

LIBERALISMO Y DERECHOS POSITIVOS*

ALEJANDRO MIROLI Y EDUARDO RIVERA LÓPEZ

Introducción

La discusión entre los llamados liberales conservadores o libertarios y los liberales igualitarios suele centrarse en torno de la cuestión de qué tipos de derechos pueden justificarse moralmente. El liberalismo conservador (a partir de ahora LC) considera como legítimos solamente los derechos de no interferencia, o también llamados derechos negativos o formales, mientras que el liberalismo igualitario (a partir de ahora LI) agregaría a éstos una serie de derechos positivos o sustantivos.

Nuestro objetivo es adentrarnos en esta discusión para ofrecer razones a favor de que una perspectiva liberal debe aceptar algún tipo de derechos positivos. En este trabajo no pretendemos dar una justificación de los derechos que un liberal debe aceptar, como tampoco decir cuáles son esos derechos. Sólo intentaremos dar un primer paso hacia aquella justificación: trataremos de mostrar que la justificación de los derechos por parte de LC (sólo como derechos negativos) tiene dificultades importantes, que sólo pueden superarse mediante la aceptación de *algún* tipo de derechos positivos como derechos básicos.

La estructura del trabajo será la siguiente. En primer lugar, expondremos un conjunto de tesis que constituyen, creemos, un núcleo común compartido por ambas vertientes del liberalismo (I.1.). Luego, expondremos los rasgos esenciales de LC (I.2.) y de LI (I.3.). A continuación, presentaremos una crítica de LC a LI: la misma, básicamente, sostiene que LI es incompatible con los presupuestos esenciales del liberalismo enumerados en I.1. Para ello recurriremos al conocido ejemplo de Chamberlain creado por Nozick (II.1.). Lo que sigue será la respuesta de LI. Allí expondremos los argumentos centrales del trabajo (II.2.). Por último, extraeremos algunas conclusiones, en las cuales intentaremos esbozar cuál podría ser la estrategia para continuar la defensa de LI aquí emprendida.

I.1. El núcleo común del liberalismo

El punto de partida consiste en enumerar un conjunto de característi-

* Agradecemos al Dr. Carlos Nino por el apoyo que nos brindó en la preparación de este trabajo.

cas que suponemos comunes a las diferentes vertientes del liberalismo.¹

Los rasgos que nos interesa tomar en cuenta son los siguientes:

1) Una característica fundamental del liberalismo es sostener que el sujeto último de consideración moral es el individuo. El conjunto total de personas morales es el conjunto total de seres humanos considerados por separado. Esto excluye como sujetos morales a las entidades supraindividuales, tales como el Estado, la clase social, la familia, el pueblo, la comunidad, etc. Esta es la principal razón por la cual el utilitarismo no puede ser incorporado como teoría liberal.

2) El individuo, considerado como persona moral, es concebido como poseedor de un conjunto de preferencias que desea satisfacer. Dichas preferencias pueden ser de diferente índole, y pueden estar organizadas de modo de constituir un plan de vida.

3) Este conjunto de preferencias, que constituyen la concepción del bien de cada individuo, es un rasgo valorado por el liberalismo. Es objeto de consideración moral por el solo hecho de ser portado voluntariamente. Por lo tanto, se descarta la imposición de una concepción del bien por parte del Estado (perfeccionismo). En este sentido, se considera como un derecho básico la libre elección y prosecución de tales preferencias o planes de vida.

Estos rasgos no pretenden conformar algo así como la esencia del liberalismo, o agotar todas las características que debe poseer una teoría para que pueda ser llamada liberal, sino que fueron seleccionados porque son tesis compartidas por LC y LI, y, por lo tanto, se presenta como un campo neutral adecuado para la discusión.

I.2. El liberalismo conservador

El representante contemporáneo más influyente de LC es R. Nozick, quien ha propuesto una teoría liberal que intenta llevar hasta sus últimas consecuencias la tesis de que sólo es posible justificar de modo consistente con la base común del liberalismo los derechos negativos o de no interferencia. En consonancia con ello, Nozick propone como único diseño institucional acorde con este tipo de derechos al Estado mínimo. En su defen-

¹ Estos rasgos excluyen, sin embargo, al menos a una teoría que suele incluirse dentro de las teorías liberales. Nos referimos al liberalismo utilitarista. No nos detendremos a discutir si debe o no excluirse esta postura del liberalismo, dado que nos interesa básicamente la discusión entre LC y LI. Ambos comparten el rechazo de consideraciones agregativas, al modo del utilitarismo.

sa del Estado mínimo, Nozick ataca diversas variantes del Estado benefactor o más-que-mínimo. La variante a la que dedica más atención es la justificación basada en prescripciones de justicia distributiva.

En el marco de la crítica a este tipo de justificación, Nozick propone su teoría de las pertenencias o teoría de la titularidad; la única que, según él, es compatible con el resguardo de los derechos individuales básicos defendidos por el liberalismo.

Según Nozick, los derechos son algo así como fronteras en derredor de los individuos, dentro de las cuales cada persona ejerce absoluta discrecionalidad. Delimitan, por así decir, un espacio moral al cual nadie puede ingresar sin consentimiento del individuo que lo posee. Ahora bien, ¿cuál es la extensión del espacio moral (i.e., de los derechos) de cada individuo?, ¿cómo se establece la frontera que delimita dicha extensión? Para responder estas preguntas, es necesario aclarar qué es lo que determina la extensión de los derechos. Según Nozick, es el conjunto de objetos (físicos o no) sobre los cuales el individuo tiene absoluta discrecionalidad, i.e., sobre los cuales puede ejercer su capacidad de actuar libremente. Esta concepción coincide con la fórmula del derecho romano que caracterizaba a la propiedad como *ius utendi, ius fruendi et ius abutendi*, i.e., derecho al uso, al usufructo y al abuso. De este modo el derecho básico resulta ser el derecho de propiedad porque es el conjunto de cosas sobre las que se tiene un derecho de propiedad justificado lo que determina la extensión del espacio moral de un individuo.² Así, las dos preguntas planteadas pueden ser respondidas averiguando cómo se establece la legitimidad de una posesión, i.e., cuándo es un verdadero derecho de propiedad sobre algo. La teoría de la titularidad, justamente, intentará dar una justificación moral del derecho de propiedad, que delimite las pretensiones de los diferentes individuos y establezca las fronteras que preservan la libertad individual.

Esta teoría de la titularidad contiene tres principios, que explicitan de qué modo se produce la justificación y regulación del derecho de propiedad:³

- (1) el principio de justicia en la adquisición;
- (2) el principio de justicia en las transferencias;
- (3) el principio de rectificación.

(1) Si bien en la Sección II.2. volveremos detenidamente sobre este

² De este modo, Nozick sostiene que los derechos sólo son limitados por "restricciones indirectas", i. e., restricciones que no tienen por objeto la maximización de algún bien social, sino que son el producto de la necesidad de compatibilizar los diferentes espacios morales. Véase Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*, México, 1988, Cap. III, especialmente, pp. 42-47.

³ *Ibid.*, Cap. VII, Secc. 1, pp. 154-56. Aclaramos que traducimos "Entitlement theory" como "Teoría de la titularidad" y no "Teoría retributiva", como aparece en la traducción citada.

principio, puede ser útil una descripción introductoria del mismo.⁴ La función de este principio es establecer en qué casos la posesión de cosas previamente no poseídas es justa. Una adquisición originaria es justa, de acuerdo con el principio de justicia en la adquisición, cuando cumple con lo que Nozick denomina “estipulación débil de Locke” (desde ahora EDL). La EDL establece que una apropiación originaria da lugar a un derecho firme de propiedad cuando ella, o bien:

a) no empeora la situación del resto de los individuos, respecto del *uso* del bien, del cual ya no pueden ser propietarios, o bien,

b) cuando sí, en principio, empeoran, pero el propietario los compensa de tal modo que su situación resulte en definitiva equivalente a la anterior.

De acuerdo con la EDL, alguien empeora su situación, si se dan las siguientes condiciones:

a) el bien objeto de apropiación es necesario para la subsistencia;

b) la apropiación se realiza sobre *todo* el abasto disponible de ese bien;

c) esta situación de monopolio en la oferta del bien en cuestión se da por causas *no controlables por los individuos*, tales como catástrofes o escasez natural.⁵

Otros casos de apropiación no violan la EDL y, por lo tanto, dan lugar a derechos de propiedad permanentes. Como se ve, sólo en casos excepcionales o catastróficos se viola la EDL; y aun en esos casos el derecho de propiedad no es abolido sino limitado, viéndose obligado el poseedor a compensar a los otros individuos, permitiéndoles el uso del bien en cuestión (gratis o a cambio de algo). Como adelantamos, volveremos críticamente a este tema más adelante.

(2) Este principio establece cuáles son los medios legítimos (o justos) para transferir el derecho de propiedad sobre alguna pertenencia. La condición fundamental es que la transacción, en la cual alguien transfiere algo a un tercero, sea voluntaria para las partes. Esto significa que es el consentimiento entre las partes, a través de contratos, donaciones, etc., lo que instaure derechos y obligaciones, básicamente derechos de propiedad sobre lo transferido, y obligaciones de no interferir en la propiedad del otro. Existe además una condición adicional, que consiste en aplicar lo que Nozick llama “la sombra histórica de la EDL”. En efecto, aun cuando en la adquisición originaria se haya satisfecho dicha estipulación, puede suceder que las sucesivas transferencias den como resultado que un individuo llegue a

⁴ Todo lo que sigue está desarrollado en *ibid.*, pp. 177-182.

