



La pluralidad de lo común y los imaginarios de la propiedad **(The plurality of the common and the imaginaries of property)**

OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES VOLUME 14, ISSUE 2 (2024), 364–388: DERECHOS EMERGENTES Y BIENES COMUNES EN EL SUR GLOBAL

DOI LINK: [HTTPS://DOI.ORG/10.35295/OSLS.IISL.1753](https://doi.org/10.35295/osls.iisl.1753)

RECEIVED 20 APRIL 2023, ACCEPTED 24 JULY 2023, VERSION OF RECORD PUBLISHED 1 APRIL 2024

ISNEL MARTÍNEZ MONTENEGRO* 

RODRIGO CALDERÓN ASTETE* 

Resumen

Este trabajo propone una mirada reflexiva sobre los límites modernos del pensamiento jurídico, en cuanto se cuestiona cómo se puede hablar de derechos comunes, de derechos emergentes, de lo común como una esfera propia, diferente, complementaria y coexistente con las formas modernas de negocio jurídico, por valoración y subsistencia de ecosistemas naturales y sociales sin entender que en la historia de la propiedad hay ciertas lógicas y modos que hasta ahora no incluyen la idea de bienes comunes ni en los derechos privados liberales ni en los órdenes constitucionales o internacionales. Se llega a la conclusión de que para salir de la ceguera epistemológica del derecho patrimonialista y del formalismo se requiere instalarse más en el paradigma nómada de la pregunta que en el de la respuesta asentada.

Palabras clave

Bienes comunes; derechos emergentes; propiedad

Abstract

This paper proposes a reflective look at the modern limits of legal thought, insofar as it questions how one can speak of common rights, of emerging rights, of the common as its own sphere, different, complementary and coexistent with modern forms of legal business, for valuation and subsistence of natural and social ecosystems without understanding that in the history of property there are certain logics and ways that up to now do not include the idea of common goods or in liberal private rights or in

* Isnel Martínez Montenegro. Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Administrativas de la Universidad Católica de Temuco y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas, Santiago de Chile, Chile. Doctor en Derecho, Ciencias Políticas y Criminología de la Universidad de Valencia, España. Correo: imartinez@uct.cl

* Rodrigo Calderón Astete: Doctor en Derecho, Derechos Humanos e interculturalidad, Universidad Pablo de Olavide. Sevilla, España. Contacto: rodrigocalderonster@gmail.com

constitutional or international orders. The conclusion is reached that in order to get out of the epistemological blindness of patrimonial law and formalism, it is necessary to settle more in the nomadic paradigm of the question than in that of the established answer.

Palabras clave

Common goods; emerging rights; property

Table of contents

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción | 367 |
| 2. El sujeto como propietario en el derecho continental y su emancipación individual en el contexto capitalista..... | 368 |
| 3. El Estado y el individualismo posesivo clásico: La superación en la noción de lo común..... | 371 |
| 4. Consideraciones relativas a los bienes comunes en el derecho internacional público. el derecho hegemónico y la inserción de lo común en las sociedades contemporáneas | 376 |
| 5. Críticas a las estrategias actuales de los actores hegemónicos en la construcción de un derecho que responde desde parámetros modernos basados en la atomización y la apropiación de la realidad a problemas que superan su concepción | 380 |
| 6. Conclusiones | 384 |
| Referencias | 384 |

1. Introducción

La modernidad capitalista instaló el debate jurídico entre lo propio y lo ajeno de una manera diferente a los antiguos órdenes, desde la tensión entre lo individual y lo colectivo, antes que desde los fundamentos de la legitimidad natural desde la ideología (Locke 2018).¹ Con ello, las instituciones políticas y jurídicas que las constituyen han dejado a los hombres presos de imaginarios sobre derechos que se cierran en una noción restringida a la posición y posesión del dominio, limitando la percepción de producciones jurídicas no formalizadas del todo.

Esta verdadera ceguera epistemológica da por naturales cuestiones construidas teóricamente, olvidando que: “la naturalización, como formación de la conciencia, es un producto social que se expresa en esa conciencia práctica que es el lenguaje” (D’Odorico 2014, p. 6). De esto ya advirtió Marx (Muñoz 1988) cuando señaló: “de acuerdo con el sistema hegeliano, las ideas, pensamientos, conceptos, dominaban, determinaban, producían, la vida real de los hombres, su mundo material, sus circunstancias efectivas” (p. 123) y esa producción en el lenguaje en definitiva determina la relación de la conciencia entre las cosas, el sujeto y su entorno.

Para hablar de los derechos comunes, emergentes o de lo común como una esfera propia, diferente, complementaria y coexistente con otras formas modernas del negocio jurídico nos permitimos aconsejar que debemos apartarnos de los límites que instaura el pensamiento jurídico contemporáneo e intentar ampliar las perspectivas de análisis a otras figuras probablemente por construir y que no están necesariamente subordinadas a los modelos instaurados sobre la propiedad y que han servido de manera tradicional para entender y pensar este Derecho hasta la actualidad. Igualmente, con las propuestas que se plantean en este artículo podría lograrse una mayor protección, valoración y subsistencia de la que se ha alcanzado en la modernidad respecto a la forma patrimonialista del modo de comprender la propiedad, su uso y las interrogantes sobre los problemas que inciden en su configuración para contribuir a orientar las nuevas reflexiones sobre esta, de una manera distinta y que nos permitan ampliar esa historia del patrimonio y los tipos de bienes que ya conocemos.

En este sentido, el presente artículo tiene como objetivo determinar el campo de trabajo sobre el entendimiento de la historia de la propiedad, sus lógicas y modos que en su conceptualización doctrinal, regulatoria e ideológica no incluyen la idea de bienes comunes. Para ello, nos basamos en la presente investigación en el método histórico-lógico y vamos a enfocarnos en el presente estudio en el análisis de la evolución de las principales concepciones sobre la propiedad, los derechos privados liberales y los órdenes constitucionales en sus distintas etapas.

Este método permitió revelar la génesis y la evaluación del imaginario de las ideologías deshistorizadas y descontextualizadas desde lo social, geográfico y existencialmente materiales sobre la pluralidad de lo común y de la propiedad, el desarrollo de la normativa jurídica que la regula; así como, el desarrollo científico en torno al presente objeto de investigación. Además, aplicamos el método de comparación jurídica para

¹ Al decir de Locke: “Es evidente, que, aunque las cosas de la naturaleza hayan sido dadas en común, el hombre (como dueño de sí mismo, y propietario de su persona y de las acciones o trabajo de ella) tenía con todo en sí mismo el gran fundamento de la propiedad” (Locke 2018, p. 84).

analizar los puntos de conexión entre el Derecho nacional y el conocimiento del Derecho comparado latinoamericano y europeo, así como, desde el punto de vista doctrinal, junto con contrastar las coincidencias y diferencias específicas entre las distintas disposiciones jurídicas sobre la propiedad y su uso en los países de sistema jurídico latino, sus tradiciones, principios y modo de comprender por los especialistas este singular Derecho.

2. El sujeto como propietario en el derecho continental y su emancipación individual en el contexto capitalista

La era de los códigos civiles liberales naturalizó y redujo desde el lenguaje las formaciones sociales a posiciones individualistas, premisas ideológicas que hicieron sinónimo lo privado de lo individual y lo propietario; se elaboró una idea de las instituciones generales como un todo que busca, por el orden de la totalidad, el uso de ese todo a fines individuales. En el centro de esa estructura epistémica el individuo particular y sus bienes, la seguridad jurídica del propietario, es un orden que mira el contexto solo en clave individual y reflexión abstracta, pero que recorta la percepción del contexto natural y social; así como las formas de acción sobre el entorno material, sensorial y relacional, naturalizando que el allí afuera y cada vez más el adentro es siempre solo propiedad individual posible. Con ello, toda relación social es reducida a relación de mercado, o grosso modo: “Construye la intersubjetividad sobre la base de la relación yo-tú y elimina el nosotros. Esa es la ideología liberal” (Barcellona 1996, p. 154).

Lo que se propuso como opuesto, aunque fuese una expresión de relaciones políticas y sociales distintas acabó por confirmar esa reducción antropológica que cosifica las relaciones. Bajo la idea de la supresión de las clases, pero no de la idea central de un propietario dominador.

La Constitución Soviética de 1918 propuso la socialización de la tierra, la anulación de la propiedad individual sobre ella, todos los dominios rústicos como dominios públicos y transferirlos a las masas trabajadoras; lo mismo sucedió con las aguas, suelo y subsuelo declaradas de interés público, la nacionalización de los bancos en provecho del gobierno obrero (Artículo 3), que iba a definirlo como Poder Soberano de los Consejos de Rusia (Artículo 9); en definitiva “poner a la disposición de los órganos del Poder de los Consejos todos los recursos necesarios para satisfacer las necesidades locales y nacionales de la República de los ‘Soviets’, sin detenerse ante la violación de los derechos de propiedad privada” (Artículo 79).

