

Los argumentos excluyentes en el debate parlamentario y democrático en materia de derechos de propiedad

Héctor Valladares V¹.

1.- Introducción

El tema en el que se enmarca esta comunicación tiene que ver con la pregunta sobre cuál es el rol que le cabe al poder legislativo en el debate sobre derechos de propiedad. El desafío comunicativo que propone este tema amplísimo supone, como resulta evidente, la necesidad de acotar la materia y el objeto de estudio, permitiendo desarrollar una de las tantas aristas posibles de manera coherente, sistemática y dentro de los límites establecidos para esta presentación. El tópico elegido para desarrollar, está contenido en el título de este capítulo, formulada en los siguientes términos: “los argumentos excluyentes en el debate parlamentario y democrático en materia de derechos de propiedad”.

Las revoluciones civiles de 1789 y 1848 y el advenimiento de la modernidad como un torrente de ideas y cambios sociales, convirtieron el ideal democrático en un postulado del pensamiento político. La idea de democracia desarrollada por los modernos, marca profundas diferencias con aquellas otras nociones concebidas por los filósofos de la Grecia clásica. Si aquella democracia más antigua consideraba la intervención directa de los ciudadanos en las decisiones más elementales de la pólis, la democracia de los modernos tendrá que pensar en una vía indirecta para cumplir un rol similar, fundamentalmente debido a la multiplicación del número de habitantes, así como a la expansión de los derechos de ciudadanía. En este problema de cambio de las condiciones materiales de la vida y en la expansión de las ideas de libertad como autodeterminación, es que el parlamento hará su aparición como forma histórica capaz de expresar la voluntad del pueblo- en sentido constitucional- por medio de la noción de representación.

¹ El autor es ayudante “ad honorem” de las cátedras de Derecho Constitucional y Derecho Comercial en la facultad de Derecho de la Universidad de Chile. También ha sido coordinador general de congresos estudiantiles, miembro de número de la revista Derecho y Humanidades y ha presentado ponencias en distintos congresos internacionales en Chile y Argentina.

El gran desafío que tiene el parlamentarismo como forma característica y expresiva de la democracia indirecta -de los modernos- es el de ser capaz de responder al rol que social y orgánicamente se le asigna. Este órgano del estado deberá representar y configurar la voluntad del pueblo, detentador de la soberanía, encargándosele la tarea, ni más ni menos, que de crear el derecho, que no es otra cosa que ese puñado de reglas sociales que, en palabras de Kant, tienen por objeto compatibilizar la conducta de unos y otros bajo una ley universal de la libertad.

El principal rol del parlamento y más apropiadamente, del poder legislativo, es el de configurar el derecho en las más diversas y complejas áreas que puede tener la vida humana en sociedad. Uno de los desafíos principales, quizá el más importante, es el de establecer reglas que regulen el acceso al uso, goce y disfrute de los recursos que están en el mundo; eso que los que nos dedicamos al estudio de la ciencia jurídica conocemos bajo el nombre de derechos de propiedad.

Como hemos insinuado en el primer capítulo de esta memoria, el profesor Hume consideraba que toda sociedad mínimamente compleja requería derechos de propiedad y reglas de justicia ahí donde la naturaleza no la haya puesto bajo una condición natural de abundancia ni de extrema escasez. De hecho, constata agudamente el filósofo, que la condición más característica que define la condición humana es la de “escasez relativa”. Este concepto económico indica, más o menos, que la oferta total de bienes y servicios no alcanza a cubrir la demanda total por estos, en consecuencia, solo es esperable que una parte de la demanda quede satisfecha. Esta condición de escasez, obliga a cada individuo a luchar por el propio sustento, lo que evidentemente hará que las personas estén dispuestas a dañar a otras con el fin de no perecer por falta de alimentos o de refugio.

También hemos planteado que los desacuerdos en cuanto al uso, control y titularidad de los derechos propietarios, son susceptibles de ser serios porque están relacionados con la satisfacción de deseos, necesidades y en último término de la propia supervivencia. En consecuencia, el legislador de cualquier estado tendrá por principal tarea establecer las reglas que regulen el acceso a los bienes que están en común en el mundo. Deberá, además, definir las formas de uso y los límites legales de su goce. En resumen, todas las normas sobre propiedad que se envuelven y entretajan en nuestras legislaciones, responden a esa necesidad que tiene todo Estado de regular la propiedad, ahí donde se quiera evitar que las personas resuelvan sus conflictos por el acceso a los bienes, apelando a la ley del más fuerte o a la justicia por la propia mano.

Repasando el marco teórico antes señalado, se va despejando la importancia del legislador de hacerse cargo de esta necesidad de regular los derechos de propiedad. Esta necesidad no observa quien es titular autorizado en la producción del derecho, vale decir, no es relevante distinguir si la forma del estado es autocrática o democrática. Desde un monarca constitucional hasta una democracia occidental contemporánea deberán responder de manera oportuna a la necesidad social que plantean los derechos de propiedad. ¿Cuando resulta relevante, entonces, distinguir la forma de producción del derecho para tratar los derechos de propiedad? La respuesta no es otra que cuando observamos con detención que la forma democrática del estado establece un proceso muy particular para la producción de la ley, el proceso de parlamentar, discutir y, finalmente, establecer la norma jurídica. Si el parlamento es el encargado de producir el derecho a través del un proceso deliberativo, discursivo y de transacción; la calidad y

refinación del debate de ideas y de la argumentación política y parlamentaria, toma una trascendencia de magnitudes apenas consideradas.

La consideración central y prioritaria de que trata esta comunicación², es que dentro del acto deliberativo y argumentativo propio del parlamento y de la construcción del derecho en sociedades democráticas, existe una práctica argumentativa que afecta e inmoviliza el intercambio de ideas así como el proceso agonal y conflictual mismo. Si bien el diálogo sin coacciones, esto es, el diálogo y la discusión sin la amenaza de sufrir daño por la manifestación de las propias ideas u opiniones, es el presupuesto básico de toda deliberación; existen, además, elementos internos a la argumentación política que entorpecen e imposibilitan el avance del debate y el logro de acuerdos razonables, para el caso de este análisis, en materia de propiedad.

En materia de legislación propietaria es usual que se presenten al debate público y en particular en el debate legislativo, argumentos que denominaré “excluyentes”. Este tipo de argumentos tienen por característica que al ser esgrimidos en la contienda deliberativa transformen en irrelevantes aquellos otros argumentos que denominaré de primer orden.

En este trabajo se propondrá una distinción elemental en materia argumentativa diferenciando entre argumentos de primer orden y argumentos excluyentes. El criterio de la distinción es puramente analítico. Analítico ya que tiene por objeto únicamente ordenar e identificar las consecuencias de argumentar de una o de otra forma.

Los argumentos de primer orden en materia de propiedad tienen como característica principal el estar expuestos a crítica de mérito y encontrarse sujetos a contrastación empírica para afirmar sus presupuestos conceptuales o para descartarlos.

