

La Cuestión de la Jurisdicción en la Teoría Política de la Modernidad Temprana

Cecilia Abdo Ferez*

Los cambios epocales, como enseña la historiografía política, suelen reflejarse en modificaciones en los usos y sentidos de las palabras. Estas mutaciones lingüísticas pueden ser tomadas como indicadores de las transformaciones sociales, políticas y epistemológicas que ocurren en un lugar determinado, muchas veces con inconsciencia de los hablantes. En la modernidad temprana europea, uno de esos cambios en andas se refleja en los usos variables de las palabras jurídicas latinas *imperium* y *dominium*, que traduciríamos hoy, deficientemente, por soberanía y propiedad. Frente a la aparición de esos términos en las obras clásicas de la Teoría Política del período no sólo hay problemas de traducción, sino equivocidad y solapamiento -como se verá en este artículo-. Sin embargo, ambos son los conceptos más importantes de la época y se podría decir que, sin ellos, no podríamos hablar siquiera de modernidad política¹.

* Investigadora adjunta de CONICET/Instituto de Investigaciones “Gino Germani”-Universidad de Buenos Aires. Profesora de la carrera de Ciencias Políticas/UBA. E-mail de contacto: cabdoferrez@sociales.uba.ar
Agradezco a Ignacio Mancini (CDI-IIIGG) por la colaboración bibliográfica.

1 Más aún: no obstante los usos de esos términos (como afirma James Tully), ya no son los nuestros, los argumentos que ellos tejieron y que fueron sustento de la expansión europea sobre el continente americano, se repitieron luego en la conquista interna del territorio por parte de muchos Estados latinoamericanos -por ejemplo, en la así llamada “Conquista del desierto”, por parte del Estado argentino-. O sea, los argumentos con los que el continente americano fue colonizado, sobre todo por los protestantes, resultaron ser tan eficientes como para ser reutilizados en la apropiación estatal de territorios que estaban, primero, bajo dominio amerindio y luego, bajo colonia española, como es el caso del territorio argentino. *Cfr.* TULLY, 1980, pp. XIII-XIV.

El propósito de este artículo es rastrear cómo se construye la relación entre soberanía y propiedad en la obra de John Locke, desde el prisma de los argumentos que sirvieron a la desposesión colonial, específicamente inglesa, de territorios de la actual Norteamérica. Frente a la atribución papal de la jurisdicción sobre las tierras “descubiertas y por descubrir” en favor de los reinos católicos de España y Portugal, en el siglo XV, Inglaterra y otros países protestantes con pretensiones expansionistas (sobre todo, Holanda), debieron presentar argumentos innovadores para justificar su ocupación, lo que llevó a una transformación, con efectos perdurables, en el uso de los conceptos citados: soberanía y propiedad. Como bien dice David Armitage, ante la atribución de jurisdicción de los territorios de ultramar a los reinos católicos, el imperio británico en formación se enfrentó al dilema, primero, de cómo reclamar soberanía sobre sus pretensiones coloniales y, segundo, de cómo articular soberanía y propiedad: atender a ese dilema produjo innovaciones radicales en la Teoría Política, que hacen a nuestra concepción moderna². Intentaremos en este artículo rastrear algunas de esas innovaciones.

La jurisdicción en América, entre católicos y protestantes

La modernidad temprana asiste a lo que Carl Schmitt llamó la configuración del primer *nomos* de la tierra, esto es: la primera división global del espacio tanto terrestre como marítimo, producida por la expansión europea a otras regiones de un mundo cuya cartografía se había ampliado y vuelto “científica” -citando las palabras de Schmitt-, con el descubrimiento de América³. Pero, en términos estrictos, la expansión colonial implicó una clasificación del mundo según áreas no homogéneas, en lo que hace al alcance de la ley: primero estaba Europa, una zona de orden jurídico que, luego de la paz de Westfalia de 1648, pasaría a estar regida por el flamante concepto bodiniano de soberanía estatal; luego, estaban las regiones coloniales, con jurisdicciones cuyo concepto y alcance se hallaba en disputa; y en medio de ellas, los océanos y mares, que eran zonas “legalmente

