

AGUA COMO BIEN COMÚN DESDE UNA PERSPECTIVA CRÍTICA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Por Javier I. Echaide

Recibido: 13 /03/2017

Aceptado: 15/05/2017

RESUMEN:

El presente artículo desarrolla una serie de tesis respecto del agua como bien común y de la noción de bienes comunes en general, desde un punto de vista crítico al análisis económico del derecho más ortodoxo que entiende que la privatización es la única salida posible ante el inevitable agotamiento y dilapidación de los bienes comunes. Para ello, se hace un acercamiento al concepto de propiedad y a sus dos modos en que se ha dado: propiedad por vía del trabajo o propiedad por vía del despojo, lo cual genera las primeras desigualdades sociales. También se toma el ejemplo de la regla de la primera posesión y se reflexiona acerca del debate sobre si la propiedad comunal es equivalente a una ausencia de propiedad. Nos extenderemos en establecer las principales características de la clasificación económica de los bienes según la aplicación de dos principios básicos analizados: el principio de competencia y el principio de exclusión. Seguido, se analiza la situación de los bienes comunes y se toma como punto crítico el célebre artículo del biólogo Garrett Hardin en 1968 publicado por la revista Science bajo el título "*La Tragedia de los Comunes*". Por último, se polemiza acerca de la ausencia de la noción de justicia en ciertos análisis de esquemas normativos, para finalmente llegar a nuestras conclusiones.

PALABRAS CLAVE:

Agua- Bienes Comunes- Derecho de Propiedad- Análisis Económico del Derecho.

WATER AS A COMMON GOOD FROM A CRITICAL PERSPECTIVE OF LAW AND ECONOMICS

By Javier I. Echaide

ABSTRACT:

The present article develops a series of theses about water as a common good and from the notion of common property in general from a critical point of view of orthodox of Law and Economics that understands that privatization is the only possible way out of the inevitable exhaustion and dilapidation of the commons. To do this, we approach the concept of property rights and the ways in which it has been given: property through work or property through the dispossession, which generates the first social inequalities. It also takes the example of the rule of first possession and reflects the debate if communal property is equivalent to an absence of property. We will extend the main characteristics of the economic classification of goods according to the application of the basic principles analyzed: the principle of competition and the principle of exclusion. The situation of common goods is then analyzed and we take the well-known Garret Hardin's article titled "The Tragedy of the Commons" published by Science magazine in 1968 from a critical point of view. Finally, there is a debate about the absence of the notion of justice in certain analyzes of normative schemes, in order to arrive at our conclusions.

KEY WORDS:

Water- Common Goods- Property Rights- Law and Economics.

EL AGUA COMO BIEN COMÚN DESDE UNA PERSPECTIVA CRÍTICA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Por Javier I. Echaide

I. Introducción:

Hoy resulta común la referencia a la “crisis del agua”. Se trata de un elemento natural aparentemente abundante y absolutamente necesario para garantizar la vida en nuestro planeta. Pero también es un elemento finito: sus fuentes no son inagotables y su sobreexplotación ha puesto en jaque la posibilidad de que el ciclo natural del agua pueda darse de modo de recargar las fuentes en tiempo, cantidad y calidad suficientes como para permitir su goce en tales condiciones. El aumento poblacional también ha sido un factor importante para hacer peligrar este delicado equilibrio. Pero es nuestro comportamiento como especie lo que más ha afectado la posibilidad de su libre goce, como desde milenios se había hecho en diversas culturas, pues limitar ese disfrute implicaba también tener un derecho de vida o de muerte sobre otros.

Ello nos acerca al agua no solamente como un bien natural sino además como un *bien jurídico* el cual hay que proteger y sobre el que pesan derechos. Y al hablar de derechos sobre un bien, es ineludible relacionarlo con el derecho de propiedad.

Sin embargo, cuando al parecer relacionamos los derechos de propiedad con una *crisis*, inmediatamente surge como solución posible la apropiación privada como forma para resolverla. Nuestra asociación común frente a algo que escasea es inmediatamente privatizarlo. Ello implica la posibilidad de excluir a otros del uso y goce del bien: lo estamos “protegiendo” de esos otros para conservarlo para nosotros mismos, pero al mismo tiempo los excluimos definitivamente de ese goce, a menos que paguen un precio por ello, claro.

En tanto la aplicación de derechos de propiedad es en definitiva limitar el libre disfrute de un bien como el agua, significa también la posibilidad de aplicar precios para su acceso, lo que torna a una discusión que en un inicio se plantea como jurídica y basada en *derechos* en un debate económico basada en la capacidad de compra. Y es allí donde el tema se torna delicado, pues los precios de transferencia sobre un bien tan indispensable pueden condicionar la vida de quien no tiene la posibilidad de pagarlos.

El presente artículo desarrolla una serie de tesis respecto del agua como bien común y de la noción de bienes comunes en general, desde un punto de vista crítico al análisis económico del derecho más ortodoxo que entiende que es la privatización la única salida posible ante el inevitable agotamiento y dilapidación de los bienes comunes. Para ello, se hace un acercamiento al concepto de propiedad y a sus dos modos en que se ha dado: propiedad por vía del trabajo o propiedad por vía del despojo, lo cual genera las primeras desigualdades sociales.

También se toma aquí el ejemplo de la regla de la primera posesión y se reflexiona acerca del debate sobre la propiedad comunal y si ella resulta equivalente a una ausencia de propiedad. Nos extenderemos en establecer las principales características de la clasificación económica de los bienes según la aplicación de dos principios básicos analizados: el principio de competencia y el principio de exclusión. Seguido, se analiza la situación de los bienes comunes y se toma como punto crítico el célebre artículo del biólogo Garrett Hardin en 1968 publicado por la revista Science bajo el título “*La Tragedia de los Comunes*”, citado repetidamente en este tipo de trabajos. Por último, se polemiza acerca de la ausencia de la noción de justicia en ciertos análisis de esquemas normativos, para finalmente llegar a nuestras conclusiones.

II. Dos modos de desarrollo de la propiedad

En su clasificación sobre los bienes, los romanos consideraban que solamente los bienes privados podían ser objeto de los intercambios comerciales (*res in commercio*), mientras que, por el contrario, entendían que la mayor parte de las demás clasificaciones se hallaban por fuera de lo mercantil (*res extra commercium*), ya fuese porque se trataba de un bien relacionado a alguna cuestión religiosa (*res divini iuris*¹) o porque se lo consideraba como un bien relacionado con algún aspecto del patrimonio común. Era entendido así debido a que para poder gozar libremente de los bienes y de su disposición debía cumplirse un requisito previo que era la completa propiedad del bien (Gordillo, 2006, p.11), y dicha propiedad no resultaba tal si era compartida con la comunidad o si se encontraba limitada por los fines más altos a los que el bien era dedicado –en el caso de los bienes religiosos-. La libre disposición sólo era compatible, por ende, con los bienes que eran excluidos del ánimo propietario de otros individuos (principio de exclusión).

¹ Estos a su vez podían subdividirse en cosas sagradas o consagradas al culto (*res sacrae*) como ser los templos, altares o terrenos dedicados a ello, los objetos religiosos (*res religiosae*) como los monumentos unidos a los sepulcros, y las cosas no del todo sagradas pero que de todas maneras gozaban de cierto estatus venerable (*res sanctae*) como ser las puertas de las ciudades o sus muros.

Obsérvese que los bienes más esenciales para la vida y la realización humanas –el aire, el agua, la tierra en su conjunto, el saber, aquellos bienes dedicados a la espiritualidad inclusive- eran vistos como algo no comercializable pues no podían ser poseídos por *uno* sino que eran gozados por *toda* la comunidad. Así, por ejemplo, un solo hombre no podía ser el dueño de todo el conocimiento, dado que se lo entendía como algo generado culturalmente por toda la sociedad, por lo que la cultura no podía ser patrimonio de *alguien* en particular.

Al contrario de lo que pueda suponerse, los bienes comunes –incluyendo el espacio exterior, la Antártida, los océanos, etc.- ocupan actualmente el 70% de la superficie terrestre (como se cita en Gordillo, 2006, p.11). Pero nuestro prejuicio, así como nuestro acercamiento al binomio “crisis” y “agua”, tiene un motivo y un origen. Desde hace unos 400 o 500 años el desarrollo del capitalismo se basó en la expansión de un tipo específico de propiedad: la propiedad privada, que aunque sí podemos reconocerla como la forma dominante, no es la única forma de propiedad.

Casi todos los autores clásicos del liberalismo político coinciden en que el establecimiento de la propiedad –en cualquiera de sus formas- es el acto político, jurídico y económico con el que se funda la sociedad civil y con la que se diferencia la situación del hombre del estado de naturaleza en el que previamente se encontraba. Paralelamente se tornó necesario establecer una figura ideal que sirviera de intermediación entre las relaciones entre los particulares apropiadores ante cualquier conflicto: el Estado, encargado en determinar y regular de quién es cada cosa. De este modo, el establecimiento de la propiedad y del Estado son los hechos jurídico-políticos fundantes de la sociedad civilizada y dicha fundación se basa en un acuerdo de voluntades entre los individuos que conforman dicha sociedad: el “contrato social” (Rousseau, 1985, pp. 40-43).