Por ejemplo, un argumento típico y ampliamente difundido en favor de los derechos de propiedad privada es el que presenta Milton Friedman en un artículo intitulado *Capitalismo y Libertad*. En *Capitalismo y Libertad*, el autor afirma que los derechos de propiedad privada de una sociedad capitalista promueven la libertad política. En consecuencia, una sociedad que quiera promover el pluralismo de opciones en materia política debe privilegiar este tipo de derechos por sobre la organización colectiva de la propiedad, esta última, organización típicamente socialista. Ahora bien, este argumento es de primera categoría ya que es posible contrastar su enunciado conceptual con ciertos inputs o experiencias empíricas que permiten verificarlo o falsearlo. Para demostrar esta posibilidad, es posible ver la crítica que se ha opuesto a este argumento. Esta crítica, por ejemplo, ha destacado que regímenes donde existe una fuerte defensa de la propiedad privada como lo fue en el régimen franquista español o en la dictadura Chilena de los 80, no se ha promovido necesariamente la libertad política o el pluralismo de opciones del mismo tipo. He aquí un argumento de primera categoría, capaz de ser falseado, descartado o comprobado, acudiendo a la experiencia empírica disponible.

Los argumentos de segunda categoría o argumentos excluyentes, en cambio, tienen como principal característica el no estar sujetos a la crítica de mérito propia de los argumentos de primera categoría. Otro elemento esencial de este tipo de

² VALLADARES V., Héctor. Los Argumentos Excluyentes en Materia de Propiedad, a la Luz del Debate Parlamentario. Ponencia presentada en las VII Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Córdoba, Argentina. Septiembre, 2009.

exposiciones argumentativas es que al momento de ser esgrimidos reclaman un tratamiento prioritario para que se les considere de manera especial. Por ejemplo, el típico argumento excluyente esgrimido en materia de propiedad es el de la existencia de derechos subjetivos pre-estatales y el de los derechos naturales a favor de un estatuto propietario cualquiera (que puede ser privado, comunitario o colectivo estatal).

En el debate sobre propiedad, autores liberales como John Locke y Robert Nozick, han propuesto la existencia de derechos naturales pre-políticos que establecen límites de contenido al ejercicio del poder legislativo. El argumento de Locke, por ejemplo, plantea que previo a la constitución del estado y del derecho positivo, cada persona cuenta con un derecho natural a la apropiación privada (como se ha sostenido en el segundo capítulo de esta memoria). En la influyente interpretación que Macpherson hace del filósofo inglés, es posible encontrar que la configuración de los derechos de propiedad privada tiene su origen no en la sociedad civil, sino en la naturaleza misma del hombre. Ahora bien, la consecuencia del argumento es que, constituido el estado, el legislador soberano no puede afectar ni disponer de los derechos de propiedad configurados en el estado de naturaleza. Si el legislador acepta el argumento, entonces no puede regular la propiedad con libertad, sino que debe reconocer aquello que está impuesto por la naturaleza.

Aclarada la dicotomía entre argumentos de primer orden y argumentos excluyentes, la pregunta que sigue es evidente ¿Cómo debe el legislador democrático lidiar con los argumentos de segunda categoría? ¿Debe aceptarlos sin más o debe ser escéptico cuando sean esgrimidos? No es preciso repetir que de aceptar la pertinencia de los argumentos excluyentes estos vencen la disputa deliberativa por el solo hecho de ser reconocidos como válidos. ¿Qué valor tiene una consideración económica o filosófica a favor de un estatuto de propiedad comunitaria o colectiva-estatal cuando existe un derecho natural a la propiedad privada que impide disponer o disminuir los poderes dominicales del titular del derecho?

Por otro lado, reconocer como válidos los argumentos de segundo orden genera el problema de que cuando dos partes esgrimen derechos de este tipo y cada uno de estos derechos reclamados tenga un contenido distinto, no existirá criterio para definir la disputa. Por ejemplo, ¿Qué ocurre si una parte aduce la existencia de derechos pre-estatales de propiedad privada y la otra parte contesta que el verdadero derecho natural es el derecho colectivo o comunitario de la propiedad? ¿Cuál es el verdadero derecho natural o cuál es el verdadero derecho pre-político?

Finalmente, al reconocer la naturaleza de la pregunta que debe responder el legislador para configurar el o los estatutos de propiedad en determinada sociedad, podemos afirmar con toda claridad que recurrir a los argumentos de segunda categoría debe ser una práctica a desterrar en el debate legislativo por la configuración del derecho.

En conclusión, el rol de producción y creación del derecho por parte del legislador democrático, que Kelsen identifica como el principal de todos, se verá fortalecido por un debate parlamentario abierto, franco y respetuoso de la postura ajena, debate propio de las sociedades pluralistas que nuestras constituciones modernas amparan y promueven.

2.- Sobre Democracia

Así es la verdad. Nuestro Municipio, ciertas noches marcadas en el calendario, no manda encender los faroles, y con frecuencia, cuando está nublado, nos deja a oscuras. (El difunto Matías Pascal. Luigi Pirandello).

Una de las cuestiones más relevantes del proceso democrático, y que tal vez, es una de las más ignoradas en cuanto a páginas de análisis por parte de la ciencia política y jurídica, tiene que ver con esa capacidad que tiene la reflexión y la deliberación política parlamentaria para moldear la praxis a través del derecho. Este tema tiene que ver con la relevancia de las ideas y de los argumentos utilizados en la deliberación democrática legislativa, particularmente en materias de derechos de propiedad. Jeremy Bentham, filósofo clásico de la teoría del derecho, expresaba que el principal propósito del choque de ideas y de la argumentación en el parlamento es el de “hacer saltar la chispa que engendra la evidencia”³. A su vez, el teórico de la democracia Gerhard Leibholz, consideraba el carácter agonial, esto es, esencialmente conflictual y discursivo del debate parlamentario, una de las características más propias de la democracia moderna. No debemos olvidar que una sociedad política, construye su unidad básica a través de la diversidad de sus miembros. La sociedad vive y se basta tanto en el consenso como en la discrepancia⁴ del debate.

Para Leibholz, la idea de representación popular explica también por qué la discusión, o sea, el uso público de la palabra oral en la propuesta y en la réplica en el parlamento, ha merecido precisamente la calificación de principio fundamental de la institución legislativa de carácter representativo. Por un libre intercambio de opiniones, dice este autor, de razones en pro y en contra, deberían los parlamentos llegar a un compromiso políticamente constructivo en todos los temas estatales y, por ende, en los legislativos como principales⁵. Para poder abordar la naturaleza y el conflicto existente en el debate parlamentario resulta preciso contextualizar y aclarar cuestiones previas elementales, relativas a algunos conceptos fundamentales en la materia.

No es posible hablar de parlamentarismo, democracia y debate público sin antes volver a explicar los conceptos básicos en los que se desenvuelve la práctica democrática.

3.- Democracia y Autocracia

Una distinción elemental, si se quiere, de carácter histórico y no puramente analítico, es la que se da en la dicotomía democracia- autocracia. Distinguir entre estas dos formas elementales de gobierno, es posible, atendiendo a la pregunta sobre cuál o quien es la fuente de producción de normas que tiene un determinado sistema jurídico. Para definir un concepto mínimo de democracia y de esta manera dilucidar la naturaleza

³ Leibholz, Gerhard. *Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1971. Pp. 20.

⁴ Nogueira A., Humberto. *Teoría y Práctica Democrática*. Chile, (ed) Andante, 1986. Pp. 38

⁵ Idem. Pp. 20-21

de la dicotomía que se da entre democracia vs autocracia, es posible servirse del trabajo de los autores clásicos en la materia.