2 ARMITAGE, 2004, cap. 3. El imperio británico está en formación, por lo que llamarlo imperio es un anacronismo.

3 SCHMITT, C. sin datación. Para la nueva cartografía inglesa en relación a las colonias, en el período, ver el artículo de MACMILLAN, 2003, pp. 413-447.

variadas”, sujetas a múltiples forzamientos jurisdiccionales y en general, surcadas por actores de diversas nacionalidades con cambiantes intereses (como piratas, corsarios, barcos de expedición, barcos de carga de mercancías y/o de esclavos, etc.), que portaban en sí la ley del país de bandera, en cualquier franja marítima que se hallaren.

Por eso, Lauren Benton sugiere pensar la jurisdicción, en la época, no como un control férreo de Estados soberanos sobre territorios homogéneos, sino como la coexistencia fluida entre regulaciones y prácticas acostumbradas de antaño, que conformaban un pluralismo legal con amplias zonas “más allá de la ley” o mejor, “más allá de la línea”, que en general, estaban sujetas a la violencia⁴. Como dirá James Muldoon, la ocupación de América se produjo en simultáneo con “el intento moderno de crear un régimen legal que gobernara las relaciones entre los modernos Estados-Nación, emergentes en Europa”⁵. Esto es: no había un régimen legal internacional preexistente que atribuyera tierras y mares a los países colonizadores, sino que se asiste a la disputada conformación de este orden de la mano de la ocupación colonial: el así llamado *ius gentium*, que incluía una serie de tratados y prácticas acostumbradas desde la Antigüedad, a las que Tomás de Aquino identificaba con la razón y que no tenían por qué estar escritas, se traducían en general como “ley de las naciones”, pero su carácter de ley y su efectividad fue puesto bajo una nueva lupa, de cara a las pretensiones expansionistas que se presentaban, cada una frente a las otras, como igualmente racionales y legítimas⁶.

La coexistencia de regímenes legales, las disputas de jurisdicción y la ocupación efectiva de territorios perfilaría, paulatinamente y de a jirones, un orden jurídico internacional, siempre bajo la preeminencia de Europa. Para hacerlo, fue preciso la postulación y el “reconocimiento forzado”, en las Américas, de los conceptos de soberanía y propiedad. De hecho, la expansión colonial significó la exportación a escala global del concepto

4 Cfr. BENTON, 2005, pp. 700-724.

El término “más allá de la línea” se aplica por analogía aquí, para dar cuenta de una zona de paz, delimitada por acuerdos. Remite a la Paz de Cateau-Cambrésis, que fue el tratado de paz más importante del siglo XVI, firmado entre los reyes Felipe II de España, Enrique II de Francia e Isabel I de Inglaterra, y que se aplicaba sobre todo a los territorios italianos.

5 MULDOON, 2001, pp. 25-46. Propia traducción del inglés.

En este artículo dejo afuera a África, para concentrarme sobre todo en las relaciones de colonización europeas sobre el continente americano.

6 Al respecto, ver MACMILLAN, 2006.

europeo de soberanía (y del de jurisdicción, como elemento consustancial suyo)⁷ y del concepto de propiedad, sobre todo, del de propiedad sobre la tierra, ligado a una forma sedentaria de trabajo: el trabajo agrícola.