La decisión de establecer un tipo determinado de propiedad (la propiedad privada) como forma dominante de propiedad social es lo que caracteriza a la sociedad y al sistema que ella establece, cómo se desenvuelve y, sobre todo, cómo se reproduce para persistir en el tiempo. Desde Locke hasta Marx, pasando por Rousseau, Proudhon, Adam Smith, Saint Simón, etc., todos vieron que el sistema social establecido bajo el signo de la propiedad privada marcaba una distancia enorme de desarrollo respecto del estado de naturaleza o de las sociedades antiguas. Como dijo John Locke en 1689:

“Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores sirvan en común a todos los hombres, no es menos cierto que cada hombre tiene la propiedad de su propia persona. Nadie, fuera de él mismo, tiene derecho alguno sobre ella. Podemos también afirmar que el

esfuerzo de su cuerpo y la obra de sus manos son también verdaderamente suyos. Por eso, siempre que alguien saca alguna cosa del estado en que la Naturaleza la produjo y la dejó, ha puesto en esa cosa algo de su esfuerzo, le ha agregado algo que es propio suyo; y por ello, la ha convertido en propiedad suya” (Locke, 2010, p. 36).

“Así, pues, en las épocas primeras, el trabajo creaba el derecho de propiedad, siempre que alguien gustaba de aplicarlo a bienes que eran comunes. Esa clase de bienes constituyó durante largo tiempo la categoría más importante, y quedan todavía en cantidad superior a la que el género humano puede utilizar” (Locke, 2010, p. 48.).

La noción de propiedad está relacionada directamente al trabajo. Esa es la propiedad (privada) “naturalmente establecida”. La apropiación, es decir aquella en la que uno toma para sí un objeto que no pertenecía a nadie pero que no ha puesto sobre él ningún aditamento, es una apropiación no justificada más que *de facto* y por la cual se excluye a otros de la posibilidad de poseer, no obstante se encuentren en la misma situación que el apropiador: ninguno ha puesto su trabajo sobre el bien como para justificar una mejora del mismo que atribuya un cuidado, una labor, un *animus* de poseer la cosa. Siguiendo al propio Locke:

“El animal pertenece al que puso su trabajo en cazarlo, aunque antes perteneciese a todos por derecho común. Esta ley primitiva de la Naturaleza, mediante la cual empieza a darse la propiedad en lo que antes era común, sigue rigiendo todavía entre quienes forman la parte civilizada del mundo. Por virtud de esa ley, los peces que uno pesca en el mar, que todavía sigue siendo un inmenso bien común del género humano, y el ámbar gris, que uno extrae mediante su trabajo sacándolo del estado común en que lo dejó la Naturaleza, son propiedad de quien realiza los esfuerzos necesarios. Incluso entre nosotros, la liebre que se cobra durante una cacería reputase como propiedad de quien la persiguió. Siendo un animal que está considerado como común, sin que sea propiedad de nadie en particular, quien dedica a un ejemplar de esa clase el esfuerzo necesario para desencamarla y perseguirla, la saca con ello del estado de Naturaleza en que era común a todos, y ha iniciado con ello su conversión en una propiedad” (Locke, 2010, p. 37-38).

El advenimiento de esa propiedad privada implica entonces una exclusión de hecho, es decir una desposesión, un despojo para los demás congéneres que, previo a dicha apropiación, podían estar en igualdad de condiciones para gozar de ese bien. Anteriormente a dicho acto, en consecuencia, los bienes en general resultan comunes a todos debido a esa condición de igualdad

entre todos los hombres, pues nadie poseía ninguna característica particular que le diese prioridad o derecho especial alguno por sobre los demás para poseer determinado bien.

De esta manera, la propiedad privada no es “natural”, y está justificada sea por el trabajo o por el despojo. Este tipo específico de propiedad no solamente significó un salto cualitativo en el desarrollo social, sino que también fijó un germen de desigualdad entre sus miembros, entre quienes poseen y quiénes no. Quizás Rousseau haya sido el primero en observarlo, allá por 1754: “El primero al que, tras haber cercado un terreno, se le ocurrió decir ‘esto es mío’ y encontró personas lo bastante simples para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil.” (Rousseau, 2007, p. 81).

Y continúa: “Dedúcese de lo expuesto que, siendo la desigualdad casi nula en el estado de naturaleza, saca su fuerza y acrecentamiento del desarrollo de nuestras facultades y del progreso del espíritu humano, llegando por fin a ser permanente y legítima por la constitución de la propiedad y de las leyes” (Rousseau, 2007, p. 113).

Al ser la propiedad un instituto socialmente establecido como regla esencial, es una *norma* en el estricto sentido jurídico. Por ende, la base constitutiva de la sociedad civil es una norma jurídica establecida socialmente mediante un acuerdo, un contrato, que también es otro instituto legal. El derecho es, entonces, el ineludible punto de partida para fijar las reglas de propiedad y, consecuentemente, la constitución del mercado y las reglas para el comercio (Stordeur, 2011, p. 156). La posibilidad de privar a otros de la propiedad es precisamente lo que permite las transacciones vía precios y, por ende, el intercambio. Al generarse dicho intercambio se crea el mercado y las relaciones comerciales. El rol, entonces, que ocupa el derecho como disciplina es el de fijar las reglas de juego para una determinada sociedad, pero esas reglas no son ni universales ni atemporales: poseen un anclaje histórico y geográfico que constituye la base material para que una sociedad se fije a sí misma de tales o cuales reglas y no de otras.

Otros tipos de propiedad, como la comunal, no generan derechos de exclusión sobre otros, por lo que las transacciones no tienen una razón de ser ya que todos los miembros de esa sociedad tienen acceso a los bienes comunales. Por ende el comercio y el mercado no existen, no por prohibición, sino por carecer de sentido. Este punto lo retomaremos más adelante.

III. El origen de la desigualdad y la regla de la primera posesión

Para Rousseau el origen de la desigualdad entre los hombres está dada en la propiedad privada y en el derecho, como institución que la sostiene y legitima. Ello es así en tanto dicho tipo de propiedad priva a algunos y beneficia a otros, diferenciando a la sociedad entre poseedores y desposeídos. Es la característica que marca a nuestra sociedad occidental actual.

La noción de la propiedad por vía del trabajo o por desposesión es una constante. Adam Smith escribió en 1776:

“La propiedad que el hombre tiene en su propio trabajo es la base fundamental de todas las demás propiedades, y por lo mismo debe ser el derecho más sagrado e inviolable en la sociedad. Todo el patrimonio del pobre consiste en la fuerza y destreza de sus manos, y estorbarle que emplee su destreza y sus fuerzas del modo que le parezca más a propósito, sin injuria del prójimo, es una violación manifiesta de un derecho tan incontestable” (Smith, 1983, pp. 177-178).

En términos similares, aunque más duros, Joseph-Pierre Proudhon en 1840 sostuvo que:

“Si tuviera que contestar a la siguiente pregunta: ¿Qué es la esclavitud?, y respondiese en pocas palabras es el asesinato, mi pensamiento sería comprendido de inmediato. No necesitaría, ciertamente, grandes razonamientos para demostrar que la facultad de quitar al hombre el pensamiento, la voluntad, la personalidad, es un derecho de vida y muerte, y que hacer esclavo a un hombre es asesinarlo. Por qué razón, sin embargo, no puedo contestar a la pregunta: ¿Qué es la propiedad?, diciendo concretamente es el robo” (Proudhon, 1984, p. 29).

Ese despojo es lo que podemos interpretar como el “robo” al que se refería Proudhon. Pero tal desposesión no debe ser entendida como algo pacífico. Su contemporáneo Karl Marx, de hecho, subrayaba el carácter violento de dicho proceso de apropiación originaria. Así, en su principal tratado, “El Capital” (1867), escribió:

“Todo este proceso parece moverse dentro de un círculo vicioso, del que sólo podemos salir dando por supuesta una acumulación ‘originaria’ anterior a la acumulación capitalista (‘previous accumulation’, la denomina Adam Smith); una acumulación que no es resultado, sino punto de partida del régimen capitalista de producción.”

“Tan pronto como se plantea el problema de la propiedad, se convierte en un deber sacrosanto abrazar el punto de vista de la cartilla infantil, (...). Sabido es que en la historia real desempeñan un gran papel la conquista, la esclavización, el robo y el

asesinato; la violencia, en una palabra. En la dulce economía política, por el contrario, ha reinado siempre el idilio. Las únicas fuentes de riqueza han sido desde el primer momento la ley y el “trabajo” (...). Pero, en la realidad, los métodos de la acumulación originaria fueron cualquier cosa menos idílicos.”

“Por tanto, el proceso que engendra el capitalismo sólo puede ser uno: el proceso de disociación entre el obrero y la propiedad sobre las condiciones de su trabajo, proceso que de una parte convierte en capital los medios sociales de vida y de producción, mientras de otra parte convierte a los productores directos en obreros asalariados. La llamada acumulación originaria no es, pues, más que el proceso histórico de disociación entre el productor y los medios de producción. Se llama ‘originaria’ porque forma la prehistoria del capital y del régimen capitalista de producción” (Marx, 1999, pp. 607-608).

