

PROPIEDAD Y DERECHOS SUBJETIVOS

RENATO CRISTI

Nedelsky and Kelsen criticize the notion of subjective rights. While Nedelsky does so on the basis of a relational theory of rights founded on the Hegelian intersubjective recognition, Kelsen rejects Hegel's theory of rights because property, the paradigmatic subjective right, appears to be constituted prior to intersubjective recognition. This paper probes into Hegel's conception of property to elucidate the root of the divergence between Nedelsky and Kelsen. *Pierson v. Post* is examined as an illustration of that divergence.

Keywords: Kelsen, Nedelsky, Hegel, property, subjective rights.

Jennifer Nedelsky esboza una teoría relacional de los derechos subjetivos fundada en la idea del reconocimiento¹. Esta teoría sostiene que la condición de la libertad individual no es su afirmación absoluta por parte de cada individuo separadamente, sino que está constituida por las relaciones que genera el reconocimiento intersubjetivo. Esta es la base de la alternativa relacional que propone Nedelsky como sustituto de la idea que concibe los derechos subjetivos como demandas individuales abstractas y en sí mismas excluyentes. Para Nedelsky los derechos se fundan en el reconoci-

1. J. NEDELSKY, *Private Property and the Limits of American Constitutionalism*, University of Chicago Press, 1990, p. 8. Cfr. M. MINOW & M. L. SHANLEY, "Relational Rights and Responsibilities: Revisioning the Family in Liberal Political Theory", *Hypatia*, vol. 11, 1996, pp. 9-29; J. W. SINGER, *Entitlements: The Paradoxes of Property*, Yale University Press, New Haven, 2000.

miento recíproco, noción que obtiene de teóricos comunitarios como Charles Taylor y Michael Sandel². Es necesario notar, además, que no sería posible entender cabalmente el comunitarismo de Taylor y Sandel sin una referencia a la concepción hegeliana del derecho que también se funda en el reconocimiento³.

Al igual que Nedelsky, Hans Kelsen rechaza la noción de derechos subjetivos cuando se la define como una “categoría transcendente” con respecto al derecho objetivo⁴. También sostiene que los derechos deben considerarse como “relaciones jurídicas”⁵. Kelsen rechaza así la distinción entre derecho objetivo y subjetivo ya que ésta desempeña una función puramente ideológica —su propósito sería “proteger a la institución de la propiedad privada de su eliminación por parte del orden legal”⁶. En definitiva, la propiedad sería el “prototipo de los derechos subjetivos”⁷ y determinaría una concepción de esos derechos como meras barreras o muros de exclusión destinados a proteger la libertad individual de toda interferencia. Esto contribuiría a aislar a las personas y debilitar los lazos sociales. Paradójicamente, Kelsen postula que Hegel configura su teoría del derecho abstracto como una manifestación de los derechos subjetivos, y señala que un discípulo de Hegel, Georg Friedrich Puchta, defiende una concepción similar⁸.

2. J. NEDELSKY, *Private Property*, p. 12, nota 16. Alternativamente, Minow y Shanley construyen la teoría relacional de los derechos como una tercera opción que contraponen tanto al comunitarismo como al contractualismo liberal. Cfr. M. MINOW & M. L. SHANLEY, “Relational Rights”.

3. Esta concepción está representada contemporáneamente por Stephen Smith y Robert Williams. “Hegel presents the emergence of rights as originating in the desire of two individuals, each seeking a sign of recognition from the other”. S. SMITH, *Hegel's Critique of Liberalism*, University of Chicago Press, Chicago, 1989, p. 115. “(...) for Hegel the concept of recognition is central for understanding (...) the important concept of right”. R. WILLIAMS, *Hegel's Ethics of Recognition*, University of California Press, Berkeley, 1997, p. 94.

4. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke, Leipzig & Viena, 1934. p. 43.

5. *Ibidem*, p. 44.

6. *Ibidem*, p. 44.

7. *Ibidem*, p. 41.

8. *Ibidem*, p. 42.

Nedelsky tiene razón al enfatizar la centralidad que adquiere la noción de reconocimiento recíproco en Hegel. Para Hegel la intersubjetividad es, efectivamente, constitutiva de la libertad⁹. Pero Kelsen tiene razón también al afirmar que, en la *Filosofía del Derecho* en un primer momento, la libertad se dice de individuos que afirman sus derechos abstractamente. El punto de partida del argumento de Hegel es la afirmación de la persona autónoma cuyos derechos se constituyen inmediatamente en ausencia de terceros. Esto equivale a la *libertas* romana que es necesario distinguir de la libertad política del ciudadano ateniense¹⁰.

En la actualidad, la mayoría de los comentaristas caracterizan la concepción hegeliana de la propiedad como social, y no como individual. Con esto relativizan esa noción y justifican someterla a una regulación superior. Se rechaza la idea de un derecho absoluto fundado en una ocupación original. La ocupación como modo de apropiación consiste en el establecimiento de una relación posesiva inmediata entre un individuo y una cosa. Lo que falta aquí es el reconocimiento por parte de terceros y su consentimiento con respecto a los deberes que imponen las demandas propietarias (en el sentido de Hohfeld). Esta concepción presupone lo que resume una perspicaz observación de Waldron: “las relaciones propietarias no se dan entre personas y cosas; ellas se dan entre personas”¹¹. Waldron concuerda con Plamenatz, quien afirma que para Hegel “exigir un derecho no es dar curso a un apetito (...). Es más bien un gesto moral que otros pueden entender, un gesto que tiene significado sólo entre personas que se reconocen mutuamente como per-

9. Cfr. R. WILLIAMS, *Hegel's Ethics of Recognition*.

10. Esto lo ve claramente Stephen Smith, quien afirma: “While the Roman idea was of the legal person having ties against the state, the Greek citizen was regarded as part of a larger ethical whole or totality”. S. SMITH, *Hegel's Critique*, p. 122. Cfr. CH. WIRSZUBSKI, *Libertas as a Political Ideal in Rome*, Cambridge University Press, Cambridge, 1960, pp. 11-15.

11. J. WALDRON, *The Right to Private Property*, Clarendon, Oxford, 1988, p. 267.

sonas”¹². Esta misma concepción inspira a Avineri cuando argumenta que “no es una premisa individualista, sino una social, la que se encuentra en la raíz del concepto que Hegel tiene de la propiedad. La propiedad no alcanzará jamás una dimensión independiente en su sistema (...). La propiedad se fundamenta siempre en un consenso social y no en el mero hecho de la posesión”¹³.

En las dos primeras secciones de este ensayo, examino la teoría relacional del derecho defendida por Nedelsky y Kelsen. En la tercera sección, elaboro una interpretación de la filosofía política y legal de Hegel que da cuenta de la paradoja que hice notar más arriba. Tiene razón Nedelsky al adoptar la concepción social de la propiedad y el derecho como hacen la mayoría de los comentaristas hegelianos en la actualidad. Pero tiene razón también Kelsen en el sentido que esa concepción social no agota lo que Hegel piensa respecto de la propiedad. Ciertamente propone esa concepción en sus escritos de juventud, donde la propiedad se relaciona internamente con el reconocimiento. Pero en su *Filosofía del Derecho*, al desarrollar la noción de derecho abstracto, modifica esa postura unívoca, omite el reconocimiento y adhiere a una interpretación esencialmente individualista y romana de la propiedad¹⁴. En la

12. J. PLAMENATZ, “History as the Realization of Freedom”, en: Z. A. PELCZYNSKI, *Hegel's Political Philosophy. Problems and Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 1971, pp. 40-41.