⁵ Si bien va más allá de los límites de nuestro trabajo, señalamos que Nozick no justifica en ningún lado la tesis de que el mercado nunca genera monopolios, y que éstos sólo ocurren por causas externas al mismo.

poseer todo el abasto de algún bien necesario para la vida. En este caso, la apropiación realizada mediante transferencias no sería legítima, a menos que, al igual que en el caso de la adquisición original, exista una compensación. Ejemplo de esto sería que alguien llegue a comprar toda el agua del mundo. Pero, como se ve, esta estipulación sólo puede ser violada en casos excepcionales.⁶

(3) El principio de rectificación impone la necesidad de compensar a aquellos individuos que, en virtud de la violación de alguno de los dos principios ya expuestos, quedan en una situación comparativa peor, respecto de sus derechos, de la que estarían si no se hubiera cometido la violación. Por esto las compensaciones que resultan se limitan a restituir la situación comparativa que el individuo damnificado tendría si no se hubieran transgredido sus derechos. Es importante destacar que las compensaciones no son indemnizaciones ni redistribuciones. No se dan en función de ningún derecho extra que adquiera el damnificado sobre bienes de terceros, ni de derechos que emerjan de la peor situación comparativa de los agentes.

El resultado de la aplicación de estos tres principios consiste en que los individuos interactúen libremente con las pertenencias que poseen en justo título, sin que exista ninguna regulación.

La presentación de la teoría de la titularidad le permite a Nozick realizar una clasificación de las teorías distributivas. Nozick distingue, por un lado, teorías pautadas y no pautadas, y por otro, teorías históricas y de estado final.⁷

Las teorías pautadas son todas aquellas teorías distributivas que siguen algún patrón del tipo "a cada uno según su..." (necesidad, mérito, etc.). Esto significa que las teorías pautadas sostienen que todo individuo posee ciertas cualidades sociales o naturales que se pueden ordenar jerárquicamente, de modo de asignar a cada individuo una cuota de recursos acorde con esa jerarquía. Las teorías pautadas atienden, según Nozick, exclusivamente a la distribución y a la recepción, dejando de lado la producción y la donación.

A su vez, esas teorías pueden ser de estado final o históricas. Las teorías de estado final poseen una pauta de tipo tal que permite, ante cualquier situación distributiva, decidir si es justa o no, sin atender a cómo se llegó a esa situación. Lo que se hace es comparar, no una situación real con otra, sino una situación real con una distribución ideal a la cual debe tenderse. Esto implica que todas las teorías de estado final son pautadas.

⁶ Nozick parece presuponer que el mercado impedirá tal cosa, pero cf. nota anterior.

⁷ *Ibid.*, pp. 156-63.

Las teorías históricas, en cambio, sostienen que las circunstancias que dan lugar a una situación distributiva determinada son relevantes para otorgar derechos a los individuos sobre recursos. Las teorías históricas pueden o no ser pautadas.

La teoría de la titularidad es, obviamente, una teoría no pautada e histórica. Es no pautada porque no estipula ningún criterio independiente al libre ordenamiento del mercado que regule cuál debe ser el destino de los bienes, y es histórica porque la legitimidad de los derechos sobre las pertenencias depende de que se hayan adquirido de acuerdo con el principio de justicia en las transferencias y/o en la adquisición, y no por alguna tabla o criterio externo al cual la distribución deba ajustarse.

1.3. El liberalismo igualitario

Una característica peculiar del LI, respecto del LC, es que la nómina de derechos que están en la base del concepto de persona moral es sustancialmente más grande: incluye, además de los llamados derechos “formales”, ciertos derechos sustantivos. Incluso, es más o menos aceptada dentro del LI la idea de que sólo con la satisfacción de estos últimos puede llegarse a una satisfacción real de los primeros. Habría, por lo menos, una equiparación entre ambos tipos de derechos. Por ejemplo, mi derecho a la vida no consiste solamente en el derecho a que no me maten (que constituiría el aspecto formal o negativo del derecho), sino también en el derecho a poseer los recursos suficientes (por ejemplo, alimentos, atención médica) para mantenerme vivo. Para observar este doble carácter de los derechos individuales tal como los concibe el LI, podemos referirnos brevemente a la teoría de C. Nino.

Este autor presenta tres principios morales, de los cuales el principio de autonomía es el fundamental porque, justamente, establece el contenido del conjunto de derechos básicos. La presentación del principio de autonomía contiene dos cláusulas.⁸ En primer lugar, una de carácter formal: “Siendo valiosa la libre elección de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el resto de los individuos no debe interferir en esa elección...”. Esta primera parte traza, por así decir, una frontera o límite alrededor de cada individuo, que impide la intromisión de otros o del Estado. En este sentido, sostiene la existencia de ciertos derechos negativos. En segundo lugar, establece: “limitándose (el Estado y los otros individuos) a diseñar instituciones que faciliten la persecución de esos planes de

⁸ Nino, C., *Ética y derechos humanos*, Bs. As., 2da. ed., 1989, p. 204. Confróntese con pp. 219-229.

vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente". La idea de diseñar instituciones que faciliten la satisfacción de las preferencias individuales implica la aceptación de que no sólo existen derechos de no interferencia, sino también derechos a recibir determinados beneficios de la cooperación social. Esto significará que la frontera delimitada por los derechos negativos, en algunos casos, deberá ser traspasada, en pos de la satisfacción de este último tipo de derechos. Podemos distinguir dos casos en que esto ocurre: para obligar al individuo a contribuir para la satisfacción de la autonomía de otro individuo, y para obligarlo a recibir las contribuciones que ese derecho impone.

Este límite es sobrepasado para producir transferencias de recursos que no son elegidas libremente por los individuos. Estas transferencias tienen dos fines: aumentar el grado en la satisfacción de la autonomía de terceros, o bien para aumentar el grado de satisfacción de la autonomía del propio individuo. Este segundo fin implica una cierta cuota de paternalismo estatal (no perfeccionista), porque obliga a los individuos a defender sus propios derechos.

El problema clave para el LI es establecer un criterio que determine cuándo y hasta qué punto se debe restringir la libertad negativa de un individuo en pos de maximizar la libertad positiva de terceros. El criterio propuesto por Nino es el siguiente:⁹ "maximizar la autonomía de cada individuo por separado, en la medida en que ello no implique poner en situación de menos autonomía comparativa a otros individuos". Esta norma establece, básicamente, que el crecimiento en la autonomía de un individuo (que centralmente está determinada por sus recursos económicos) está justificado, sólo cuando no se realiza a expensas de una disminución en la autonomía de otro individuo. Un criterio similar encontramos en el principio de diferencia de Rawls.

II.1. Crítica de LC a LI

El conflicto que nos interesa tratar está expresado de modo muy claro en un argumento que ofrece Nozick contra las teorías pautadas. Se trata del famoso ejemplo de Chamberlain,¹⁰ que reconstruiremos del siguiente modo. Supongamos los siguientes items:

- 1) Existe una situación T_1 en la cual cada individuo en una sociedad dada posee una cantidad determinada de recursos.
- 2) Esta situación (cualquiera fuera) es *justa*. Es decir, que cualquier miembro de la sociedad la reconoce como justa, al igual que cualquier teó-

⁹ *Ibid.*, p. 345.

¹⁰ Nozick, *op. cit.*, pp. 163-67.

rico igualitario (vg., se ajusta al principio de diferencia o a cualquier otra pauta).

3) En T_1 se da que un individuo posee dotes extraordinarias para un deporte, y muchas personas desean verlo jugar.

4) Muchas personas pagan *voluntariamente* una cantidad de dinero para ver a ese deportista (la cantidad que el mismo exige a cambio de dejarlas ver su juego).

5) Se arriba a T_2 , en donde el deportista llega a ser millonario y algunos individuos quedan con menos cantidad de recursos con respecto a T_1 .

La pregunta que Nozick se formula es: ¿es justa T_2 ? Las transferencias producidas entre T_1 y T_2 hacen que ya no se cumpla con la pauta que hacía justa a T_1 . De modo que la respuesta debería ser negativa. La nueva pregunta es, entonces, ¿por qué es injusta?

Para Nozick, negar la justicia de T_2 sería análogo a negar que un argumento con premisas verdaderas y reglas válidas tenga conclusión verdadera. Las premisas serían la situación T_1 , las reglas válidas la voluntariedad de las acciones de los individuos que pagan la entrada para ver al deportista (acciones voluntarias con bienes sobre los cuales existe un derecho reconocido por la sociedad y legitimado por la propia pauta); y la conclusión sería T_2 . Siguiendo con esta analogía, para negar la justicia de T_2 habría que, o bien negar la justicia de T_1 (negar la verdad de las premisas), o bien negar que el pasaje de T_1 a T_2 esté justificado (que las reglas de inferencia sean válidas). Lo primero no puede ser porque se ha aceptado por hipótesis que T_1 es justa. Lo segundo llevaría, desde la óptica de Nozick, a negar que la voluntariedad de las acciones sobre lo que se tiene justo derecho justifique T_2 , lo cual significa abandonar los presupuestos básicos del liberalismo.