Es un error entender que la acumulación originaria *fue* un hecho histórico, pues es un proceso constante de incorporación de bienes comunales al ámbito de los bienes privados y, por ende, de las relaciones sociales mercantiles. De esta manera, un bien común puede ser vendido y comprado en el mercado porque simplemente ha dejado de serlo. La apropiación por despojo es la forma más simple y usual en que un bien común es convertido en un bien privado, es decir que es apropiado individualmente por alguien que lo hace para sí y para nadie más. De tal modo, dicha *privatización* no es un suceso aislado que ocurrió en un pasado histórico sino que es un proceso constante de expansión de las relaciones sociales mercantiles sobre bienes que, previamente, no estaban incluidos en ellas (Echaide, 2013, pp. 73-76).²

Esta “acumulación originaria” (Marx), “acumulación previa” (Smith), o la “primera posesión” (Locke) es entonces la desposesión realizada por un individuo hacia sus pares comuneros al excluirlos de la posesión de un bien y reservárselo solamente para sí. Para Marx dicha situación de despojo es una situación necesariamente violenta o compulsiva: es razonable que los demás

² Uno de los principales autores que actualmente sostienen la teoría de la *acumulación por desposesión* es el geógrafo británico David Harvey quien la define como el uso de métodos de la acumulación originaria para mantener el sistema capitalista hoy, mercantilizando ámbitos hasta entonces cerrados al mercado. Para el marxismo clásico, mientras que la acumulación originaria supuso la implantación de un nuevo sistema al desplazar al feudalismo, la acumulación por desposesión tiene por objetivo garantizar la supervivencia del capitalismo. Para Harvey, el término define los cambios neoliberales producidos en los países occidentales desde los años 1970 hasta la actualidad y que estarían guiados por cuatro prácticas, principalmente: la privatización, la financierización, la gestión y manipulación de las crisis, y las redistribuciones estatales de la renta. Tales cambios se manifiestan, por ejemplo, mediante la privatización de empresas y servicios públicos, que tienen su raíz en la privatización de la propiedad comunal. Ver: <http://www.biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/clacso/index/assoc/D8555.dir/harvey.pdf> [Consulta: 22/04/2017].

comuneros se sientan estafados y actúen queriendo defenderse, o se hayan visto forzados a tener que aceptar las nuevas reglas de juego no por una forma *de iure* sino *de facto*, pero que posteriormente se legitimaron por vía legal e incluso utilizaron a la propia ley como forma de ejercicio de ese desapoderamiento:

“Los bienes comunales –completamente distintos de los bienes de dominio público, a que acabamos de referirnos- eran una institución de origen germánico, que se mantenía en vigor bajo el manto del feudalismo. Hemos visto que la usurpación violenta de estos bienes, acompañada casi siempre por la transformación de las tierras de labor en terrenos de pastos, comienza a fines del siglo XV y prosigue a lo largo del siglo XVI. Sin embargo, en aquellos tiempos este proceso revestía la forma de una serie de actos individuales de violencia, (...). El progreso aportado por el siglo XVIII consiste en que ahora la propia ley se convierte en el vehículo de esta depredación de los bienes del pueblo, (...). La forma parlamentaria que reviste este despojo es los Bills for Inclosures of Commons (leyes sobre el cercado de terrenos comunales); dicho en otros términos, decretos por medio de los cuales los terratenientes se regalaban a sí mismos en propiedad privada las tierras del pueblo, decretos encaminados a expropiar al pueblo de lo suyo. (...)”

“El despojo de los bienes del dominio público, y sobre todo la depredación sistemática de los terrenos comunales, ayudaron a incrementar esas grandes posesiones que se conocían en el siglo XVIII con los nombres de haciendas capitalistas y haciendas de comerciantes, y que dejaron a la población campesina ‘disponible’ como proletario al servicio de la industria” (Marx, 1999, pp. 616-617. Resaltados en el original).

Para Marx la acumulación originaria cumplió un doble propósito: mientras que incorporó bienes comunales a las relaciones mercantiles mediante su transformación en bienes privados, también desapoderó a los comuneros de sus tierras y pequeñas propiedades dejándolos a merced de su arrendamiento como mano de obra de la incipiente industria de las ciudades. Ello motivó nuevas oleadas migratorias de los campos a los burgos, que acrecentaron su población y comenzaron a moldear una nueva forma de sociedad de masas con la formación de la clase trabajadora.

Marx habla de ese momento histórico como testigo del fenómeno del nacimiento del capitalismo, pero menciona a la acumulación originaria como un *proceso* que, entendemos nosotros, puede darse de manera continua a fin de incrementar los recursos disponibles para ampliar el

proceso de acumulación al margen de lo que lo hace la acumulación de plusvalía, como también provoca la expansión de las relaciones sociales capitalistas.

Por supuesto que aquí los argumentos se separan del resto de los autores liberales, que generalmente dan por sentado que la instalación del régimen privado de propiedad es una forma aceptada racionalmente y consentida de manera pacífica, pues ellos sostienen que la comunidad evidencia que es una “mejor forma de propiedad” en tanto ofrece mayores incentivos para la conservación de los bienes. Desde las escuelas más ortodoxas del análisis económico del derecho (en adelante, AED) –esencialmente centradas en torno al pensamiento de Milton Friedman y la Escuela de Chicago- se entiende que tal apropiación se da en términos de una ausencia de propiedad previa (por ello es que continúan con la visión más lockeana del concepto y la denominan “regla de la *primera* posesión”) (Cooter y Ulen, 1998, p. 102), y como una condición necesaria –mas no suficiente- para el uso eficiente de los recursos. Para ello, los bienes *deben* ser transferibles, algo sólo posible mediante la creación de derechos exclusivos sobre tales bienes (Posner, 1998, p. 39).

IV. La propiedad común versus la ausencia de propiedad: ¿un problema de escala?

Ciertamente que el establecimiento de la propiedad privada genera la aplicación de un derecho de exclusión, lo cual implica una desposesión si previamente se trataban de bienes comunes. En este sentido, el AED tiene una interesante aproximación respecto de qué es la propiedad. El derecho entiende como propiedad a la relación de un sujeto con un objeto, y es una relación directa sobre el bien, una relación “real”. Para el AED, sin embargo, la propiedad no es una relación sujeto-objeto sino una relación social: se da únicamente entre sujetos, y son derechos vistos como un conjunto de facultades de actuación (uso, transformación, transferencia o exclusión) respecto de terceros (Stordeur, 2011, p. 146) y que no resultan inmutables en el tiempo. La propiedad crea una “zona de privacidad” en la que los sujetos pueden ejercer su voluntad sobre las cosas sin tener que responder frente a otros (Cooter y Ulen, 1998, p. 104).

Ello crea una gama de sutilezas muy poco consideradas por la dogmática del derecho. Entonces, cuando se habla de propiedad *privada*, su significado se explicita en el concepto mismo: se trata de la aplicación de derechos de privación (exclusión) de un sujeto hacia otros en referencia a un bien. El objeto sigue siendo el mismo, lo que cambia es la relación existente entre los sujetos del entorno: uno –el propietario- tendrá una esfera de libertad sobre el bien para hacer lo que desee

y gozará de herramientas legales para justificar y rechazar los intentos de otros de querer interferir con dichos derechos y de pretender disponer de ese objeto (Stordeur, 2011, pp. 146-147, Cooter y Ulen, 1998, p. 104).

El cambio de las relaciones atribuidas sobre un bien al momento de quitarlo del estado de naturaleza y mediante el cual se le colocan derechos de exclusión hacia terceros, implica una privatización de ese bien. Tal es, como dijimos, lo que el propio Locke denominara la “regla de la primera posesión” o del “primer ocupante”: la apropiación por desposesión.

Resulta claro que los bienes están dispuestos en la naturaleza sin una etiqueta que diga quién es el propietario. Si alguien lo necesita, lo toma, quitándolo así de ese estado natural en donde no media la propiedad de nadie. Aquí pueden darse dos opciones: que un solo individuo decida hacerse de un bien, o que sea la comunidad la que, observando de la misma forma la necesidad de utilizar ese bien, la toma para su provecho. Las consecuencias de una u otra opción son totalmente distintas: en la primera el resultado será el advenimiento de un régimen de propiedad privada mientras que en la segunda será el de propiedad comunitaria.

No todos los autores coinciden –incluso desde el AED- en que la regla de la primera posesión se dé individualmente (Cooter y Ulen, 1998, p. 102),³ pues algunos sostienen que puede ser comunitaria (Stordeur, 2011, p. 149).⁴ Tampoco hay consenso en cuanto a que la propiedad comunitaria sea equivalente a una ausencia de propiedad. Para autores como Aguilera Klink (2006, p. 120), la ausencia de propiedad es algo distinto de la propiedad común.

Quizás exista un problema de escala en lo que se refiere al término “comunidad”: si la comunidad que imaginamos es un grupo más o menos pequeño de personas –como podía ser una tribu-, la apropiación comunitaria de un bien implica la exclusión de otras comunidades (si no, se pierde el significado de los conceptos mismos de *propiedad* y de *apropiación*) pero no entre los miembros de dicho grupo. Parecería entonces, que podrían darse dos tipos de relación de exclusión en la propiedad común: una extra-comunitaria y otra intra-comunitaria. En la dimensión extra-comunitaria, es decir hacia los no-miembros del grupo, el principio de exclusión se aplica en

³ Los autores sostienen, al referirse a los derechos de las transmisiones satelitales, que: “Parecería que Orbitcom basa su reclamación de propiedad en el hecho de haber puesto un satélite en la órbita en disputa antes que cualquier otro. Esta reclamación apela a un principio legal conocido como la regla de la primera posesión, según la cual quien use por primera vez un recurso sin propietario adquiere un derecho sobre él.” (Cooter y Ulen, 1998, p. 102).