13. S. AVINERI, *Hegel's Theory of the Modern State*, Cambridge University Press, Cambridge, 1972, pp. 88-9.

14. Karl-Heinz Ilting aproxima la concepción de la persona que Hegel expone en la sección del derecho abstracto, al pensamiento individualista posesivo que estudia Brough Macpherson. Cfr. K.-H. ILTING, “The Structure of Hegel's *Philosophy of Right*”, en: Z. A. PELCZYNSKI, *Hegel's Political Philosophy*, p. 92. Por su parte, Margaret Jane Radin interpreta la propiedad hegeliana en un sentido liberal: “Hegel's argument about property in the realm of abstract right mostly reaffirms the liberal positions on property”. M. J. RADIN, *Reinterpreting Property*, University of Chicago Press, Chicago, 1993, p. 46. El argumento que desarrollo en este trabajo y en otros anteriores en los que adopto y expando lo defendido por Ilting, coincide con lo que sostiene Radin en 1982: “(...) because Hegel believes the rights he describes (...) concern only the Kantian ‘abstract personality’, he treats them as both logically and developmentally prior to any relationship arising from the person's interaction with others in society. Subsequent sections of the book introduce other, more particular property relationships

medida en que el argumento de Hegel evoluciona, esta concepción individualista da lugar a una concepción social mediada por el reconocimiento mutuo. Esto ocurre en el derecho abstracto cuando el argumento avanza de la propiedad al contrato. La propiedad contractual supone un reconocimiento recíproco. Pero esta relativización no supone un debilitamiento de la apropiación individual. Por el contrario, Hegel propone su fortalecimiento. La propiedad individual queda debidamente protegida sólo cuando la propiedad social re-emerge en el interior de la sociedad civil y el sistema legal contribuye a la formación de un contexto institucional. En último término, un estado fuerte es la mejor protección para la propiedad cuando ella se define en términos individualistas posesivos.

Finalmente, en la última sección de este trabajo, analizo *Pierson v. Post*, un caso clásico en la jurisprudencia americana, para ilustrar el conflicto entre las dos concepciones de la propiedad que tensionan la exposición de Hegel¹⁵.

that arise from the nature of groups (...) rather than from individual autonomy alone". Cit. *Ibidem*, p. 46; cfr. R. CRISTI, "Posesión y Propiedad en la *Filosofía del Derecho* de Hegel", *Revista de Filosofía*, vol. XVI, 1978, pp. 95-109; y R. CRISTI, "Hegel on Property and Recognition", *Laval theologique et philosophique*, 1995, pp. 335-343. Es necesario advertir que posteriormente en 1993, Radin se retracta y escribe: "Because I focused on what he said about property in his section on 'Abstract Right', it was open for readers to think I misunderstood Hegel as holding that the property relationship is something unmediated between the person and the object, rather than always a matter of social mediation. Neither Kant nor Hegel (...) thought property (...) to be anything but socially mediate" (M. J. RADIN, *op. cit.* pp. 7-8).

15. Una versión de este trabajo fue presentada en el Seminario de Doctorado, Programa de Doctorado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile el 20 de enero de 2003. Agradezco los comentarios de Angélica Figueroa, Pablo Ruiz-Tagle, Enrique Barros, Miguel Orellana, Miguel González y a los alumnos del programa de doctorado. Esta investigación fue financiada por Fondecyt (1020348 y 7020348).

1. LA TEORÍA RELACIONAL DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS DE J. NEDELSKY

“La propiedad privada define la estructura del sistema político americano.” Con esta incisiva tesis Jennifer Nedelsky introduce su estudio acerca del constitucionalismo en Estados Unidos¹⁶. Según Nedelsky, la evolución de ese sistema político se determina por la necesidad de compatibilizar las demandas de un gobierno democrático con la seguridad que requiere un régimen de propiedad privada. Durante el período conducente a la consolidación constitucional de la revolución americana, la vulnerabilidad a la que queda expuesto el régimen de propiedad privada frente a las demandas democráticas encuentra un antídoto en la doble receta propuesta por los federalistas y Madison. Ellos proponen, por una parte, encauzar y constreñir el impulso igualitario propio de la democracia y, por otra parte, reforzar los derechos del individuo frente a una presunta tiranía de la mayoría. Según Nedelsky, la idea de definir los derechos subjetivos como limitantes del poder estatal se funda en la urgente necesidad de proteger el derecho de propiedad amenazado por incursiones democráticas. “Esta formulación centrada en la propiedad fue el modelo de la Constitución en 1787 y luego se consolidó en la noción de derechos entendidos como fronteras impuestas judicialmente para separar el ámbito legítimo del gobierno del dominio protegido propio de la libertad individual”¹⁷.

El caso americano puede generalizarse y servir de paradigma para definir a la vez las virtudes y las deficiencias del constitucionalismo como tal. El auspicioso reforzamiento de la autonomía individual por medio de asegurar los derechos subjetivos tiene como contrapartida un énfasis en la necesidad de limitar el poder del gobierno con el consiguiente debilitamiento de la participación ciudadana. El imaginario que se desarrolla en torno a la propiedad es lo que da vida a la noción de derechos subjetivos. Según Joseph Singer, “la imagen esencial de los derechos se relaciona estrecha-

16. J. NEDELSKY, *Private Property*, p. 1.

17. *Ibidem*, p. 2.

mente con la concepción convencional de la propiedad, a saber la imagen de un dueño que controla un ámbito enmarcado por un borde y que excluye a quienes quieran invadir esa esfera protegida”¹⁸.

Tanto Nedelsky como Singer piensan que el énfasis federalista en el aseguramiento de la propiedad distorsiona la concepción de los derechos subjetivos. Los federalistas convierten la propiedad en símbolo pre-eminentemente de la libertad individual. Es cierto que la propiedad permite introducir control y seguridad en nuestras vidas y que es también fuente de identidad personal y medio de expresión. Pero este modelo posesivo individualista de la propiedad le transmite un carácter absoluto a los derechos y deja en la penumbra otras características de la propiedad que deberían enriquecer nuestra concepción de los derechos subjetivos. Así, según Nedelsky, aunque es vital considerar la relación que la propiedad tiene con la libertad, también hay que destacar su relación con la seguridad. La propiedad individual no es viable sin una autoridad legal que la asegure. La propiedad “pierde su significado sin la seguridad. Por propiedad entendemos aquello que se reconoce como nuestro y que no se nos puede sustraer fácilmente. De ahí la conexión entre propiedad, ley y gobierno. La propiedad es un derecho que requiere de protección y reconocimiento colectivos”¹⁹.