Cuando observamos la democracia, nos dice Rousseau, somos capaces de distinguir claramente la diferencia entre someter a una multitud y dirigir una sociedad⁶. Así, la expresión del contrato social, ampliamente difundida en teoría política, reza que “al unirse cada uno a todos, no obedezca más que a sí mismo y quede tan libre como antes”. En la nombrada sentencia, se resume el principal objetivo de la democracia, que no es otro que el hacer parte al ciudadano del devenir de la polis y comprometerle moralmente en la idea del auto gobierno.

El filósofo italiano, Norberto Bobbio, define la democracia como “una de las tantas formas de gobierno, en particular, aquella en la cual el poder no está en manos de uno o de unos cuantos sino de todos o mejor dicho de la mayor parte, y como tal se contraponen a las formas autocráticas, como la monarquía y la oligarquía”⁷.

En el mismo sentido, Hans Kelsen, el teórico del derecho por excelencia, señala que “si la norma general no es producida, ni mediata ni inmediatamente por el pueblo, es decir, por aquellos mismos que son súbditos, sino por un único hombre frente al cual todos los demás hállanse (sic) carentes de derecho, mientras que él es frente a estos el único facultado o autorizado, entonces el pueblo no tiene derechos políticos”⁸, y es posible identificar la forma autocrática de gobierno.

Como hemos dicho, la distinción conceptual entre democracia y autocracia hace referencia a la pregunta sobre quién es la fuente de producción de normas jurídicas. Si a la interrogante recién planteada se responde que un único individuo capaz de someter, sojuzgar o domeñar con su voluntad la conducta de aquellos otros súbditos receptores de este acto volitivo de origen particular pero soberano, de efectos generales, entonces, estamos en presencia de un gobierno autocrático. En cambio, si es posible contestar a la pregunta afirmando que la causa o el origen del derecho y de las normas jurídicas tiene su fundamento en un acto de voluntad colectivo, atribuible a la propia masa de los destinatarios de normas, entonces, es posible hablar de democracia.

Para el filósofo, V.O. Key, el siglo XIX se caracterizó por las luchas de expansión del sufragio y por el gobierno parlamentario. Estas se sostenían en la creencia de que el pueblo de algún modo tenía que participar en las grandes decisiones del estado y, por tanto, tenía que gobernar⁹.

En teoría de la democracia, es posible observar la existencia de una serie de ritos y de expresiones históricas que caracterizan la dicotomía democracia/autocracia, por ejemplo, atendiendo a aquel criterio relacionado con la publicidad de los actos de Estado generados por unas y otras. En la monarquía, se dice que la regla general en materia de publicidad de actos públicos es el secreto. Toda la generación del derecho y los detalles de su producción, se dice, estaría marcada por una actitud de opacidad e incluso de ocultamiento. De esta manera, también podemos observar que la trama opositora al poder se desarrollara en la penumbra. Por ejemplo, cuando se quería atacar

⁶ Rousseau, J.J. *El Contrato Social*. Traducción de Enrique López Castellón. Madrid, EDIMAT, 2004.

⁷ Bobbio, Norberto. *Liberalismo y Democracia*. Traducción de José Fernández Santillán. México, Fondo de Cultura Económica, 1989. Pp. 7.

⁸ Kelsen, Hans. *Compendio de Teoría General del Estado*. Traducción de Luis Recasens y Justino de Azcarate. Madrid, Editora Nacional, 1980.

⁹ Key, V. O. *Opinión Pública y Democracia*. Bibliográfica Omega, 1967.

al poder de los reyes, autócratas por excelencia, no se los denunciaba públicamente sino que se les envenenaba o se les acuchillaba (ardid tapado y secreto). En cambio, la democracia invertiría la regla, estableciendo la publicidad de los actos y de la acción pública bajo un principio de transparencia. Por eso es que en democracia cuando se quiere destruir a un adversario no se lo envenena ni se le apuñala, sino que se lo difama tratando de destruir su imagen pública. Por la inversión de la regla, no es de extrañar que en nuestros sistemas democráticos cada vez se dé más relevancia a normas y actos que tengan por objeto promover y facilitar el conocimiento y acceso que los ciudadanos tienen a la información pública, así como a la transparencia de los actos del soberano.

La actitud que tiene el estado en los sistemas autocráticos o democráticos respecto a la publicidad de sus actos, se relaciona sin lugar a dudas con la pregunta por la fuente de autoridad del derecho. En el gobierno autocrático, el soberano no le debe explicaciones a los súbditos. Si recordamos uno de los conceptos fundamentales en teoría del derecho veremos que la relación que existe entre súbditos y soberano es asimétrica y jerárquica. Ahí donde los primeros deben obligación, el soberano no le debe cuenta más que a su propia consciencia. En la democracia, como el origen del poder se debe a la voluntad del pueblo, es de cara a este que se debe actuar y comparecer.

Para Bobbio, el desprecio por la publicidad de los actos de gobierno, propio de las dictaduras, monarquías y, en general, de la forma autocrática de gobierno, se debe fundamentalmente a dos razones. Plantea que “entre las razones que socorren al secreto hay dos que son dominantes y recurrentes: la necesidad de rapidez en toda decisión que atañe a los intereses supremos del Estado, y el desprecio por el vulgo, considerado como un objeto pasivo del poder, dominado por fuertes pasiones que le impiden tener una idea racional del bien común y lo convierten en fácil presa de los demagogos”¹⁰

El gobierno democrático, como ya se ha dicho, cambia el eje de la titularidad del productor de normas situando la fuente de producción en los destinatarios de las mismas, en el pueblo. Ahora bien, la asimetría natural que se genera entre gobernantes y gobernados, producto de la democracia representativa o indirecta, obliga a aquellos a dar cuenta de sus actos de manera permanente y continua a quienes son los titulares de esta. El pueblo requiere información y publicidad ya que al ser la investidura de la autoridad un mandato que el pueblo le confiere a sus representantes, es de la esencia de este mandato, la obligación de dar cuenta de todo lo obrado. Por consiguiente, la necesidad de las autoridades representantes del pueblo de dar relación de sus actos en la esfera de lo público, tiene su causa en que el ejercicio de la autoridad lo ejercen en razón de un mandato público delegatorio, que la soberanía popular les confiere. Para Georges Burdeau, no hay democracia auténtica más que cuando el pueblo, soporte del poder político, es puesto en condiciones de ejercerlo directamente o, al menos, de controlar su ejercicio¹¹.

4.- Libertad como autonomía y democracia

¹⁰ Bobbio, Norberto. *El Futuro de la Democracia*. Traducción de José Fernández Santillán. México, Fondo de Cultura Económica, 1996. Pp. 106.

¹¹ Burdeau, Georges. *La Democracia*. Barcelona. Ediciones Ariel, 1960. Pp. 39.

La idea de poner en la colectividad el fundamento de la autoridad que la rige es tan antigua como el pensamiento político. En el ideal de la democracia convergen dos postulados de nuestra razón y reclaman satisfacción dos cuestiones primarias de la vida social. En primer lugar, y esto puede observarse quizá en el origen de los movimientos revolucionarios en la modernidad, la protesta contra la coacción resultante del estado social, la reacción contra la voluntad extraña, ante la cual la propia tiene que doblegarse y la retorsión contra la heteronomía¹². Kelsen, identifica con perspicacia que el peso de la voluntad ajena, impuesto por el orden social, es tanto más abrumador cuanto más intensamente se manifiesta en el hombre la conciencia del propio valer al rechazar la superioridad de los demás. George Burdeau, reconoce este afán de la persona por la libertad como autodeterminación política señalando que “La libertad del ciudadano es un atributo de su personalidad. Incondicional y metafísica va unida a él en cualquier parte que se encuentre”¹³.