Según Nozick, esto es así porque, para mantener la pauta son necesarias cláusulas de ajuste permanentes, lo que implica la continua intervención del Estado sobre los derechos de las personas, con el fin de transferir recursos de unos a otros. De lo contrario, la sociedad se desviaría constantemente de la distribución pautada en T_1 .

El argumento de Nozick le plantea entonces a LI la siguiente disyuntiva: si se aceptan los presupuestos básicos del liberalismo, tales como los que fueron descriptos en I.1. (especialmente el que reconoce como núcleo de la consideración moral la voluntariedad de realizar acciones para satisfacer preferencias individuales), entonces se deberá atribuir a los individuos derechos a ejercer esas acciones voluntarias con sus bienes. Ahora bien, la asunción de una teoría pautada implica la realización de continuos ajustes redistributivos. Si cojuntamos la exigencia liberal con la pauta, resulta que

en T_1 se reconoce a los individuos un derecho a ejercer acciones voluntarias y discrecionales con determinadas pertenencias, mientras que en T_2 se corrigen las consecuencias de tales acciones, negándoles ese derecho que se había reconocido. Esto permite a LC rechazar la pretensión de que una teoría pautada sea liberal.

II.2. Crítica de LI a LC

El argumento que presentaremos a favor de LI estará dividido en dos partes:¹¹

Parte A

1) En primer lugar debemos responder a la siguiente pregunta: ¿por qué Chamberlain, que está en una situación a la que llegó por medios legítimos y en el ejercicio de derechos moralmente justificados, sin embargo viola derechos de terceros al no transferir parte de su ganancia? Obviamente, no lo puede hacer por las acciones que realiza, ya que "no transferir" es no realizar acción alguna. De modo que LI deberá afirmar que la violación de derechos se realiza por omisión.

2) Ahora bien, ¿cómo es posible violar derechos de los otros sin realizar acciones? Esto lleva a distinguir entre meras omisiones y lo que denominaremos "acciones omisivas", i. e., aquellas omisiones que tienen efectos causales. Decimos que una omisión es una acción omisiva cuando existe una norma o mandato que prescribe la realización de la acción omitida. Esta distinción puede ilustrarse con un ejemplo: se dice que una madre que no da de comer a su hijo recién nacido causa la muerte del niño, en cambio no se imputa esta causación a algún individuo que vive a cien kilómetros, siendo que ambos omiten darle de comer. Esto es así, porque se supone que la madre *debe* alimentar a su hijo, o existe una norma que prescribe una acción que ella no está realizando. De modo que detrás de una acción omisiva existe siempre una *obligación activa*, i. e., la obligación moral de realizar determinadas acciones. Entonces, podemos decir que si Chamberlain viola derechos por omisión, es porque tiene una obligación activa de transferir parte de sus bienes.

3) ¿Cuál es la razón por la cual Chamberlain tiene esta obligación activa? Para responder esta pregunta debemos aclarar algunas distinciones. Todas las obligaciones son, o al menos pueden ser consideradas como co-

¹¹ La primera parte sigue las ideas presentadas por C. Nino en *op. cit.* pp. 317-347.

rrelatos de derechos.¹² Los derechos negativos son aquellos que imponen a los demás *obligaciones pasivas*, i. e., la obligación moral de *no* realizar determinadas acciones. Como ya se señaló, estos derechos son los que permiten preservar una frontera alrededor del individuo que el resto de las personas no pueden traspasar sin su consentimiento. Es el caso del derecho de propiedad, el derecho a la intimidad, etc. Puede pensarse también la existencia de derechos positivos, que tienen como correlato las obligaciones activas. Por ejemplo, puede decirse que el niño que debe ser alimentado tiene el derecho positivo de ser alimentado por su madre, por lo cual ella tiene la obligación activa de alimentarlo (y el no hacerlo lo consideramos entonces una acción omisiva). De todo esto podemos concluir que Chamberlain tiene la obligación activa de transferir parte de sus pertenencias *porque* el resto de los individuos (o algunos de ellos) tienen derechos positivos.

4) Con los elementos expuestos podemos elaborar una respuesta provisoria al argumento de Nozick. Este suponía la existencia de un momento T_1 en el que había una distribución justa de acuerdo con cualquier criterio distributivo; luego, el paso moralmente inobjetable a T_2 en el cual, de acuerdo con las teorías pautadas, debía producirse una corrección (una transferencia o redistribución). La conclusión era la ausencia de legitimidad en la aplicación de esta pauta. La respuesta de LI consistirá en sostener que ya en T_1 están incluidos —dentro de los derechos asignados a los individuos que hacen a esa situación justa— derechos negativos y derechos positivos. Y por ello, la sociedad deberá establecer algún modo de satisfacer estos derechos de forma permanente. Por esta razón, Chamberlain, aunque haya llegado legítimamente a poseer una cantidad de bienes mucho mayor que los demás, es parte de un esquema que requiere satisfacer los derechos positivos de otros individuos, y es alcanzado por el criterio que la sociedad ha escogido ya en T_1 para tal satisfacción.

Podría pensarse que se ha llegado a un punto en que la discusión entre LC y LI entra en dificultades. La situación sería la siguiente: según LC existen sólo derechos negativos y obligaciones pasivas, como derechos básicos, mientras que para LI, además, hay derechos positivos y obligaciones activas. Evidentemente, diría un defensor de LC, si uno introduce una serie de derechos positivos en T_1 , entonces las redistribuciones e intromisiones posteriores serán necesarias y estarán justificadas; el punto es cómo se justifica la introducción de este tipo de derechos en T_1 . LI podría respon-

¹² Es discutible que obligaciones y derechos tengan una relación estrictamente de uno a uno. Aquí suponemos que al menos las obligaciones tienen siempre como correlato derechos a satisfacer.

der que, con la misma razón, LC debería explicar cuál es la justificación de los derechos *negativos* en T_1 , o podría preguntar por qué no se puede introducir derechos positivos en T_1 y sí negativos, etc. En otras palabras, un defensor de LC exigiría a LI una demostración de que los derechos positivos tienen el mismo status que los negativos, y un defensor de LI exigiría a LC una demostración de que los derechos negativos tienen un status especial, jerárquicamente superior al de los derechos positivos.

La estrategia que seguiremos en la segunda parte de esta sección consistirá en asumir la carga de la prueba, concediendo un cierto grado de aceptabilidad intuitiva a la primacía de los derechos negativos. Creemos que es posible conceder esto porque, a primera vista, los derechos negativos parecen ser los que resguardan de manera más auténtica el espacio moral o la autonomía de los individuos, impidiendo la interferencia de otros en el cumplimiento de las acciones libremente elegidas tendientes a satisfacer las propias preferencias. Estas ideas son parte de los presupuestos comunes del liberalismo expuestos al comienzo de nuestro trabajo.

Nuestro propósito no será elaborar una justificación sustantiva de los derechos positivos, sino mostrar que la tesis de que sólo pueden considerarse como derechos básicos los derechos negativos lleva, o bien a la imposibilidad de una justificación moral, o bien a traicionar la pretensión de eliminar los derechos positivos, teniendo que reconocerlos para dar justificación moral a los derechos negativos.

Parte B

1. Volvamos por un momento al argumento de Chamberlain. Supongamos que nos encontramos en T_1 , donde existe una distribución determinada de bienes, y que comienzan a operar los principios no pautados e históricos de Nozick, a saber, los principios de justicia en las transferencias y en la rectificación. Dado que suponemos que en T_1 la propiedad ya está distribuida, el principio de justicia en la adquisición no será necesario. Aparentemente, la teoría de Nozick opera sin necesidad de derechos positivos: los individuos harán contratos, transferencias, regalos, etc., de manera voluntaria, y, en caso de que se viole esa voluntariedad, el principio de rectificación producirá las compensaciones correspondientes. Es en estos casos en que LC resulta más intuitivo, dado que los derechos y obligaciones son avalados por el consentimiento de los individuos, cosa que parece concordar fácilmente con los principios comunes del liberalismo.

Sin embargo, dado que la distribución en T_1 no está legitimada por una pauta, la legitimidad proviene de las situaciones antecedentes en que se

respetaron los principios de justicia mencionados. Es obvio que esta legitimación no puede retrotraerse al infinito. Debe haber un momento T_0 en el cual los derechos de propiedad se adquieren por primera vez. Es necesario, entonces, el principio de justicia en la adquisición, que daría el criterio que permite pasar legítimamente de una situación de no posesión a una de propiedad con justo título, permanente y legable.

El tema de la adquisición se torna, entonces, sumamente importante, dado que (si aceptamos el criterio no pautado e histórico de Nozick) la legitimidad de todas las posteriores transferencias y derechos de propiedad *dependen* de la legitimidad de la apropiación originaria.

En este punto, podemos apartarnos de la letra de Nozick y construir lo que denominaremos "Nozick Extremo" (desde ahora NE). NE sostiene que el principio de justicia en la adquisición no establece criterio alguno para dirimir entre una apropiación originaria justa de una injusta, más que la mera voluntariedad de la apropiación. Así, no hay restricciones y los individuos pasan de una situación hipotética T_{-1} en la cual sólo *usan* los objetos a una situación T_0 en la cual algunos o todos los individuos se apropian de esos objetos y los convierten en *su* propiedad. Según esta interpretación, pues, no es importante cómo fueron adquiridos por primera vez los objetos, lo que importa es respetar, a partir de allí, los principios de transferencia y rectificación.