Fundados en esta idea del reconocimiento, Nedelsky y Singer esbozan una teoría relacional de los derechos subjetivos que oponen a la noción absolutista de derechos como límites. Esta última concibe los derechos como barreras excluyentes que se interponen entre los individuos con el objeto de evitar que sus respectivos dominios sean invadidos. “Los derechos definen los bordes que otros no deben cruzar, y son esos bordes, reforzados por la ley, los que aseguran la libertad y autonomía del individuo”²⁰. Pero esto corresponde a una visión distorsionada de lo que significa la libertad.

18. J. W. SINGER, *Entitlements*, p. 130.

19. J. NEDELSKY, *Private Property*, p. 207.

20. J. NEDELSKY, “Reconceiving Rights as Relationships”, *Journal of Constitutional Issues*, vol. 1, 1993, pp. 1-26, p. 7.

La condición de la autonomía no es la separación, sino las relaciones que se entrecruzan y conectan a los individuos. En ningún caso desconoce Nedelsky el peligro que significa para la libertad individual el poder de la colectividad. Pero apoyándose en la postura comunitaria que Taylor y Sandel derivan de Hegel, afirma también que estamos constituidos por nuestras relaciones. Las relaciones humanas son el contexto apropiado para que se desenvuelva nuestro accionar libre. En este sentido, la colectividad es matriz de autonomía y fuente de los derechos subjetivos²¹.

De este modo, aunque Nedelsky no rechaza la idea de los derechos subjetivos, considera que están determinados por un paradigma posesivo que los distorsiona²². Piensa Nedelsky que el problema reside en que ese paradigma privilegia ciertas características de la propiedad y abstrae otras, impidiendo que se pueda estructurar una noción integral de los derechos subjetivos. Sólo si se tomara en cuenta una noción global y concreta de la propiedad y no se procediera abstractamente, podría ser viable esa concepción. Nedelsky piensa que ello es posible si se incluyen en ese paradigma posesivo las medidas necesarias para la protección y aseguramiento integral de la propiedad. Esto significa establecer una relación interna entre propiedad y ley, subordinando la demanda de la libertad posesiva a la constitución de una normatividad reconocida universalmente.

21. Singer piensa que la teoría de los derechos de Hohfeld corresponde a una teoría relacional. Cfr. J. W. SINGER, *Entitlements*, pp. 131-134. Su *Tabla de Correlación* indicaría que los derechos no son simplemente títulos individuales sino relaciones jurídicas. La correlación entre derechos y deberes era conocida tradicionalmente. Su novedad consiste en ampliar el sistema de correlaciones. Antes de Hohfeld se pensaba que si alguien tiene una *libertad*, es decir, un *privilegio*, ello constituía una situación auto-referente (*self-regarding*) que no involucraba una referencia a terceros. Pero Hohfeld se opone a esta idea señalando que las libertades o privilegios son también *other-regarding*.

22. J. NEDELSKY, "Reconceiving Rights", p. 7. Una aproximación similar es la de C. B. Macpherson para quien los pensadores liberales del siglo XVII definen la naturaleza de los individuos como una relación posesiva. Según este autor "it cannot be said that the seventeenth-century concepts of freedom, rights, obligation, and justice are all entirely derived from this concept of possession, but it can be shown that they were powerfully shaped by it". C. B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism*, Clarendon, Oxford, 1962, p. 3.

Sólo la ley puede garantizar la propiedad. Pero entonces resulta que entender por propiedad aquello que sólo por derecho es nuestro, necesariamente mediatiza la propiedad y la deja constituida como un *ius ad personam*, es decir, por una relación concreta con otras personas²³.

2. LA CRÍTICA KELSENIANA A LOS DERECHOS SUBJETIVOS

La concepción de los derechos que los define como relaciones, y que defiende Nedelsky, coincide la crítica kelseniana al derecho subjetivo²⁴. El punto de partida del argumento de Kelsen es el dualismo que percibe en la teoría general del derecho elaborada por el positivismo legal del siglo diecinueve. Se trata del dualismo que separa estado y ley, derecho público y derecho privado, derecho objetivo y derecho subjetivo. Con ello el positivismo legal exhibe su continuidad con la estrategia empleada por el iusnaturalismo moderno. Éste busca, por una parte, legitimar el orden legal positivo, y por otra parte, imponer determinados límites a la estructura de su contenido. Según Kelsen, esta segunda función es la que se intenta lograr con la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo²⁵.

¿Cómo entiende Kelsen la noción de derecho subjetivo? Piensa que la génesis de esta noción corresponde a la intención de definir su prioridad lógica y temporal con respecto al derecho objetivo. Afirma así que “primero nacen los derechos subjetivos, y antes que nada la propiedad, el prototipo de los derechos subjetivos (...), y sólo más tarde el derecho objetivo como orden estatal que protege,

23. La idea del derecho como una red de relaciones personales es desarrollada también por Kelsen. Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, pp. 44-46.

24. Kelsen desarrolla esta crítica inicialmente en su *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1911. Es la obra que años más tarde, durante su exilio en Suiza, presenta condensadamente como *Reine Rechtslehre*.

25. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 40.

reconoce y garantiza los derechos subjetivos generados independientemente”²⁶. El iusnaturalismo moderno reconoce también que “el derecho objetivo, que se manifiesta como orden político, surge sólo posteriormente con el propósito de proteger, reconocer y garantizar los derechos subjetivos que se generan independientemente”²⁷. Lo mismo se puede decir con respecto a la prioridad e independencia que se le otorgan a la persona jurídica como sujeto de derecho. También aquí se piensa en la figura del propietario, el paradigma de la persona abstracta. En este caso, la idea regulativa es necesariamente la de una entidad que se concibe como “independiente con respecto al orden legal”²⁸. Para que el derecho objetivo pueda ser considerado como tal debe reconocer a la persona abstracta como sujeto de derecho.

Tanto en la distinción entre derecho subjetivo y derecho objetivo como en la prioridad asignada a la persona, Kelsen percibe una contradicción lógica. El derecho objetivo, en tanto que norma heterónoma, se caracteriza por su “función vinculante y coactiva”; en cambio, la persona, y los derechos subjetivos que porta, representan “la libertad definida como autodeterminación”²⁹. La libertad

26. *Ibidem*, p. 41.

27. *Ibidem*, p. 41. Para ilustrar esta observación Kelsen cita a Heinrich Dernburg, quien escribe en su tratado acerca de la Pandectas: “La existencia de los derechos, en su sentido subjetivo, precede históricamente a la formación del orden político. Estos derechos se fundan en la personalidad de los individuos y en el respeto que estos habían obtenido con respecto a sí mismos y sus posesiones. Sólo por una abstracción a partir de esos derechos subjetivos existentes es posible llegar a la noción de orden legal. La concepción que rehúsa ver en los derechos subjetivos la fuente del derecho objetivo, es por tanto equivocada y anti-histórica”. H. Dernburg, *Pandekten*, vol. I, 4ª ed., Verlag von H. W. Müller, Berlin, 1894, p. 88; cfr. H. KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 583-584, nota 1; cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 41.