⁴ El autor define: “La regla de la ocupación o primera posesión tiene larga tradición en la teoría legal y también en filosofía política. Bajo esta regla, todos los comuneros tienen libre acceso a los bienes comunemente poseídos y nadie puede hacer empleo de un derecho de exclusión o veto sobre el uso de los recursos. (...)”. (Stordeur, 2011, p. 149).

amplitud, mientras que en la dimensión intra-comunitaria el principio de exclusión no existe y todos los miembros del grupo tienen libre acceso al bien, pues son dueños del mismo por igual.

¿Pero qué ocurre si pensamos a esa comunidad en términos de escala planetaria? ¿Qué ocurriría si esa comunidad es la humanidad toda, si el “todos” son todos los habitantes del planeta Tierra? En un mundo cada vez más globalizado interactuamos cada vez más: somos interdependientes y nuestras acciones suelen repercutir en otras partes del mundo. Fenómenos como el cambio climático resultan tanto innegables como preocupantes. En ese sentido, las cuestiones ambientales y la preservación de los recursos naturales son de una urgencia que reafirman el carácter alarmante de la situación en que se encuentra el bien global más comunitario de todos: la naturaleza, entendida como un *todo* y que es utilizada –e incluso abusada- por una humanidad también entendida como un *todo*. En ese sentido, es imposible excluir a nadie por fuera de esa comunidad dado que, por el momento, no existen seres humanos que puedan existir por fuera del planeta Tierra.

Aquí llegamos a una situación singular: la ausencia de propiedad implicaba la no aplicación de principios de exclusión a nadie, ya que no hay propiedad del bien: nadie es el dueño de la cosa. Cuando la propiedad comunitaria, que aplicaba la exclusión extra-comunitaria a no-miembros de grupo, es aplicada a toda la población de la Tierra como una sola comunidad, también conlleva la imposibilidad de que pueda excluirse a algún miembro, simplemente porque no hay un “otro” por fuera de la humanidad toda. Al llegar a este punto en donde la escala de lo que consideramos “comunidad” es tan grande y amplia que incluye a toda la especie humana, la imposibilidad de aplicar derechos de exclusión a otros es asimilable a los efectos de una ausencia de propiedad. Por ende, carece de sentido la discusión acerca de si la propiedad común es o no la ausencia de propiedad ya que sus efectos son los mismos: en la *propiedad común global* se involucra a todos los seres humanos.

V. Los bienes comunes y la propiedad comunitaria

La propiedad comunal o comunitaria es entonces aquella en donde no se aplican criterios de exclusión sobre otras personas en cuanto a los bienes afectados. Todos los miembros de la comunidad tienen acceso libre a ellos. El profesor Eugene Petit (1958, p. 203) define a la *res communis* como:

“Todas las cosas que no sean de derecho divino tienen que ser de derecho humano o profanas. Se subdividen en res communes, res publicae, res universitatis y res privatae o singulorum. Res Communes – Se llaman res communes las cosas cuya propiedad no pertenece a nadie [(sic)] y su uso es común a todos los hombres (Cicerón). Su naturaleza también es excluyente de toda apropiación individual. Son el aire, el agua corriente, la mar; de donde resulta la libertad de pesca y de la navegación.”

Algunos bienes relacionados con los recursos naturales pueden ser entendidos como bienes comunes. Ejemplos como el del agua son de los más citados. En el año 533 las Institutas de Justiniano definían ya al agua corriente como un bien común.⁵

Un bien se define de acuerdo a la aplicación o no de dos principios: el de exclusión –ya mencionado- y el de competencia, que implica una rivalidad en el consumo de un bien. ¿Por qué rivalizan quienes desean hacerse de un recurso? Porque se trata de un bien *agotable*; por ende necesita de un mayor nivel de cuidado respecto de su aprovechamiento.

Teniendo en cuenta estos principios es posible clasificar a los bienes en cuatro tipos. Si sobre el bien se aplican derechos de exclusión a otras personas sobre su uso y goce y al mismo tiempo existe competencia o riesgo de agotamiento del mismo por ese uso y ese goce, el bien se define como un *bien privado*. En este grupo se incluye un sinnúmero de efectos que podemos caracterizar como personales (nuestra ropa, nuestros objetos más íntimos, bienes muebles) pero también otros bienes de un valor económico mayor, como pueden ser casas, terrenos loteados, bienes muebles como automóviles, animales, etc., Como podrá resultar evidente al lector, el hecho de que quien suscribe esté redactando el presente artículo desde una computadora impide necesariamente que otra persona pueda gozar de ella y la utilice al mismo tiempo para navegar por internet. Eso significa que el uso de esta computadora determinada obstaculiza que otro pueda utilizarla al mismo tiempo, por lo que existe una rivalidad en su consumo: o la uso yo o la utilizará otro, pero no ambos a la vez. Al mismo tiempo, el hecho de que la computadora sea mía me permite que, si otro me la quitase sin mi permiso, yo pueda reclamarla, pues se encuentra excluido de poder incorporarla a su patrimonio personal: también hay un principio de exclusión sobre este bien. En conclusión: esta computadora es un bien privado.

⁵ “Ahora trataremos de las cosas, las cuales o se hallan en nuestro patrimonio o fuera de nuestro patrimonio. Mas algunas por derecho natural son comunes a todos, otras son públicas, otras de universidad o corporación cualquiera, otras de nadie, y la mayor parte de particulares, y éstas últimas pueden adquirirse (...). Y según el derecho natural son cosas comunes a todos: el aire, el agua corriente, el mar y sus costas.” (Justiniano, 2005, p. 67).

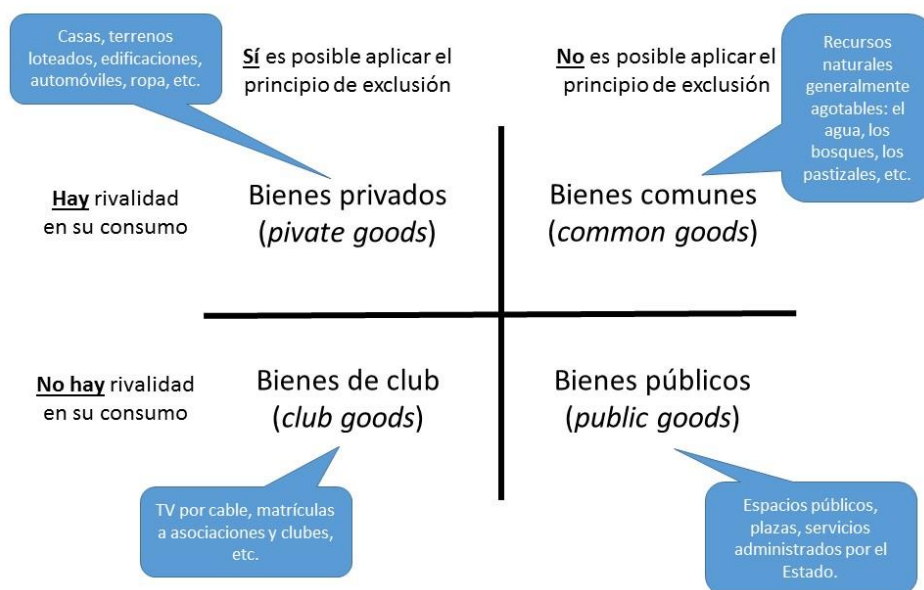
Es posible, empero, encontrar otro tipo de bienes que, aunque sea posible excluir a algunos que no pertenezcan al grupo de usuarios o propietarios, la cantidad de usuarios o consumidores de esos bienes no impactará en que haya menos de dicho bien para el resto. Dichos bienes se los puede clasificar como *bienes “de club”* (*club goods* según el derecho anglosajón). La TV por cable es un buen ejemplo: no todos pueden gozar de ella, solamente los que pagan una cuota a la empresa emisora. Ahora, que existan diez o mil clientes de esa empresa no impedirá que todos gocen al mismo tiempo de los programas que se transmiten por ese servicio. Un club social o deportivo funciona del mismo modo: no habrá menos espacio de recreación (es decir, menos club) si la institución tiene 100 o 5.000 socios. Pero solamente podrán ingresar a él y participar de sus actividades quienes paguen una cuota y sean admitidos a ese club.

Si un bien no se agota por su uso y está disponible para todos sin exclusión, el bien se define como un *bien público*. Un ejemplo de ello son las plazas y parques públicos: no habrá “menos plaza” si hay en ella 50 o 100 personas, el espacio seguirá existiendo. Al mismo tiempo es imposible prohibir el ingreso a una plaza pública (La Nación, 23/04/2007a; 23/04/2007b). Por ende, no hay exclusiones: *todos* –literalmente- pueden entrar libremente en ella sin cumplir ningún requisito, ningún pago, nada que pueda resultarles un impedimento.

Por el contrario, si un bien es tratado sin que se aplique exclusión a nadie de su libre uso y goce, pero al mismo tiempo persiste esa competencia sobre el bien, éste será definido como un *bien común*. Los recursos naturales tienen esta característica: la mayoría de ellos son –en mayor o en menor medida- escasos. Las caracterizaciones antedichas pueden definirse sencillamente mediante el esquema que se dispone en el Cuadro 1.

Cuadro 1: Clasificación económica de los bienes.

Fuente: Elaboración propia.