Pero el problema era que ambos términos centrales –soberanía y propiedad– estaban también en discusión, en Europa, y la expansión colonial acentuó la controversia en torno de ellos y la tornó un problema práctico urgente. La expansión colonial reforzó la división europea en dos frentes, de corte teológico-político: por un lado, los reinos católicos de España y Portugal, que fundamentaron su jurisdicción sobre el “Nuevo Mundo” a partir de la concesión papal recibida del Papa Alejandro VI (las así llamadas “bulas alejandrinas”) y que les concedían una jurisdicción tan universal –presente y por venir–, como la que había sostenido el Imperio Romano⁸; y por el otro, los Estados protestantes, en donde se retomaron algunas nociones del Derecho Romano para contrarrestar el argumento canónico español y lusitano y justificar así sus pretensiones. Lo central (y curioso) es que los argumentos que se retomaron en el caso protestante no provenían del Derecho *público* Romano, sino del Derecho *privado*: a la afirmación de la continuidad de la jurisdicción universal entre el Emperador Romano y el Papa católico, los países protestantes respondieron reponiendo los casos en que los sujetos privados podían legítimamente adquirir una cosa, de acuerdo al antiguo Derecho Romano privado. Esto es, al argumento de la jurisdicción universal imperial romano-católica se le contraponen en general un argumento que afirma el derecho privado a la adquisición natural de cosas. O lo que es igual: *al concepto de soberanía imperial se le opone no el de soberanía estatal, con su pluralidad de Estados y de derechos públicos en igualdad de condiciones, sino un concepto de propiedad privada, asentado en una revisión del Derecho Romano privado.*

7 “Jurisdicción” es un término que comprende tanto 1) el poder o autoridad que se ejerce sobre alguien, como 2) la función de impartir justicia sobre un territorio, derivada de la soberanía, como 3) el territorio mismo. El diccionario de la Real Academia Española, *jurisdicción* (Del lat. *iurisdic-tiō*, -ōnis), abarca las siguientes acepciones: 1. Poder o autoridad que tiene alguien para gobernar; 2. Poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; 3. Término de un lugar o provincia; 4. Territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal; 5. Autoridad, poder o dominio sobre otro; 6. Territorio al que se extiende.

Esta laxitud del término es la que quisiera perfilar en este artículo, al tomar al concepto de jurisdicción como un pivote entre los términos soberanía y propiedad.

8 Las bulas son: el edicto papal *Romanus Pontifex* (1455), que otorgaba posesión sobre tierras y océanos; el edicto papal *Inter Caetera* (1493); el Tratado de Tordesillas (1494) y el Tratado de Saragoza (1529). En general, hoy se discute que ellos otorgaran soberanía, prefiriendo describirlos como una concesión excluyente de zonas de influencia. Cfr. FISCH, 1984, pp. 46–54.

Este desnivel entre los conceptos puestos en juego en la expansión colonial europea (soberanía estatal/imperial, jurisdicción y propiedad privada), aparece con claridad en la obra de John Locke (1632-1704). Cuando Locke discute en entrelíneas “América”, en el capítulo 5 del *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, de lo que se trata no es de dirimir cómo se conforma la soberanía política o la sociedad civil, abordado en otros capítulos, sino de cómo cada quién, individualmente, puede adquirir legítimamente propiedad en el estado de naturaleza, que es el estado en el que estaría el continente. Es decir, al menos en el *Segundo Tratado*, la obra teórico-política central de Locke, no se aborda América como un territorio soberano, ni siquiera como un territorio pasible de estar sujeto a la soberanía de otros Estados soberanos (como sería una colonia), sino como un territorio en el cual imperan las leyes naturales de la apropiación individual, que son leyes de justicia/racionalidad no escritas, que cada cual puede esgrimir para adquirir legítimamente aquello que es fruto de su trabajo⁹. Es decir, el concepto relevante para pensar los territorios de ultramar para Locke no es el de *soberanía*, sino el de *propiedad*: no un concepto del derecho político público sustentado en el consentimiento individual de la criatura racional, como es la soberanía, sino un derecho individual que permanece siempre un derecho natural, como es la propiedad, y para cuya primera afirmación, en el estado de naturaleza, no es necesario el consentimiento de los otros (porque, dice Locke, si para apropiarse de algo en estado de naturaleza hubiera que esperar el consentimiento de los demás, la humanidad habría ya muerto de hambre¹⁰).