28. H. KELSEN, p. 42.

29. *Ibidem*, p. 42. En esta ocasión Kelsen cita a Georg Friedrich Puchta, quien en las primeras páginas de su *Cursus der Institutionen* afirma que “el concepto fundamental del derecho es la libertad”. G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Keip, Goldbach, 1983, p. 4. La definición que da lo que entiende por libertad coincide con la de Hegel, de quien fue su discípulo en Nuremberg: “El concepto abstracto de la libertad: la posibilidad de autodeterminarse”. *Ibidem*, p. 5.

asignada a sujetos aislados y abstractos no tiene sentido si no es entendida a partir de los deberes y obligaciones que otros sujetos de derecho tengan con respecto a los primeros. La libertad, por tanto, no es originaria sino que depende de acuerdos mutuos logrados con anterioridad. Además, Kelsen señala que estos acuerdos mutuos no tienen sentido si previamente “no han sido reconocidos por el derecho objetivo en tanto que instrumento legal”³⁰. Las determinaciones jurídicas se originan no en el derecho subjetivo, sino en el derecho objetivo, y ni siquiera el derecho privado, reconoce Kelsen, puede decirse que goza de autonomía.

Esta contradicción tiene un sentido exclusivamente ideológico. Lo que se oculta tras la noción de persona como portadora de derechos subjetivos es una defensa de la propiedad privada. Su propósito es afirmar que “el derecho subjetivo, esto es, la propiedad privada, es una categoría a priori y trascendente con respecto al derecho objetivo —un obstáculo inexpugnable para la construcción del contenido de un orden legal”³¹. Kelsen destaca la necesidad de asegurar la estabilidad de los derechos subjetivos en vista de la inestabilidad inherente a un orden legal expuesto a los vaivenes de la democracia. Con buen ojo político, Kelsen afirma que una concepción que defiende la autonomía de los derechos subjetivos es un “instrumento para proteger la institución de la propiedad privada de su eliminación por parte del orden jurídico”³². Sin ambages, Kelsen afirma que los derechos subjetivos son “una categoría de la propiedad privada”³³. En este punto de su argumento, Kelsen entronca con el tema de los derechos como relaciones que estudia Nedelsky. Lo hace al asimilar la distinción entre derechos reales (*iura in rem*) y derechos personales (*iura ad personam*) al dualismo derecho objetivo/derecho subjetivo. En el caso de los derechos reales se trata de una relación entre una persona y una cosa; en tanto que en el caso de los derechos personales se trata de una

30. *Ibidem*, p. 43.

31. *Ibidem*, p. 43.

32. *Ibidem*, p. 44.

33. *Ibidem*, p. 46.

relación entre personas. El derecho real por antonomasia es la propiedad, y se define como el “dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, como una relación esencialmente distinta de obligaciones fundadas en una relación personal”³⁴. No se le escapa a Kelsen la naturaleza ideológica de esta importante distinción. Lo que el *ius in rem* intenta ocultar es la prioridad del *ius ad personam*. Es decir, la relación propietaria que define al *ius in rem* depende del reconocimiento intersubjetivo propio del *ius ad personam*. La relación propietaria puede generarse sólo cuando otras personas se comprometen a no interferir en la relación particular de dominio que se da entre una persona y una cosa.

Si los derechos subjetivos no son lo primordial y originario, ¿a qué figura jurídica corresponden estos atributos? Según Kelsen, lo primario es la obligación o deber jurídico, que en su opinión viene a ser “la función esencial del derecho objetivo”³⁵. Un sistema legal estatuye primordialmente deberes jurídicos, pero también puede, como una opción, conferir títulos o derechos subjetivos (*Berechtigung*). En ningún caso pueden considerarse estos derechos subjetivos como autónomos e independientes del sistema legal. “Existe un derecho subjetivo sólo en tanto que es estatuido por el derecho objetivo”³⁶. Se trata, reconoce Kelsen, de una técnica empleada por el régimen jurídico capitalista en tanto que este “se funda en la institución de la propiedad privada y por ello atiende preferentemente los intereses del individuo”³⁷. El reconocimiento, por parte de Kelsen, de esta prioridad del deber jurídico confirma la anulación del dualismo derecho objetivo/derecho subjetivo.

34. *Ibidem*, p. 45.

35. *Ibidem*, p. 47.

36. *Ibidem*, p. 48.

37. *Ibidem*, p. 48.

3. LOS DERECHOS SUBJETIVOS EN LA FILOSOFÍA POLÍTICA Y LEGAL DE HEGEL

En 1953, con ocasión de publicarse la versión francesa de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen introduce “numerosas adiciones y cambios” en su argumento³⁸. Me parece notable que al discutir la tendencia ideológica que le atribuye a la noción de derechos subjetivos, Kelsen expresamente mencione a Hegel como ejemplo característico de esa tendencia. Señala que para Hegel la propiedad es “la primera existencia de la libertad y como tal un fin en sí de importancia esencial”³⁹. Señala igualmente que su concepción de la propiedad se aparta decididamente del postulado de la igualdad. De ahí que la propiedad pública sea incompatible con la noción de propiedad. Concluye Kelsen que la teoría hegeliana del derecho subjetivo “no es sino una ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada”⁴⁰.

En esta sección examino la *Filosofía del Derecho* de Hegel a la luz de lo sostenido por Kelsen. En los párrafos pertinentes de esta obra, descubro tres indicaciones que determinan una concepción individualista de la propiedad: primero, el rechazo, por parte de Hegel, a la reducción kantiana del derecho real al derecho personal; segundo, la identificación de la posesión con la propiedad; y, tercero, el confinamiento de la relación de reconocimiento a la esfera del contrato en el derecho abstracto.

38. H. KELSEN, *Théorie pure du droit: Introduction a la science du droit*, trad. por Henri Thévenaz, Éditions de la Baconnière, Neuchatel, 1953, p. 7.

39. *Ibidem*, p. 98.

