeana la propiedad nace de un mérito que se premia por medio de la propiedad. Esta idea es posible rastrearla en la economía clásica⁴⁴ y, más adelante, en los paradigmas que el análisis económico del derecho construye (o quizás solo reitera) respecto de la propiedad.

a) Los fundamentos económicos de la propiedad

En general, el análisis económico de la propiedad busca responder la pregunta de por qué asignar derechos de propiedad privada y cómo y a quiénes efectuar esa asignación. Barzel ofrece un punto de partida al articular una versión económica de los derechos de propiedad como la capacidad de un sujeto de consumir una mercancía o los servicios de un activo, ya sea directamente o de forma indirecta mediante su intercambio⁴⁵. En un sentido similar, Shavell refiere, amparado por la propiedad, a dos formas subsidiarias de derechos. Los posesorios, que permiten usar los bienes impidiendo que otros lo hagan; y los de transferencia, que permiten el intercambio de los bienes y su circulación en un mercado⁴⁶. El análisis económico de los derechos de propiedad supera en buena medida las explicaciones de la filosofía política, y por cierto el carácter ficcional del relato lockeano, y permite responder las preguntas desde una perspectiva más bien dinámica, en que ciertas apropiaciones originales tienen lugar en las economías a partir de cambios en las tecnologías de aprovechamiento de bienes y la expansión constante de esas fronteras que el capitalismo permite y fomenta. Barzel ofrece una mirada dinámica a estos procesos, en que los individuos se apropian económicamente de los bienes, los delimitan y con el tiempo confían su protección a un sistema normativo, impuesto por el soberano y más tarde por el Estado⁴⁷. Como se ve, las apropiaciones originarias obedecen a contingencias económicas precisas, que más adelante van a ser objeto (o no) de juridificación. A partir de ese reconocimiento normativo de los derechos de propiedad se va a conformar una relación entre los ciudadanos y el Estado que ha sido de capital importancia en la modernidad. Esa conformación institucional, en tanto *reglas del juego*⁴⁸, determina qué se puede apropiar y cómo hacerlo, para ello provee una larga serie de reglas que se codifican. En esas reglas se asienta una parte fundamental del contrato social y la relación política entre ciudadano y Estado⁴⁹.

⁴³ ROSE C., 2010 b, p. 56.

⁴⁴ Adam Smith consideraba a la propiedad sobre el trabajo de cada uno como la más sagrada e inviolable de las propiedades, y la base de todas las demás propiedades. SMITH A., 1994, p. 182.

⁴⁵ BARZEL, 1997, p. 3.

⁴⁶ SHAVELL, 2004, pp. 9-10.

⁴⁷ BARZEL, 1997, p. 90.

⁴⁸ NORTH, 1993.

⁴⁹ De ahí que la debilidad de los derechos de propiedad produzcan inestabilidades políticas y, como consecuencia, malos resultados en las economías en el largo plazo. ACEMOGLU y JOHNSON, 2005; DE SOTO, 2000.

Como sea, las ideas del análisis económico ensayan justificaciones a este proceso dinámico de apropiación: el sentido común que se viene construyendo se articula en la línea argumental de los incentivos que la propietarización asigna para el mejor uso económico de los bienes. Richard Posner lo pone de manifiesto:

“Los incentivos apropiados se crean parcelando derechos mutuamente excluyentes para el uso de recursos particulares entre los miembros de la sociedad. Si cada parcela de tierra es de propiedad de alguien (...), los individuos tratarán de maximizar el valor de la tierra mediante el cultivo u otros mejoramientos”⁵⁰.

Este punto de vista es fundamental en la explicación que, modernamente, se ha construido para los derechos de propiedad. La maximización del beneficio se produce cuando los intercambios voluntarios, mediados por el contrato, movilizan los bienes desde quienes los valoran menos hacia quienes los valoran más. Las partes que negocian derechos de propiedad formulan soluciones cooperativas de intercambio; a partir de estas se genera un excedente que es aprovechado por los intervinientes de esa operación, de una manera en que el valor de todos los efectos perjudiciales y benéficos de esos bienes va a ser internalizado por las partes de la transacción⁵¹.