Las relación entre democracia y libertad puede ser entendida también observando la diferencia que el notable filósofo inglés sir Isaiah Berlin ha clarificado de manera magistral en su ensayo sobre los dos conceptos de libertad. Berlin, distingue entre lo que llama libertad negativa y libertad positiva¹⁴. Señala que libertad negativa trata de responder a la siguiente pregunta: ¿cuál es el área que un sujeto- una persona o grupo de personas- que puede ser dejado libre para hacer o ser lo que desea sin interferencia de otros? Mientras la libertad positiva se refiere a la respuesta a una pregunta muy diferente: ¿quién o cuál es la fuente de control o interferencia que puede determinar que alguien sea o haga esto o aquello?

Para la libertad negativa se dice que “soy libre en la medida que ningún hombre o ningún grupo de hombres interfiere en mi actividad. En este sentido, libertad política es simplemente el ámbito en que un hombre, puede actuar sin ser obstaculizado por otros”¹⁵. Este espacio es el que asegura la preservación de un área en la cual una persona debe ser dejada libre para hacer o ser lo que desea. Por el contrario, la coerción es la interferencia deliberada de otros seres humanos en las esferas en que yo quiero actuar. Vale decir, para ser tal, la coerción exige la acción deliberada de otros, porque el criterio para demarcar la opresión es el grado de participación de otros seres humanos en la frustración de mis deseos¹⁶. La genialidad de Berlin, está en haber expresado claramente la necesidad de acotar este espacio de libertad negativa, ya que no es posible dejar sin regulación esta libertad natural. Observa sagazmente que en el lenguaje de los filósofos ingleses se hablaba usualmente de permitir mayores o menores espacios de libertad, pero lo que no se puede hacer es permitir a todos el desarrollo absoluto de su libertad, ya que las necesidades e intereses convergentes harían colisionar el arbitrio de unos y otros; así como tampoco es posible constreñir a un mínimo esta esfera privada. En resumen, la libertad negativa, representa la libertad como no interferencia, una libertad que fija límites a la acción que otros (por ejemplo el estado) puedan pretender respecto de la persona.

¹² Kelsen, Hans. *Esencia y Valor de la Democracia*. Traducción de Rafael Luengo y Luís Legaz. Barcelona, Editorial Labor, 1977. Pp. 15.

¹³ Burdeau, Georges. *La Democracia*. Barcelona. Ediciones Ariel, 1960. Pp. 37.

¹⁴ Berlin, Isaiah. *Libertad y Necesidad en la Historia*. Traducido por Julio Bayón. Madrid, Revista de Occidente, 1985.

¹⁵ Berlin, Isaiah. *Op. Cit.* Pp. 137.

¹⁶ Santa Cruz, Lucía. *Conversaciones con la Libertad*. Santiago, Aguilar, 1998. Pp. 23.

Por otro lado, el origen de la libertad positiva es el anhelo del individuo de ser su propio dueño, de ser un ente racional, pensante, activo y responsable de sus opciones personales. En tal sentido, dice Santa Cruz, la libertad positiva no se contrapone en lógica a la libertad negativa, pero su desarrollo y significación histórica alcanzaron un punto donde esta libertad llegó a ser contradictoria con su sentido negativo. La libertad positiva, como ya resultará evidente, está íntimamente relacionada con la idea de autodeterminación y con la idea de autogobierno, nociones que animan en lo más íntimo las demandas por mayor democracia. El hombre que vive en el estado autocrático reclama para sí, el derecho de ser la causa de las leyes que le rige. La queja se dirige contra esa voluntad heterónoma que no le permite identificar su voluntad con las leyes que le son impuestas, en consecuencia, la lucha por la democracia es una lucha por la libertad, pero por un tipo de libertad en particular, una libertad positiva o como autonomía. Kelsen, expresa la pretensión por autodeterminación de la sociedad con una claridad inigualable. Escribe, “Si la sociedad y el estado han de existir, precisa también que exista un orden obligatorio para la conducta recíproca de los hombres, y por consiguiente, una autoridad. Pero ya que hayamos de ser gobernados, aspiramos al menos a gobernarnos por nosotros mismos. Así, la libertad natural se convierte en libertad social o política. Es políticamente libre quien, aun estando sometido, lo está solamente a su propia voluntad y no a la ajena”¹⁷.

Norberto Bobbio, nuevamente este autor clásico, explica con claridad la relación que se da entre democracia, expresiva de la libertad positiva, de aquella otra que reclama espacios de no interferencia. Nos dice: “La existencia actual de regímenes llamados liberales democráticos o de democracia liberal, induce a creer que liberalismo y democracia sean interdependientes. Por el contrario, el problema de sus relaciones es muy complejo. En la acepción más común de los dos términos (libertad negativa), por liberalismo se entiende una determinada concepción del Estado, la concepción según la cual el Estado tiene poderes y funciones limitados, y como tal se contrapone tanto al Estado absoluto como al Estado que hoy llamamos social”¹⁸. Como consecuencia de esta reflexión tenemos que un estado liberal no es por fuerza democrático, más aún, históricamente se realiza en sociedades en las cuales la participación en el gobierno está muy restringida y limitada a las clases pudientes. Nos advierte Bobbio que un gobierno democrático es capaz de poner en crisis el estado liberal. Podemos afirmar con albor que parte del avance de la democratización, producto de la ampliación progresiva del sufragio, a puesto en jaque el estado liberal producto de que la democracia popular, reclama mayores interferencias a ciertos individuos para cumplir con fines de justicia distributiva.

Finalmente, Kelsen, advierte con la penetración que le es propia, que puesto que el ideal de la democracia se considera realizado o logrado desde el punto en que los sujetos al orden del estado participen en la conformación del mismo, se desentiende aquel ideal de la medida en que el orden del Estado, afecta a los individuos que cooperan a formarlo, es decir, que se despreocupa del grado en que su libertad negativa

¹⁷ Kelsen, Hans. *Esencia y Valor de la Democracia*. Traducción de Rafael Luengo y Luís Legaz. Barcelona, Editorial Labor, 1977. Pp. 16.17.

¹⁸ Bobbio, Norberto. *Liberalismo y Democracia*. Traducción de José Fernández Santillán. México, Fondo de Cultura Económica, 1989. Pp. 7.

queda afectada¹⁹. Remata, señalando que la historia demuestra que el poder del Estado democrático no propende a la expansión menos que el autocrático.

Como consideración concluyente, es posible reproducir los lamentos que, Leibholz, formula con ocasión de este tema. Señala que “en el tradicional estado liberal-legislativo, los diputados eran proclamados para salir al paso, como paladines de la libertad, de las extralimitaciones con que el poder ejecutivo eventualmente se atreviese a vulnerarla. Hoy, en el parlamento dominado por los partidos políticos, el aparato legislativo cada día se aplica más exclusivamente a procurarle a cada ciudadano un nivel mínimo de bienestar social y a satisfacer las necesidades económico-sociales, siempre crecientes de la población”²⁰. Por consiguiente, la democracia moderna se va caracterizando cada vez más con un estado benefactor y responsable de todo el ámbito de la previsión pública más que con el estado asegurador, propio del modelo clásico y decimonónico.