En síntesis, lo que pone en escena el proceso de formación de un orden jurídico internacional, con motivo de la ocupación americana, es la apuesta a contrarrestar confusamente la pretensión de jurisdicción universal de los reinos católicos por medio de un concepto innovador de apropiación privada natural, antes que enfrentándole un concepto de soberanía estatal plural. Esta apuesta se fundó en una relectura del Derecho Romano por parte de intelectuales sobre todo protestantes -o bien, católicos, pero refractarios a la idea de soberanía imperial¹¹-.

9 Locke sí reconoce soberanía a las naciones amerindias en *The Fundamental Constitutions of Carolina*, de 1669, como se discutirá abajo.

10 *Segundo Tratado* (ST), [1690], cap. 5, §28. Utilizo la edición de Claudio AMOR y Pablo STAFFORINI. En inglés, la edición de LASLETT, Peter. Cuando el inglés es más preciso, a los fines de este artículo, se deja en original.

11 Valga el ejemplo de Francisco de Victoria, dentro de los católicos contrarios a la idea de soberanía imperial, que producen también esta relectura.

Terra nullius

La existencia de Estados por fuera de la órbita papal con necesidad de justificar su expansión colonial condujo a lo que Lauren Benton y Benjamin Straumann llaman una “revolución en las fuentes de la ley”¹². Ante la carencia de bulas eclesiásticas que concedieran esa potestad a favor de sus países, intelectuales protestantes –muchos de ellos, clérigos puritanos que veían en el “Nuevo Mundo” un desafío ineludible para la implantación del cristianismo reformado- se lanzan a buscar nuevas fuentes de legitimación jurídica. Producen así una relectura del Código Justiniano.

El Derecho Romano, el paradigma de todo derecho europeo, como lo describe Aldo Schiavone, parecía un escudo inmejorable para poner en cuestión la jurisdicción universal del Derecho canónico, que esgrimían España y Portugal¹³. Como dirán Benton y Straumann, “la ley romana del *Corpus iuris* y especialmente el *Digesto* asumieron cada vez más el lugar de fuente de normas entre los gobiernos imperiales emergentes, gradualmente reemplazando otras fuentes, como las concesiones papales o ciertas costumbres”¹⁴. Esta sustitución gradual no fue un efecto de la secularización, ni mucho menos: se trataba de volver a las fuentes de la ley romana como “un desafío a la autoridad papal dentro de la ley internacional”¹⁵.

La relectura del Derecho Romano proveyó uno de los argumentos protestantes de mayor peso para justificar la desposesión colonial (y también, el más sujeto a polémica en la literatura anglosajona actual sobre el tema): el concepto de *res nullius* (cosas sin dueño)¹⁶. La reposición moderna de este concepto suele recaer en John Locke, aunque también se lo hace remontar a *Utopía*, de Tomás Moro, con una elaboración que sería más tosca. El concepto jurídico de *res nullius* fue extendido, por analogía, a *terra nullius*, para aludir a una tierra sin dueño, y fue muchas veces usado como sinónimo de *vacuum domicilium*, o de desierto, o bien para aludir a un

12 BENTON y STRAUMANN, 2010, pp. 1-38. Aquí, p. 18.

13 SCHIAVONE, 2009, p. 15.

14 BENTON y STRAUMANN, 2010, p. 4.

15 *Cfr.* BENTON y STRAUMANN, 2010, p. 9. No obstante, “las doctrinas legales romanas comprendían un repertorio, antes que un plan de acción para dirimir reclamos imperiales”, por lo que no era infrecuente la disputa entre aquellos que abrevaban en las mismas fuentes renovadas de la ley y tenían supuestamente al mismo adversario (p. 4).

16 Si ese argumento fue o no un pilar de la colonización, es parte de la polémica (como se verá abajo).

territorio en el que hay un vacío legal tal que permite su apropiación -en una cadena de analogías que, sin dudas, no es sin saltos-. En el siglo XIX, incluso, se hizo de *terra nullius* un concepto que, en vez de significar “tierra sin dueño”, se usaba como homólogo de “tierra sin soberano”, amalgamando otra vez propiedad y soberanía, cuando se trata de colonización¹⁷.