En el tránsito de lo que Weber (1944) llamó patrimonialismo patriarcal en tanto “dominio de las masas por medio de un individuo” (p. 248) al desarrollo del capitalismo en que el individuo dominaba la esfera del intercambio entre los miembros de esas masas, se fortificó la primacía del bien antes que las relaciones, en que “también los derechos del hombre y la propiedad constituyeron las condiciones previas para que el capital pudiera valorizar libremente los bienes y los hombres” (p. 355), donde este individuo social “para existir como idea, tiene que darse para su libertad una esfera exterior” (Hegel 1999, p. 125), su existencia propietaria. La irrupción de lo colectivo en base a derechos y bienes sometidos a un propietario representante del mismo, produjo el efecto contrario, en vez de un propietario individual pasó el Estado a ser el dueño y no solo poseedor, de manera que lo adelante los derechos colectivos pasaron a ser derechos mediados por el estado

frente a los derechos individuales radicados en el propietario individual sin quitar a estos bienes la condición de apropiables, esa es la razón propietaria y el origen de las privatizaciones.

Marx (Muñoz 1988) señaló: “Al Estado Moderno se debe el curioso invento de apropiarse la cosa pública como una mera forma (o sea, su verdad es la forma como única cosa pública). De este modo ha encontrado la forma adecuada a su contenido, que solo en apariencia es la verdadera cosa pública” (p. 87) y le llamó interés general para, según el régimen ideológico, amparar al propietario individuo o al pueblo/clase propietario, que no era sino su resumen y condensación.

Por eso, los derechos humanos económicos, sociales y políticos han transitado entre la ambigüedad de un colectivo sin sujeto entregado a la supervisión del Estado, a una distancia política con la comunidad que se traduce siempre en bienes de uso público o privado y su adjudicación. Es la producción de una episteme que implica toda una serie de concordancias de ideas, tiempo, espacio, bienes, conciencia, objetividad/subjetividad que se co-construye como un orden social, político, jurídico y simbólico que repite, desde su propio paradigma, que esa forma es la única posible y legítima para pensar por exclusiones (público-privada, individual-colectivo, sujeto-objeto) constituyéndose en un régimen de verdad en que “el individuo se auto constituye y es constituido por los otros como sujeto que emite un discurso de verdad” (Foucault 2010, p. 19), y que exige permanentemente una reafirmación acerca de que puede ser considerado cierto y que no.

Lo anterior debe atenderse con cuidado por la capacidad de moldear el sujeto que es a la vez fundamento e instrumento de esa construcción; es decir, su propia subjetividad funcional, “o más precisamente el proceso de subjetivación que nos permite reconocer, y actuar sobre las formas por las cuales los individuos piensan sobre sus experiencias y sobre los obstáculos que se encuentran para llevarlos a cabo” (Herrera 2005, p. 116). Se trata de un ejercicio de límites que es lo que se nombra y designa y que lo que se constriñe o abre, como posible.

Ese régimen de verdad permanente produce subjetividad en las instituciones, normas, formas de pensar y de vivir: pues los individuos y los colectivos, las tramas de vida entre unos y otros son formulados y conformados por la forma que los contiene; es decir, por sus imaginarios. Confluyen en el ser humano el cómo se comprende a sí mismo y su hacer.

Se presenta como verdad algo que es en verdad un ejercicio de poder saber y poder hacer, no un juego de verdadero o falso. Esa noción debe ser situada en la serie de ideas que explican su presencia como hábito y que determinan el cómo se percibe, como se entiende, como se hace y que no es objetivo en términos de un absoluto. “Lo que aceptamos como realidad (objetiva) no es más que una construcción social de duración limitada. La realidad está siempre construida en el nivel del significado y del discurso” (Staravrakakis 2007, p. 89) y tiene lugar en esos contextos, en esos límites a la vez simbólicos y estructurales e históricos, así como de lo que se dice sobre ello: “Real, imaginario, simbólico son de algún modo los planos sobre los cuales la estructura del sujeto se constituye estando determinado por ellos” (Ogilvie 2000, p. 111) y los registros que se producen en estos estados marcan los límites de percepción, comprensión y decisión, de entender a que se dará el valor de verdadero y qué preguntas se harán para

moverse de un estado que ha sido fijado pero es siempre móvil aunque se olvide (Otárola 2022). O como señala Deleuze (1987): “El problema es el de las fuerzas componentes del hombre ¿con qué otras fuerzas se combinan, cuál es el compuesto resultante” (p. 117).

La producción de la subjetividad construye no solo al ciudadano medio sino también a los intelectuales y técnicos que intervienen directamente en el hacer de esa política. Esto tiene lugar también en el Derecho, que “al fin y al cabo es una economía, una política, un modelo social, en suma, que en un cierto momento ha llegado a tener una traducción normativa” (López *et al.* 1978, p. 86) y que ha construido su propio operador de cientificidad que establece la objetividad señalando a su objeto de estudio, las normas jurídicas, como una objetividad de saber/verdad que por ordenar de manera general se presenta como neutra frente al poder y lo político. Así, “a través del sistema jurídico, el Estado moderno se convirtió en el principal garante de la confianza en masa que necesitaba la sociedad moderna” (Santos 2003, p. 205) que, a pesar de la inseguridad de la flexibilidad global postmoderna, mantiene la promesa de seguridad y certeza, aunque un fantasma constituido de nostalgia.

Se suma a lo anterior otras producciones que influyen directamente sobre el tema que se quiere discutir. Como se señala en otro artículo, la producción del derecho sobre las cosas es concordante con ello: se concibe la relación sujeto naturaleza en una lógica de disyunción sociedad/naturaleza, se le reduce a bienes y usos de la propiedad, cosificando la naturaleza y las relaciones en torno a ella, convierte las cosas no solo en mercancía como limitadamente entendió Marx (Calderón y Martínez 2020, p. 57).

En ese esquema, el solo atribuir derechos a la naturaleza sin un cambio epistemológico es mantener con la primacía de la formalidad del ajenamiento respecto de su entorno, se desestiman las relaciones plurales profundas más allá de las voluntades subjetivas propietarias y de las cosas como representación del mundo. Hay aquí un problema metodológico en la forma de entender el problema jurídico mismo, que deviene en una falsa sustancialidad de la norma y limita los imaginarios para producir respuestas a las relaciones de intercambio antes que a las prestaciones.

La idea moderna de disyunción acaba transformando distinciones pedagógicas en estancos, donde se ubican los debates sobre problemas nuevos y urgentes dentro de viejas fronteras. Tal como lo ha señalado Guastini (2013), en el uso de los vocablos se ha confundido derecho como conjunto de reglas con atributos, al efecto de las cosas, derecho de propiedad con propietario, y esa sinonimia impide mirar las cosas y las relaciones sobre y en ellas sin un sujeto que se lo apropie individualmente (p. 179).

La separación estado/sociedad civil produce encajonamientos para un derecho que es forma, imputación y distinción; sin embargo, determina esos deslindes como límites y no como membranas de apertura a nuevas recombinaciones. Se debe pensar en el siguiente ejemplo de esa lectura dogmática de las formas: la distinción entre derecho público y derecho privado.

La vulgata jurídica, por razones ideológicas asignables al paradigma del individualismo liberal, cuestión extensa e imposible de tratar acá, asigna al derecho público ser el derecho del Estado, subrepticia reafirmación del monismo jurídico y de lo público como administración; y al derecho privado como derecho del individuo, no de los sujetos. Esta noción bipartita contiene la propuesta del sujeto individual moderno como último y

único prometeo posible, olvidando que es solo una manifestación histórica de las posibilidades del Derecho. Con esa reducción se confunde el orden posible “con el tipo de sociedad emergente (sociedad burguesa), con el modo de producción material (economía capitalista), con la hegemonía ideológica (liberal individualista) y con la forma de organización institucional del poder (Estado Soberano) que pasa a ser configurada como dominación racional-legal (burocracia)” (Wolkmer 2018, p. 40).