Esquemáticamente, la situación para NE sería la siguiente:

- 1) Los individuos se apropian de determinados objetos.
- 2) Los individuos, por medio de esta apropiación, adquieren derechos sobre esos objetos.
- 3) Comienzan a operar los principios de transferencia y rectificación.

Efectivamente, NE no requiere en absoluto de derechos positivos para construir su teoría; sin embargo, parece haber razones por las cuales resulta inadecuada. La cuestión fundamental que queda sin responder es, ¿cómo puede una mera apropiación instaurar un derecho?

Aquí vale la pena recordar una vez más las características esenciales de la teoría de la titularidad de Nozick. La legitimidad de un derecho sobre algo debe buscarse, según esta teoría, en el modo como fue adquirido; por eso es una teoría histórica y no pautada. Esto implica rechazar, entre otras, las justificaciones consecuencialistas de los derechos. Esto es sumamente importante, porque implica que NE no puede justificar el acto de apropiación por los beneficios futuros que esto acarrearía para los individuos o la sociedad. Una teoría utilitarista de la adquisición original, en cambio, puede desentenderse de cómo fueron adquiridos por primera vez los bienes; incluso puede admitir que se haya tratado de actos de violencia o de robo.

La única condición es que debe probar empíricamente que una vez producida la apropiación, si se la respeta como derecho de propiedad, se ve promovida la paz, el bienestar global, el progreso, etc. Nada de esto puede ser argumentado por NE.¹³ De hecho, Nozick considera al utilitarismo una teoría pautada de estado final. Además, para el utilitarismo, los derechos individuales (como el derecho de propiedad) no son derechos básicos, sino tan sólo en la medida en que contribuyen al bienestar social. En cambio, para Nozick, la justificación de los mismos debe ser independiente del beneficio global.¹⁴

Ocurre entonces que, si bien NE ha ubicado a los derechos negativos en la base del esquema de derechos individuales, estos derechos carecen del

¹³ L. von Mises es un representante de esta posición. Es interesante traer a cuenta algunas citas para observar sus diferencias esenciales con la teoría de Nozick. En *Socialismo* (WBF, Nueva York, s/f), señala: "Cualquier propiedad dimana de una ocupación y de una violencia. (...) Remontémonos hacia atrás para buscar el título jurídico de cualquier propietario, y llegaremos forzosamente al momento en que la propiedad nace porque alguien se apropió parte de un bien asequible a todos (...). Todo derecho se remonta a la violencia efectiva y toda propiedad fue en su origen expropiación o robo" (pág. 29). A esta situación *de facto* von Mises agrega su concepción acerca de los derechos de propiedad: "La economía de un país exige estabilidad de relaciones sociales (...). La economía exige continuidad perpetua (...). Dicho de otro modo, la economía exige la paz y la exclusión de cualquier violencia". Por ello "no se debe a la casualidad que el derecho, precisamente en la protección de la propiedad, reviste claramente el carácter de un instrumento de paz" (pág. 31). Y sobre el origen de tal derecho sostiene: "El derecho no puede haber nacido del derecho. (...) Si se le reprocha ser sólo un no-derecho ratificado, se olvida uno que no podría ser ello de otro modo, a menos que hubiera existido por toda la eternidad" (pág. 32).

Toda esta argumentación de von Mises apunta a una concepción *consecuencialista* de la justificación de los derechos, la que se puede extender a todos los derechos morales, como hace explícitamente el autor cuando dice: "La actividad racional, por consiguiente la única que se presta al estudio racional, no conoce sino un fin: el placer más perfecto del individuo en acción, que quiere alcanzar aquél y evitar la pena" (pág. 102), y "la teoría liberal deduce estos principios (se refiere a los principios de igualdad ante la ley) *de la utilidad*" (subrayado nuestro) (pág. 323).

Aunque von Mises no ofrece una teoría moral, de sus afirmaciones se sigue evidentemente una justificación utilitarista extrema de la propiedad. Esto trae como consecuencia algo que sería absolutamente inaceptable para Nozick: que "si el liberal llegara al convencimiento de que la supresión de la propiedad habría de redundar en beneficio del interés general, propugnaría indudablemente la adopción de las correspondientes medidas (...). La investigación, sin embargo, hasta ahora, nos dice que el mantenimiento de la propiedad privada es buena y útil para todos" (*Liberalismo*, Madrid, Unión, 1975, pág. 49). Esto significa que el derecho de propiedad para von Mises no es un derecho básico sino sólo un derecho instrumental.

¹⁴ Sobre el carácter antiutilitarista de la teoría de Nozick, puede verse, entre muchos pasajes, *op. cit.*, p. 157.

tipo de justificación que su propia teoría exige. Porque para que hubiera una tal justificación, NE debería aceptar, o bien algún criterio externo al acto mismo de apropiación, o bien que el acto de apropiación es autojustificadorio. Lo primero no es posible, porque definimos a NE como rechazando criterios legitimadores independientes del acto mismo de posesión. Lo segundo implicaría sostener que un hecho bruto, como es la primera apropiación, por sí mismo, funda un derecho, i. e., un hecho normativo: esto significa cometer un pasaje injustificado del plano del ser al del deber ser. Dado que estas vías no son aceptables, podemos concluir que el principio de adquisición de NE es arbitrario y, por lo tanto, que los presuntos derechos que emergerían de su aplicación carecen de la debida legitimación. Lo importante, nuevamente, es que esto no sólo vale para los derechos originarios, sino que se extiende también a las sucesivas transferencias, dado que todo derecho se justifica, según Nozick, por su genealogía, que se remite en última instancia a la adquisición original. De esto se sigue que la teoría de la titularidad de NE es arbitraria.¹⁵

2. Esta conclusión puede llevarnos a abandonar a NE y preguntarnos: ¿en qué puede consistir un criterio que validara un acto de apropiación (dejando de lado el criterio utilitarista)? Las posibilidades son diversas. Por ejemplo, uno podría aplicar el criterio legitimador que Nozick aplica a las transferencias, i. e., el consentimiento. Pero ocurre que imponer el consentimiento como condición de legitimidad de una apropiación original implicaría una distribución inicial acordada entre todos los individuos; algo así como un contrato o remate ideal.¹⁶ Otra posibilidad es el criterio lockeano del trabajo: un individuo tiene derecho de propiedad sobre algo cuando, además de poseerlo físicamente, ha trabajado sobre él. Este parece ser un criterio cercano al del merecimiento: alguien *merece* tener derecho sobre un bien porque ha cumplido con determinados requisitos relacionados con el esfuerzo o cosas similares.

Nozick crítica y descarta el criterio lockeano del trabajo por considerarlo ambiguo y falto de justificación. En cambio propone rescatar un sentido de otra estipulación lockeana: la de que otros no empeoren con la apropiación. Este sentido es el que comentamos introductoriamente en la sec-

¹⁵ Cf. Steiner, H., "The Natural Rights to the Means of Production", *Phil. Quarterly*, vol. 27, 106 (Jan. 1977), p. 43-44. Allí, este autor señala convincentemente la necesidad de esta genealogía de dominio hasta ciertos derechos originarios, para justificar los derechos contractuales.

¹⁶ Este tipo de estrategia es seguida por Gauthier en *Moral by Agreement*, Oxford, 1986, así como por Dworkin en "What is Equality: Equality of Resources", *Phil. & Pub. Aff.*, 10, 1981. Su tratamiento excede la pretensión de este trabajo. Sólo se analizará muy tangencialmente un aspecto de la teoría de Gauthier.

ción I.2. como la EDL. Ahora será necesario extenderse con mayor precisión en este punto.

La idea intuitiva de la estipulación de Locke es clara: un requisito al menos necesario para que alguien tenga derecho sobre algo no poseído previamente es que el resto de los individuos no empeoren con ello.¹⁷

Esta estipulación de Locke puede, según Nozick, interpretarse de dos modos: uno *fuerte*, si sostenemos que alguien empeora su situación cuando ya no puede *apropiarse* del bien que otro ya se apropió; y otro *débil*, si sostenemos que alguien empeora su situación sólo si ya no puede *usar* ese bien (u otro del mismo tipo). Nozick opta por el criterio débil (por eso su estipulación se llama estipulación *débil* de Locke, EDL).

Con la introducción de la EDL nos encontramos con un Nozick ya no tan estricto, que denominaremos "Nozick Laxo" (desde ahora NL).

Analícemos entonces más detenidamente a NL. Según éste, la EDL permite tratar objeciones como la de que alguien se apropie de todo el abasto de algo necesario para la vida; objeción que NE no podría enfrentar.

Ahora bien, sigamos más de cerca esta línea argumental. Supongamos que alguien se apropia de toda el agua del mundo (por ejemplo, existe un solo manantial, o todos los demás se secaron); el resto de los individuos quedan, en principio, en peor situación, según la EDL, porque no pueden usar el agua que necesitan para vivir. En este caso, la EDL establece que el derecho de propiedad del único propietario del agua se ve limitado (no abolido), debiendo dejar usar *su* agua al resto de los individuos (gratis o a cambio de algo). La idea fundamental que está detrás de esta estipulación es que hay una *línea de base*, tal que, si el resto de los individuos caen debajo de ella, se dice que han empeorado su situación y, por lo tanto, entra en funcionamiento la EDL produciendo una compensación que vuelve a situar a los individuos por encima de esa línea de base. El punto clave es, entonces, el establecimiento de tal línea de base por debajo de la cual se requieren compensaciones.