A partir de esto, los derechos de propiedad privada se sitúan como una fórmula única de captación de beneficios que compite con otras formas posibles de propiedad. Al igual que en el pensamiento de Locke a fines del siglo XVII, la moderna configuración de los derechos de propiedad parece enfrentarse a la misma dicotomía entre propiedad privada y propiedad común. Como se desprende del trabajo de Harold Demsetz⁵², los derechos de propiedad privada se sostienen en la oposición a la forma comunitaria de propiedad. Mientras los regímenes de propiedad común producen una fuga de recursos y, eventualmente su agotamiento en el pozo sin fondo de lo que siendo de todos no es en realidad de nadie, la propiedad privada maximiza los beneficios para el agregado de la sociedad y hace que esa explotación sea sustentable en el tiempo. Demsetz contribuye a delinear la respuesta a la pregunta de cuándo otorgar derechos de propiedad, sobre la base de las externalidades positivas que estos provocan y que permiten internalizar. Para Demsetz los derechos de propiedad “se desarrollan para internalizar las externalidades cuando las ganancias de la internalización son más altas que los costos de la internalización”⁵³. Esta internalización, en esa lógica, solo puede tener lugar mediante transacciones libres de derechos de propiedad bien definidos. Pero a la vez es el resultado de cambios dinámicos en el valor económico de esos derechos lo que viene a plantear a los derechos de propiedad como una contingencia económico-tecnológica. Son los cambios en las condiciones de aprovechamiento lo que permite, en definitiva, que las internalizaciones tengan lugar,

⁵⁰ POSNER, 2007, p. 69.

⁵¹ COOTER y ULEN, 2008, pp. 119-121; DEMSETZ, 1966, p. 62.

⁵² DEMSETZ, 1967.

⁵³ DEMSETZ, 1967, p. 350.

superando las limitaciones de un régimen de aprovechamiento en comunidad. Este, en toda su premodernidad, impide que los mejores usos internalicen los beneficios, y a la vez fomenta la sobreexplotación que agota los bienes externalizando completamente los efectos negativos⁵⁴.

Es evidente, en ese sentido, que el diseño de los derechos de propiedad está determinado por una mayor o menor presencia de los componentes de derecho subjetivo, con distintas intensidades y coherentes con determinadas funcionalidades económicas. La idea del *bundle of rights*, en tanto descomposición de la propiedad en varios elementos (y a riesgo de su propia desintegración), es útil para ampliar los horizontes económicos del paradigma propietario, comprendiéndolo en el contexto de una variedad de economías, que no siempre responden al canon privatista. Los incidentes que Honoré describe son en definitiva meras manifestaciones del derecho central de disfrutar y proteger el valor⁵⁵.

b) La economía detrás del haz propietario

Estas elaboraciones de la propiedad como un paradigma económico, permiten situar bajo una nueva luz los aspectos más significativos de la propiedad como canon jurídico. En primer lugar los caracteres de exclusión/exclusividad en tanto poderes jurídicos sobre los bienes aparecen dotados de una función económica, en tanto permiten que los bienes sean explotados por un propietario que asume la internalización de costos y beneficios amparado en un derecho de manera individual, dejando fuera todos los no dueños.

Pero de la misma forma, la noción de la propiedad como un haz de derechos es un mecanismo que permite una descomposición de las utilidades económicas que proporciona la propiedad. La abstracción que representa el haz de derecho expresa con claridad una transición de la propiedad concreta, tangible, hacia una forma de proteger el valor de mercado de los bienes⁵⁶, y de las muchas formas en que puede producirse su extracción. Elinor Ostrom y Charlotte Hess⁵⁷ proveen una estructura analítica de esta desintegración de la propiedad, en tanto autoridad concedida u otorgada a una persona o colectivo de individuos para llevar a cabo acciones particulares en dominios específicos. Estos son: el derecho de acceso, el derecho de retirar productos; el de administración o regulación de los recursos; el de exclusión, es decir determinar quién ejerce esos derechos; y el derecho de enajenación (alienación)⁵⁸.

Este último, el más esencial, es el que caracteriza generalmente al derecho de propiedad, o esta suele identificarse más claramente con aquel, de manera que en su ausencia, la propiedad simplemente se podría considerar como mal definida, o inexistente. Pero su importancia es no solo de orden dogmático en la definición de la naturaleza de la propiedad. Al mismo tiempo que el derecho de enajenación es la expresión más completa

⁵⁴ Véase el trabajo de Ronald Coase. COASE, 1992.

⁵⁵ BELL y PARCHOMOVSKY, 2005, p. 587.

⁵⁶ HORWITZ, 1992, p. 149.

⁵⁷ OSTROM y HESS, 2010.