En la literatura sobre la conformación de la ideología imperial británica (que reúne en general también a algunos renombrados estudiosos de la obra lockeana), el concepto tiene una preeminencia radical. J.H. Elliot, por ejemplo, afirma que el concepto de *res nullius* fue al mismo tiempo un instrumento eficaz contra las pretensiones españolas y lusitanas y “la principal justificación para tomar tierras de los indios”¹⁸. Anthony Pagden, en el mismo sentido, afirma que

los ingleses y, en menor medida, los franceses, fueron llevados a legitimar sus ocupaciones en términos de una u otra variante del argumento de la ley romana conocido como *res nullius*. Éste sostenía que todas las ‘cosas vacías’ -lo que incluía tierras no ocupadas-, permanecían propiedad común de toda la humanidad hasta que fueran puestas en uso -en general, agrícola-. La primera persona en usar la tierra se volvía su propietario¹⁹.

David Armitage, por su parte, escribe que “desde 1620 a 1680 en Bretaña y, después, hasta bien entrado el siglo XIX, en Norteamérica, Australia y África, el argumento de la vacancia (*vacuum domicilium*) o la ausencia de dueño (*terra nullius*) se volvió la fundación estandarizada para la desposesión inglesa y luego británica de los pueblos indígenas”²⁰. En el mismo sentido se expresa Richard Tuck, cuando traza un paralelo entre la elaboración de la teoría de la ley natural moderna, de Moro a Grocio (que incluía la posibilidad de que la tierra “incultivada” fuera apropiada), y los reclamos de los colonos en Virginia y Massachusetts²¹. Y también así lo sugiere la teórica canadiense Barbara Arneil, en sus estudios sobre la influencia de Locke en la expansión colonial británica²².

17 Michel CONNOR lo usa así, en referencia a la colonización australiana, en *The invention of terra nullius* (citado en Benton/Straumann, op. cit., p.7).

18 ELLIOT, 2006.

19 PAGDEN, 1995, p. 76. Propia traducción.

20 ARMITAGE, 2004, p. 97.

21 TUCK, 1999, pp. 123–25.

22 ARNEIL, 1996.

Otra línea de esta literatura, sin embargo, objeta la centralidad del argumento. Paul Corcoran, por ejemplo, tilda de “*good story*” la atribución de relevancia al argumento de *terra nullius*²³. Para él, su uso sólo podría restringirse -en la variante de “suelo vacante”-, a ciertos clérigos y planfletos puritanos menores. Sostiene que las tierras en las colonias británicas de Norteamérica fueron, en su mayoría, compradas, y que, por tanto, se reconocía necesariamente la propiedad de otro. Los aquí ya citados Benton y Straumann, por su parte, afirman que el argumento sólo se usaba en última instancia y para subvertir a los españoles, porque aún cuando las tierras hubiesen estado disponibles, se precisaba *ocupación efectiva* para esgrimir derechos sobre ellas. Brian Slattery, también, afirma que sería muy poco probable que ese concepto tuviera un peso tan determinante, porque no obstante los tres actos principales que los países expansionistas reconocían que daban control sobre un lugar -el descubrimiento, la toma de soberanía por actos simbólicos y la ocupación efectiva de tierras-, dependían efectivamente de que la tierra estuviera antes vacante, las potencias no estaban dispuestas a concederse entre ellas tan fácilmente la presunción de la vacancia, por lo que sólo podía ser un reclamo maximalista²⁴.

Sea o no *el* argumento central, lo cierto es que la presencia del concepto de *terra nullius* distingue la literatura de la desposesión colonial británica respecto de la española, sobre todo (en la que también está presente, pero con menor relevancia). Porque no obstante en términos estrictos las bulas papales de Alejandro VI no otorgaban soberanía efectiva sobre los territorios, sino que eran una concesión exclusiva de autoridad sobre áreas de influencia para cuya realización debía darse un *descubrimiento* y además, una *conquista* sobre los infieles o la *cesión* por parte de ellos de los territorios; la sola referencia a estos dos últimos términos -conquista, cesión- excluye la presunción de vacancia²⁵. Es decir, tanto la conquista como la cesión suponen que la tierra está ocupada y no sólo eso, sino que está políticamente organizada -como puede observarse, por ejemplo, en las bien llamadas *conquistas* de México o del Perú-. La literatura británica de la desposesión no sólo no aceptaba el término “conquista” como descripción de la ocupa-