Se olvida u obscurece con ello de las múltiples posibles significaciones a que esa distinción puede dar lugar en sus re combinaciones. Se hace olvido de que como esa distinción romana entre “el derecho público que era el establecido por la ciudad mientras que el privado era el derecho establecido por las gentes” (Fernández 2008, p. 365), se relacionaba con otros estatutos abiertos y funcionales, “derecho común de los hombres de todas las nacionalidades. Este será propiamente el derecho privado (*ius privatum*)”, (Lalinde 1991, p. 31) con las que convivieron formas de derecho religioso, derecho sagrado, derecho de personas, cosas y acciones (Gayo); que en la temprana edad media implicaría una convivencia con otras formas de derecho dirigidas a funciones diferentes a la del intercambio, donde “El derecho civil se ocuparía de los bienes que los hombres disfrutaban en la tierra y el Derecho Canónico trataría tanto de mantenerlos alejados del pecado como de garantizar la salvación de su alma inmortal” (Stein 2008, p. 74).

Si antes de la modernidad existía una convivencia de formas de juridicidad diferentes para espacios diferentes no reducidos a la propiedad sino a fines comprendidos como necesarios de ser regulados, hoy tras el periodo nacional del derecho, en la globalidad postmoderna, incluso el derecho privado vuelve a ser una cuestión plural, “un proceso en desarrollo, un conjunto de reglas donde la autonomía convive con los valores constitucionales las reglas comunitarias así como con el mercado en competencia” (Alpa 2017, p. 38), que se extiende incluso a la aplicación de tratados de derechos humanos en casos de conflicto de derechos, en que estos estatutos no patrimoniales “pueden enriquecerse considerablemente con el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y desarrollar su aptitud para reglamentar adecuadamente relaciones jurídicas en los planos tanto interestatal como intra estatal” (Cançado 2006, pp. 57–58).

3. El Estado y el individualismo posesivo clásico: La superación en la noción de lo común

Santos, en *La transición Postmoderna. Derecho y Política*, señala: “existen fenómenos, independientes de su importancia en términos sociales, que no pueden ser tratados adecuadamente por el derecho, ya que su regulación cae fuera del umbral definido por la escala en la que opera un derecho particular” (Santos 1989 p. 258). Ejemplos como Chernóbil (de impacto global) o el sida (de impacto individual incluso íntimo) son fenómenos, uno demasiado público y el otro demasiado colectivo; lo que ha acarreado como efecto “una creciente obsolescencia del Derecho de Estado” (Santos 1989, p. 254) que ve desvanecida su centralidad. Si la globalización neoliberal ha contrapuesto a la idea de derecho substantivo la lógica de la norma reflexiva,² la *lex mercatoria* que sobre

² Esto ha significado un verdadero cambio de racionalidad jurídica en que es necesario decir como necesario o reforzar aquello que en el sistema de derecho basado en la responsabilidad por los resultados de los actos se menciona como principio y no como necesidad. Pienses por ejemplo como en los últimos años ha venido

el *pacta sunt servanda* hace primar “la cláusula de *rebus sic stantibus*, a sustituir la adjudicación por mecanismos de mediación y arbitraje en la resolución de los conflictos y a poner en jaque la distinción clásica entre lo público y lo privado” (Faria 2001, p. 30), la pregunta por los límites de eficacia del derecho adquiere sentido.

Es necesario advertir este contexto global porque dentro de ese campo de escalas y umbrales donde se aplica el orden jurídico, el rol que se le atribuye al derecho y a la capacidad regulatoria del orden estatal es donde debe resituarse la relación entre bienes privados, públicos y comunes; describir su estructura de orden, analizar la lógica a la que responden, los límites y nuevas necesidades que ello imponen; observar el modo en que se ha concebido, pensado y regulado la relación entre cosas, bienes y derechos por un lado y lo propio, lo ajeno y lo común por el otro.

Como bien contextualiza Peñailillo, este espacio regulatorio que se conoce como de derechos reales “a) fija o radica los bienes en el patrimonio de cada individuo, y b) determina los poderes o facultades que el sujeto tiene sobre ellos” (Peñailillo 2002, p. 12), y en el tratamiento de las cosas y los bienes que son, como se sabe, cuestiones diferentes, reducen la complejidad designando derechos sobre objetos apropiables o no. Debe recordarse que la cosa en tanto corpore conceptualizada luego en el término *res*, conlleva un tratamiento que trae consigo cierta dificultad al ampliarla a cosas no corporales – literalmente sin cuerpo – de manera que los bienes inmateriales, cosificados para ser incorporados al patrimonio en tanto susceptibles de apreciación económica, son abstracciones jurídicas objetivadas como cosas, lo cual provoca exista lo que la doctrina considera “una relación de género a especie y de bienes que son las cosas que prestando una utilidad para el hombre, son susceptibles de apropiación” (Peñailillo 2002, p. 17), que es el verdadero fondo de sentido de esta regulación liberal.

De allí que se hable de cosas corporales e incorporeales consistentes en prestaciones a cumplir, créditos o servidumbres activas, apreciables por cierto en dinero y que colocó en los códigos civiles liberales a la propiedad (el haberse apropiado de una cosa o bien) como derecho de propiedad y con ello marcar un carácter totalizador del mismo, susceptible de regulación, pero no de supresión. Esa certeza sobre algo que es apropiable pese incluso a su inmaterialidad es lo que los vuelve transables y exigibles como dinero para su cumplimiento.

De manera que provienen de la estructura funcionalmente binaria de división clásica entre cosas corporales e incorporeales, muebles e inmuebles, de producción y de consumo, consumibles y no consumibles, divisibles o no divisibles, singulares o universales, hasta llegar a lo que importa, distinguir entre apropiables e inapropiables.

A diferencia del derecho romano en que lo inapropiable provenía de ser cosas religiosas o sagradas que reflejaban una esfera de comprensión diferente del mundo, en la materia de derecho civil moderno, se trata de distinguir entre bienes apropiables o no por particulares (bienes no comerciables): “dentro de las clases de bienes apropiables pueden distinguirse los bienes apropiados e inapropiados; los bienes apropiables por los

a hablarse de “compliance” para relevar la necesidad de respetar las normas al buscar un resultado o de “accountability” para referirse a la obligación de rendir cuentas a los ciudadanos de lo que se hace cuando el principio de precaución y la buena fe y publicidad eran fundamentos base de la construcción de un sistema jurídico y no una alerta frente a lo obrado en pos de la eficiencia y resultados.

particulares e inapropiables por estos” (Peñailillo 2002, p. 54), que podrían ser comunes pero no, que se encuentran en el régimen patrimonial mediados por el Estado (nación) que impone su orden frente al individuo.³ Es necesario en consecuencia hacer una comprensión genealógica de dicho derecho que permita primero exponer la lógica de ese orden y segundo visibilizar las intenciones de configuración de este derecho bajo las ideologías hegemónicas de la modernidad occidental.

El hecho es que hay una discontinuidad entre las formas medievales y las modernas de propiedad, con similitudes terminológicas pero que trazan un devenir distinto de regulación de conductas y de silencios. Si se atiende a las siete partidas (1254–1265 d.C.), en ellas, el tratamiento de la posesión y la propiedad está marcada por una noción de señorío parte del orden divino y no por un sentido exclusivo de apropiación individual y acumulación de capital. El Título 14 de la partida sexta trata el tema de la posesión a propósito de la tenencia o señorío de la herencia y señala el fundamento ya clásico de que “siempre es de mejor condición el que tiene la cosa que el que la demanda” (Alfonso X 1491, p. 107) pero dentro de un orden de tenencias en base a títulos familiares de tradición y señorío, no de propietario como sujeto abstracto.

En el mismo texto puede verse que el hurto se castiga por intención de ganar el señorío, pilar del sistema de títulos hereditarios, no la propiedad en sí misma. Por ello es que los escarmientos estaban diferenciados no en tipo y grado de la pena asignada sino en el simbolismo de la misma según fuera hurto sobre la cosa o sobre la intención de señorío y se sancionaba una “con pena de pago y la otra es con escarmiento que les hacen en los cuerpos por el hurto o el mal que hacen” (Arceo 2013, p. 132). Distinta será la lógica liberal que se abre con Locke y sus fundamentos para la apropiación que marcará los problemas actuales de la idea de propiedad y bienes (Arceo 2013, p. 132). En los Tratados sobre el Gobierno Civil, Locke va a cambiar el fundamento mismo al introducir no solo el uso para la subsistencia de las cosas (la herencia o el uso común pero bajo señorío del bosque y sus recursos), sino la noción misma entre propiedad y el trabajo que remueve esas cosas desde el estado de naturaleza y constituye el lazo propietario íntimo constitutivo de una subjetividad individual: “Aquella [la cosa], apartada del estado común en que se hallaba por naturaleza, obtiene por dicho trabajo algo anejo que excluye el derecho común de los demás hombres” (Locke 2018, p. 73).