⁵⁸ OSTROM y HESS, 2010, p. 59.

de los poderes del sujeto sobre los bienes, en él radica la esencia de la economía de la propiedad, pues es esa facultad del dominio la que permite transferir en un mercado los bienes hacia su mejor valoración o hacia su uso más económico. Como afirma Demsetz, el derecho de transferir la propiedad es una condición sustancial para que la internalización de los beneficios sea aprovechada por las partes de la transacción, impidiendo que estos caigan en el pozo de lo común. De ahí que el canon jurídico de la propiedad, y la construcción que la dogmática hace del derecho, resulta funcional al resguardo del valor económico de ciertos bienes, impidiendo que terceros accedan a ese valor.

La propiedad privada aparece en esta perspectiva teórica como un dispositivo de captación de valor⁵⁹ en las distintas formas en que este pueda presentarse.

III. UN HORIZONTE DE CRÍTICA: HACIA NUEVAS TRANSICIONES

Como se ha venido sosteniendo, la propiedad privada es un artefacto jurídico que, antes que dar cuenta de una filosofía acerca de la naturaleza del hombre (y de la mujer, por cierto), articula un sistema económico y social denominado capitalismo, en torno a ciertos modos de poseer la riqueza y aprovechar sus frutos. Estos modos son el epítome de la evolución de formas jurídicas de larga data, que confluyen con un conjunto de cambios de paradigma y son a la vez la llave de la construcción de los que, como recuerda Kuhn, reemplazarán a los antiguos y constituirán nuevas verdades. En esta coyuntura, la forma privada de la propiedad aparece como *el* arreglo que se han dado las sociedades construidas al alero de la modernidad capitalista, casi un sinónimo con la propiedad privada y esta última, a su vez, con la propiedad exclusiva⁶⁰. Esta confusión afecta de manera patente la trayectoria de la idea de propiedad, y de alguna forma es un obstáculo para su evolución.

Una primera trizadura en este dogma, como se ha señalado ya, es la idea del *bundle of rights*, que viene a mostrar que la noción unitaria de la propiedad puede desintegrarse en varios poderes sobre las cosas que traducen distintas formas de aprovechamiento económico, que se van a seguir a partir de cambios en las tecnologías de producción e intercambio. Es, si se quiere, un punto de partida para la crisis propietaria, que se verificará con mucha más fuerza a medida que las contingencias tecnológicas descosifican el capital y sitúan su producción y acumulación en intangibles que no son susceptibles de posesión material. Estos bienes son un espacio de crisis de las estructuras clásicas de la propiedad, que están diseñadas primordialmente para la tierra y sus aprovechamientos.

Una segunda línea de falla intuye, con Waldron⁶¹, que la propiedad privada no es el único arreglo posible, ni la única forma de gobernar la manera en que los hombres y las mujeres se aprovechan de las cosas. Para Waldron hay tres especies de arreglos propietarios

⁵⁹ BELL y PARCHOMOVSKY, 2005.

⁶⁰ MACPHERSON, 1978, p. 2.

⁶¹ WALDRON, 2016.

que una sociedad se puede proporcionar; la propiedad común, en que los bienes están disponibles para todos o algunos de los miembros de la sociedad, garantizando el libre acceso de estos; la propiedad colectiva, en que la sociedad como un todo y mediante sus mecanismos de representación, determina qué destino se dará a qué bienes mediante un proceso de toma de decisiones colectiva. La propiedad privada, en cambio, es

“(...) una alternativa tanto a la propiedad colectiva como a la común. En un sistema de propiedad privada, las reglas de la propiedad están organizadas en torno a la idea de que varios recursos en disputa son asignados a la autoridad decisional de individuos particulares”⁶².

Esto obliga al análisis crítico de los arreglos institucionales que las sociedades de Occidente se han dado para el gobierno de ciertos bienes intangibles que, debido a las contingencias tecnológicas, no son escasos sino abundantes. Hay un universo de bienes en que la disputa por el control de la escasez no es tal, y en que los derechos de propiedad obedecen más bien a una decisión política de conceder su control exclusivo y excluyente mediante la forma propietaria a determinados individuos. Cuando los bienes se vuelven abundantes gracias a las innovaciones tecnológicas, las razones y justificaciones que elabora la filosofía del derecho de propiedad se vuelven débiles y ofrecen un flanco crítico para elaborar nuevos marcos para nuevas formas de aprovechamiento.