Comparemos por un momento a NE con NL. En NE *no hay* línea de base: cualquier apropiación es legítima, y en ningún caso se requiere limitación ni compensación alguna. En NL existe una línea de base, por debajo de la cual no pueden caer los individuos. La línea de base establecida por la EDL es sumamente baja: es la situación en que se encuentra un individuo antes de que se produzca la apropiación en cuestión, en relación con la posibilidad de *usar* bienes de ese tipo.

¹⁷ Nozick interpreta de este modo la estipulación de Locke según la cual debe quedar "tanto y tan bueno para los demás". Según él esto es un modo de decir que los demás no deben empeorar.

Aun cuando, según NL, la EDL sea la restricción más pequeña e insignificante que podamos imaginar, lo que hemos dicho acerca de ella es suficiente para poder afirmar que la misma implica el reconocimiento de derechos positivos en los individuos. Veamos por qué esto es así.

Supongamos nuevamente que alguien se apropia del único manantial de agua del mundo (conocido). Este individuo es dueño de todo el abasto de este bien imprescindible para la vida. ¿Qué ocurre según la EDL? Su derecho deja de valer de modo absoluto; él *debe* dejar a los demás individuos tomar de su agua, y no puede cobrar *cualquier* precio. Dicho de otro modo, él tiene la obligación activa de transferir parte de su propiedad; y si esto es así es porque los demás tienen un derecho positivo. El hecho de que no haya más agua en el mundo (algo de lo cual el propietario del manantial no tiene la culpa) obliga a este individuo a limitar su discrecionalidad respecto de algo que está dentro de su derecho (dentro de su espacio moral), y poner a disposición del resto parte del mismo. De este modo, el derecho absoluto de propiedad se transforma en un derecho *prima facie*, porque, dadas ciertas circunstancias, puede ser traspasado (o "superado", como dice el propio Nozick) para satisfacer un derecho de los otros. *Este* derecho es, sin duda, un derecho positivo.

Esta conclusión tendría verdadero interés, si pudiera ser generalizable, es decir, si pudiéramos llegar a afirmar que *toda* restricción en el acto de apropiación es equivalente a un reconocimiento de derechos positivos. Si esto fuera aceptable, entonces podría construirse el siguiente argumento, que denominaremos R1:

(I) la aceptación de una restricción (cualquiera) al acto de apropiación es equivalente al reconocimiento de ciertos derechos positivos;

(II) NL impone una restricción en el acto de apropiación (la EDL); luego,

(III) NL debe reconocer la existencia de derechos positivos.

También puede formularse el siguiente razonamiento, más general R2:

(I) Idem;

(II') si se quiere evitar caer en la situación de falta de justificación de los derechos (i. e., en la situación de NE), entonces deben aceptarse algunas restricciones al acto de apropiación; luego,

(III') si se quiere evitar caer en la situación de falta de justificación de los derechos (i. e. en la situación de NE), entonces deben reconocerse ciertos derechos positivos.

Antes de discutir cada una de las premisas de ambos razonamientos, es importante aclarar cuál sería su relevancia para discusiones tales como la del argumento de Chamberlain, en el caso de que aceptáramos esas premi-

sas. Como hemos visto, Nozick, cuando presenta la EDL, dice que la misma posee una sombra histórica, por la cual dicha restricción opera en cualquier momento de las sucesivas transacciones. Es claro que existen razones para defender esta ampliación. Incluso es posible aquí nuevamente generalizar y decir que, dada cualquier restricción en el momento de la apropiación originaria, esta misma restricción debe valer para cualquier momento ulterior. Si se reconocieran restricciones sólo en el momento de la apropiación, se estaría beneficiando injustificadamente a los integrantes de la primera generación. Uno de los supuestos comunes del liberalismo es el de la separabilidad de las personas, de modo tal que no puede aceptarse imponer obligaciones u otorgar derechos a algunos individuos y a otros no en circunstancias relevantes similares. En este caso, es obvio que la circunstancia de pertenecer a una generación determinada no es relevante. Pero si esto es así, como la premisa (I) dice que aceptar restricciones es equivalente a reconocer derechos positivos, entonces, aceptar una restricción en el momento de la apropiación lleva a reconocer derechos positivos *en cualquier momento posterior*.¹⁸

Es importante aclarar también que la premisa (II') es sólo un condicional (no un bicondicional como (I)). Esto significa que aceptar restricciones al acto de apropiación es sólo una condición necesaria pero no suficiente para evitar caer en la situación de NE. Puede darse el caso de que se establezcan restricciones que no justifiquen los actos de apropiación; pero si han de justificarse dichos actos, entonces, según (II'), es necesario haber impuesto algún tipo de restricción.

La premisa (II) se sigue de la presentación de NL; no ofrece problemas de justificación: Nozick, de hecho, acepta la restricción que establece la EDL. La premisa (II') obedece a las razones que hemos presentado para abandonar a NE: si no se establece ninguna restricción en el acto de apropiación, no pueden darse razones para considerar justificados los derechos de propiedad.

Para justificar la premisa (I), es necesario previamente aclarar algunos puntos. En primer lugar, podemos establecer una equivalencia fácilmente aceptable entre aceptar la existencia de derechos positivos y aceptar la ne-

¹⁸ También esto es argumentado por Steiner en *art. cit.*, p. 44-45. El requisito de que la estipulación, cualquiera sea, alcance a todas las generaciones es vinculado por Steiner con el hecho de que los seres humanos no sólo no son todos contemporáneos, sino que además las generaciones se solapan parcialmente. De modo que otorgar derechos sólo a una de ellas resulta injusto incluso dentro del período de una generación. También puede verse una argumentación en contra de la idea de establecer restricciones igualitaristas en el momento inicial y luego dejar librada la distribución al puro mecanismo del mercado, en Dworkin, *art. cit.*, pp. 309-11.

cesidad de transferencias forzosas entre individuos (como ocurre en el caso de Chamberlain); de este modo la equivalencia que intentaremos defender es entre la aceptación de restricciones y la aceptación de transferencias forzosas. En segundo lugar, sostener que la aceptación de restricciones es equivalente a la aceptación de transferencias no implica sostener que existe identidad entre ambos fenómenos (restringirse y transferir), sino que, definiendo adecuadamente los términos, ocurre que *defender* la necesidad de cualquiera de ellos implica defender la del otro. Por último, es preciso definir claramente qué entendemos por “restricción” y por “transferencia”. En el primer caso, se trata del acto de restringirse en la apropiación de algún bien no poseído previamente por nadie, de acuerdo con alguna estipulación, cualquiera sea (por ejemplo, la EDL). En el segundo, se trata del acto de transferir forzosamente un bien ya poseído, de acuerdo con alguna pauta. La premisa (I) dirá, en definitiva, que *es aceptable la imposición de alguna restricción si y sólo si es aceptable la imposición de alguna transferencia*.

Los elementos de juicio para defender esta equivalencia son los siguientes:

1) En primer lugar, es fácil ver que el rol social que cumplen las restricciones y transferencias es suficientemente similar como para poder sostener que, si se acepta uno, debe aceptarse el otro. Esto puede observarse en dos sentidos:

a) Por un lado, los efectos de ambos mecanismos sociales son básicamente los mismos. En el caso de la transferencia, un bien de propiedad de A termina en manos de B; en el caso de la restricción, un bien del que A podría haberse apropiado termina en manos de B. En ambos casos, el bien queda en manos de alguien independientemente del consentimiento del propietario (actual o potencial).

b) Por otro lado, la motivación de ambos es esencialmente la misma. Se trata, en ambos casos, de permitir que alguien se apropie de algo (o al menos haga uso de algo). El apropiador deja de apropiarse de algo, *para* permitir a los demás que se apropien de ello, siguiendo la estipulación. El que transfiere (Chamberlain, por ejemplo) deja de considerarse dueño de algún bien que era de su propiedad, *para* que los demás (o algunos de los demás) puedan usufructuar de ello.

2) En segundo lugar, es necesario tener en cuenta que aquí la distinción entre acciones y omisiones (i. e., entre obligaciones activas y pasivas) no es relevante. No puede decirse que el acto de restringirse es sólo una omisión y, por lo tanto, la estipulación sólo obliga pasivamente (a no hacer algo), mientras que la transferencia es una acción y, por lo tanto, la pauta obliga

activamente. En el caso de la apropiación originaria (en la cual no hay dueños anteriores de las cosas), *no puede* haber obligaciones activas porque no hay nada que transferir. Pero el hecho de que yo me deba restringir en la apropiación, en consideración de terceros es el correspondiente exacto de que, luego, yo deba transferir, en consideración de terceros. La similitud de efectos y motivaciones ayuda a apoyar esta correlación.