40. *Ibidem*, p. 99.

a) *Rechazo de la reducción kantiana del derecho real al derecho personal*

En primer lugar, Hegel rechaza la distinción kantiana entre derechos reales y derechos personales⁴¹. Según Hegel, “sólo la personalidad da derecho a las cosas y (...) por tanto el derecho personal es esencialmente derecho real (...) Este derecho real es el derecho de la personalidad como tal”⁴². Hegel identifica los derechos personales como derechos reales porque hasta aquí concibe sólo una noción abstracta e inmediata de la propiedad, es decir, una noción no mediada por el reconocimiento intersubjetivo. Un derecho real no requiere de ninguna mediación. Se constituye por la relación posesiva inmediata entre una persona y una cosa. No aparecen terceros como intermediarios de esa relación. La cosa que ocupamos es propiedad de nadie⁴³. Kant, por el contrario, reduce los derechos reales a los derechos personales. Estos últimos, admite Hegel, son los derechos “que surgen de un contrato por el que doy o efectúo algo, el *ius ad rem* del derecho romano que surge de una *obligatio*”⁴⁴. Presuponen una situación original en que todas las cosas pertenecen a todos⁴⁵. Para Kant, “el derecho a una cosa es el

41. I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, Meiner, Hamburg, 1966, p. 70. Piensa Hegel que esta distinción entre *iura in rem* y *iura in personam* “está en la base del derecho romano” (§ 40). Esa distinción corresponde también a la que hace H. L. A. Hart entre derechos generales y especiales. Cfr. H. L. A. HART, “Are There Any Natural Rights?”, en: J. WALDRON ed., *Theories of Right*, Oxford University Press, Oxford, 1989, pp. 77-90; cfr. R. CRISTI, “Waldron on Special Rights in rem”, *Dialogue*, vol. 33, 1994, pp. 183-89. Por su parte, Juan Iglesias afirma que “no hay relación jurídica que no se dé entre personas, en la comunicación y el tráfico que ellas establecen. No cabe hablar de una relación entre persona y cosa”. J. IGLESIAS, *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, 7ª ed., Ariel, Barcelona, 1982, p. 251.

42. G. W. F. HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho*, trad. por Juan Luis Vermal, Sudamericana, Buenos Aires, 1975. § 40.

43. El sistema negativo de propiedad concebido por Pufendorf es la condición que permite la constitución de este concepto individualista de la propiedad.

44. G. W. F. HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho*, § 40.

45. Cfr. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1776, en: R. C. ELLICKSON (ed.), *Perspectives on Property Law*, Little, Brown & Co, Boston, 1994, p. 39.

derecho al uso privado de una cosa. Con respecto a esa cosa tengo una comunidad de posesión (original o establecida) con todos los otros individuos”⁴⁶. Para establecer un derecho propietario sobre alguna cosa, es necesario concertar acuerdos con el fin de extinguir los derechos propietarios reclamados por otras personas e identificar la porción que va a ser apropiada. En este caso, el contrato precede a la propiedad. “Estrictamente hablando, no existe un derecho (directo) sobre una cosa. Lo que llamamos derecho es lo que reclamamos contra una persona que comparte con todos los demás (en la sociedad civil) una comunidad de posesión”⁴⁷.

Según Hegel, la propiedad como derecho abstracto debe concebirse como un *ius in rem*. Por oposición a Kant, para quien un individuo que existiese solo en el mundo no podría ser propietario de nada, Hegel piensa que tal individuo podría, sin previo acuerdo, apropiarse de cosas. La propiedad es anterior a cualquier acuerdo, una clara indicación que Hegel opera aquí, como subraya Kelsen, con una concepción *in rem* (es decir, pre-social y pre-contractual) de la propiedad⁴⁸.

b) La identificación de la posesión con la propiedad

La señal más visible de que Hegel adopta una concepción individualista de la propiedad es el argumento que elimina la distinción clásica entre posesión y propiedad⁴⁹. Se desvía así de sus escritos

46. I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, p. 71.

47. *Ibidem*, p. 72.

48. Recientemente, Robert Williams imputa esta noción individualista de los derechos y la propiedad en Hegel a Karl-Heinz Ilting y piensa que se trata de un error interpretativo. Según Williams, “parece central a la interpretación de Ilting una concepción parcial y unilateral de lo que Hegel entiende por derechos. Ilting parece atribuir a Hegel el mismo individualismo atomizado y el no reconocimiento entre la personas que Hegel critica en el *Privatrecht* romano”. R. WILLIAMS, *Hegel's Ethics of Recognition*, p. 138.

49. Cfr. W. W. BUCKLAND & A. D. MCNAIR, *Roman Law & Common Law. A Comparison in Outline*, Cambridge University Press, Cambridge, 1936,

políticos tempranos donde sí encontramos esa distinción⁵⁰. Avineri, por ejemplo, interpreta la concepción de Hegel en su *Realphilosophie II* como sosteniendo una concepción “trans-subjetiva” y “no-individual” de la propiedad. Según Avineri, “la propiedad pertenece a la persona en cuanto que es reconocida por otros; nunca puede ser considerada como una cualidad intrínseca de un individuo con prioridad a su reconocimiento por otros. Mientras que la posesión se relaciona con el individuo, la propiedad es relativa a la sociedad. Puesto que la posesión deviene propiedad por el reconocimiento de otros, la propiedad es un atributo social”⁵¹. Avineri no percibe que Hegel colapsa esta distinción cuando

pp. 58 y ss.; M. KASER, *Eigentum und Besitz im alteren römischen Recht*, Böhlau Verlag, Köln-Graz, 1956, p. 6 y ss.; M. KASER, *Roman Private Law*, trad. por R. Dannenbring, Butterworths, Durban, 1965, p. 83. Buckland observa que la posesión es el tema más debatido entre los romanistas. Señala igualmente: “The definition of *possessio* (...) is a matter of great difficulty. No perfectly correct solution may be possible”. W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge University Press, Cambridge, 1965, pp. 196-197. Pero para los fines de este trabajo basta con la siguiente observación de von Ihering: “El hecho y el derecho; tal es la antítesis a que se reduce la distinción entre posesión y propiedad. La posesión es el poder *de hecho*, y la propiedad el poder *de derecho* sobre la cosa”. R. v. IHERING, *Tres estudios jurídicos: Del interés en los contratos, La posesión y La lucha por el derecho*, Atalaya, Buenos Aires, 1947, p. 92. Para Alessandri *et al.* esto coincide con la “significación vulgar” que denota “la ocupación de una cosa, el tenerla en nuestro poder, sin que importe mayormente la existencia de título o derecho para ello”. A. ALESSANDRI *et al.*, *Tratado de los derechos reales*, 5ª. ed. Jurídica, Santiago, 1993, p. 357. Según Alessandri *et al.* el Código Civil chileno concuerda con la teoría subjetiva de Savigny del *animus domini* y, por tanto, distingue entre mera tenencia (o posesión en sentido vulgar) y posesión propiamente tal que involucra ánimo o intención de comportarse como propietario de la cosa. Cfr. *Ibidem*, p. 394.

50. En la *Realphilosophie II*, la distinción entre posesión y propiedad supone la distinción entre estado de naturaleza y estado de derecho y obligación. Cuando los individuos son concebidos en el estado de naturaleza su relación con el mundo es puramente posesiva y, como Hegel afirma, “esta posesión no es aun propiedad”. Cfr. G. W. F. HEGEL, *Realphilosophie II, Jenaer Realphilosophie*, edit. por J. Hoffmeister, Meiner, Hamburgo, 1967, p. 206. Esto significa que “(...) la posesión es una relación inmediata a las cosas, y no a un tercero”. Hegel añade: “(...) tomar posesión significa también la exclusión de un tercero”. *Ibidem*, p. 207. El reconocimiento permite que la posesión obtenga un estatuto jurídico. La posesión, cuando es “reconocida por otro, deviene mi propiedad”. *Ibidem*.