Y con ello, “[e]l trabajo, que fue mío, al removerlos del estado común en que se hallaban, hincó en ellos mi propiedad” (Locke 2018, p. 75) que con fundamentos en la producción de frutos y de trabajo sobre ella la excluía de otro señorío por títulos previos y excluía la posibilidad de ser afectado por un tercero que se la apropie así fuese el soberano: “Porque realmente no tendré yo propiedad en cuanto otro pueda por derecho quitármela cuando le pluguiere, contra mi consentimiento. Por lo cual es erróneo pensar que el poder supremo o legislativo de cualquier comunidad política puede hacer lo que se le antoje, y disponer arbitrariamente de los bienes de los súbditos o tomar a su gusto cualquier parte de ellos” (Locke 2018, p. 140); lo que expone solo la mitad del asunto,

³ Al respecto dispone el art. 589 del Código Civil chileno: Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda./Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos./Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.

porque bajo la estructura del estado nacional iba a ser precisamente este guardián de la legalidad el que impone además la idea del dominio como derecho excluyente. Como señala Míguez: “la tierra, sus productos y toda creación humana, ha sido reducida a un conjunto de cosas objeto de apropiación, es decir, a meros bienes económicos, valorados, como tales, por la utilidad monetaria que prestan al hombre” (Míguez 2014, p. 9).

Por ello es que, así como fue tan importante para su momento el fundamento atávico de la propiedad, lo fue el paso a la idea del derecho de propiedad como un derecho individual excluyente, en que fuera de otras relaciones el centro mismo de la relación es la cosa, y la acción de apropiarse de ella la afirmación del sujeto individualizado pero despersonalizado. Mientras que: “el Feudalismo es una forma de organización política basada en la regulación de relaciones personales a través de instrumentos contractuales” (Míguez 2014, p. 9) que expresan el vasallaje, la noción de la propiedad absoluta del derecho liberal capitalista trata a la cosa misma como atributo y atribución, como si la regulación de estas cosas pudiese hacerse con independencia de las relaciones sociales en que se verifica su intercambio.

Desprovista de relación intersubjetiva: “el derecho de propiedad es concebido en función de un sujeto abstracto, formalmente igual, siempre idéntico, que dentro del supuesto de hecho de la norma aparece bajo la denominación del anónimo el que o quien al que se atribuyen las consecuencias jurídicas previstas en las proposiciones normativas codificadas” (Cordero y Aldunate 2008, p. 352). Es así que, ensimismado el propietario, la propiedad se va a consolidar como un derecho subjetivo que lo representa y lo define como un ser de individualismo absoluto, exclusivo y perpetuo, a quien pueden regular, pero no privar de su atributo propietario.

En esta línea argumentativa la cosa y su simbología limitan al sujeto en sus relaciones e interacciones sociales y lo privan de otras necesidades comunes, que es incluso contrario a la idea de intercambio económico: “el deseo narcisista dirá quiero todo, ya que eso demostraría que nada le falta. Ante esa imposibilidad de tenerlo todo dirá quiero algo y ese algo se convierte, momentáneamente en representante del todo pero que no lo es” (Sahovaler 2013, p. 24); por ello que la lucha contra el derecho ajeno o el ceder parte de las cosas contra voluntad no solo es un deslinde sino un parapeto, un muro de la idea capitalista de resistencia a dejar de ser ese sujeto abstracto que quiere todo así sea a costa de quedarse sin interacciones que no sean económicas, presentadas bajo la forma contrato de relaciones a su vez formales y abstractas y en que se repite la misma lógica de lo absoluto expuesta a obstáculos lo más mínimos posibles.

Esto es lo que dice Meza Barros (2022) cuando escribe: “la libertad de contratación no tiene más limitaciones, en general, que las que imponen las leyes en defensa de las buenas costumbres y del orden público” (p. 16) que consiste en esa defensa del orden de las cosas. Todo lo demás, el resultante para la sociedad de esa forma de relacionarse del sujeto ensimismado y expresado en la cosa, no es sino efecto de las obligaciones, no parte constitutiva de un hacer social integrado. “La cuestión podría tener un interés solo desde el punto de vista histórico, de no ser porque esta propiedad de cuño decimonónico reclama un carácter absoluto que se va a enfrentar y resistir a los intentos de regulación legislativa” (Cordero y Aldunate 2008, p. 354) que desprovee de las cosas. Por eso las expropiaciones requieren una indemnización que retorne una cosa por otra cosa, más allá de si la utilidad pública o colectiva beneficia al expropiado y se le pueda oponer por

compensación. Todo es reducido a dinero (cosa y símbolo) que restituya la integridad propietaria del sujeto.

Esta idea del dominio como un excluyente absoluto va a entrar en pugna con las ideas socialistas y liberales moderadas que propugnaban un derecho de propiedad sujeto al interés general y al bien común, reclamando una función social de la propiedad, situando el debate sobre el uso de los bienes entre el repliegue necesario de la soberanía propietaria individual o la necesidad de un fin jurídico mayor en beneficio del bien común.

Conviene al respecto comenzar un paso más atrás y recordar que “[s]on las relaciones de interdependencia social las que generan e incorporan la normatividad, naciendo de esta forma el derecho” (Lara 1992, p. 6). Y que, por tanto, no es un problema evolutivo conceptual sobre las formas de la propiedad sino de uso en esas relaciones y de las obligaciones que respecto de terceros de allí surgen.⁴ De manera que la existencia ya no de limitaciones al dominio como serían las servidumbres deviene en uno acerca del uso de los bienes y los beneficiarios mediatos lo que pone en tensión el orden de la propiedad como algo exclusivo, en lo que en la doctrina se ha llamado pluralidad de propiedades.

Para ello, constitucionalmente se incorporaron “valores solidaristas y comunitarios que estaban significativamente ajenos al constitucionalismo clásico que había inspirado y nutrido ideológicamente a los códigos civiles”(Cordero 2008, p. 505) estableciendo la función social de la propiedad, que pone sobre el derecho propietario absoluto una función política más amplia de la propiedad, que señala que los derechos individuales “no pueden ir más allá de lo que exijan las necesidades vitales de la sociedad” (Dorantes 2020, p. 162) de manera que “la función social de la propiedad es la que permite equilibrar el interés privado que alimenta y orienta el ejercicio del haz de derechos que la constituyen y el interés público que justifica su protección como derecho fundamental (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2643-13, 2015: considerando sexagésimo)” (Peralta y Yáñez 2019, p. 50). Se trata por tanto de límites de uso y de intereses en función de un bien común en tensión coyuntural ante la expropiabilidad como contenido jurídico económico de las obligaciones del individuo hacia el estado, del límite público a la autonomía de la voluntad. Se trata por cierto de una noción diferente del derecho de propiedad, pero que no es una manifestación de uso común de los bienes, el debate se mantiene en la misma matriz de apropiación individual o expropiación para un colectivo nacional, basadas ambas en pago y título formal.

Esto lleva a otro vértice del problema: si por un lado hay dominio individual limitado en su exclusividad por una función para el bien público ¿Qué hay en el otro extremo de la humanidad que implique una contrapartida de límites de otro tipo? ¿Se encuentren allí los bienes comunes a todos los hombres, a toda la humanidad? ¿Quién es el sujeto jurídico y quién media esa relación jurídica que contempla fronteras y deslindes? ¿Existe

⁴ Lo que no es extraño al derecho privado ya que los códigos civiles contienen normas de responsabilidad de este tipo, por ejemplo, en materia de responsabilidad extracontractual por peligro o daños a terceros no propietarios. El código civil chileno contempla por ejemplo en materia de acciones posesorias (Art. 930 a 950) responsabilidad por edificios en ruinas, árboles o frutos y concede incluso acciones públicas o municipales; y en el título XXXV “De los delitos y cuasidelitos” señala en su artículo 2323 que el dueño de un edificio es responsable a terceros de los daños que sus omisiones causen a terceros.

en verdad un cuerpo de estatutos jurídicos que contemple bienes o patrimonio comunes a la humanidad y en que consiste aquello?

Para resolver esta última pregunta se revisará un grupo de instrumentos internacionales sobre lo que al parecer contemplan lo que se conoce como bienes comunes a la humanidad. Se intenta resumir algunas cuestiones particulares y comunes en ellos en el próximo acápite.

4. Consideraciones relativas a los bienes comunes en el derecho internacional público. el derecho hegemónico y la inserción de lo común en las sociedades contemporáneas

La Convención sobre Derecho del Mar (1982), el espacio más grande del planeta con un setenta por ciento de su superficie, sin considerar su profundidad extensa e intensa, establece en su preámbulo el contexto geopolítico del asunto cuando entiende que regular sus aspectos es una contribución importante al mantenimiento de la paz y la justicia y al progreso para todos los pueblos del mundo, al declarar la zona protegida como “los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional” (Art. 1.1), distingue los mares territoriales parte de los estados de los espacios marinos fuera de esa jurisdicción, señala sobre la parte territorial un derecho de los estados para definir sus límites y custodia, que incluye el derecho de suspensión de paso por ellos (Art. 26) a la vez que salvaguarda un derecho de paso inocente de buques extranjeros (Art. 19 y 24) y solo amplía la imagen de territorio como una relación más compleja cuando elabora la noción de estado archipiélago como islas que configuran una entidad geográfica y política intrínseca o históricamente constituida como tal (Art. 46), destina un espacio exclusivo para la exploración y explotación de los recursos naturales para el estado ribereño (Art.77).