Si, como propone Waldron, la propiedad privada es un proceso de toma de decisión colectiva que un grupo humano efectúa y por tanto es un sistema de reglas sociales, no es imposible pensar que esas decisiones puedan reescribirse a partir de la subversión del canon que se desarrolla, buscando otras formas de propiedad que no necesariamente son privadas. La función de la propiedad, como señala Martignetti⁶³, consiste en una posición que esta adopta dentro del sistema social y económico capitalista, en donde su función va a ser bien distinta de aquella que en otros momentos ha cumplido y de aquella o aquellas que pueda cumplir en el futuro. Dicho de manera llana, allí donde la propiedad, en su forma privada, sirvió los intereses del naciente capitalismo, puede mañana cumplir la tarea de servir los intereses de sectores específicos de la sociedad. La función de la propiedad privada alude fundamentalmente al rol de esta como medio de asignación de recursos en una economía y, por tanto, en el control de la distribución del poder y de las retribuciones en una sociedad dada. La propiedad se transforma en un valor compartido en todo el espectro social y por tanto legitimado por este en su conjunto⁶⁴. La propiedad privada es algo que todos los componentes de una sociedad dada concuerdan respetar, pero que a la vez todos anhelan obtener por los medios que la ley contempla. Para ello, la construcción que la dogmática propone traza con claridad

⁶² WALDRON, 2016, p. 3.

⁶³ MARTIGNETTI, 2002.

⁶⁴ MARTIGNETTI, 2002, pp. 1305-1306.

líneas que delimitan las distintas formas en que un bien puede ser detentado y usado: la propiedad privada es, de entre varias, la que mayores poderes puede ofrecer a su titular.

Pareciera, no obstante, que los demás arreglos posibles en torno a la forma en que las personas se apropian de las cosas y se sirven de ellas, han quedado eclipsados por el imperio de la propiedad privada, que se ha inscrito en los sistemas de derecho privado como única forma posible de abordar la relación cosa-persona⁶⁵. Ugo Mattei afirma, en esa lógica, que uno de los productos de los cercamientos de tierras a finales de la Edad Media fue precisamente el establecimiento de un paradigma propietario binario que “coloniza enteramente el imaginario, agotan el ámbito de lo público y lo privado en una suerte de juego de suma cero”⁶⁶ ¿Qué posibilidades ofrece el futuro de la propiedad? No es necesario, tal vez, mirar hacia adelante, sino más bien hacia atrás. Es en las formas premodernas y plurales de propiedad donde radican las claves para reconstruir un canon propietario no privatista que sirva a economías que transitan hacia los intangibles y a sociedades que miran hacia lo plural y lo colectivo como forma de organización. Esta relectura política de la propiedad tendrá, sin duda, un impacto significativo en la construcción de un canon que, como si de un juguete de plástico se tratara, puede desdoblarse y ofrece un número variable de formas.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEMOGLU, Daron y JOHNSON, Simon, 2005: “Unbundling Institutions”, *Journal of Political Economy* 113, 5, pp. 949-995.
- BARZEL, Yoram, 1997: *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge UP, Cambridge.
- BEAUD, Michel, 1984: *Historia del Capitalismo, de 1500 a nuestros días*, 1ª edición en español, Traducido por Manuel Serrat Crespo, Barcelona, Ariel.
- BELL, Abraham y PARCHOMOVSKY, Gideon, 2005: “A Theory of Property”, *Cornell Law Review* 90, 3, pp. 531-615.
- CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas, 1972: “Property Rules, Liability Rules and Inalienability; One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review* 85, 6, pp. 1089-1128.
- COASE, Ronald, 1992: “El Problema del Costo Social”, Editado por Centro de Estudios Públicos, *Estudios Públicos*, 45, pp. 81-134.
- CORDERO, Eduardo, 2008: “De la Propiedad a las Propiedades: La Evolución de la Concepción Liberal de la Propiedad”, *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXI, pp. 493-525.
- CORDERO, Eduardo y ALDUNATE, Eduardo, 2008: “Evolución Histórica del Concepto de Propiedad”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXX. Pp. 345-385.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas, 2008: *Derecho y Economía*, Traducido por Eduardo L. Suárez, Mexico DF, Fondo de Cultura Económica.

⁶⁵ En el mismo sentido véase a ROSE C., 1994; ROSE C., 2000. En especial, en este último texto, la autora presenta una nueva categorización de los derechos de propiedad que desarma, y vuelve armar, las habituales formas de comprender la propiedad a partir de los ejes anticomún-común/colectivo-individual.