Como mencionamos al final de los puntos 1 y 2, la propiedad comunal no genera derechos de exclusión, por lo que las transacciones carecen de sentido ya que todos los miembros de esa sociedad tienen acceso a los bienes comunales. Como consecuencia de ello, el comercio y el mercado resultan innecesarios: el acceso a todos los bienes comunes es libre, lo cual implica un punto de vista diametralmente opuesto con el tratamiento y consecuencia de la propiedad privada, cuya característica de exclusividad hace, precisamente, que sea posible negociar derechos de transferencia (la compraventa) sobre ellos mediante un monto equivalente en otros objetos o en un equivalente general de mercancías: el dinero. Ese monto (el precio) y esa posibilidad de transferir esos derechos de exclusividad a otra persona permiten que se generen transacciones, lo cual deriva a la formación de un ámbito que sea el lugar (el mercado) propicio para que se dé ese intercambio (el comercio).

La generación de un mercado para los bienes comunes es un contrasentido. La única forma en que esto pueda ser posible es, como hemos visto, mediante su privatización. Aquí las distintas escuelas del AED difieren en los puntos de vista respecto del tratamiento sobre los bienes comunes (Arjona Trujillo y Rubio Pardo, 2002, pp. 121-129). La escuela más ortodoxa –devenida de la

Escuela de Chicago- sostiene que la privatización de los bienes comunes es aplicarles a ellos los beneficios de “la mejor forma de propiedad” (la propiedad privada). Dicha escuela entiende indefectiblemente que el éxito de la regulación legal debe medirse en términos de eficiencia económica, lo cual deja por fuera de dicha evaluación parámetros como los de justicia. Ello es un problema irresoluble para el AED, máxime considerando que la búsqueda de lo justo es la esencia misma de disciplinas como el Derecho. Las críticas conocidas de la Escuela Austríaca o también de otras escuelas –heterodoxas- del AED como la Escuela de New Haven o las del Institucionalismo y la Nueva Economía Institucional (NEI) (Padilla Zalacaín, 2006, p. 26),⁶ aun cuando resultan minoritarias dentro de esta área de estudio, se oponen a la concepción de que el hombre actúa – siempre- de manera racional maximizando sus utilidades. El biólogo Garrett Hardin en su célebre artículo publicado en 1968, “La Tragedia de los Comunes” (Hardin, 1968), claramente lo explicita cuando describe esa “tragedia”: ante el aumento poblacional irrefrenable, los recursos comunes (finitos) tienden a desaparecer porque son sobreexplotados.

VI. El agua y la tragedia de los comunes

Hardin concuerda con el supuesto de que los hombres actúan como seres racionales maximizando sus utilidades.⁷ Inicialmente esto es al menos cuestionable, dado que en numerables ocasiones un individuo puede comportarse de manera “irracional” optando por preferencias que no poseen un fundamento económico: gustos, capricho, compulsiones, etc. Sin embargo, y siguiendo al citado autor, en tanto cada individuo busca maximizar sus ganancias y utiliza un bien común –y tal es en el ejemplo dado por él en su artículo- como es un lote (comunal) para el pastoreo de su

⁶ El AED es un estudio originado centralmente desde el pensamiento económico de la Escuela de Chicago. Ella constituye la ortodoxia de este enfoque desde la economía hacia el derecho y las instituciones jurídicas. La Escuela Austríaca siempre fue muy crítica del AED, en términos generales separándose del neoliberalismo hacia una especie de “anarco-capitalismo” y en lo más particular sosteniendo una fuerte crítica hacia la teoría de la elección racional que la Escuela de Chicago propugna. Posteriormente se sumaron nuevas escuelas y teorías que brindaron al AED una perspectiva más amplia, como la Escuela de New Haven o el Institucionalismo y la NEI. Si la Escuela de Chicago de Milton Friedman es la ortodoxia del AED, éstas últimas serían la heterodoxia.

⁷ John Stuart Mill definía en 1836: “La economía política (...) Se refiere a[el hombre] sólo como un ser que desea poseer riqueza, y que es capaz de comparar la eficacia de los medios para la obtención de ese fin.” De esta concepción se entiende el concepto de *homo economicus*, referido a la idea del hombre como atomísticamente concebido y portador de una racionalidad utilitarista. Bajo esta premisa, la escuela neoclásica modeliza al comportamiento humano de acuerdo a una racionalidad reactiva ante los estímulos económicos, entendiendo que el sujeto actúa individualmente y es capaz de procesar adecuadamente la información que conoce para actuar en consecuencia, optando siempre, bajo todo momento, condición y lugar, por un resultado en pos de su máxima obtención de ganancia. Bajo estos parámetros es que se entiende al *homo economicus* como un ser racional en sentido de potenciar su bienestar.

ganado (privado) y el de todos los miembros de la comunidad, su comportamiento genera una externalidad negativa para todo el grupo que es inferior al beneficio individual que él percibe por el engorde, faena y venta de su ganado. Si tal es la situación, la opción individual seguirá siendo utilizar de manera ilimitada el lote de pastura, aun en perjuicio de la comunidad (que incluye a dicho pastor) por el agotamiento del recurso. Hardin entiende que tal es la suerte de *todos* los bienes comunes: su extinción por sobreexplotación. En un pasaje central de su artículo, define ese destino para él inexorable:

“Al sumar todas las utilidades parciales, el pastor racional concluye que la única decisión sensata para él es añadir otro animal a su rebaño, y otro más... Pero esta es la conclusión a la que llegan cada uno y todos los pastores sensatos que comparten recursos comunes. Y ahí está la tragedia. Cada hombre está encerrado en un sistema que lo impulsa a incrementar su ganado ilimitadamente, en un mundo limitado. La ruina es el destino hacia el cual corren todos los hombres, cada uno buscando su mejor provecho en un mundo que cree en la libertad de los recursos comunes. La libertad de los recursos comunes resulta la ruina para todos” (Hardin, 1968, pp. 1243-1248).

Hardin polemiza con el concepto smithsoniano que de la suma de cada acto individual resulta el beneficio de toda la sociedad, como lo prueba en su ejemplo. Sin embargo, al llegar a su conclusión, Hardin entiende que si el hombre abusa de un recurso –que es común y que tiene libertad de acceder a él hasta agotarlo-, la ruina es culpa del recurso. Para el autor el origen de esa ruina está en “la libertad de los recursos comunes”, lo cual creemos que es un error: el agotamiento no es culpa del recurso o de la libertad de éste (que es una característica propia del bien cuando es considerado un bien común), sino del hombre que abusa de él. Si el hombre realiza una conducta abusiva hacia una cosa, ¿por qué la culpa ha de tenerla las características de la cosa y no el hombre que abusa de ella?

Habiendo definido el problema centrado en la naturaleza comunal de los bienes, un segundo punto de este artículo es la alternativa propuesta para evitar su tragedia. Hardin sostiene la necesidad de dejar de tratar a los recursos comunes como tales y asignarles, en forma coercitiva, incentivos económicos para torcer esas conductas sociales indeseables como son su sobreexplotación. Estos incentivos no pueden ser otros más que mecanismos de precios o impuestos. Como bien sostiene José Luis Gordillo (2006, p. 13), este tipo de propuestas posee un problema para que puedan ser implementadas y es que asignar títulos de propiedad privada a aquel

70% del planeta que actualmente ocupan los bienes comunes significa, en pocas palabras, *privatizar el mundo*.

Definir qué es y qué no es un bien común o un bien privado es una tarea ardua, pero está lejos de ser pacífica. Al contrario de lo que sostienen los autores liberales en que “el conflicto resulta improductivo”, creemos que el conflicto es la base necesaria de los cambios, es el motivo de los debates teóricos, políticos y jurídicos que tanto hacen falta en nuestro tiempo, y es en la naturaleza del cambio en donde se halla la esencia misma de toda evolución social. Si no debatimos, si no encaramos los conflictos tal como lo que son, no cambiaremos y no evolucionaremos como sociedad.

Precisamente una visión desde esta perspectiva sería interesante proviniendo de un biólogo, aunque no sea Hardin el que parece aportarla, sino más bien lo contrario. Si algo caracteriza a la evolución es la capacidad de adaptación de la especie. El enfoque del hombre como ser racional que genera que se comporte de determinada forma –maximizando ganancias en el uso de sus recursos disponibles-, lo hace previsible. Sin embargo, la evolución puede darnos mayores enseñanzas que esa, pues la evolución se genera por la adaptación. La adaptación para el hombre fue precisamente desarrollar esa racionalidad. Pero la adaptación involucra *cambiar*, y es el cambio la clave de la evolución biológica (y social). Si el hombre va a la ruina, y él nota su camino ruinoso, puede cambiar su comportamiento utilizando su racionalidad. Los hombres no actúan como autómatas, sino que pueden alterar sus comportamientos, y pueden hacerlo porque pueden utilizar esa racionalidad que poseen. *Somos tan racionales que podemos cambiar*. La clave de esa evolución no se encuentra, por ende, en modificar la propiedad de los recursos sino en la posibilidad del hombre modificarse a sí mismo y torcer su destino.

Otro problema es cuando encontramos referencias a las generaciones futuras para justificar el interés en la conservación del ambiente y de los recursos naturales. El derecho internacional define que el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones *presentes y futuras* (Declaración de Río, 1992, Principio 3) sin saber si las generaciones futuras existirán o si serán igual de responsables con su derecho o no. Claro que eso no hará menos denodados nuestros esfuerzos, pero recordemos que nosotros hemos sido más contaminantes que las generaciones que nos precedieron. El mismo Locke entendía que el derecho de primera ocupación incluía la obligación de

la preservación del recurso, quedando restringido su aprovechamiento a dejar “suficiente y de igual calidad” del bien aprovechado (Citado en Stordeur, 2011, p. 149). Resulta difícil, asimismo, defender el derecho de dichas generaciones si la evaluación del aprovechamiento de los bienes comunes pasa por las necesidades del presente, que evidentemente en mucho sobrepasan las prudentes estimaciones de Locke...