Es sobre la llamada Alta Mar que se propone un derecho amplio fuera de la soberanía nacional para garantizar conexiones que denomina libertades enmarcadas en el uso para fines internacionales de ese espacio (libertad de navegación, sobrevuelo, tender cables y cañerías, construir islas o instalaciones, de pesca e investigación científica (Art.87) y que en materia de conservación de recursos plantea garantizar acciones con “miras a mantener o restablecer las poblaciones de las especies capturadas a niveles que puedan producir el máximo rendimiento sostenible” (Art.119) reafirma: “La zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad.” (Art.136), recursos inalienables, zona donde la actividad debe hacerse en beneficio de toda la humanidad (Art.140) mediante actividades que “fomenten el desarrollo saludable de la economía mundial y el crecimiento equilibrado del comercio internacional y promuevan la cooperación internacional en pro del desarrollo general de todos los países” (Art.150) regula políticas de producción (Art.151), sistemas de exploración y explotación (Art.153), impone como únicos límites el que “Los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus recursos naturales con arreglo a su política en materia de medio ambiente y de conformidad con su obligación de proteger y preservar el medio marino.” (Art.193) y de indemnizar por contaminación (Art. 235).

Similar formulación se encuentra en materia de territorio antártico, que a diferencia del Ártico es un continente con una extensión de veintidós millones de kilómetros cuadrados. “La Antártida es el cuarto continente más grande, después de Asia, América

y África, con 14.107.637 km² y acumula el noventa por ciento de los hielos globales y el setenta por ciento del agua dulce de la tierra.

Al igual que con el mar, el Tratado Antártico (1959) dice en su preámbulo que “[r]econociendo que es en interés de toda la humanidad que la Antártida continúe utilizándose siempre exclusivamente para fines pacíficos y que no llegue a ser escenario u objeto de discordia internacional” y por ello se comprometen los estados partes a intercambiar información que permita (Art.9) el uso para fines pacíficos de la Antártida, la investigación y cooperación científica y la protección y protección de los recursos vivos. Lo complementa la Convención sobre la conservación de los recursos vivos marinos antárticos (1980), que extendiéndose a salvaguardar el medio ambiente continúa centrado en el control a la explotación de recursos: “observando la concentración de recursos vivos marinos en las aguas antárticas y el creciente interés en las posibilidades que ofrece la utilización de esos recursos como fuente de proteínas”, a la vez “que interesa a toda la humanidad preservar las aguas que rodean al Continente Antártico para fines pacíficos exclusivamente y evitar que lleguen a ser escenario u objeto de discordia internacional”.

Así establece para la población de “peces, moluscos, crustáceos y todas las demás especies de organismos vivos, incluidas las aves, que se encuentran al sur de la Convergencia Antártica” (Art.1) una idea de ecosistema que liga a estos con su medio físico, bajo la idea de conservación y utilización racional de manera que toda extracción asegure su restablecimiento a niveles estables y medidas que permitan el restablecimiento de esas poblaciones (Art.2). A su vez el Protocolo al Tratado Antártico sobre protección al medio ambiente (1991) estableció un sistema internacional de monitoreo de poblaciones, control de la introducción de especies, parásitos y enfermedades no autóctonas, tratamiento de residuos, descarga de productos especialmente de basura e hidrocarburos y la constitución de zonas protegidas; siempre buscando exclusivamente su uso para fines pacíficos de manera que “no se convierta en escenario u objeto de discordia internacional” y “Reafirmando los principios de Conservación de la Convención de los recursos vivos antárticos”.

Como puede verse, estos espacios y especies son gestionados no como bienes comunes de la humanidad sino como una fuente de recursos económicos y, en ese sentido, conservables, para garantizar niveles de explotación y evitar conflictos internacionales por su uso y apropiación.

Para ir un poco más allá se revisaron los estatutos sobre espacios ultraterrestre o los también conocidos como tratado del espacio y se extraen de dicha evaluación algunas diferencias en cuanto a la definición y alcance del concepto de bienes comunes y sus formas de gestión hasta aquí expuestos y que a continuación explicaremos. El Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes (1966) reconoce la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, en bien de todos los pueblos, para el afianzamiento de relaciones amistosas entre los estados y los pueblos. Así, “[l]a exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, deberán hacerse en provecho y en interés de todos los países, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico, e incumben a toda la humanidad” (Art.1), el que “no podrá ser objeto de apropiación nacional por

reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera.” (Art.2), humanidad representada por los astronautas y con la presencia y responsabilidad de los Estados parte por las actividades nacionales que realicen en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, los organismos gubernamentales o las entidades no gubernamentales, quienes “deberán asegurar que dichas actividades se efectúen en conformidad con las disposiciones del presente Tratado” (Art.4).

Entre el héroe espacial y los estados, lo común queda diluido; porque al leer respecto de la responsabilidad causada por los objetos que caigan a la tierra, no se responde ante lo que ocurre en los espacios comunes sino cuando se trate de “daños tales como la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales u otros perjuicios a la salud, así como la pérdida de bienes o los perjuicios causados a bienes de Estados o de personas físicas o morales, o de organizaciones internacionales intergubernamentales” (Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, 1967, Art.1). Sobre la Luna se ha establecido que “[t]odos los Estados partes utilizarán la Luna exclusivamente con fines pacíficos” (Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes, 1979, Art. 3) de manera que “[l]a investigación científica en la Luna será libre para todos los Estados partes, sin discriminación de ninguna clase, sobre la base de la igualdad y de conformidad con el derecho internacional” (Art.6). Se pueden establecer estaciones habitadas o inhabitadas pero que “no puede ser objeto de apropiación nacional mediante reclamaciones de soberanía, por medio del uso o la ocupación, ni por ningún otro medio” (Art.11). Como complemento el provecho y en interés de toda la humanidad, indica que esas actividades “deberán promover la libre difusión y el intercambio mutuo de información y conocimientos en las esferas de la cultura y de la ciencia, contribuir al desarrollo educativo, social y económico, especialmente de los países en desarrollo, elevar la calidad de la vida de todos los pueblos y proporcionar esparcimiento con el debido respeto a la integridad política y cultural de los Estados”. Lo que refuerza la declaración de los Principios relativos a la teleobservación de la Tierra desde el espacio (1986), que declara: “Las actividades de teleobservación se realizarán en provecho e interés de todos los países, sea cual fuere su grado de desarrollo económico, social o científico y tecnológico y teniendo especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

Con ello, vuelve a plantearse el asunto de las diferencias de niveles de desarrollo entre los países y la alcanzabilidad de esos fines, como si la exploración científica y la ciencia misma pudiera ser un ejercicio neutro. Si se considera la historia de los derechos humanos no es la primera vez que un exceso de optimismo se conjuga con un exceso de practicidad negativa en materia de derecho internacional.

No se trata en consecuencia de bienes comunes sino más bien espacios agenciados para evitar conflictos geopolíticos y conservar recursos de uso económico. Se indagará entonces otro concepto posible relacionado, el de patrimonio, para luego deslindar en que consiste específicamente aquello del patrimonio común de la humanidad.

Gonzalo Figueroa indica que el patrimonio, en su concepción moderna, es una proyección de la personalidad –un atributo para la teoría clásica del derecho– que va más allá de las cosas que lo integran, se trata de una universalidad jurídica, una potencialidad, en relación con los intereses, las obligaciones y el crédito posible del

deudor. Citando a Humberto Pinto lo define como “una universalidad de derecho, o unidad abstracta, formada por un conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas pertenecientes a una persona, y que constituye un continente distinto del contenido de aquellas relaciones, que tienen generalmente un valor económico o pecuniario” (Figueroa 1997, p. 37).

Las definiciones no están claras, no hay una de patrimonio común y si bien puede irse construyendo una cierta noción lo que existe son otros elementos y otros sentidos. Se debe pensar en la noción de patrimonio cultural de la humanidad que no está definida en ningún texto jurídico, sobre el cual se puede entender “un conjunto de bienes materiales e inmateriales muy amplio y complejo, que las comunidades han definido como relevantes y dignos de recordar, reconocer y preservar; pues en esos saberes, oficios, lugares, prácticas y acervos culturales se distinguen huellas significativas de nuestro pasado que nos permiten entender y vivir el presente y articular proyectos de futuro como país” (Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos –Dibam– 2009), sobre lo que se han individualizado bienes culturales y naturales que por su importancia histórica es necesario conservar.