3) Puede observarse más claramente la enorme similitud entre los conceptos de transferir y restringirse (similitud que es la base de la equivalencia afirmada en (I)), si analizamos las siguientes relaciones:

a) Toda transferencia puede ser considerada como una forma de restricción, en sentido amplio. Cuando Chamberlain transfiere parte de sus bienes, dado que no se trata de una transferencia voluntaria (a cambio de algo), está restringiendo su espacio moral, i. e., el ámbito de su discrecionalidad. Supongamos que Chamberlain posee los bienes P, Q y R, y debe (de acuerdo con la pauta) transferir R. Su espacio moral se ve entonces "restringido" a P y Q.¹⁹

b) Toda restricción es también, de algún modo, una transferencia. No de un bien ya poseído, sino de un bien que puede ser poseído. Un individuo puede (fácticamente) apropiarse de P, Q y R; la estipulación lo obliga a restringirse sólo a P y Q. En cierto sentido (el más importante aquí), ese individuo está transfiriendo R, al dejar que otros se apropien de ello.

De este modo, quedan suficientemente apoyadas las premisas (I), (II) y (II'), con lo cual pueden aceptarse las conclusiones (III) y (III').

3. NL podría presentar la siguiente objeción a los razonamientos R1 y R2. Supongamos que (II) y (II') son aceptables: efectivamente la EDL es una restricción al acto de apropiación y, además, es cierto que para no caer en NE, es decir, para poder justificar ese acto, es necesario algún tipo de restricción. En cambio, la premisa (I) puede ser objetada: si bien la EDL es una restricción, se trata de una estipulación que opera sólo en casos excepcionales o, como dice Nozick, en casos de catástrofe. Por lo tanto, el derecho de propiedad, como expresión más plena de los derechos negativos, es absoluto, *salvo* casos marginales y fácticamente casi imposibles. Aun computando la sombra histórica de la EDL, que permitiría continuar imponiendo restricciones a lo largo de la serie de sucesivas transacciones, los casos son tan improbables que, al decir de Nozick, dicha estipu-

¹⁹ Ponemos entre comillas "restringidos", porque en este caso se trata de un sentido más amplio de "restringirse" que el definido previamente. Una transferencia no es una restricción en sentido estricto (por cómo está definido este término), pero sí una restricción en este sentido más laxo.

lación podría ser reemplazada por una teoría adecuada acerca de las catástrofes.²⁰

Sin embargo, esta objeción resulta insatisfactoria. Si observamos detenidamente los razonamientos R1 y R2, veremos que ellos no dicen nada acerca de la cantidad o el peso de los derechos positivos que son reconocidos cuando se admiten restricciones en el acto de apropiación. De este modo, si la restricción es ínfima, el derecho de los otros será igualmente ínfimo. En este sentido, el reconocimiento de derechos positivos que la EDL implica es excepcional debido a que la restricción que impone sólo actúa en casos de excepción. Pero esto no quiere decir que la premisa (I), y, por lo tanto, R1 y R2 no sean aceptables.

Es aquí donde NL podría contraobjectar lo siguiente. Aceptemos las premisas (I), (II), y (II'), es decir, R1 y R2. Esto significa aceptar que son necesarios *algunos* derechos positivos, muy excepcionales. Tal vez aquellos que se relacionan con la mera *posibilidad* fáctica de satisfacer ciertas necesidades básicas, cosa que se ve impedida sólo en los casos de monopolio sin compensación. Ahora bien, ¿cuál es la incidencia de estos derechos positivos en los casos como el de Chamberlain? La respuesta es: ninguna. La supuesta necesidad de aceptar derechos positivos se vuelve, en realidad, totalmente inocua, porque no salen de ella los derechos positivos que exigiría LI, i. e., aquellos que implicaran continuas transferencias de recursos, para favorecer a los peor situados de la sociedad.²¹

Para responder a este contraargumento, es preciso defender una tesis independiente de R1 y R2. Una vez aceptados estos dos razonamientos, es necesario sostener la siguiente afirmación, que denominaremos tesis (IV): que la EDL es una restricción insuficiente para poder justificar los derechos de propiedad (y en general los derechos negativos). Esta tesis es perfectamente compatible con R2, porque, como dijimos, la premisa (II') es sólo un condicional, de modo que es totalmente posible que NL acepte restricciones, pero que éstas no alcancen para dar una adecuada justificación o legitimación de los derechos negativos. Defender esta tesis tampoco nos compromete con dar una opinión acerca de cuál debería ser la pauta que rija las apropiaciones, o cuál es la nómina de derechos positivos. Sólo pretendemos mostrar que la EDL resulta tan débil como restricción, que puede ser blanco del mismo tipo de críticas que las que hemos dirigido a NE.

²⁰ Nozick, *op. cit.*, p. 181.

²¹ Además del argumento que se presenta a continuación, es interesante citar el que propone Steiner en el artículo citado (p. 47). El allí cuestiona severamente qué es lo que debemos entender por monopolio, tal que deba suponerse que sólo ocurre en casos de excepción. Depende de nuestra definición de monopolio, tal vez no ocurra de modo tan excepcional.

Tomemos por orden, en primer lugar, los casos en que, según NL, la EDL opera, es decir, aquellas ocasiones en que alguien se apropia de todo el abasto de algo necesario para la vida. Luego, analizaremos casos en que dicha estipulación no es aplicable.

1) Supongamos el siguiente ejemplo de Nozick. Alguien (llamémoslo A) llega a una isla desierta y se apropia de ella. Como esto no empeora la situación de nadie (de hecho no *hay* nadie), cumple con la EDL y por lo tanto A posee un derecho de propiedad sobre la isla. Pero en un momento dado, llega un nuevo náufrago (B) que necesita desembarcar en esa isla dado que no hay otra cerca y no tiene más víveres. Según Nozick, allí comienza a operar la EDL: A *debe* dejar desembarcar a B, es decir, debe dejar a B que use *su* isla. Nozick no descarta que esto pueda ser a cambio de algo, por ejemplo, en este caso, a cambio de que B trabaje para A (no tendría otra cosa que ofrecerle). Ahora bien, ¿es razonable esta estipulación? Aquí tal vez sea conveniente hacer una aclaración. Si uno piensa este ejemplo como sucediendo dentro de una sociedad política en la que se acepta el derecho de propiedad, entonces puede parecer razonable que el dueño de la isla, a pesar de tener la obligación de dejar entrar al náufrago, tenga derecho a pedirle algo a cambio. Pero aquí estamos en un punto de la teoría en que es necesario *no* suponer tal cosa; porque se trata de establecer el criterio *por el cual* luego el Estado, supuestamente, estará justificado en hacer valer por medio de la coacción el derecho de propiedad. De modo que es mejor pensar este ejemplo sin el aditamento de una convención ya existente. De lo que se trata es de averiguar si la apropiación bajo la restricción de la EDL es suficiente para fundar un derecho. En este sentido, según la EDL, B estaría moralmente obligado a respetar el derecho de propiedad de A sobre la isla y aceptar sus condiciones (siempre que fueran posibles) para poder usar la isla. Ahora bien, ¿no puede pensarse que B *exigiera* una parte de la isla para su uso exclusivo? o ¿no podría negarse a reconocer ningún derecho de A sobre nada, no pretendiendo tampoco él hacerlo, sino simplemente preferir un uso común de los bienes que la isla provee? Las posibilidades pueden multiplicarse, pero la pregunta fundamental es ¿el solo hecho de que A haya llegado primero a la isla le da derecho sobre *toda* la isla? Supongamos que tanto A como B son náufragos del mismo barco; sólo que el bote de A ha dado casualmente con la isla cinco minutos antes que el de B. Esta sola circunstancia ¿habilita a A a considerarse dueño de la isla, y obliga a B a respetar esa pretensión, con el solo derecho a una compensación?²² Estas

²² Esto está relacionado con un tema interesante de filosofía moral, a saber, cuál es la relevancia moral de la mera precedencia temporal. En algunos casos constituye una ventaja (como el citado en el texto), y en otros no (por ejemplo, cuando es relevante, por sus efectos en la distribución, la información sobre las decisiones previas).

preguntas nos obligan a observar el problema desde otra perspectiva, a saber, la de la ubicación de la línea de base. Si la línea de base de B es la situación previa de no apropiación de la isla por parte de nadie, es evidente que, por más que A lo deje desembarcar en su isla, B estará peor que en dicha situación hipotética previa, y por lo tanto, estará por debajo de la línea de base. Al no haber otra isla, la única posibilidad de que B alcanzara la línea de base sería que su llegada provoque una redefinición del alcance del derecho de A sobre la isla. Esta redefinición implicaría una restricción por parte de A mucho más grande que la de una mera compensación. Pero aceptar esto, dado que se ha aceptado R1 y R2, significa otorgarle a B una cuota de derechos positivos mucho más grande de la que establece la EDL. En caso de que no se acepte esta ampliación, subsiste la misma pregunta que puede dirigirse a NE: ¿de dónde surge la obligación de B de respetar el acto de apropiación de A y de aceptar sus condiciones para recibir la compensación consistente en poder hacer uso del bien del cual A se apropió?