51. S. AVINERI, *Hegel's Theory of the Modern State*, pp. 88-89.

examina el derecho abstracto en su *Filosofía del Derecho*. Sólo aquí Hegel desarrolla una concepción individualista de la propiedad⁵².

c) El confinamiento de la relación de reconocimiento a la esfera del contrato en el derecho abstracto

La definición de la propiedad como un derecho inmediato y abstracto elimina la posibilidad de una mediación. Esto precipita el colapso de la distinción entre posesión y propiedad, y la propiedad queda reducida a una relación posesiva monológica entre una persona y una cosa. No se requiere la presencia de otra persona que testifique la constitución de esta ligazón individualista posesiva. Resulta muy iluminador al respecto la descripción que hace Hegel en el párrafo 40 de los tres momentos constitutivos del derecho abstracto. El primer momento explícitamente presupone la identidad entre posesión y propiedad. La propiedad se define como “la libertad de una persona individual que se relaciona sólo consigo misma”. Esto no deja lugar para el reconocimiento en la constitución de una propiedad pre-contractual. El reconocimiento aparece sólo cuando el argumento avanza en dirección al contrato, la segunda figura del derecho abstracto. El contrato permite la formación de una “voluntad común”, porque hace posible que un propietario individual “se relacione con otra persona”. La formación de esta voluntad común es lo que permite la mediación de la propiedad por medio de un reconocimiento personal mutuo. La propiedad ya no se define por la relación monológica entre persona y cosa; se trata de un momento social constituido por el reconocimiento. Esta restauración de la distinción entre posesión y propiedad introduce

52. Para el detalle de la argumentación hegeliana en la sección que trata del derecho abstracto y que supone el colapso de las nociones de posesión y propiedad, cfr. R. CRISTI, “Posesión y Propiedad en la *Filosofía del Derecho* de Hegel”, *Revista de Filosofía*, vol. XVI, 1978, pp. 95-109, especialmente pp. 96-101.

un nuevo concepto de propiedad. En el párrafo 78, Hegel afirma que quien quiera adquirir propiedad por medio de un contrato no necesita tomar posesión inmediata de la cosa así adquirida. La posesión queda definida como una circunstancia puramente “externa” que no altera los aspectos “sustantivos” involucrados en la propiedad.

La concepción individualista de la propiedad pierde su inmediatez y abstracción cuando Hegel introduce el reconocimiento. Esto ocurre en el párrafo 71 que marca la transición de la propiedad al contrato. “Esta relación de la voluntad con la voluntad es el campo propio y verdadero en el que la libertad tiene existencia. Esta mediación por la que se tiene una propiedad no sólo mediante una cosa y mi voluntad objetiva, sino al mismo tiempo mediante otra voluntad y por lo tanto en una voluntad común, constituye la esfera del contrato”.

Llego a ser propietario y mi voluntad adquiere un derecho exclusivo a la posesión, uso, beneficio y disposición de una cosa cuando soy reconocido como tal por otra persona. Soy propietario sólo en virtud de la presencia de otra persona. Tengo propiedad de algo no como voluntad abstracta sino como voluntad mediada por el reconocimiento de otros. En la etapa pre-contractual, la propiedad quedaba constituida como un *ius in rem*, es decir, por la relación inmediata entre mi voluntad subjetiva y una cosa. La transición hacia la propiedad contractual constituida como *ius ad personam*, hace del reconocimiento un ingrediente esencial, porque, como dice en el párrafo 71, “el contrato supone que los que participan en él se reconozcan como personas y propietarios”.

A pesar del aspecto social involucrado en el contrato, la relación contractual sigue siendo abstracta. Esta regida por una voluntad arbitraria y los acuerdos que rinde son meramente constitutivos de una voluntad no universal sino puramente común. Así en el párrafo 75 dice: “La voluntad idéntica que por el contrato entra en la existencia es sólo puesta por las partes, es por lo tanto voluntad común y no es en y por sí universal”.

Hegel contrapone la voluntad común lograda por medio del contrato a la voluntad universal y absoluta que sostiene a institu-

ciones como la familia y el estado. Denuncia la intrusión de la propiedad y el contrato abstracto en la esfera del estado. Esto le resta autonomía al estado y lo reduce a un papel puramente instrumental, una concepción que comparten el feudalismo y la doctrina liberal del contrato social. Transferir las determinaciones de la propiedad y el contrato a la esfera política significa rebajar el estado al ámbito propio de la sociedad civil.

La pobreza del contrato no permite alumbrar en su plenitud el contexto social que el reconocimiento le concede a la propiedad. Sólo cuando Hegel asciende al punto de vista de la *Sittlichkeit*, puede la propiedad posesiva individualista ser debidamente trascendida y alcanza el rango de ser propiedad genuinamente social. Peter Stillman cree, por ejemplo, que “las instituciones principales de la eticidad se fundan en la comunidad, imponen obligaciones, y así superan el atomismo e individualismo de la propiedad y el contrato”⁵³. Pero esto es sólo parcialmente verdadero. Cuando Hegel analiza la noción de propiedad en el interior de la sociedad civil, sólo ahora (*nun*) puede aparecer el contrato otorgándole actualidad. En la *Sittlichkeit*, el contrato mismo es mediado por el sistema jurídico, que es parte de las mediaciones estatistas que introduce Hegel en la sociedad civil: “Así como en la sociedad civil el derecho en sí deviene ley, así también la existencia inmediata y abstracta de mi derecho individual toma el significado de ser reconocido como un existencia en el saber y la voluntad universales existentes. Las adquisiciones y los actos referentes a la propiedad deben por lo tanto efectuarse con la forma que le da a ella aquella existencia. La propiedad se basa *ahora* en el contrato y en las formalidades que la hacen susceptible de demostración y jurídicamente válida”⁵⁴.

En su comentario a este mismo párrafo, Hegel añade: “Los modos de adquisición y título de propiedad primitivos, es decir

53. P. STILLMAN, “Property, Contract and Ethical Life in Hegel’s Philosophy of Right”, en: D. CORNELL, M. ROSENFELD & D. G. CARLSON (ed.), *Hegel and Legal Theory*, Routledge, Nueva York, 1991, p. 208.

54. G. W. F. HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho*, §217; el énfasis es mío.

inmediatos, desaparecen en la sociedad civil y se presentan sólo como contingencias singulares o momentos limitados”⁵⁵.