Enric Tello (2006, p. 115) menciona, citando al Premio Nobel de Economía (1998) Amartya Sen, que los problemas sobre la conservación de los bienes comunes necesitan de la creación de nuevas instituciones de cooperación que vayan más allá de la economía de mercado.

Hardin en su artículo advierte que no hay soluciones técnicas a estos problemas, del mismo modo que tampoco las hay al hablar del crecimiento poblacional (preocupación con el que inicia su artículo y tema con el que trabajó gran parte de su vida): en ambos casos las respuestas son morales (Hardin, 1968, 1243). Y sin embargo, semejante aseveración no es tomada por ninguno de los autores que insisten en la privatización de los espacios y bienes comunes. ¡Vaya paradoja! Hasta el propio Hardin descrea que la moderación de un asaltante de bancos pueda lograrse convenciéndolo de lo perjudicial de su acto de robar. Sus creencias parecen infundadas, ya que la realidad indica otra cosa: al menos en Argentina, estudios realizados por la Universidad de Buenos Aires desde 1985 hasta la fecha demuestran que el 85% de los presos que estudian dentro de las unidades penitenciarias no reinciden (Clarín, 3/12/2015). Los números sin duda son asombrosos. Está claro que estos altísimos resultados no se dan con los reos que no estudian. Eso muestra las falencias del instituto del encierro como mecanismo socializador, pero a la vez evidencia el poder para ello que tiene la educación. La inculcación de valores no es algo que se logre en una conversación, es un proceso arduo que requiere años y mucho empeño. Coloquialmente suele llamárselo “crianza”, pero de lo que se trata es de *socialización*. Aun así, insisten en asignar derechos de propiedad individual (aplicación de soluciones técnicas) alegando, además, que su visión no es sesgada y no es ideológica. Sus argumentos son racionales, pero ya hemos visto cómo las acciones racionales pueden atentar contra el bien común.

El filósofo Andrew Feenberg –especialista en filosofía de la tecnología- sostiene que la degradación del trabajo, de la educación y del ambiente no se origina en la tecnología en sí misma, sino en los valores antidemocráticos que actualmente gobiernan el desarrollo tecnológico. Dicho

autor cuestiona tanto las respuestas técnicas como el retorno a condiciones más primitivas como salida a estos problemas:

“¿Existe una manera de restaurar la unidad rota entre naturaleza y sociedad, y a la vez evitar el costo moral de un retroceso romántico? ¿O estamos destinados a oscilar por siempre entre los polos de lo primitivo y lo moderno, la solidaridad y la individualidad, la dominación por parte de la naturaleza o la dominación de la naturaleza? Esta es la pregunta primordial a la que debe responder una teoría crítica de la tecnología. He mostrado que un poco convincente retorno a la naturaleza no es la única alternativa a la sociedad industrial contemporánea.

“(…) La solución no es un retorno romántico a lo primitivo, lo cualitativo y lo natural, ni un salto especulativo hacia una ‘nueva era’ y hacia toda una ‘nueva tecnología’. Por el contrario, el concepto crítico de totalidad nos ayuda a identificar la contingencia del sistema tecnológico existente, los aspectos en los que puede ser investido de nuevos valores y orientado hacia nuevos propósitos” (Feenberg, 2012, p. 292).

Al mismo tiempo, resulta también extraño que Hardin, siendo biólogo, no haya considerado si el recurso es vital para los comuneros, como es en el caso del agua potable. Nos referimos al objeto en sí y no al servicio de proveerlo, lo cual hace incurrir en gastos de mantenimiento pero que no deben poner en riesgo el derecho de acceso al bien. En tal caso, la “tragedia” que él vislumbra no implica solamente el agotamiento del recurso (el agua en este caso), sino que atenta contra la supervivencia de los miembros del grupo. Al asignar derechos de exclusión al agua potable; es decir, asignarle derechos de propiedad y precios a ese bien vital, es posible preservar el recurso pero no a aquellos que no puedan pagar el precio asignado para su acceso. Por ende, los estaremos condenando a muerte por sed, ya que no es posible que nuestros organismos biológicos puedan sobrevivir sin agua por mucho tiempo. El comportamiento “racional”, en este caso es un suicidio como especie –lo cual es objetable desde un punto de vista biológico- o, en el caso de que se condene a *algunos* miembros y no a todos, un genocidio –algo que no sólo es objetable sino además una aberración-. Y por más que el comportamiento sea individualmente racional, el Derecho no puede considerar como aceptables actos que resulten humanamente aberrantes.

Es por eso que los mecanismos para la conservación de los bienes comunes deben basarse en la cooperación fundada en una responsabilidad moral donde el libre desarrollo de cada uno sea al mismo tiempo la condición del libre desarrollo de todos.

Ello coincide con el imperativo categórico kantiano de “*actúa en forma tal que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca meramente como medio*” (Kant, 2007). La condición humana que hace al hombre como tal es su poder de razonar y de poder dictarse a sí mismo leyes (Negt, 2004, p. 54). Triste sería de nosotros si no apostáramos a ella para hallar respuestas aceptables a las crisis que nuestros comportamientos antisociales han provocado.

VI. Justicia y agua

El uso histórico de los bienes comunales siempre ha incluido mecanismos de cooperación social que imponen limitaciones a su uso con el fin de evitar situaciones límites como el agotamiento (Aguilera Klink, 2006, p. 118). Esto no es tenido en cuenta por autores que hablan desde un AED más ortodoxo. De hecho, para Hardin hablar de eficiencia no necesariamente implica hablar de justicia. Es más, claramente prefiere la primera a la segunda:

“Una alternativa a los recursos comunes no necesita ser perfectamente justa para ser preferible. Con bienes raíces u otros bienes materiales, la alternativa que hemos escogido es la institución de la propiedad privada emparejada con la herencia legal. ¿Es este un sistema perfectamente justo? Como biólogo entrenado en genética niego que el sistema lo sea. (...)

Debemos admitir que nuestro sistema legal de propiedad privada más herencia es injusto, pero nos quedamos con él porque no estamos convencidos, por el momento, de que alguien haya inventado un sistema mejor. La alternativa de los recursos comunes es demasiado aterradora para contemplarse. La injusticia es preferible a la ruina total” (Hardin, 1968, p. 1244).

Ronald Coase, Premio Nobel de Economía (1991), tuvo un punto cierto al decir que son los derechos de propiedad los que determinan las relaciones económicas y las instituciones sociales involucradas en ellas. Pero ello incluye a *todas* las formas de propiedad, no solamente a la propiedad privada. Es posible hallar mecanismos eficientes y que a la vez sean justos. No estamos condenados ni a la ineficiencia ni a la injusticia. Cuando Coase define que para que un mercado funcione eficientemente requiere necesariamente un sistema de derechos de propiedad bien definidos sobre los recursos naturales, claramente está refiriéndose a adoptar un régimen de propiedad privada como modelo único. La visión central del análisis económico del derecho derivado

del pensamiento de autores como Milton Friedman, Ronald Coase o Richard Posner está centrada en medir cómo las instituciones jurídicas internalizan la lógica economicista de (libre) mercado,⁸ indicando a la vez con qué órganos puede intervenir el Estado en la economía.

La misión declarada de su AED es prevenir dicha intervención, pues ello distorsionaría el libre juego de oferta y demanda (Stordeur, 2011, p. 80). Pero la privatización –es decir la forma en que el Estado asigna, mediante sanciones legales o decisiones judiciales, derechos de exclusión- es también una forma de intervención estatal (Padilla Zalacaín, 2006, p. 25). Si la regla de primera posesión es respetada y la comunidad ha asumido formas de propiedad comunitarias, su transformación (privatización) es sin dudas una interferencia dada por el Estado, algo notablemente contradictorio si lo que el AED de la Escuela de Chicago busca es precisamente evitar la acción del Estado en la economía.