2) Pasemos ahora a analizar los casos en que, según Nozick, la EDL no se aplica, es decir, los casos en que no se requiere compensación alguna porque nadie ve empeorada su situación. También aquí la cuestión puede encararse desde el punto de vista del establecimiento de la línea de base, i. e., de saber cuándo un individuo empeora su situación. En este sentido, uno puede preguntarse, ¿solamente en el caso de que alguien se apropia de todo el abasto de algo necesario para la vida sucede que el resto de los individuos empeoran su situación? Pensemos en las siguientes situaciones hipotéticas:

a) Dos o tres individuos se apoderan de toda el agua del mundo, y se ponen de acuerdo en no venderla o en venderla sólo a determinado precio.

b) Un individuo se apropia de todo el abasto de un bien no indispensable para la vida, por ejemplo, de todas las manzanas (manzanos, semillas de manzana, etc.).

c) Un individuo (o un porcentaje pequeño de individuos) se apropian de un porcentaje mayoritario de algún bien, por ejemplo, de la tierra cultivable.

Aunque los ejemplos podrían multiplicarse, estos tres son suficientes para plantear algunos casos paradigmáticos. Veamos caso por caso.

Es muy probable que, ante el caso a), Nozick respondería que hay razones empíricas para creer que el acuerdo mencionado entre los propietarios del agua no podría llevarse a cabo: alguno, tentado por las ofertas cada vez más altas de los demás individuos, comenzaría a vender el agua a un precio más bajo del pactado, comenzando a funcionar entre ellos el mer-

cado y la competencia. Esto provocaría al poco tiempo una distribución extendida del bien en cuestión. Sin embargo, y dejando de lado su plausibilidad, este tipo de consideraciones no son relevantes, porque son de carácter empírico. La existencia de teorías sobre ciertas regularidades empíricas no alcanza, obviamente, para fundar derechos. En este caso, se ve claramente que es fácticamente posible que ocurra lo que se describe en a); y, si esto ocurriera, el resto de los individuos evidentemente empeoraría su situación.

Respecto del caso b), la pregunta pertinente es: ¿por qué el bien acaparado debe ser necesario para la vida, para que comience a operar la EDL? En este caso, si la línea de base es la previa situación de no apropiación, es claro que el resto de los individuos empeoran su situación, al no poder comer y/o plantar manzanas, cosa que antes sí podían hacer. La estipulación de que el bien debe ser indispensable para la vida parte del prejuicio, sumamente discutible, de que en la situación previa a la apropiación original, los individuos sólo usan las cosas indispensables para sobrevivir, lo cual no pasa de ser una afirmación empírica muy difícil de confirmar.²³

El tercer caso es, tal vez, más importante. Supongamos que el total de la tierra (cultivable) es, digamos, 100, y la cantidad de individuos es también 100. Diez individuos se apropian de 80 unidades de tierra (sea porque llegaron primero, son más fuertes, más inteligentes, o por cualquier otra razón). Quedan 20 unidades que deben ser repartidas entre 90 individuos. ¿Es lógico pensar que esos 90 deben respetar el derecho de los 10? Nozick admite que el "apiñamiento" producido por la escasez de algún bien puede empeorar la situación de muchos, pero supone que esto no sucede si la etapa de apropiación termina mucho antes de que se llegue a esa situación²⁴ (i. e., que antes que los 10 se apropien de 80 unidades, los otros 90 se apropien de una parte más adecuada). Nuevamente aquí aparecen consideraciones fácticas muy discutibles e insuficientes para fundar un derecho.

Los tres ejemplos presentados muestran que, si analizamos los casos en que, según Nozick, no es necesario la aplicación de la EDL, observaremos que es muy discutible que, para que el resto de los individuos empeoren su situación deba ocurrir que:

- a) la apropiación sea de *un solo* individuo;
- b) sea hecha sobre algo *necesario para la vida*;
- c) sea hecho sobre *todo el abasto* de algo.

²³ La misma consideración de la nota 21 cabe aquí, respecto de qué cuenta como necesidades básicas.

²⁴ Nozick, *op. cit.*, p. 177.

Aceptar estos casos ampliaría el poder restrictivo de la EDL (dejaría de ser tan débil), acarreado, si es que se ha aceptado R1 y R2, una ampliación sustancial del conjunto de derechos positivos. De cualquier modo, lo único que esto muestra es que la EDL es insuficiente, tal como lo indica la tesis (IV); pero, repetimos, no dice nada acerca de cuál debería ser la restricción (y el consiguiente índice de derechos positivos) que legitimaría los actos de apropiación.

4. Si prestamos suficiente atención a los argumentos presentados a favor de la tesis (IV), resultará claro, que en la mayoría de los casos, lo que se sostiene es que la EDL no resultaría razonable para, o no sería aceptada por, los individuos involucrados; por lo cual sería imposible que ésta transformara meras apropiaciones de hecho en derechos aceptados por todos. Si el criterio es que el resto de los individuos no empeoren, la restricción debe ser lo suficientemente fuerte como para que los individuos en la situación de apropiación originaria no se sientan perjudicados con la apropiación de algo por parte de alguien. Hemos visto que esto es lo que ocurre con la EDL.

Aquí resulta interesante presentar una alternativa algo diferente de la de Nozick. Supongamos que tenemos una estipulación algo más fuerte que la EDL, tal que pueda evitar las críticas recién expuestas y dar suficiente justificación a los actos de apropiación; pero que, a la vez, sea lo suficientemente débil, como para no dar lugar a derechos positivos que impliquen continuas transferencias, tal como ocurre en el ejemplo de Chamberlain, desde la óptica de LI. Si hubiera tal estipulación, entonces, en el fondo de la cuestión, tendría razón LC: el razonamiento R2 sería (aunque aceptable) inútil, y la tesis (IV), aunque verdadera en el caso de Nozick (NL), tampoco probaría nada, porque la EDL podría ser reemplazada por otra, que conservaría sus virtudes y evitaría sus defectos. Tal parece ser el caso de la estipulación propuesta por Gauthier.²⁵

Si analizamos de qué modo Gauthier compara la EDL con su propia estipulación (desde ahora EG), puede parecer que ésta es todavía más débil. En efecto, Gauthier dice que, mientras que la EDL prohíbe empeorar la situación de otros (con los actos de apropiación), la suya también lo hace, *salvo* que esto sea necesario para evitar empeorar uno mismo. La razón aludida por Gauthier es que, sin esa cláusula adicional, ocurriría que toda apropiación empeoraría la situación de alguien. Sin embargo, es claro que lo que Gauthier toma por la EDL es, en realidad, la estipulación *fuerte* de Locke,²⁶ dado que no toma en cuenta que Nozick agrega que tal empeora-

²⁵ Gauthier, *op. cit.*, Cap. VII.

²⁶ *Ibid.*, p. 203.

miento se refiere sólo al *uso* y no a la capacidad de apropiarse del mismo bien. De este modo, si bien la EG es más débil que la estipulación fuerte de Locke, es, tal vez, más fuerte que la EDL.

Veamos más detenidamente en qué consiste la EG. En primer lugar, es necesario dar algunas definiciones:

1) "A empeora en relación a B": A está peor que si B no estuviera (no existiera).

2) "A mejora en relación a B": A está mejor que si B no estuviera.

3) "A empeora a B": B empeora en relación a A (debido a alguna acción de A).

La noción de "estar peor" se define a su vez en términos de utilidad.

La EG dice entonces: A no puede empeorar a B, salvo que, si no, A empeora en relación a B. Desplegando las definiciones de los términos aquí involucrados tendríamos que la EG:

1) prohíbe que A esté mejor que si B no estuviera, mientras B está peor que si A no estuviera;

2) permite que A esté igual que si B no estuviera, mientras B está peor que si A no estuviera.

La EG cumple, dentro de la teoría de Gauthier, el rol de ser la restricción necesaria y suficiente para que individuos racionalmente autointeresados acepten entrar en relaciones sociales de cooperación y de mercado.²⁷ Dicho de otra manera, esta restricción da suficientes argumentos como para que, si se cumple, seres egoístas (pero racionales) acuerden respetar los derechos de posesión que estas actividades implican.

Gauthier divide en dos etapas la aplicación de su estipulación. Una primera etapa, en la cual no hay todavía ningún tipo de relación cooperativa ni competitiva; y una segunda, en que comenzarían a darse este tipo de relaciones. Según Gauthier, en la primera etapa no pueden justificarse derechos de propiedad plenos, sino sólo derechos sobre el propio cuerpo y sobre el fruto del propio trabajo. Sólo una vez que comienzan a existir relaciones sociales entre los individuos (i. e., cuando alguien comienza a querer beneficiarse con el intercambio con otros individuos), comienzan las pretensiones de posesión exclusiva de recursos naturales.

En la segunda etapa, la aplicación de la EG se vuelve más restrictiva que en la primera. Esto se ve claro, si consideramos lo siguiente: si hay relación entre A y B, entonces A no puede mejorar empeorando a B; en cambio, si no hay relación alguna, A *puede* empeorar a B, porque, al no haber relación, A está igual que si B no estuviera (aunque B esté peor). Se

²⁷ *Ibid.*, p. 222.

supone, además, que la primera etapa asegura derechos más primitivos que la segunda: si no se ha consagrado el derecho exclusivo a comer una manzana cultivada mediante el propio trabajo, difícilmente podrá garantizarse el derecho sobre la tierra en la cual se encuentra el manzano en cuestión.

Analicémos a continuación algunos ejemplos que presenta Gauthier:

Ej. 1: A se está ahogando en un río. B pasa por la orilla y no hace nada por salvarlo.

Ej. 2: A y B son los únicos habitantes de una isla. A no abusa sexualmente de B.