5.- Democracia Directa y Democracia Indirecta

La relación entre democracia directa y democracia indirecta se puede figurar en lo que la literatura ha venido en llamar la divergencia entre la democracia de los antiguos y la democracia de los modernos.

La filosofía suele reconocer en lo que se ha denominado como democracia de los antiguos, a la democracia directa, expresiva de la reunión de los ciudadanos en un espacio físico común con el objeto de deliberar sobre las cuestiones concernientes a la justicia y a la comunidad política. Así, la democracia Ateniese, paradigma de esta idea, permitía a una pequeña parte de la población a la que se le reconocían derechos de ciudadanía, establecer las reglas para la comunidad bajo la noción de libertad como autodeterminación. La asamblea de los representantes, la democracia que tenía en mente Rousseau²¹, es una institución que puede existir únicamente en una pequeña comunidad, como era la del modelo clásico por excelencia, la Atenas de los siglos V y IV A.C., cuando los individuos eran unos cuantos miles y en su asamblea pocas veces se veían más de dos mil²².

Por otro lado, la democracia de los modernos hace referencia a aquella organización política que reconoce al pueblo como titular de la soberanía pero que asume la imposibilidad del ejercicio deliberativo directo por parte de cada uno de ellos. Por esta razón, la democracia indirecta, contiene la idea de la representación popular, esto es, la posibilidad de que solo un puñado de ciudadanos, originarios del mismo pueblo, se proyecte a la tarea de la legislación y el gobierno en nombre de todo el resto.

Kelsen, señala que la democracia directa, dada la magnitud de los Estados modernos y la diversidad de sus fines no puede encarnar en ninguna forma política viable. La democracia del Estado moderno, en cambio, es una democracia mediata,

¹⁹ Kelsen, Hans. *Esencia y Valor de la Democracia*. Traducción de Rafael Luengo y Luís Legaz. Barcelona, Editorial Labor, 1977. Pp. 24.

²⁰ Leibholz, Gerhard. *Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1971. Pp. 34.

²¹ Rousseau, J.J. *El Contrato Social*. Traducción de Enrique López Castellón. Madrid, EDIMAT, 2004.

²² Bobbio, Norberto. *El Futuro de la Democracia*. Traducción de José Fernández Santillán. México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

parlamentaria, en la cual la voluntad colectiva que prevalece es la determinada por la mayoría de aquellos que han sido elegidos por la mayoría de los ciudadanos²³.

La distinción entre democracia directa y democracia representativa o indirecta, hace alusión a que la producción de normas generales, esto es, de leyes, puede tener lugar de varias maneras. Puede hacerse de un modo inmediato por aquellos para quienes esas normas están dirigidas. En este diseño institucional, todos los súbditos tienen un derecho subjetivo público a participar de las asambleas con “voz” y “voto”. De manera diferente, el acto de legislación puede producirse de manera mediata o indirectamente por el pueblo, valiéndose de una representación elegida por este. En este caso, el proceso de la producción general de derecho (que suele llamarse de formación de la voluntad del estado), se descompone en distintos derechos distinguiendo entre gobernantes y gobernados. Por una parte, los súbditos tendrán dos derechos subjetivos, el primero, para emitir sufragio, el segundo, para ser candidatos. Por otra parte, a los electos representantes tendrán el derecho subjetivo a formar parte del parlamento, esto es, el derecho a deliberar y votar en él²⁴.

Otra consideración relevante es la que hace el filósofo, Alain Touraine²⁵, señalando que no hay poder popular que pueda llamarse democrático si no ha sido acordado y renovado por una libre elección; tampoco hay democracia si una parte importante de los gobernados no tiene derecho a voto, lo que ha ocurrido las más de las veces y concernido al conjunto de las mujeres y también a aquellos que no han alcanzado la mayoría de edad.

Como consideración final en este punto, la literatura democrática ha llegado a una conclusión casi unánime en señalar que el sistema representativo es el mecanismo necesario para convertir la voluntad popular en poder gubernamental²⁶. De hecho, Bobbio, repetía constantemente a sus alumnos de cátedra que una actitud repetitiva y peligrosa de los dictadores era ponerle a la democracia algún apellido. Este podía ser, democracia real, democracia verdadera, democracia popular, democracia social, y la mayoría de las veces para terminar afirmando que ellos personalmente o su grupo de interés representaban el verdadero sentido de esa democracia que ellos venían a apellidar. Entonces, recomendaba a sus alumnos, que cuando escucharan a un gobernante apellidar la democracia, entonces debían “correr a perderse”²⁷, ya que era probable que llegara la dictadura vestida con los ropajes de la democracia.

²³ Kelsen, Hans. *Esencia y Valor de la Democracia*. Traducción de Rafael Luengo y Luís Legaz. Barcelona, Editorial Labor, 1977. Pp. 47.

²⁴ Kelsen, Hans. *Compendio de Teoría General del Estado*. Traducción de Luís Recasens y Justino de Azcarate. Madrid, Editora Nacional, 1980. Pp. 158.

²⁵ Touraine, Alain. *¿Qué es la Democracia?* Traducción de Horacio Pons. México. Fondo de Cultura Económica, 1995. Pp. 42.

²⁶ Lipson, Leslie. *Historia y Filosofía de la Democracia*. Traducción de Lorenzo García. Buenos Aires, (ed) Tipográfica Argentina S.A. 1969.

²⁷ Esta anécdota suele contarla a sus alumnos el profesor de filosofía del derecho Agustín Squella, que comparte con Bobbio el gracioso epíteto de ser fiero y justo. Por otra parte, la expresión “correr a perderse” hace alusión a ser incrédulos y escépticos frente a estas expresiones de impostura (que parecen verdaderos conflictos de identidad) que usualmente tienen las dictaduras.

6.- Parlamento y Deliberación

Como ya he planteado, el parlamento tiene sentido en un modelo democrático representativo o indirecto. También se ha dicho que su función principal es la de crear y dar forma al derecho antecediéndole un proceso deliberativo. El derecho, por su parte, no es sino, un conjunto de reglas o normas establecidas por el soberano y que responden a la voluntad de este, con miras a modelar la conducta de los individuos para los que están destinadas.

La función parlamentaria tiene ciertas características en la producción legislativa que la distinguen del modelo autocrático. En la monarquía, forma paradigmática de este último modelo, el derecho depende de la voluntad del soberano encarnado en la persona del rey. En consecuencia, los edictos y leyes reales dependerán de la conformidad o disconformidad que el propio soberano determine en la esfera interior de su arbitrio. Es la voluntad unilateral y las consideraciones que este pueda hacer respecto de la prudencia o necesidad de una norma general, las que determinarán si tiene o no vigencia una legislación, siempre entregada la decisión a su voluntad más arbitraria, soberana y personal. Por el contrario, la forma parlamentaria y democrática, establece el modelo deliberativo y la regla de mayoría para determinar que legislación general es la que tendrá lugar. El nombre del gobierno parlamentario, quizá, expresa de manera más sencilla y clara la función del representante del pueblo. En este diseño institucional, cada uno de los diputados o representantes de la cámara tienen el derecho a proponer y promover una legislación para que sea discutida en el foro. Se supone que la presentación de una propuesta hará desplegar un procedimiento discursivo y conflictual que tiene por objeto elucidar si dicha legislación es conveniente o inconveniente para el bien común. Como resulta evidente, la existencia de varias personas involucradas en el proceso legislativo llevará ciertamente a que una parte de esas personas llegue a resultados distintos respecto de la conveniencia o no de determinada legislación. Por esta razón, es la ley de la mayoría la que termina por definir los desacuerdos generados en el corazón del foro legislativo.