Por ejemplo, bienes culturales en tanto “objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, prehistoria, historia, literatura, arte o ciencia” (Gobierno de Chile 2009, p. 7); patrimonio cultural como “arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, el arte o la ciencia” (Gobierno de Chile 2009, p. 8), tienen un sentido diferente a la gestión de recursos pero también de sentido para su conservación por cuanto alcanzan a construcciones o formaciones “que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural” (Gobierno de Chile 2009, p. 8), pero, si el patrimonio es una universalidad, la noción más cercana parece ser la de Patrimonio cultural inmaterial que de modo amplio comprende “usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas, junto con los objetos y espacios culturales que les son inherentes, que las comunidades y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural” (Unesco 2003, Artículo 2.1.).

Y es acá donde aparecen las semejanzas y las diferencias con la noción patrimonialista de propiedad porque los objetivos son una construcción de “identidad y comunidad, promoviendo la diversidad cultural y la creatividad” (Unesco 2003, Artículo 2.1.), lo que podría entenderse en tanto atributo y potencia y si bien parece alejarlo de la cosificación, queda subyacente por qué estos bienes inmateriales requieren protección, resguardo y conservación. Se establece como respuesta que el paradigma del propietario acumulado ha puesto el patrimonio cultural y material directamente por extracción o indirectamente por destrucción industrial o bélica en serios peligros que obligan a aplicar el patrón conservación.

5. Críticas a las estrategias actuales de los actores hegemónicos en la construcción de un derecho que responde desde parámetros modernos basados en la atomización y la apropiación de la realidad a problemas que superan su concepción

Lo primero es que queda mucho más claro que no hay en los estatutos de los sistemas hegemónicos de regulación un concepto de bienes comunes, sino que en verdad se está ante un espacio en que se ha podido dibujar espacios habitados. Por un lado, el campo de los bienes sometidos a un régimen de apropiación individual, que se tensan entre la ideología del imaginario excluyente con sus expresiones normativas y en el otro extremo bienes al menos temporalmente inapropiables, los bienes nacionales de uso público que, si bien es cierto que pueden ser utilizados por todos, también sirven de soporte estructural a esa economía de la apropiabilidad, la acumulación y esa vía de enriquecimiento privado. En ese cuadrante la tensión se resuelve por la defensa irrestricta de la propiedad privada o la expropiación compensada.

Un segundo campo es el de someter la propiedad de los bienes a debates y decisiones político-jurídicas, asumiendo que en una sociedad en funcionamiento no basta el espacio del uso público, sino que se requiere contemplar una función de los bienes que se corresponda con una función jurídica del orden establecido que organice ese orden y de indicaciones no solo de conducta, sino de organización deseables para evitar rupturas, de manera que si confluyen bienes, apropiación y derecho mediante “normas, procedimientos e instancias que, una vez producido un conflicto, permitan dar a este un curso regulado que aminore los efectos negativos del conflicto y, sobre todo, lo encauce a algún tipo de solución pacífica que excluya la posibilidad de que el problema suscitado sea resuelto en aplicación de la ley del más fuerte” (Squella 2003, p. 519) a partir, precisamente, o de los polos de violencia simbólica propietaria absoluta defendida por el aparato de fuerza del estado, o del estallido de reacción frente a esas formas materiales de exclusión. Allí es donde se ha propuesto mediar esa tensión con la llamada función social de la propiedad que buscaría orientar el egoísmo propietario excluyente hacia formas de uso o acceso que equilibren el binomio propietario-no propietario en un modelo de organización comúnmente aceptado y promovido por el derecho que se sabe es “un sistema de información y, unido a ello, sobre todo un importante sistema de seguridad” (Díaz 1998, p. 128). Pero el modelo imperante sigue siendo el de la restricción de los bienes a algunos, solo que la tensión se resuelve por un sentido de compartir obligado, que en la práctica se traducirá en regulación al imponer limitaciones y en último término, nuevamente en expropiación y compensación en dinero, lo cual mantendrá o aumentará la apropiación de bienes de esta manera sacada del ámbito de la propiedad excluyente, es decir, al conversar el orden, porque como lo sostuvo Óscar Correas: “La promoción de conductas es un objetivo inmediato de parte del productor del derecho, pero no es el objetivo final” (Correas 1995, p. 227).

Un tercer cuadrante de este espacio es sin duda el derecho internacional y el intento de reservar y resguardar espacios geopolíticos y recursos que garanticen conservación, reproducción para su reapropiación y una gestión de fines pacíficos de un orden en que se constituye un orden formal para todos los integrantes de la comunidad mundial, pero con un explícito reconocimiento de generar un uso pacífico de esos espacios, no de los recursos. Se trata de cartografías jurídicas mediante el sistema de reservas, pero confiado

su resguardo precisamente a quienes tienen el poder de romperlo y se sabe, desde la guerra por el petróleo o la caza de ballenas, que lo rompen tensionando esos límites acompañando esos movimientos de declaraciones o nuevos llamados a un orden de gestión pacífica y de conservación para el reinicio del juego. "Si hubiera que representar gráficamente este orden, resultaría una cascada de discursos, que saltan de funcionario en funcionario, de arriba abajo, siendo que los discursos de los puntos inferiores son obediencia, es decir, están autorizados por los superiores" (Correas 1995, p. 233). o vetados materialmente desde la auto contención de su poder para fines propios, que alimenta el sistema internacional tanto de intenciones comunes como de intereses excluyentes; la misma razón epistémica.

Por ello, es que se cree que falta algo para salir del esquema de perímetro del orden privatista de los bienes, abrir el debate hacia un punto de los significados bajo esos significantes declarados como consensuados pero que no son tales, solo legitimados por implementación y transferencia, por lo que parece además necesario hacer otras precisiones, una suerte de "lectura dinástica, atenta a las formas rituales, los signos y los símbolos por medio de los cuales se manifiestan las relaciones de fuerzas subyacentes" (Doron 2021, p. 348) que permitan hacer la lectura de imaginarios sociales y jurídicos nuevos que efectivamente abran el punto de lo común y los bienes comunes en un despliegue de sentidos diferentes.

Se señala, igualmente en la exploración de los límites la necesidad de atender a las lógicas internas de esas formaciones ideológicas, simbólicas y jurídicas y a qué era lo que en verdad estaba en el consciente y en el inconsciente de esas formaciones. Parece que sobre la base de la larga historia de la propiedad, los usos y las obligaciones el modo moderno del paradigma propietario privatista y excluyente razona sobrevolando sobre una lógica atávica que al deshistorizar los marcos históricos de los usos de la propiedad según los momentos situados histórica y geográficamente de cada etapa pretendió universalizar bajo la forma derecho de propiedad el debate sobre el uso y con ello, deja oculto una especie de razón primaria que recorre todo el horizonte del debate sobre los bienes privados, los de administración con sentido social y corre el serio riesgo de mantener bajo el mismo imaginario un debate profundo y fundante de qué debe entenderse por una regulación de lo común, no solo de los bienes.

Lo que parece que todo el debate moderno, de esa manera que opaca su propio arquetipo, discurre sobre una lógica que se encarna en Locke y que arrastra temores y razones ideológicas más que solo prácticas. Si se observa con cuidado puede apreciarse como en la base del sistema de propiedad moderno sigue subsistiendo el pensamiento y la lógica del recolector, la de quien ve en el medio que lo rodea una cantidad de cosas posibles de recoger y de recolectar y que desgastan su energía en la medida en que para esa recolección se requieren cada vez más esfuerzos para garantizar lo necesario para la subsistencia, lo que acarrea por un lado el temor y por otro lado la necesidad de restringir el radio de recolección, o al menos asegurarlo, y de resguardarlo, de manera que se produce el doble movimiento de recolectar cuando se puede y de cercar cuando se debe para asegurar el perímetro de lo que se considera propio. Esto es importante, la idea de lo que se considera propio es al menos desde Locke una idea, un imaginario apropiado y útil y no una verdad sustentada científica. De hecho, si se recorren los tratados

internacionales sobre recursos se aprecia con claridad que la ciencia indica precisamente lo contrario.