⁶⁶ MATTEI, 2013, pp. 50-51.

- DE SOTO, Hernando, 2000: *El Misterio del Capital*, Traducido por Mirko Lauer y Jessica Mc Lauchlan, Lima, Perú, El Comercio de Lima.
- DEMSETZ, Harold. 1967. "Toward a Theory of Property Rights", *The American Economic Review* 57, 2, pp. 347-359.
- DOUGLAS, Simon, y MCFARLANE Ben, 2013: "Defining Property Rights", en James Penner y Henry Smith (editores), *Philosophical Foundations of Property Law*, Oxford, UK, Oxford University Press, pp. 219-243.
- DUGUIT, Leon, 1987: *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, Traducido por Carlos Gonzalez Posada, Valparaíso, Chile, EDEVAL.
- HETTINGER, Edwin, 1989: "Justifying Intellectual Property", *Philosophy & Public Affairs*, 18, 1, pp. 31-52.
- HOHFELD, W.N., 1964: *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, Yale University Press.
- HONORÉ, A.M., 1993: "Ownership", en Patricia Smith (editora), *The Nature and Process of Law: An Introduction to Legal Philosophy*, New York, Oxford University Press, pp. 370-375.
- HORWITZ, M. (1992). *The transformation of American Law, 1870-1960: the crisis of legal orthodoxy*. Oxford, U.K.: Oxford University Press.
- JOHNSON, Denise R., 2007: "Reflections on the Bundle of Rights", *Vermont Law Review*, 32, 2, pp. 247-272.
- KLICK, Jonathan, y PARCHOMOVSKY, Gideon, 2017: "The Value of the Right to Exclude: An Empirical Assessment", *University of Pennsylvania Law Review* 165, 4, pp. 917-966.
- LOCKE, John, 1998: *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Barcelona, Altaya.
- MACPHERSON, Crawford, 1975: "Capitalism and the Changing Concept of Property", en Eugene Kamenka y R.S Neale (editores), *Feudalism, Capitalism and Beyond*, Canberra, Australian University Press, pp. 104-124.
- MACPHERSON, Crawford, 1978: *Property: Mainstream and Critical Positions*, Toronto, University of Toronto Press.
- MARTIGNETTI, Giuliano, 2002: *Propiedad*, en Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino (editores), *Diccionario de Política Vol. 2*, México D.F., Siglo XXI, pp. 1300-1317.
- MATTEI, Ugo, 2013: *Bienes Comunes. Un Manifiesto*, Traducido por Gerado Pisarello, Madrid, Trotta.
- NORTH, Douglass C., 1993: *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*, 1ª Edición en Español, Traducido por Agustín Bárcena, México D.F., Fondo de Cultura Económica.
- OSTROM, Elinor, y HESS Charlotte, 2010: *Private and Common Property Rights*, en Boudewijn Bouckaert (editor), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 5, Northampton, Massachusetts, Edward Elgar Publishing Limited, pp. 53-106.
- POLANYI, Karl, 1992: *La Gran Transformación; Los Orígenes Políticos y Económicos de Nuestro Tiempo*, Primera edición en español, Traducido por Eduardo L. Suarez. México D.F., Fondo de Cultura Económica.
- POSNER, Richard. 2007: *El Análisis Económico del Derecho*, Traducido por Eduardo Suarez, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica.
- RODOTA, Stefano, 1986: *El Terrible Derecho: Estudios sobre la Propiedad Privada*, Traducido por Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas.
- ROSE, Carol, 2010: "Las Contribuciones de la Economía al Derecho de Propiedad", en Carol Rose, *El Derecho de Propiedad en Clave Interdisciplinaria*, traducido por Lucas Grosman, Buenos Aires, Fundación Universidad de Palermo, pp. 55-73.
- ROSE, Carol, 1994: *Property & Persuasion: essays on the History, Theory, and Rhetoric of Ownership*, Boulder, Colorado, EE.UU, Westview Press.
- SHAVELL, Steven, 2004: *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press.

- SMITH, Adam, 1994: *La Riqueza de las Naciones*, Primera Edición de Bolsillo de 1994, Tercera Edición de 2011, Séptima Reimpresión de 2017, Traducido por Carlos Rodríguez Braun, Madri, Alianza.
- WALDRON, Jeremy. 2016: "Property and Ownership". En Edward Zalta (editor), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Metaphysics Research Lab, Stanford University. <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/property/>.