La labor deliberativa parlamentaria no es pacífica. La literatura en este punto no es escéptica ni cándida en el sentido de considerar el debate legislativo como la expresión más pura del intelecto arrojado al descubrimiento de la verdad y del propio ser. En este sentido, los parlamentarios no se provocan unos a otros con preguntas tales como si el sol rayará mañana o sobre cuáles son las leyes que oculta la metamatemática. Autores como Burdeau, observan sin ninguna ingenuidad y ajenos a todo candor, la realidad de estas verdaderas luchas por establecer la legislación, pero siempre cubiertas y reguladas procedimentalmente por el manto de la argumentación y la transacción. Escribe que “en la medida que las instituciones oficiales hacen actuar la voluntad popular, deben acomodarse a sus turbulencias y a sus divisiones. No es ya un pueblo homogéneo y unificado del que hay que expresar primero y hacer prevalecer después la voluntad, es una sociedad en que todos los antagonismos de clase, de intereses y de creencias van a enfrentarse, decuplicados por el juego de la lucha, en las avenidas del poder. La democracia que sus fundadores habían concebido como el régimen de la razón, se convierte en una prueba de fuerza”²⁸. Pero es necesario insistir, que este choque o juego de fuerza, se debe llevar por los medios de la argumentación y la comunicación del pensamiento. En consecuencia, toda ventaja particular oculta en una

²⁸ Burdeau, Georges. *La Democracia*. Barcelona. Ediciones Ariel, 1960.

propuesta legislativa, corre el riesgo de ser expresada torpemente en el foro, pudiendo padecer las inclemencias del ridículo o de la incomprensión. Finalmente, si es verdad que existe una lucha intensa al interior del foro legislativo, también es cierto que dicha lucha no se resuelve a golpes de puño²⁹, sino que por medio de la intervención oral de los diputados y en los arreglos que los grupos parlamentarios acuerden, en la forma de transacciones.

Sin querer ser pleonástico, resulta preciso ser obstinado en el punto, para así aclarar ciertas cuestiones que puedan generar ambigüedades. Leibholz, planteaba que el uso de la palabra oral en la propuesta y en la réplica en el parlamento ha merecido precisamente la calificación de principio fundamental de esta institución legislativa de carácter representativo. Por un libre intercambio de opiniones, de razones en pro y en contra, deberían los parlamentos llegar a un compromiso políticamente constructivo en todos los problemas estatales y, por ende, en los legislativos como principales³⁰. Es por esta función que se le ha encargado al parlamento que el acto de argumentar y el proceso deliberativo, debe ser observado con mucha atención, preocupación suficiente como para ir al fondo de uno de los problemas que afectan el debate sobre propiedad.

7.- Argumentos de primera categoría y argumentos excluyentes

Dilucidadas las cuestiones elementales en materia de propiedad, referidas a su marco teórico y entendida la necesidad de perfeccionar el debate parlamentario compuesto por una pluralidad de criterios y visiones del mundo, introduzcamos la cuestión relativa al fondo del debate argumentativo parlamentario. Hemos dicho que el parlamento es el encargado de producir el derecho a través del un proceso deliberativo, discursivo y de transacción; en consecuencia, la calidad y la refinación del debate de ideas y de la argumentación política y parlamentaria, toma una trascendencia de magnitudes apenas consideradas.

Dentro del acto deliberativo y argumentativo propio del parlamento y de la construcción del derecho en sociedades democráticas, existe una práctica argumentativa que afecta e inmoviliza el intercambio de ideas así como el proceso agonal y conflictual que este desenvuelve. Uno de los presupuestos de toda comunicación y en particular de toda permuta de ideas, reside en la necesidad de establecer un diálogo sin coacciones. Esta expresión, hace referencia a la necesidad de sostener la plática sin la amenaza de sufrir daño por la revelación del pensamiento y las opiniones, es el presupuesto básico de toda deliberación. Existen además, elementos internos a la argumentación política que entorpecen y atascan el avance del debate y el logro de acuerdos razonables, para el caso de este análisis, en materia de propiedad.

En materia de legislación propietaria es usual que se presenten al debate público y en particular en el debate legislativo, argumentos que denominaré “excluyentes”. Este tipo de argumentos tienen por consecuencia principal, que al ser esgrimidos en la contienda deliberativa, transformen en irrelevantes aquellos otros argumentos que denominaré de primer orden.

²⁹ Es preciso señalar, a modo de anécdota, que en algunos parlamentos asiáticos los representantes de la cámara suelen golpearse casi de manera habitual, pero el régimen general, incluso en estos casos curiosos, es que la legislación se resuelva por la vía de la deliberación, la transacción y de la regla de la mayoría.

³⁰ Leibholz, Gerhard. *Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1971. Pp. 20.

Es preciso hacer una distinción elemental en materia argumentativa diferenciando entre argumentos de primer orden y argumentos excluyentes o de segundo orden. El criterio de la distinción es puramente analítico. Analítico ya que tiene por objeto únicamente ordenar³¹ e identificar las consecuencias de argumentar de una o de otra manera. Más que atendiendo a la forma o al estilo en que son presentados, hacen referencia al contenido de estos.

Los argumentos de primer orden en materia de propiedad tienen como característica principal el estar expuestos a crítica de mérito y encontrarse sujetos a contrastación empírica para afirmar sus presupuestos conceptuales o para descartarlos. Por ejemplo, un argumento típico y ampliamente difundido en favor de los derechos de propiedad privada es el que presenta Milton Friedman en un artículo intitulado *Capitalismo y Libertad*.

En *Capitalismo y Libertad*, Friedman afirma que los derechos de propiedad privada de una sociedad capitalista promueven la libertad política. En consecuencia, una sociedad que quiera promover el pluralismo de opciones en materia política debe privilegiar este tipo de derechos por sobre la organización colectiva de la propiedad, esta última, organización típicamente socialista. Friedman, precisa su argumento y lo enfoca en el terreno de la libertad de expresión política. Nos propone observar de qué manera reacciona un sistema de organización social capitalista y otro socialista frente a la posibilidad de que grupos radicales promuevan sus ideas contrarias al régimen. En el caso de las sociedades socialistas, dice, donde la economía se ha confundido con el Estado y donde el empleo depende enteramente de los burócratas del partido único, se ven problemas materiales serios para promover ideas contrarias al sistema imperante. Resumiendo lo expuesto en el segundo capítulo de esta memoria, las sociedades capitalistas donde existe propiedad privada permiten que personas contrarias o críticas del sistema social imperante expresen y promuevan sus ideas con mayor libertad que en sociedades socialistas. En estas últimas, por el contrario, los costos de promover preferencias políticas contrarias al socialismo son del tipo “prohibitivos”, esto es, son casi imposibles de alcanzar.