Bajo ese imaginario se ha adentrado en un sistema que, sin considerar los límites del sistema mundo, límites bio-psicosociales, se constituye a partir de un primer momento de recolección de recursos que en verdad nunca se termina y que es complementado y por la idea de cercar en torno a lo apropiado como aseguramientos, de manera que este sistema de recolección y protección frente a un tercero usurpador menos hábil mueve todo el sistema interno de ese ideario. Sin embargo, en un sistema que se sabe finito y abierto en sus intercambios y no cerrado en límites infranqueables –sin intercambios no hay vida posible recordarán Maturana y Varela (2008) parece que el problema es precisamente seguir razonando con esa lógica de recolección inacabable y cercamiento excluyente. Es necesario salir de ese clivaje recolección-almacenamiento toda vez que en el juego de carencias y satisfacciones no basta con observar el entorno sin comprender que las relaciones interpersonales y grupales con los bienes no son parte de un exterior sino de un medio en que se está inmerso.

De alguna forma las negociaciones sobre el cambio climático de la COP27 marcan esa tensión en tanto que para mantener un orden global que parezca razonable, pero que mantenga la lógica de salvaguarda entregada a quienes tienen el poder de romper los límites y patear el tablero, que ya se señaló como un nudo del sistema de derecho internacional. Esa lógica finalmente vuelve todo apropiable sin medida y el problema es precisamente ese, la falta de medida ya que se discute sobre el límite de exclusión de la propiedad no sobre la apertura de las necesidades colectivas a todo lo vivo, de lo que lo humano es solo una parte. Un ejemplo un ejemplo palpable lo constituye la apropiación privada del viento como fuente de energía: “Por un lado, es un lugar común la afirmación de que el viento no tiene dueño (o que es un bien común a todos los hombres); por otro, resulta evidente que el único que puede, en los hechos, extraer beneficio económico de una columna de viento es quien puede acceder al terreno ubicado inmediatamente bajo la misma” (Vargas 2017, p. 8), lo que lo vuelve en un sistema de aprovechamiento excluyente de facto, lo que provoca problemas de eficiencia en el acceso y uso del recurso versus un aprovechamiento efectivo, un problema de justicia distributiva por tanto, lo que obliga a preguntarse “si es conveniente mantener la actual aproximación, puramente civil, a este tema; o si las potenciales ganancias de eficiencia aconsejan un tratamiento sectorial a este asunto, similar a la que se utiliza para la asignación de otros recursos naturales físicamente vinculados al suelo, como las minas y las aguas” (Vargas 2017, p. 30), además del beneficio de uso efectivamente común del uso de un recurso que se pondría presumir común en beneficio de una comunidad y no solo de un propietario.

Por ello, es que antes de seguir simplemente enunciando la idea de la existencia de bienes comunes hay que ser un poco más rigurosos y conceptualizar de mejor manera de qué se habla cuando se expresa bienes comunes y que más se puede decir en una lógica no recolectora que cerca para apropiarse.

Hasta ahora, en verdad, se sabe poco de lo que puede entenderse exactamente por bienes comunes. Lo que se dice no es claro, se quieren abarcar fenómenos y dar respuesta al problema del imaginario propietario (Ferrante 2013) excluyente más a los efectos destructivos del paradigma moderno, pero se trata más que de una polisemia de una

acumulación de ideas sin establecer el espacio donde dibujar coordenadas o espacios para constituir una travesía. Pareciera querer comprenderse en ellos tanto los “elementos indispensables para la vida, como el agua y las semillas, como los ‘servicios públicos’ hoy en día desmantelados por las políticas neoliberales, tanto en el Sur como en el Norte” (Houtart 2014 p. 260) en relación con la idea de bien común de la humanidad; como la protección de la naturaleza ya no como un objeto que pueda considerarse solo a disposición del ser humano, lo que implica “el gran reto de reestructurar el pensamiento teórico, normativo y jurisprudencial desde un criterio antropocéntrico o humanocéntrico, hacia uno de tipo biocéntrico” (Fuentes 2022, p. 2); la regulación sobre el acceso y uso de las tecnologías en “un ejercicio de transducción, donde las tecnologías sociales se consideran como bienes comunes” (Vercelli 2010, p. 56); como “las redes de la vida que nos sustentan. Son el aire, el agua, las semillas, el espacio sideral, la diversidad de culturas y el genoma humano. Son una red tejida para gestar los procesos productivos, reproductivos y creativos. Son o nos proporcionan los medios para alimentarnos, comunicarnos, educarnos y trasportarnos; hasta absorben los desechos de nuestro consumo” (Helfrich 2008, p. 21) o su expresión procesal formal en tanto “formas específicas de acuerdos sociales para el uso colectivo, sostenible y justo de recursos comunes” (Añaños 2014, p. 158).

Se trata como puede verse de un conjunto de ideas para discutir y abrir un espacio de resistencia y consistencia colectiva frente al criterio híper extractivista de la globalización y la desregulación de los límites a esta y patentización privada del uso de los mismos. Esta noción de commons encuentra hasta ahora más bien un desarrollo en las teorías económicas, especialmente las de Elinor Ostrom (Hess y Ostrom 2016), construidas sobre la noción de acervo común en tanto aquellos que “son lo suficientemente grandes para que varios actores puedan usar simultáneamente el sistema de recursos y los esfuerzos para excluir beneficiarios potenciales sean costosos” (Ostrom 2001, p. 45) y que además de los bienes involucrados implican “[o]rganizarse con el objeto de crear reglas que especifiquen derechos y deberes para los participantes crea un bien público para todos aquellos que están involucrados” (Ostrom 2001, p. 47) y que son, a decir del mismo autor un verdadero rompecabezas teórico.

Por ello, es que al parecer hay que hacerse algunas preguntas previas que orienten una reflexión distinta a la historia patrimonialista de la propiedad y su uso que se esboza en este trabajo, y que permitan ampliar y salir de los límites y deslindes de ese imaginario para empezar a recorrer, como nómades que hacen otros caminos, el espacio de este cuarto campo de reflexión que debe hacerse jurídica en una perspectiva más de creación que de repetición y amoldamiento a esa historia del patrimonio y los bienes que ya se conocen.

Se trata de reflexiones compartidas con otras disciplinas, pero que deben adquirir su perspectiva propiamente jurídica en su sentido de fines, funciones y fuentes del derecho para un sentido finalista que oriente desde allí la producción de normas, reglas y hermenéuticas: Fuera de las naciones tradicionales sobre el bien: ¿Qué es lo común, lo que aún no es un bien, lo que aún no es mercancía, lo que no se posee o no se puede poseer y, sin embargo, se puede usar? ¿Qué es, entonces, lo que se debe salvaguardar, su propiedad, su acceso, su uso y las destinaciones de este para un uso común y/o la reproducción de lo común? Desde allí ¿Cuál es o puede ser su o sus estatutos? ¿A qué

modo de producción económica y jurídica pertenecen? ¿A qué modo de producción de necesidades y de reproducción para ello deben ser adscritos? Cuestiones esenciales que obligan a situarse sobre el camino y no sobre el mapa ni las propiedades allí constituidas, precisamente porque por ejemplo, cuando un grupo de agricultores locales se reúnen en una feria en que además de comprar y vender mercancías intercambian semillas, pero también experiencias, memorias, relaciones de intercambio económicas y culturales ¿Qué es exactamente lo que hay que regular, lo que hay que salvaguardar, lo que hay que poner en disposición de poder ser tranzado, reservado y conservado y bajo qué normas, principios, registros y condiciones y sanciones de uso?

6. Conclusiones

Se señaló al inicio de este trabajo la necesidad de poner atención a los límites del imaginario de los hombres porque a la vez que constituían una forma de concebir la realidad y de concretarla, por otro lado, fijaban el marco de lo permitido y provocaban una ceguera epistemológica que se coloca en el serio riesgo de no ver las necesidades emergentes por mantener las seguridades existentes, así esto lleve a un despeñadero.

De todo lo anterior se entiende mejor delimitado el campo de trabajo para entender que en la historia de la propiedad hay ciertas lógicas y modos que hasta ahora no incluyen ni en los derechos privados liberales ni en los órdenes constitucionales o internacionales exactamente la idea de bienes comunes, que eventualmente podría tratarse de un cuarto espacio entre la propiedad individual, la propiedad pública y sus fines políticos y este sistema internacional de gestión de espacios y recursos para conservación, pero que se trata más bien de un espacio por constituir, más allá de las pistas, experiencias y explicaciones que se pueden reunir.

Para salir de la ceguera epistemológica del derecho patrimonialista y del formalismo se requiere instalarse también más en el paradigma nómada de la pregunta que en el de la respuesta asentada.

En derecho no se debe olvidar la sentencia de que, si las palabras no tienen un sentido preciso, el derecho queda incierto. Por ello, se insiste en la necesidad de iniciar un debate jurídico en un imaginario que comprenda los deslindes pero que no cierre los límites por razones de ideologías deshistorizadas y descontextualizadas social, geográficas y existencialmente materiales; al parecer ese es en verdad el esfuerzo teórico y práctico situado que hay que hacer.