Hegel retoma la noción de propiedad como *ius in rem* abstracto para compararla con la dimensión social que adquiere en el interior de la sociedad civil. La propiedad individualista, cuya existencia fue previamente “abstracta e inmediata”, es reconocida ahora en un contexto institucional concreto. La propiedad se socializa inicialmente por la mediación del contrato. Pero el contrato, en la esfera del derecho abstracto, puede generar sólo una voluntad común. La ausencia en esa esfera de una voluntad universal, significa que allí las demandas legales son “múltiples y mutuamente externas”. Demandas múltiples y exclusivas sobre una cosa particular generan naturalmente “conflictos jurídicos”⁵⁶. Puesto que una voluntad meramente común es incapaz de resolver esos conflictos, ello conduce inexorablemente a un régimen de justicia vengativa que los individuos dispensan arbitrariamente. Esta inferencia a partir de la libertad abstracta es la versión hegeliana del estado de naturaleza. En cambio, el sistema jurídico que emerge en el interior de la sociedad civil expresa la existencia de una voluntad universal. Esto significa que los modos de apropiación que anteriormente parecían estar de acuerdo con el derecho, son dejados de lado en la sociedad civil, aun cuando puedan reaparecer en circunstancias excepcionales. Significa también que nos hemos desplazado fuera del estado de naturaleza. Es cierto que Hegel admite que en el sistema de necesidades preserva “un resto del estado natural”⁵⁷. Pero esto se debe al hecho que el sistema de necesidades contiene “la universalidad de la libertad de una manera sólo abstracta como derecho de propiedad”⁵⁸. Al constituirse el sistema jurídico, el derecho de propiedad está presente no “sólo en sí, sino en su realidad efectiva vigente”⁵⁹. Para Hegel esto significa que la propiedad ha quedado

55. *Ibidem*, § 54 y ss.

56. *Ibidem*, § 84.

57. *Ibidem*, § 200.

58. *Ibidem*, § 208.

59. *Ibidem*, § 208.

ahora plenamente socializada porque la protege una voluntad universal.

Esta concepción dual de la propiedad hegeliana, individual en el derecho abstracto y social en la sociedad civil, apunta a una dualidad de propósitos. Con el objeto de limitar demandas sociales igualitarias y redistributivas, Hegel da prioridad y consolida una concepción individualista de la propiedad. Al mismo tiempo, observa que la protección jurídica de la propiedad requiere su socialización. Un concepto social de la propiedad emerge provisoriamente en la esfera del derecho abstracto cuando el argumento avanza de la propiedad al contrato. Más tarde, el establecimiento de un sistema jurídico protector en la sociedad civil introduce un factor político que nos aparta de la magra socialización obtenida por el contrato abstracto. Finalmente, en el estado hegeliano, alcanzamos la cima de este proceso de socialización. Pero la efectividad del estado como agencia de protección no puede garantizarse si su sola función es la de proteger la propiedad, como piensa Locke. Para evitar que se torne en un instrumento al servicio de propietarios soberanos, Hegel refuerza la autonomía del estado y define su prioridad respecto de la sociedad.

Hegel percibe que poner en pie un sistema de protección legal para la propiedad implica su socialización. La figura del contrato, su primera socialización, es inadecuada como forma de protección. Dada su naturaleza abstracta, el reconocimiento abstracto que transmuta la propiedad individual en social, es un gesto vacío que carece de apoyo institucional. La restauración de cualquier violación de la propiedad contractual se guía por la justicia vengativa⁶⁰. Este es un procedimiento inestable que comparte las deficiencias del poder ejecutivo que confiere Locke a los individuos en el estado de naturaleza. La propiedad individual queda debidamente protegida cuando la propiedad social re-emerge en la sociedad civil y un sistema jurídico contribuye el apoyo institucional que se necesita, apoyo específicamente diseñado para la “protección de la pro-

60. *Ibidem*, § 102.

piedad”⁶¹. Pero esta protección debe ser entendida en su sentido más liberal. No puede involucrar redistribución impositiva o cualquier otro tipo de intervención igualitaria, porque ello es contrario al principio de la sociedad civil según el cual la subsistencia de los necesitados debe ser mediada por el trabajo⁶². El concepto social de propiedad en Hegel no la deja expuesta a la redistribución. Por el contrario, se la propone como un medio para hacer expedito el papel protector que le asigna al estado. El concepto individualista de la propiedad no excluye, sino por el contrario exige la supremacía del estado sobre el individuo.

4. EL CASO “PIERSON CONTRA POST”

Un célebre y muy citado caso de la jurisprudencia estadounidense, *Pierson v. Post* (Nueva York 1805), sirve para ilustrar el conflicto entre las dos concepciones de la propiedad que tensionan la exposición de Hegel. Carol Rose nos entrega la clave hermenéutica en un artículo que no menciona a Hegel, pero que interpreta *Pierson* de una manera que nos aproxima a la cuestión debatida más arriba⁶³. Pero antes expondré *Pierson* sin entrar en mayores detalles.

Post persigue un zorro en tierra de nadie en Long Island, Nueva York, y lo tiene ya en el punto de mira cuando Pierson se le adelanta, mata al zorro y se lo apropia. Indignado, Post demanda a Pierson alegando que persecución equivale a ocupación. Una corte inferior del condado de Queens dictamina en su favor. Pierson apela la sentencia ante la Corte Suprema del estado de Nueva York. La sentencia de la mayoría, redactada por el juez Tompkins, favorece a Pierson. Tompkins se pregunta, ¿adquirió Post, por me-

61. *Ibidem*, § 208.

62. *Ibidem*, § 245.

63. C. M. ROSE, “Possession as the Origin of Property”, *University of Chicago Law Review*, 1985, vol. 52, pp. 75-88.

dio de una mera persecución, la propiedad del zorro? Los zorros son *ferae naturae*, y el único modo de apropiarlos, como lo es de toda *res nullius*, es la ocupación⁶⁴. Pero, ¿qué significa ocupación en este caso particular? Fundado en comentaristas clásicos, Tompkins dictamina que mera persecución no constituye ocupación. Se funda en Justiniano, Fleta, Bracton para juzgar que la mera persecución es insuficiente. Ni siquiera herir a la bestia es suficiente; es necesario aprehenderla. Pufendorf y Bynkershoek definen la ocupación de bestias salvajes como posesión corporal actual de ellas. Pufendorf parece vacilar, pero ello sólo en el caso en que el animal haya sido herido⁶⁵. Las fuentes inglesas, por su parte, consideran casos que involucran a cazadores y propietarios de la tierra. Los cazadores aducen ocupación; los propietarios, *ratione soli*. Finalmente, Barbeyrac, por oposición a Pufendorf, piensa que la aprehensión física no es necesaria para la ocupación de bestias, pero no considera que mera persecución constituya ocupación. En suma, Tompkins dictamina en favor de Pierson y anula la anterior decisión; mera persecución no constituye ocupación; una persecución que haya herido mortalmente a la bestia, o que de alguna manera la atrape, constituye ocupación porque involucra trabajo; Post sólo persigue al animal, y ello no constituye ocupación.

El juez Livingstone disiente. Los tiempos cambian, las leyes cambian. Las autoridades que cita Tompkins no pudieron tener en cuenta la existencia de personas que persiguieran y cazaran animales nocivos motivadas por espíritu deportivo. El caso debió adjudicarlo un club de caza. Por lo demás, la legalidad no debería interferir con una práctica contemporánea cuyo propósito es encomiable, a saber, la preservación de la avicultura. No hay una regla actual que defina la ocupación de animales *ferae naturae*. La corte,

64. La doctrina de la *res nullius* y de la primera ocupación como justificación de la propiedad tiene su origen en el derecho romano (cfr. *Digesta* 41.1.3). Ejemplo de *res nullius* son típicamente los animales salvajes.