Ahora bien, este argumento es de primera categoría ya que es posible contrastar su enunciado conceptual con ciertos inputs o experiencias empíricas que permiten verificarlo o falsearlo. Para demostrar esta posibilidad, es posible ver la crítica que se ha opuesto a este argumento. Esta crítica, por ejemplo, ha destacado que regímenes donde existe una fuerte defensa de la propiedad privada como lo fue en el régimen franquista español o en la dictadura Chilena de los 80, no se ha promovido necesariamente la libertad política o el pluralismo de opciones del mismo tipo. He aquí un argumento de primera categoría, capaz de ser falseado, descartado o comprobado, acudiendo a la experiencia empírica disponible. Se entiende que esta característica de los argumentos de primera categoría es lo que nos permite hablar de buenas o malas razones o de mejores y peores. La capacidad de contrastar y reflexionar los argumentos, en buenas cuentas, de pensarlos, es lo que permite el diálogo. Si en cambio, alguien reclamara para sí, un acceso epistemológicamente privilegiado al conocimiento o la verdad (por ejemplo, como entienden los católicos la relación directa que el papa tiene con el creador, que le revela las verdades y misterios del mundo), las razones o enunciados que presente harían banal toda otra consideración. Lo propio, entonces, de los argumentos

³¹ Si esto es posible aunque sea en una muy modesta medida, el autor de esta memoria se da por pagado.

de primera categoría es el de ser susceptibles de crítica de mérito, es su capacidad de ser pesados o puestos en la balanza.

Los argumentos de segunda categoría o argumentos excluyentes, en cambio, tienen como principal característica el no estar sujetos a la crítica de mérito propia de los argumentos de primera categoría. Otro elemento esencial de este tipo de exposiciones argumentativas es que al momento de ser esgrimidos reclaman un tratamiento prioritario para que se les considere de manera especial, reclaman un peso especial. Por ejemplo, el típico argumento excluyente esgrimido en materia de propiedad es el de la existencia de derechos subjetivos pre-estatales y el de los derechos naturales a favor de un estatuto propietario cualquiera (que puede ser privado, comunitario o colectivo estatal). Observemos a continuación uno de los argumentos de este tipo que ha sido más influyente en la literatura propietaria, la teoría laborativa de Locke.

El principal objetivo de la teoría de la sociedad civil y del gobierno en Locke, es el de postular, con luminiscencia, que los hombres tienen un derecho natural a la propiedad privada, un derecho anterior, previo y antecedente, a la existencia y constitución de la sociedad y el gobierno civiles. Macpherson, prestar atención en que Locke, entiende por propiedad, aquella que se tiene sobre el propio cuerpo y aquella que existe sobre los bienes en general³². A pesar de la ambigüedad que se pueda generar por este uso indistinto de la voz propiedad para referirse en un caso al cuerpo y en otro a los bienes que están en el mundo, el uso general y principal será el hacer referencia a la segunda cuestión, esto es, a la propiedad sobre los bienes del mundo. Locke, en el comienzo del segundo tratado del gobierno civil postula y afirma que todo hombre tiene un derecho natural común a los bienes que están en el mundo, no así el derecho privado que se tiene a acceder al propio cuerpo. Macpherson, acertadamente identifica el objetivo de Locke y la genialidad de este, al afirmar en un principio la existencia de un derecho natural a la propiedad con limitaciones, para terminar rematando el capítulo de la propiedad, en el Segundo Tratado del Gobierno Civil, afirmando que existe un derecho natural ilimitado a la apropiación y al acopio de todos los bienes que están en común, concentrando estos en las manos de muy pocos hombres, sin que esta situación indigne a liberales preocupados por consideraciones de justicia. La verdadera función del capítulo sobre la propiedad, se plantea, es de meridiana importancia: elimina los límites de la ley natural del derecho natural individual a la propiedad. “La asombrosa hazaña de Locke consistió en fundamentar el derecho de propiedad en el derecho natural y en la ley natural, y en eliminar luego todos los límites del derecho natural para el derecho de propiedad”³³. En opinión de Locke, ninguna institución debe nada a la sociedad civil.

Cuestiones tales como función social de la propiedad o nociones similares son completamente ajenas a la noción de derecho de propiedad privada. Tampoco tiene la sociedad civil el derecho de abrogar el derecho natural. El poder de la sociedad civil y del gobierno, están estrictamente limitados a hacer cumplir los principios del derecho natural. En consecuencia, ningún parlamento ni ninguna democracia que reclame para sí el derecho a gobernar, puede desarrollar una política pública o legislación que atente o disminuya los derechos del estatuto del propietario privado en favor de algún otro

³² Macpherson, C.B. *La Teoría Política del Individualismo Posesivo*. Madrid. Pp. 172.

³³ Macpherson, C.B. *La Teoría Política del Individualismo Posesivo*. Madrid. Pp. 173.

estatuto propietario, colectivo o comunitario. El profesor Godoy, interpreta pertinaz y correctamente a Locke, cuando señala que un poder legislativo o un monarca que violen el fin que una sociedad política les ha encomendado, que no es otro que la defensa de las libertades, la seguridad y los bienes; debe ser resistido por todos los medios. Señala que “cuando el legislador invade la propiedad de las personas y se constituye a sí mismo como un poder ilimitado e inmoderado, se pone en estado de guerra contra el pueblo”³⁴.

Resulta evidente que el argumento planteado en los términos de derecho natural a favor de uno de los estatutos, no hace más que clausurar el debate y la deliberación parlamentaria sobre la configuración de los derechos de propiedad. Esgrimir derechos pre-políticos o derechos naturales en un debate de este tipo, de configuración de la ley, resulta una actitud bastante similar a taparse los oídos y vociferar las propias creencias, sin poder escuchar otras razones. Me parece que esta característica profundamente obtusa de presentarse a un debate (con las características que tiene la discusión parlamentaria), armado de derechos naturales que funcionan como argumentos excluyentes, es profundamente dañino para el debate democrático. Considero que la teoría de los derechos naturales, desarrollada estupendamente por Tomás de Aquino, en este tema, no se atrevió a fijar posiciones claras a favor de algún estatuto particular de la propiedad. Consideraba el buen Tomás, que las cuestiones relativas a las reglas de propiedad quedaban entregadas a lo que definiera el derecho positivo. En consecuencia, la estrategia de revestir las posiciones o los intereses bajo el manto de derechos no discutibles, porque eso es lo que son, derechos inatacables para quienes los esgrimen, es una actitud que daña la buena marcha del debate democrático de ideas y convierte en una brutalidad cualquier intercambio de posiciones que tenga pretensiones de coherencia en una sociedad democrática y pluralista.

Explicitada la dicotomía entre argumentos de primer orden y argumentos excluyentes quedan preguntas planteadas sobre la mesa como por ejemplo ¿cómo debe el legislador democrático lidiar con los argumentos de segunda categoría?, ¿debe aceptarlos sin más o debe ser escéptico cuando sean esgrimidos? No es preciso repetir que de aceptar la pertinencia de los argumentos excluyentes estos vencen la disputa deliberativa por el solo hecho de ser reconocidos como válidos. ¿Qué valor tiene una consideración económica o filosófica a favor de un estatuto de propiedad comunitaria o colectiva-estatal cuando existe un derecho natural a la propiedad privada que impide disponer de él?

Por otro lado, reconocer como válidos los argumentos de segundo orden genera el problema de que cuando dos partes esgrimen derechos de este tipo y cada uno de estos derechos reclamados tenga un contenido distinto, no existirá criterio para definir la disputa. Por ejemplo, ¿Qué ocurre si una parte aduce la existencia de derechos pre-estatales de propiedad privada y la otra parte contesta que el verdadero derecho natural es el derecho colectivo o comunitario de la propiedad? ¿Cuál es el verdadero derecho natural o cuál es el verdadero derecho pre-político? ¿Podemos recurrir a las escrituras o a la patrística para resolver nuestro problema, así como lo hacían los tomistas? Evidentemente no, ya que en una sociedad pluralista la autoridad de las razones reside en su calidad y su peso.