Hay tanta cantidad de opciones como de comunidades y necesidades. Reducir a una única solución todos los problemas para todas las comunidades del mundo puede servir más para atender las necesidades del mercado y de *un* sistema dominante de propiedad que para las reales necesidades de las comunidades. Elinor Ostrom, otro Premio Nobel de Economía (2009), ha enunciado numerosos ejemplos –incluso dentro del paradigma de mercado- de cómo el agua puede ser gobernada manteniendo su carácter de bien común mediante instituciones autogestivas más justas para los miembros de las comunidades (Ostrom, 2011, pp. 186-249; 356-359). Otros autores más críticos, como Esteban Castro, apuntan al proceso de mercantilización del agua y otros bienes comunes. Para él se trata de la asimilación de bienes como privados y cuyo valor de cambio incluye una ganancia que es apropiada por un agente privado, quien detenta su derecho de propiedad sobre el recurso. Castro ha denunciado cómo ocurren los avances por su privatización, desmantelando además algunos mitos en cuanto a las formas de gestión del agua potable: el 85% de la gestión del

⁸ Posner incluso reduce a casi todo el campo del Derecho a subcategorías o desprendimientos del derecho de propiedad privada, que toma como derecho fundamental único. Para Posner el derecho común (*common law*) está integrado por tres partes: “1) el derecho de propiedad, que se ocupa de la creación y definición de los derechos de propiedad, que son derechos para el uso exclusivo de recursos valiosos; 2) el derecho de los contratos, que se ocupa de facilitar el movimiento voluntario de los derechos de propiedad hacia las manos de quienes les asignen mayor valor; y 3) el derecho de los daños, que se ocupa de proteger los derechos de propiedad, incluido el derecho a la integridad corporal. Campos tales como el derecho naviero. De la restitución, de la propiedad intelectual y el derecho comercial, e incluso el derecho penal y el familiar, pueden concebirse como subcategorías especializadas de uno o más de los campos fundamentales.” (Posner, 1998, p. 37). Por ello es que sus estudios analizan casi todas las áreas del Derecho, sean públicas o privadas (el derecho familiar, los derechos sexuales, el derecho penal, los derechos comerciales, los concursos y las quiebras, el derecho de la regulación legal, el derecho laboral, los servicios públicos, el derecho corporativo, los mercados financieros, la pobreza, los derechos sociales, la tributación, el derecho sucesorio, el derecho procesal, el administrativo, el derecho constitucional y las libertades individuales), desde un punto de vista estrictamente económico.

agua en EE.UU. –epicentro global de la acción de la empresa privada por excelencia- es pública, no privada; seguramente tomada de la experiencia de gestión privada en Inglaterra durante el siglo XIX, que fue un completo fracaso. Bolivia⁹ o Argentina¹⁰ muestran también los fracasos de las gestiones privadas pero en pleno siglo XXI. No es casual que actualmente sólo entre un 10-15% de la población mundial reciba sus servicios esenciales de agua de gestiones privadas (Castro, 2009, pp. 35-37), el resto lo hace o por instituciones públicas o comunitarias. El tema es que estos son “anti-ejemplos” que muestran que hay alternativas y que son posibles, pero que atacan intereses que se han movido cómodamente en el establecimiento de un mercado para el agua y los bienes comunes en donde son pocos los actores dominantes¹¹ y muy altos los réditos: unos US\$ 400.000 millones por año (Barlow, 2007, p. 90).

VIII. Conclusiones

Como se ha expuesto, existen dos formas de nacimiento de la propiedad privada: por vía del trabajo de una persona sobre un objeto o, en caso contrario, por vía de la desposesión de ese bien respecto a otros individuos que pudieran gozarlo. En este último caso nos encontraríamos ante una

⁹ El caso de la privatización del servicio de agua potable y saneamiento de los municipios de Cochabamba y El Alto hacia el año 2000 implicó en subas de tarifas abusivas de manera automática en un 200%, lo que recibió una resistencia popular que resultó en fuertes enfrentamientos con las fuerzas de seguridad, un muerto y numerosos heridos. Ambos episodios son conocidos como “las Guerras del Agua”. Las empresas (extranjeras) involucradas en la nueva gestión demandaron a Bolivia ante el CIADI –un organismo del Banco Mundial que forma tribunales arbitrales en materia de inversión-. A pesar de ir ganando el caso en los estrados, las empresas se retiraron a raíz del alzamiento popular. Llegaron a un acuerdo simbólico con el gobierno por el cual accedieron a ser indemnizadas por US\$ 0,50.- (cincuenta centavos de dólar, es decir, 2 bolivianos) (Echaide, 2013).

¹⁰ El caso de las privatizaciones en Argentina ocurrieron durante la década de 1990. Por contrato, las tarifas de las empresas privadas se hallaban expresadas en pesos pero cotizadas a valor dólar estadounidense. Tras la crisis económica y política de 2001-2002, cuando el gobierno devaluó la moneda, las empresas reclamaron incrementos tarifarios para no perder sus ganancias, aunque la mayoría de la población no se encontraba en condiciones de pagar esos montos. En el caso del área metropolitana de Buenos Aires, además de reiterados incumplimientos contractuales de inversión por parte de la empresa privada –que motivó 11 multas a la empresa concesionaria-, se descubrió que además distribuía agua con altos contenidos de nitratos y, por ende, no apta para el consumo humano. Ello motivó la rescisión del contrato. El consorcio extranjero demandó a la Argentina ante el CIADI reclamando falta de protección de sus inversiones en el país y que las medidas tomadas por el gobierno habían sido expropiatorias. Luego de diez años de litigio, las empresas ganaron el caso, recibiendo una indemnización por US\$ 405 millones (Echaide, 2013).

¹¹ Las empresas privadas dominantes a nivel global en el sector de agua potable y saneamiento son pocas y pueden separarse en tres niveles: las principales son las francesas Suez y Vivendi Universal. Ambas manejan el 70% del mercado mundial del servicio de agua potable. En una segunda línea se encuentra Saur (también francesa), RWE (alemana), Bechtel (estadounidense) y Azurix-Enron (estadounidense). Estas empresas comparten la característica de que se dedican a otros sectores además del de la gestión del agua, como ser electricidad, gas, construcción, telecomunicaciones, etc. En un tercer peldaño, más abajo a nivel transnacional, se encuentran: Severn Trent (británica), Anglian Water o AWG (británica), el Grupo Kelda (también británico) y Waters Workers Co. (estadounidense). Se dedican sólo a la gestión del agua sin articularse con las demás empresas de los dos grupos anteriores (García, 2008, p. 66).

transformación del régimen de propiedad respecto de una primera posesión: una privatización de un bien comunitario. Esta transformación no se da en un momento histórico determinado sino que es un proceso continuo que favorece la expansión de las relaciones sociales mercantiles y, a la vez, amenaza el manejo de los bienes comunitarios como tales.

En este sentido, el derecho tiene un rol social central que es el fijar las reglas de juego para el funcionamiento de cada sociedad. No significa solamente distinguir lo permitido de lo prohibido, es además establecer un sistema de reglas para los bienes de acuerdo a cómo son clasificados, su prioridad, su forma de asegurarlos, su utilización, etc. En el año 2010, la Resolución 64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas definió el agua potable como un bien cuyo acceso posee un rango de derecho humano. El establecimiento del derecho humano al agua fija al menos una prioridad en el cumplimiento de ese derecho respecto de otros. Es lo que se conoce como normas de efecto *erga omnes*. El agua es un bien escaso pero no por ello es un bien privado; su escasez y su imposibilidad de exclusión hacia otros congéneres hace a su característica de bien común, tal como lo consideraba Justiniano o como lo entendían todas las culturas desde tiempos inmemoriales: el agua es un bien demasiadopreciado como para que la tenga un solo hombre. Debemos otorgarle entonces una normativa acorde al bien común que es, que tenga en cuenta las necesidades para su preservación, pero también que pueda ser gozada por todo el que la necesita a condición de respetar su calidad y cantidad para no afectar el derecho de otros. Está claro que el problema requiere soluciones morales, no técnicas.

No creemos posible hablar de sistemas sustentables basados en normas jurídicas que se aparten de una noción de justicia. Eso es un contrasentido. Instituciones técnicas injustas pero “convenientes” nos conducirán a una crisis en materia de recursos naturales, aunque sus defensores digan lo contrario.

Frecuentemente solemos escuchar reclamos por una mayor inculcación de valores, pero cuando eso debe plasmarse en una realidad concreta, las consecuencias no suelen agrardarle tanto a aquellos que así lo reclamaban. Para hablar de una regulación jurídica de los bienes comunes primero debemos considerar cuál es el esquema de valores que estamos sosteniendo y si dichos valores se condicen con los objetivos de nuestra preservación y de la preservación de nuestro ambiente. La disyuntiva es si deseamos ser una única humanidad, conjunta y englobante de toda la especie humana, o dos, la de los privilegiados por un lado y la de los excluidos por otro.

Como dijimos, desde los romanos los bienes más esenciales para la vida fueron tratados como comunes. La privatización de tales bienes, como el agua, resulta inaceptable, no porque sea imposible, sino porque las consecuencias aplicadas a una escala individual resultan injustas, y las posibles consecuencias a una escala social resultan aberrantes. Por ende, es un error pretender que los problemas existentes en torno a la conservación, mantenimiento y distribución del agua potable pueden ser resueltos mediante la asignación de derechos de propiedad privada. Los bienes comunes deben gozar de regímenes legales que den cuenta de sus características y tengan en cuenta sus formas de propiedad. Similar situación ocurre con la basura (el bien en sí, no el servicio para su recolección): es relativamente frecuente el debate acerca de quién es el “dueño” de las cosas una vez que han sido desechadas. Por la clasificación económica de los bienes, todo el mundo puede acceder a un bote de basura y su contenido, pues no hay forma de impedir que alguien se acerque a él y saque algo. Es decir que hay una ausencia de exclusión. En cuanto al principio de competencia, si yo “uso” esa basura impido que otro la utilice. En conclusión: la basura también es un bien común (aunque, claro, no uno esencial para la vida), y sin embargo hay frecuentes debates municipales alegando que nadie podría acceder a los contenedores de residuos porque su contenido sería “privado” (de la empresa recolectora o del municipio). Ahora, cuando uno acopia chatarra o cartón, le está quitando esa característica comunal. “Privatizar” la basura impediría que los cartoneros pudieran tomarla –siquiera inspeccionarla- para hacer sus tareas de reciclaje.

Existe una tendencia a pensar las cosas comunes como privadas y, por ende, a inclinarse en querer aplicar por extensión los principios de los bienes privados (incluyendo la lógica de mercado y la normativa legal correspondiente) a los comunes, cuando éstos poseen lógicas y problemas que son específicos.