65. Esto coincide con lo que establece, por ejemplo, el *Código Civil* chileno: Se entiende que el cazador o pescador se apodera del animal bravío y lo hace suyo desde el momento que lo ha herido gravemente, de manera que ya no le sea fácil escapar, y mientras persiste en perseguirlo” (‘617).

por tanto, goza de libertad para decidir que ha habido ocupación cuando el cazador que la persigue la tiene a su alcance, o tiene la posibilidad de alcanzar la presa que ha detectado⁶⁶.

En su artículo “Possession as the Origin of Property”, Carol Rose analiza *Pierson* e intenta armonizar las opiniones encontradas de los dos jueces. A primera vista tal armonización no resulta posible pues esas opiniones manifiestan la oposición entre dos grandes teorías explicativas del origen de la propiedad: la teoría del trabajo de Locke y la teoría del consentimiento social⁶⁷. Por ello Rose prefiere acceder a una tercera vía, la de la *common law*, que permite su armonización por medio de dos principios definitorios de la posesión: la claridad en las señales de notificación posesoria y la recompensa al trabajo útil. Tompkins favorece el principio de la señal clara, pero, según Rose, implícitamente también concede valor a la recompensa por un trabajo útil. Por otra parte, Livingstone explícitamente afirma la necesidad de recompensar la utilidad de la labor emprendida por Post, pero también favorece la claridad en la señal posesoria. Sólo pide que esa señal la defina una comunidad relevante, que en este caso sería un club de cazadores de zorro⁶⁸.

Este intento por parte de Rose de armonizar las opiniones de los jueces está destinado a satisfacer a los profesionales del derecho. Estos fijan su atención en el caso concreto y encuentran en la *common law* las reglas imprecisas que se requieren para regular con precisión una realidad necesariamente imprecisa. Rose publica su artículo en la *University of Chicago Law Review*, y no en una revista profesional de filosofía. Los filósofos no tienen que lidiar

66. El *Código Civil* chileno, por ejemplo, estipula: No es lícito a un cazador o pescador perseguir al animal bravío que es ya perseguido por otro cazador o pescador; si lo hiciere sin su consentimiento, y se apoderare del animal, podrá el otro reclamarlo como suyo (‘618). En *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (vol. 7, p. 27), Claro Solar afirma que para la redacción de este artículo (‘618) Bello se inspiró en Gayo, Justiniano, Trebatius y las *Siete Partidas*. (Debo esta información a Francisco González).

67. C. M. ROSE, “Possession”, pp. 73-74; cfr. W. BLACKSTONE, *Commentaries*, pp. 42-43.

68. C. M. ROSE, “Possession”, p. 77.

con el caso concreto y el *quis iudicabit*. Me permito así eximirme de la apelación a la *common law*, y remontarme en dirección opuesta al camino seguido por Rose, para explorar las grandes teorías explicativas del origen de la propiedad que ella deja de lado⁶⁹. Las teorías filosóficas que tengo a la vista tienen su origen en Cicerón quien compara al mundo con un gran teatro, que es propiedad común de la humanidad, pero cuyos asientos son temporalmente propiedad de individuos⁷⁰. El problema que esta imagen suscita es el siguiente: ¿es el mundo originalmente la propiedad de todos o de ninguno? Me parece que esta alternativa puede explicar las posiciones encontradas de los jueces en *Pierson* y pueden explicar también la tensión entre las dos concepciones de la propiedad, individualista y social, que subyacen a los proyectos de Nedelsky, Kelsen y Hegel.

Si *Pierson* se interpreta según estas dos concepciones resulta claro que las posiciones de los jueces no son armonizables y que es necesario optar entre ellas. La decisión de Tompkins se presenta en un contexto bien definido —un relicario del estado de naturaleza en Long Island donde dos individuos, Post y Pierson, se relacionan inmediatamente con un zorro que no pertenece a nadie. En ese contexto es fácil pensar que la posesión, es decir, la ocupación y la conquista, sean fuentes originarias de la propiedad. Para Tompkins, la propiedad es un *ius in rem* que no se constituye por el consentimiento de terceros. El juez tiene a la vista esta teoría cuando piensa abstractamente la relación entre Post y el zorro, y dictamina que ella es materialmente incompleta⁷¹. Por la teoría del consentimiento social, en cambio, el zorro que persigue Post no es una *res nullius*, sino que pertenece a la humanidad en su totalidad, incluidos él mismo y Pierson. Una fracción de la humanidad, el club

69. Rose se inspira para ello en Blackstone para quien esa disputa filosófica “savours too much of nice and scholastic refinement”. W. BLACKSTONE, *Commentaries*, p. 43.

70. W. BLACKSTONE, *Commentaries*, p. 39.

71. Hegel observa que la fuerza mecánica de las armas permite aproximar esa relación (§55), pero esto no tiene aplicación en el caso de Post, sino en el de Pierson, quien logra una aproximación terminal al zorro y lo mata.

corporativo de caza en este caso, es la encargada de reconocer a sus miembros, y establecer las reglas y señales de claridad en la posesión. Ni Post ni Pierson son individuos aislados, que habitan en un estado de naturaleza y se relacionan inmediatamente con las cosas, sino que definen una comunidad deportiva de cazadores cuya principal relación es de mutuo reconocimiento.

Me parece que este caso puede ilustrar las opciones que afrontan Nedelsky, Kelsen y Hegel. Si Nedelsky y Kelsen creen posible pensar en la propiedad como símbolo y expresión pre-eminentemente de los derechos subjetivos, y además quieren definir estos derechos como relaciones, es claro que necesariamente deben optar por la teoría social de la propiedad. La teoría individualista conduce naturalmente a concebir los derechos como derechos reales, es decir, como meras barreras o muros de contención destinados a proteger la libertad de individuos. Los derechos reales, como indican Heineccius y Andrés Bello, se definen *sine respectu ad certam personam*. No me parece en absoluto posible lograr una mediación filosófica entre una teoría fundada en los derechos reales y otra fundada en los derechos personales. Esto también significa que Hegel ha tenido que optar entre estas concepciones, y que su opción, por lo menos en su *Filosofía del Derecho*, tiene que favorecer los derechos reales. Si Hegel, en determinado momento, apunta al reconocimiento como constitutivo de la propiedad, ello tiene sentido sólo como una medida que busca asegurar nuestro dominio individual de las cosas. Su teoría de las corporaciones ciertamente permite incluir el club de cazadores que apunta el juez Livingston. Pero en Hegel las corporaciones tienen que quedar estrictamente sometidas a la regulación de un estado protector. Cuando comprobamos que el estado hegeliano está constituido en su ápice por un príncipe que reclama para sí el principio monárquico (y que resulta ser, por tanto, sujeto de poder constituyente), y por otra parte, comprobamos el espíritu democrático que anima tanto a

PROPIEDAD Y DERECHOS SUBJETIVOS

Nedelsky como a Kelsen, se confirma la incompatibilidad de las teorías propietarias que los inspiran.

Renato Cristi
Wilfried Laurier University
rcristi@wlu.ca