Cuando en una sociedad democrática se esgrimen argumentos de la segunda categoría, o sea, aquellos que reclaman un tratamiento epistemológico privilegiado,

³⁴ Godoy, Oscar. *Revista de Ciencia Política*, Santiago. Volumen XXIV. N° 2, 2004. Pp. 181.

barren con todo diálogo posible respecto de cuál es el sistema de reglas más apropiado o el que debe primar frente al otro por las razones a, b, o z. Estos son indolentes a la crítica de mérito, propia de los argumentos de la primera categoría. En este sentido quien apela al derecho natural o al respeto irrestricto de su derecho subjetivo, principalmente contra la acción del estado o de reformas democráticas, termina acabando con el fundamento más propio de la democracia, que es la deliberación política para la configuración del derecho. El efecto didáctico de la distinción que he propuesto permite entender las consecuencias que tiene para la democracia argüir desde la segunda categoría. Permite entender lo que ganamos y lo que perdemos al revestir nuestras posiciones o razones con los privilegios epistemológicos del derecho natural o los derechos subjetivos. Ganamos a nuestros contendores al excluirles la posibilidad de crítica de mérito que puedan hacer a nuestros argumentos, pero perdemos la democracia al acabar con el debate político para configurar el derecho. Ahora bien, la cuestión también puede tener otros costos o caminar por otros derroteros. Podemos transformar los parlamentos en foros donde todos reclaman tener derechos naturales o subjetivos que respaldan sus razones, en este sentido, transformar la discusión del parlamento en una discusión similar a la que tenían los tomistas por demostrar a quien realmente le asistía el derecho natural. He aquí la trampa de argumentar con los privilegios de la segunda categoría.

Finalmente, al reconocer con claridad el problema que sufre el debate democrático legislativo, relativo a configurar el o los estatutos de propiedad en determinada sociedad, en la que, por cierto, podemos observar que hoy en todos los estados del mundo coexisten y cohabitan con mayor o menor relevancia en la legislación, los tres estatutos clásicos de organización de la propiedad que hemos propuesto; podemos afirmar con toda elocuencia que recurrir a los argumentos de segunda categoría debe ser una práctica a desterrar en el debate legislativo.

El gran desafío, entonces, que tiene el poder legislativo en el marco de una democracia representativa y constitucional, es el de contribuir con el mejor de sus esfuerzos a la calidad del debate parlamentario, a hacer la gestión del derecho cada vez más pública y a animar su acción legislativa desde el horizonte que nos impone el pluralismo democrático.

BIBLIOGRAFÍA

1. Berlin, I. *Libertad y Necesidad en la Historia*. Traducido por Julio Bayón. Madrid, Revista de Occidente, 1985.
2. Bobbio, N. *El Futuro de la Democracia*. Traducción de José Fernández Santillán. México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
3. Bobbio, N. *Liberalismo y Democracia*. Traducción de José Fernández Santillán. México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
4. Burdeau, G. *La Democracia*. Barcelona. Ediciones Ariel, 1960.
5. Cristo, R. *Propiedad y Derechos Subjetivos*. Revista del doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
6. Friedman, M. *Capitalismo y Libertad*. Recurso electrónico: www.neoliberalismo.com/capital_libertad.htm. Obtenido el 23/05/2009
7. Grossi, P. *Historia del Derecho de Propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*. Barcelona, Ariel (ed).
8. Hardin, G.. *The Tragedy of the Commons*. En *Science*, v. 162 (1968), pp. 1243-1248. Traducción de Horacio Bonfil Sánchez. México, Gaceta Ecológica, núm. 37, Instituto Nacional de Ecología, 1995.
9. Hume, D. *Investigación sobre la Moral*. Traducción de Juan Adolfo Vázquez. Buenos Aires, Losada, 2003.
10. Hume, D. *Tratado de la Naturaleza Humana*. Libro II. Edición preparada por Félix Duque, Madrid, Ed. Nacional, 1981.
11. Kelsen, H. *Compendio de Teoría General del Estado*. Traducción de Luís Recasens y Justino de Azcarate. Madrid, Editora Nacional, 1980.
12. Kelsen, H. *Esencia y Valor de la Democracia*. Traducción de Rafael Luengo y Luís Legaz. Barcelona, Editorial Labor, 1977.
13. Kelsen, H. *La Idea del Derecho Natural y otros ensayos*. Traducción de Francisco Ayala. Buenos Aires, Losada, 1946.
14. Key, V.O. *Opinión Pública y Democracia*. Bibliográfica Omega, 1967.
15. Leibholz, G. *Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1971.
16. Lipson, L. *Historia y Filosofía de la Democracia*. Traducción de Lorenzo García. Buenos Aires, (ed) Tipográfica Argentina S.A. 1969.
17. Locke, J. *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Traducción de Cristina Piña, Buenos Aires, Losada, 2002.
18. Macpherson, C.B. *La Teoría Política del Individualismo Posesivo: De Hobbes a Locke*. Traducción de Juan Ramón Capella, Barcelona, Fontanella, 1979.
19. Mason, M. *Estado, Moral y Pluralismo en la Sociedad Liberal*. Santiago, Ediciones Jurídicas Olejnik, 1999.
20. Nogueira, M. *Teoría y Práctica Democrática*. Chile, (ed) Andante, 1986.
21. Orellana, M. *Pluralismo: una ética del Siglo XXI*. Segunda edición. Chile, (ed) Universidad de Santiago, 1996.
22. Raz, J. *Razón Práctica y Normas*. Traducción de Juan Ruiz Manero. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

23. Rousseau, J.J. *El Contrato Social*. Traducción de Enrique López Castellón. Madrid, EDIMAT, 2004.
24. Rose, C. *La Propiedad como Narración: Perspectivas desde la Teoría de los Juegos, la Teoría Narrativa y la Teoría Feminista*. . Artículo publicado por la Yale Journal of Law and the Humanities. Vol. 2:1
25. Russel, B. *Autoridad e Individuo*. Cuarta edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1961.
26. Santa Cruz, L. *Conversaciones con la Libertad*. Santiago, Aguilar, 1998.
27. Toeuraine, A. *¿Qué es la Democracia?* Traducción de Horacio Pons. México. Fondo de Cultura Económica, 1995.
28. Valladares, H. *Sobre la Pregunta Elemental en Materia de Propiedad ¿Necesitamos Derechos de este tipo? Y Sobre la Respuesta del Profesor Kant y el Profesor Hume*. Trabajo presentado en el IV Congreso de Derecho y Teoría Constitucional, Santiago, Chile, Agosto de 2009.
29. Valladares, H. *Los Argumentos Excluyentes en Materia de Propiedad, a la Luz del Debate Parlamentario*. Ponencia presentada en las VII Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Córdoba, Argentina. Septiembre, 2009.
30. Von Ihering, R. *La Voluntad en la Posesión*. traducción de Adolfo Posada, Madrid, imprenta de la Revista de Legislación.
31. Von Iherong, R. *La Lucha por el Derecho*. Traducción de Adolfo Posada, Madrid, Librería de Victoriano Suarez, 1881.
32. Waldron, J. *Derecho de Propiedad*. Traducción de Mariano Soto del original, "Property Law", en A Companion to philosophy of Law and Legal Theory, Denis Patterson (ed.) Oxford: Blackwell, 1996.