Al privatizar bienes comunes para evitar su agotamiento se generan otros problemas como el de la exclusión. Por ende, no necesariamente estaremos resolviendo las dificultades, sino que tal vez las estemos profundizando. En nuestra lógica privatista transformamos el régimen legal del agua y la convertimos en un bien privado, lo que implica una intervención del Estado por vía de una sanción legal y del otorgamiento de derechos de propiedad que excluyan a otros individuos. Ello nos permite comprar y vender agua a sola condición del pago de un precio de transferencia, todo ello en aras del *laissez faire* y la mano invisible del mercado como mejor mecanismo para la asignación de recursos. Pero como no es posible suprimir el acceso a un recurso tan esencial, garantizamos

mecanismos diversos –como por ejemplo subsidios cruzados –en el servicio de agua potable, nuevamente gracias a la intervención del Estado, fuese directa (en el caso de las empresas públicas) o indirectamente (cuando el servicio está concesionado a una empresa privada). En suma: para que el agua pueda ser privada y se genere un mercado, el cual se desea libre de una supuesta intervención nociva del Estado, necesitamos paradójicamente que el Estado transforme legalmente la propiedad del agua, nos dé títulos de propiedad, nos garantice la exclusión de otros gracias a acciones judiciales para ello, y nos dé subsidios para poder mantener los costos de su servicio de distribución a un precio razonable. Pero está claro que se quiere al Estado fuera del mercado del agua, ¿verdad...? O quizás no...

Los bienes comunes, y sobre todo el agua potable, deben tener una regulación diferenciada que responda tanto a las necesidades de conservación como las de la comunidad. En el caso específico del agua esta necesidad se hace más evidente y más sensible, dado que es un bien indispensable para la supervivencia de todo ser vivo. La generación de derechos de exclusión equivale a otorgar derechos de vida y de muerte para quienes los detentan: una responsabilidad demasiado grande como para dejarla libre a las reglas del mercado.

Si la ausencia de propiedad es algo que pueda darse en los bienes comunes o no, es un problema de escala. Generalmente la exclusión de los derechos de la comunidad es hacia quienes no son miembros de ella, lo cual se hace impracticable en temas que son globales, como ser los ambientales. El derecho a acceder a la luz, al aire, al agua no pueden ser vetados bajo una falsa división: somos congéneres que necesitamos y merecemos acceder a agua de calidad bajo condiciones que garanticen que otros puedan hacerlo. Ello también lleva a pensar en los niveles poco sustentables de producción y consumo en el que vivimos. Es necesario que racionalicemos y tomemos decisiones responsables sobre las cosas que necesitamos y las que no, del mismo modo en que los cambios tecnológicos pueden ayudarnos en ese camino. Pero si la tecnología ha de depender de los mismos parámetros voraces, privatistas e individualistas con los que nos hemos manejado, la tecnología sólo hará que ese camino que hemos trazado hacia ensanchar las brechas sociales se haga cada vez más sofisticado. La clave para nuestra propia evolución se encuentra en nuestra capacidad de torcer ese destino que Hardin identificó como inevitablemente trágico.

El agotamiento de los bienes comunes no es culpa ni de la cosa ni de sus características, sino de la humanidad que abusa de las riquezas que la naturaleza nos ha dado. Es nuestra falta de

respeto lo que nos lleva a depredarlo todo. Con esta escala de valores, nuestras soluciones técnicas que nos permiten acaparar lo que nos plazca nos lleva a la triste y preocupante situación en la que estamos.

Por más que el comportamiento individual sea racional, el derecho no puede avalar actos que resulten en la exclusión de miles, millones de seres humanos de un derecho vital como es el acceder al agua potable para fines indispensables. La adopción del acceso al agua como un derecho humano ha sido una sabia decisión y los mecanismos legales de ese valor ahora establecido tienen que ser consecuentes: una mayor cooperación, respetando las necesidades, características y deseos de cada comunidad, con instituciones elaboradas a nivel comunitario y por las mismas comunidades incluso, es un camino más adecuado que la exportación de recetas simples aplicables a mansalva. Y donde las comunidades sean demasiado grandes, deberá ser el Estado el responsable de generar mecanismos de gestión más participativos, con controles en manos de los ciudadanos. Lamentamos ser portadores de malas noticias, pero no hay soluciones únicas para los problemas de una infinidad de comunidades diferentes.

Con estas decisiones pueden construirse mecanismos e instituciones legales que sean a la vez justas y eficientes. Si no respondemos a este llamado, estaremos poniendo demasiado en riesgo. Es un único bote y estamos *todos* en él: nadie será más rico si la humanidad o el planeta perecen en el viaje.

Referencias bibliográficas:

- AGUILERA KLINK, F. (2006). "El fin de la tragedia de los comunes". En *La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho del siglo XXI*, editado por José Luis Gordillo (coord.), (pp. 117-128). Madrid: Ed. Trotta.
- ARJONA TRUJILLO, AM. y RUBIO PARDO, M. (2002). "El Análisis Económico del Derecho", en *Revista Precedente (Anuario Jurídico)*, (pp. 1-36). México D.F.: Universidad ICESI.
- BARLOW, M. (2007). *Blue Covenant. The global water crisis and the coming battle for the right to water*. Nueva York: The New Press.
- CASTRO, E. (2009). "Apuntes sobre el proceso de mercantilización del agua: Un examen de la privatización en perspectiva histórica". En *Agua, un derecho y no una mercancía*, editado por Jaime Declós (coord.), (pp. 35-55). Barcelona: Icaria.

- CLARÍN, 3/12/2015, "Presos que estudian: el 85% no vuelve a la cárcel", http://www.clarin.com/sociedad/presos-educacion-carcel-uba_xxii-reincidencia_0_H1Slut1FwXe.html [Consulta: 12/01/2017].
- COOTER, R. y ULEN, T. (1998). *Derecho y Economía*. México D.F.: FCE.
- ECHAIDE, J. (2013). *El derecho humano al agua potable y los tratados de protección recíproca de inversiones*. Tesis Doctoral. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho.
- FEENBERG, A. (2012). *Transformar la tecnología. Una nueva visita a la teoría crítica*. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes.
- GARCÍA, A. (2008). *El derecho humano al agua*. Madrid: Ed. Trotta.
- GORDILLO, JL. (2006). "A vueltas con lo común". En *La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho del siglo XXI*, (pp. 11-19), editado por José Luis Gordillo (coord.). Madrid: Ed. Trotta.
- HARDIN, G. (1968). "La Tragedia de los Comunes", en *Revista Science*, v. 162, (pp. 1243-1248), Washington D.C.
- HAVEY, David (2005). "El 'nuevo' imperialismo: acumulación por desposesión", en *Socialist register* 2004 (enero 2005). Buenos Aires: CLACSO, <http://www.biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/clacso/index/assoc/D8555.dir/harvey.pdf> [Consulta: 22/04/2017].
- JUSTINIANO (2005). *Instituciones de Justiniano (Edición bilingüe)*. Buenos Aires: Heliasta.
- KANT, I. (2007). *Crítica de la razón práctica*. Buenos Aires: Losada.
- LA NACIÓN, 23/04/2007a, "Una de cada cuatro plazas está enrejada", <http://www.lanacion.com.ar/902694-una-de-cada-cuatro-plazas-esta-enrejada> [Consulta: 22/04/2017].
- LA NACIÓN, 23/04/2007b, "Polémica por los sitios vallados", <http://www.lanacion.com.ar/902695-polemica-por-los-sitios-vallados> [Consulta: 22/04/2017].
- LOCKE, J. (2010). *Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Madrid: Aguilar.
- MARX, K. (1999). *El capital. Crítica de la Economía Política (Tomo I)*. México D.F.: FCE.
- NEGT, O. (2004). *Kant y Marx. Un diálogo entre épocas*. Madrid: Trotta.

- ONU (1992). *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, (“Declaración de Río”). Río de Janeiro: ONU.
- OSTROM, E. (2011). *El Gobierno de Los Bienes Comunes: La Evolución de Las Instituciones de Acción Colectiva*. México D.F.: FCE.
- PADILLA ZALACAÍN, M. (2006). “El ecologismo de libre mercado”. En *La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho del siglo XXI*, (21-37), editado por José Luis Gordillo (coord.). Madrid: Ed. Trotta.
- PETIT, E. (1958). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Albatros.
- POLANYI, Karl (1944). *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid: Quipu editorial, https://www.traficantes.net/sites/default/files/Polanyi,_Karl_-_La_gran_transformacion.pdf [Consulta: 22/04/2017].
- POSNER, R. (1998). *El Análisis Económico del Derecho*. México D.F.: FCE.
- PROUDHON, JP. (1984). *¿Qué es la propiedad?* Madrid: Hyspamérica / Orbis.
- ROUSSEAU, JJ. (1985). *El Contrato Social*. Madrid: Sarpe.
- ROUSSEAU, JJ. (2007). *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. Barcelona: Folio.
- SMITH, A. (1983). *La riqueza de las naciones*. Buenos Aires: Hyspamérica / Orbis.
- STORDEUR, E. (h) (2011). *Análisis Económico del Derecho. Una introducción*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- TELLO, E. (2006). “¿Globalización del comunismo? Huellas y deudas ecológicas”. En *La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho del siglo XXI*, (107-116), editado por José Luis Gordillo (coord.). Madrid: Ed. Trotta.