Ej. 3: A y B son pescadores del mismo río. A está río arriba y luego de pescar acostumbra a tirar sus desechos al río. B está río abajo, y puede pescar menos que si A no tirara sus desechos.

Ej. 4: Varios individuos habitan una isla. A decide utilizar una parcela de tierra para cultivar y consumir exclusivamente lo que ella produzca.

Según Gauthier, en ninguno de estos ejemplos se viola la EG. En el ej. 1, A no está peor que si B no estuviera. En el ej. 2, A evita mejorar su situación en relación a B, empeorando la de B; a la vez, A no está peor que si B no estuviera (en ese caso tampoco podría satisfacer sus deseos sexuales). En los ej. 3 y 4, A empeora al resto (a B en el ej. 3), pero este empeoramiento es necesario para que A no empeore (i. e., para que no esté peor que si el resto no estuviera); prueba de ello es que A está igual que si el resto no existiera. En realidad, en ambos casos A está evitando empeorar, empeorando a los demás. Téngase en cuenta que en todos estos ejemplos no hay todavía relaciones sociales entre los individuos.

Gauthier argumenta que su estipulación legítima, en la primera etapa, el derecho al propio cuerpo y a los frutos del trabajo, casos de derechos negativos aun más primitivos que el derecho de propiedad; sin embargo, este último (el derecho al fruto del propio trabajo), que es el que interesa, puede ser considerado ya como una forma incipiente de propiedad. Tomando el ej. 4, A tiene derecho sobre las frutas y verduras que ha cultivado, y, en este sentido, nadie puede entrar en la parcela cultivada, tomar una fruta y comerla (salvo que compensara a A por ello): se estaría mejorando a costa de un empeoramiento de A; en otras palabras, tomando esa fruta, ese individuo estaría mejor que si A no estuviera (en ese caso nadie hubiera cultivado ese frutal), mientras que A estaría peor que si él no existiera.

Ahora bien, creemos que es posible mostrar que la EG no es suficiente para legitimar derechos *ya* en esta primera etapa. Esto ocurre, a nuestro juicio, en el sentido más riguroso: la aplicación de esta estipulación no garantiza lo que ella misma pretende resguardar. Esto significa que, aun

cumpléndose, no establece una restricción suficiente como para poder distinguir de modo relevante la situación en que la EG existe, de la hipotética situación previa. Cada uno de los ejemplos nos mostrará por qué esto es así:

1) En el ej. 1, es cierto que la EG, si bien no obliga a B a salvar a A, le prohíbe *empujarlo* al agua. Esta es una diferencia importante respecto del mero estado de naturaleza. Sin embargo, supongamos que la orilla del río es angosta. A se encuentra sentado en el borde y B comienza a hacer gimnasia ocupando todo el estrecho espacio disponible. Al llegar al lugar donde A se encuentra, B, como parte del ejercicio que se encuentra realizando, empuja a A al agua, continuando con el mismo mientras A se ahoga en el río. En este caso, la EG *no* es violada por B (a pesar de haber *empujado* a A). B, efectivamente, ha empeorado la situación de A, pero esto está permitido si es para evitar empeorar uno mismo; y esto es lo que ha ocurrido en este caso: si B no empujara a A, B empeoraría con respecto a A, porque no podría hacer los ejercicios que tenía planeados y que habría podido hacer si A no hubiera estado allí. Dicho de otro modo, B está *igual* que si A no estuviera, no ha mejorado a costa del empeoramiento de A. Téngase en cuenta que Gauthier no toma en cuenta ningún tipo de comparación entre el monto del daño de cada uno.

2) Lo mismo puede decirse del segundo ejemplo. En principio, parece que la EG prohíbe a A abusar sexualmente de B. Esto se sustenta en la suposición de que A no empeora al no poder satisfacer sus deseos sexuales, dado que igual no lo podría hacer si B no existiera. Sin embargo, esto es discutible; desde el punto de vista de A, la presencia de B puede resultar un estimulante de sus instintos, que no aparecerían si B no existiera. En este caso, A puede considerar legítimo abusar sexualmente de B, con el justificativo de que (a pesar de empeorar a B), si no lo hiciera, él empeoraría, es decir, estaría peor que si B no existiera (porque en ese caso A no tendría deseos sexuales insatisfechos).

3) Con respecto al tercer ejemplo, es interesante analizar el caso en que, si bien A y B no tienen entre sí relaciones cooperativas o competitivas, *saben* de la existencia del otro. Esto no impide, según la EG, que A pueda utilizar el río como basurero. ¿Cuál sería entonces la actitud de B? B podría, por lo menos, correrse río arriba y comenzar a pescar en una zona superior a la de A, tirando sus desechos y perjudicando con esto a A. A podría reaccionar del mismo modo, y así sucesivamente, hasta llegar ambos a la naciente del río. En este punto, la EG no podría prohibir a ninguno de los dos eliminar al otro, dado que, al disputarse el mismo lugar, cada uno, matando a su prójimo (y empeorando así su situación) está, en reali-

dad, evitando empeorar él mismo. Esto no se diferencia sustancialmente del estado hobbesiano de naturaleza descrito por Gauthier.

4) Por último, en el ej. 4, es verdad que, si A ha plantado cuidadosamente sus manzanos, no puede ir B y alimentarse con ellos. Pero supongamos que la parcela en que A ha cultivado es la mejor de la isla (o simplemente es del agrado de B). En este caso, B puede desplazar a A, destruir sus cultivos, y ponerse a plantar él sus propios manzanos. Así como A empeora la situación de B (y los otros) al pretender exclusividad sobre una parcela para plantar intensivamente manzanos, pero esto está justificado porque A no se está mejorando a costa de los demás (le da igual que existan o no), del mismo modo, B puede empeorar la situación de A, destruyendo sus manzanos, porque tampoco se está mejorando *gracias* al empeoramiento de A; también le da igual que A estuviera allí o no (en realidad incluso preferiría que A no estuviera, con lo cual no tendría que tomarse el trabajo de derribar los árboles plantados en ese lugar por A).

Es verdad que la EG, en algunos casos, establece restricciones. Pero no logra cubrir el conjunto total de casos en que debería restringir, permitiendo la superposición de pretensiones, sin ningún criterio para zanjarlas.

Si esto es así, la EG no puede presentarse como una razón suficiente para que individuos egoístas racionales (tal como Gauthier los define) estén dispuestos a entrar en el juego de regateo que da por resultado la cooperación social. En este sentido, es tan insuficiente como restricción en el acto de apropiación como la EDL.

Conclusiones

De las consideraciones anteriores, creemos que pueden extraerse dos conclusiones.

La primera es que la postulación de derechos positivos es consistente con el núcleo liberal común que hemos descrito en la sección I.1. Nuestra estrategia ha sido mostrar que una teoría que acepta como derechos básicos sólo los de no interferencia, se ve constreñida a un dilema: o es arbitraria, porque no puede justificar moralmente estos derechos, o se ve obligada a aceptar derechos positivos. Para esto hemos debido argumentar a favor de que toda restricción en el acto de apropiación significa un reconocimiento de derechos positivos. Además, en el caso de optar por esta última alternativa, pretendemos haber mostrado que hay razones suficientes para pensar que no se trata de una aceptación meramente ocasional o excepcional, y que, en este sentido, las estipulaciones, tanto de Nozick como de Gauthier, son insuficientes para justificar derechos de propiedad.

Si esto es así, entonces una teoría liberal deontológica (no utilitarista) debe aceptar que los derechos negativos presuponen ciertos derechos positivos, y que sólo mediante este reconocimiento pueden justificarse los primeros. Esto es independiente del problema de cuál es el alcance y la lista de derechos positivos que una teoría liberal debe aceptar.

Como segunda conclusión, queremos presentar una hipótesis tentativa sobre cómo sería, a grandes rasgos, el modo de encarar la cuestión por parte de LI.

La idea es que una teoría acerca de los derechos y su justificación *no* debería hacer una distinción básica entre derechos positivos y negativos, sino suponer a las personas morales como portadoras de *derechos* simplemente. Entre estos derechos, tal vez el más importante, desde el punto de vista liberal, es el de resguardar para cada individuo por separado el ámbito de discrecionalidad más extenso que sea posible. Este resguardo, es decir, la delimitación de la frontera de este ámbito o espacio moral, puede llevarse a cabo por medio de diferentes instrumentos. Puede resguardarse impidiendo la intromisión de otros en el espacio moral de un individuo, pero también realizando acciones para extender ese espacio moral o para evitar que se vea restringido por circunstancias naturales o sociales. Para ello, la teoría debería señalar una vinculación estrecha entre el ejercicio de los derechos formales y cierto stock mínimo de recursos que permitan a los individuos satisfacer realmente esos derechos. La tarea de compatibilizar estos diferentes aspectos de la autonomía individual en los diferentes individuos corresponde a la justicia distributiva.

ABSTRACT

The discussion between conservative and egalitarian liberals has often been centered on the existence or not of positive rights. In this paper, we intend to show that a liberal theory should include positive rights within the set of basic rights.

For that purpose, we expose a critique of conservative liberalism, where we claim that Nozick and Gauthier's theories of justification bring out important difficulties. Specifically, we intend to show that recognition of a set of positive rights is necessary in order to justify property rights.

We claim as well that the positive rights recognized implicitly in Nozick and Gauthier's provisos on appropriation are not a sufficient basis to legitimate negative rights.