Referencias

Acuerdo que Governa las Actividades de los Estados en la Luna y otros Cuerpos Celestes, 1979.

Alfonso X., 1491. *Las siete partidas* [en línea]. Disponible en: <https://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-9543.html>

Alpa, G., 2017. *¿Qué es el Derecho privado?* Lima: Zela.

Añaños Meza, M.C., 2014. La idea de los bienes comunes en el sistema internacional: ¿renacimiento o extinción? *Anuario mexicano de derecho internacional* [en línea], 14, 153–195. Disponible en: <https://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v14/v14a5.pdf>

- Arceo Contreras, J.A., 2013. ¿De qué estamos hablando cuando hablamos de Liberalismo? *Estudios políticos (México)* [en línea], 29, 129–147. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16162013000200007&lng=es&tlng=es
- Barcellona, P., 1996. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta.
- Calderón Astete, R., y Martínez Montenegro, I., 2020. Naturaleza y derecho. Pensar lo real más allá de la causalidad y la imputación. *Revista de la Facultad de Derecho* [en línea], 49, e113. Disponible en: <https://doi.org/10.22187/rfd2020n49a13>
- Cançado, A., 2006. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Código Civil Chileno, 1855.
- Constitución de la República Socialista Federativa de los Consejos (Soviets) de Rusia, 1918.
- Convención sobre el Derecho del Mar, 1982.
- Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, 1980.
- Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales, 1967.
- Cordero Quinzacara, E., 2008. De la propiedad a las propiedades: La evolución de la concepción liberal de la propiedad. *Revista de derecho (Valparaíso)* [en línea], 31, 493–525. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512008000200014>
- Cordero Quinzacara, E., y Aldunate Lizana, E., 2008. Evolución histórica del concepto de propiedad. *Revista de estudios histórico-jurídicos* [en línea], 30, 345–385. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552008000100013>
- Correas, O., 1995. *Introducción a la sociología jurídica*. Barcelona: María Jesús Bosch.
- D'Odorico, M.G., 2014. Karl Marx: el devenir de la ideología en el Estado capitalista. En: Ó. Moreno, ed., *Pensamiento Contemporáneo* [en línea]. Buenos Aires: Teseo. Disponible en: <https://teseopress.com/pensamiento-contemporaneo/chapetr/karl-marx-el-devenir-de-la-ideologia-en-el-estado-capitalista/#>
- Deleuze, G., 1987. *Foucault*. Barcelona: Paidós.
- Díaz, E., 1998. *Curso de filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos (Dibam), 2009. *Memoria Dibam*. Santiago: Dirección de Archivos, Bibliotecas y Museos. Gobierno de Chile.
- Dorantes, F., 2020. La función social de la propiedad. Su evolución, metodología y prospectiva en la Constitución Mexicana. En: J.A. Cruz Parcerero, ed., *Los Derechos sociales reflexiones sobre la Constitución de 1917*. Instituto de Estudios Constitucionales del estado de Querétaro.
- Doron, C.O., 2021. Foucault y los historiadores. El debate sobre los levantamientos populares. En: M. Foucault, *Teorías e instituciones peales. Curso en el College de France (1971–1972)*. Montevideo: Fondo de Cultura Económica.

- Faria, J.E., 2001. *El derecho en la economía globalizada*. Madrid: Trotta.
- Fernández Bulte, J., 2008. *Siete milenios de Estado y de Derecho*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.
- Ferrante, R., 2013. Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX y XX en Europa, con particular atención al caso italiano. *Revista de Derecho Privado* [en línea], (25), 29–53. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662013000200003&lng=en&tlng=es
- Figueroa, G., 1997. *El patrimonio*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Foucault, M., 2010. *El coraje de la verdad*. Montevideo: Fondo de Cultura Económica.
- Fuentes Sáenz de Viteri, M.L., 2022. El reconocimiento de los derechos de la naturaleza en el ordenamiento constitucional ecuatoriano. *Derecho Crítico: Revista Jurídica, ciencias sociales y políticas* [en línea], 1(1), 1–13. Disponible en: <https://doi.org/10.53591/rdc.v1i1.1649>
- Gobierno de Chile, 2009. *Ministerio de Educación. Consejo de monumentos nacionales. Convenios Internacionales sobre patrimonio cultural*. Santiago.
- Guastini, R., 2013. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Hegel, G.W.F., 1999. *Principios de la filosofía del derecho*. Barcelona: Edhasa.
- Helfrich, S., 2008. *Bienes comunes y ciudadanía: una invitación a compartir*. Ciudad de México: Boll.
- Herrera, J., 2005. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del Humanismo Abstracto*. Madrid: Catarata.
- Hess, C., y Ostrom, E., eds., 2016. *Los bienes Comunes del Conocimiento*. Madrid: Traficantes de Sueños/Instituto de Altos Estudios Nacionales.
- Houtart, F., 2014. De los bienes comunes al bien común de la humanidad. *El Ágora U.S.B.* [en línea], 14(1), 258–293. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-80312014000100013&lng=es&tlng=es
- Lalinde, J., 1991. *El derecho en la historia de la Humanidad*. Barcelona: PPU.
- Lara C., V., 1992. Función social de la propiedad. *Revista de Derecho Privado* [en línea], (437), 5–30. Disponible en: <http://hdl.handle.net/1992/47261>
- Locke, J., 2018. *Carta sobre la tolerancia y Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Ciudad de México: Partido de la Revolución Democrática.
- López Calera, N.M., Saavedra López, M., y Andrés Ibáñez, P., 1978. Uso Alternativo del derecho y práctica judicial. En: N. López Calera, M. Saavedra López y P. Andrés Ibáñez, *Sobre el uso alternativo del derecho*. Valencia: Fernando Torres.
- Maturana, H., y Varela, F., 2008. *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo*. Santiago: Universitaria.

- Meza, R., 2022. *Manual de Derecho Civil de las Fuentes de las Obligaciones*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Míguez Núñez, R., 2014. De las cosas comunes a todos los hombres notas para un debate. *Revista chilena de derecho* [en línea], 41(1), 7–36. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000100002>
- Muñoz, J., ed., 1988. *Marx: Antología*. Barcelona: Península.
- Ogilvie, B., 2000. *Lacan: La formación del concepto de sujeto*. Buenos Aires: Nueva Visión Argentina.
- Ostrom, E., 2001. Reformulando los bienes comunes. En: J. Burger *et al.*, eds., *Protecting the commons: a framework for resource management in the Americas*. Washington, DC: Island Press.
- Otárola, Y., 2022. La descripción del inmueble y la discordancia registral. *Revista Chilena de derecho y ciencia política* [en línea], 13(1), 9–28. Disponible en: <https://derechocienciapolitica.uct.cl/index.php/RDCP/article/view/50/35>
- Peñailillo, D., 2002. *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Peralta Fierro, X., y Yáñez Morales, I., 2019. La función social de la propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. *Revista de derecho público* [en línea], 91, 35–60. Disponible en: <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2019.55601>
- Principios relativos a la teleobservación de la Tierra desde el espacio de 1986. Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 41/65, de 3 de diciembre.
- Protocolo al Tratado Antártico sobre protección al medio ambiente, 1991. Madrid.
- Sahovaler, J., 2014. *La erótica del dinero*. Buenos Aires: Letra viva.
- Santos, B.S., 1989. La transición postmoderna: derecho y política. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* [en línea], 0(6), 223–263. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA1989.6.15>
- Santos, B.S., 2003. *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- Squella, A., 2003. *Introducción al derecho*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Staravrakakis, Y., 2007. *Lacan y lo político*. Ciudad de Buenos Aires: Prometeo.
- Stein, P., 2008. *El Derecho Romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*. Madrid: Siglo XXI.
- Tratado Antártico de 1959. Washington, DC, 1 de diciembre.
- Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes de 1966. Resolución 2222 (XXI). Asamblea General de Naciones Unidas. 19 de diciembre.
- Unesco, 2003. *Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial*. París.

- Vargas Weil, E., 2017. Hacia un sistema de propiedad privada sobre el viento en Chile. *Revista chilena de derecho* [en línea], 44(1), 7–32. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372017000100002>
- Vercelli, A., 2010. Reconsiderando las tecnologías sociales como bienes comunes. *ICONOS-Revista de Ciencias Sociales de Flacso Ecuador* [en línea], 37, 55–64. Disponible en: <https://doi.org/10.17141/iconos.37.2010.419>
- Weber, M., 1944. *Economía y sociedad*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Wolkmer, A.C., 2018. *Pluralismo Jurídico. Fundamento de una nueva cultura del Derecho*. Madrid: Dykinson.