23 CORCORAN, 2007.

24 SLATTERY, 2005. Vale una aclaración, que agrega Slattery en este texto: los argumentos a favor de la desposesión colonial son interimperiales. Esto es: se articulan para poder ser esgrimidos ante otros desposeedores, antes que ante los colonizados, y en ello se juega su eficacia de convencer.

25 Ver nota 8.

ción de Norteamérica, sino que incluso denostaba la connotación de violencia que portaba ese concepto, en general atribuido a la empresa católica de colonización. En general, entonces, la colonización británica usó, en detrimento del concepto de conquista, el de *terra nullius* como elemento distintivo y a ello agregó prácticas económicas, como la compra individual de territorios para los asentamientos de colonos, o prácticas simbólicas, como las tomas ceremoniales de posesión²⁶. Esto no significa que la ocupación británica no fuera con violencia –basta citar el caso de Virginia, tan caro a Locke, para contrarrestar esa presunción– sino que hay un intento por desmarcarse del concepto y la práctica asociada a la conquista y a ello sirve la tesis de la tierra sin dueño, de la tierra vacante, cuya apropiación (más que su soberanía) se decide por medio del trabajo agrícola y el “incremento de productividad” asociado a él, que se sostenía que beneficiaría a todos los involucrados –incluso a los desposeídos, en el largo plazo–. Es decir, en primera instancia, la colonización británica parece, como hemos dicho, poner entre paréntesis la discusión sobre la soberanía de los nuevos territorios, para subrayar las condiciones de su apropiación económico-simbólica legítima (por así llamarla)²⁷.

Ahora bien, para que *res nullius* pueda ser recuperado como concepto jurídico, hubo que de algún modo forzar el Derecho Romano (que era, como bien dice Benton, un derecho adecuado a la conquista), para rescatar del cuerpo de ese derecho no su parte pública, sino su parte privada²⁸. Porque *res nullius* era un concepto jurídico incluido en el apartado dedicado no sólo a los modos privados de adquisición, sino que –y esto es central– a los modos *privados* y *naturales* de adquisición. Esto es: se atribuye el concepto de *res nullius* a las cosas que no pertenecen a nadie y que se encuentran fuera del alcance de la ley *civil* romana –las cosas sin dueño que tanto los ciudadanos romanos como los extranjeros o *peregrini* podían apropiarse, ya sea dentro o fuera del territorio de jurisdicción de la ley imperial, tornando por esta vía *universal de hecho* a esa jurisdicción –. *Res nullius*, al incluir las cosas no reconocidas como privadas por la ley civil de propiedad, sino abarcar a aquellas disponibles para su apropiación

26 Sobre los actos simbólicos de desposesión, *cfr.* WAGNER, 1938, pp. 297-326.

27 Se le debieran sumar a estos argumentos, los teológicos, que aquí no consideramos.

28 No obstante, en Cicerón ambos derechos ya estaban confundidos, por lo que los intelectuales de la modernidad temprana sólo enfatizan una mixtura presente en el Derecho Romano clásico. Ver al respecto el artículo ya citado de Benton y Straumann.

dentro o fuera del territorio, ya sea por romanos o por extranjeros, articula el derecho positivo con las formas de adquisición reconocidas por la “razón natural” y el *ius gentium*. Esto es, *res nullius* es un concepto que da cuenta de un modo de adquisición más allá de la ciudadanía y por tanto, no asentado en la legislación que la ampara, sino en la razón natural y en los principios de justicia del *ius gentium*, que pretendían involucrar a toda la humanidad. Su aplicabilidad, por tanto, es coetánea al género humano, aunque su aplicación efectiva siga siendo reclamable tan sólo por un individuo particular que, al enfrentarse con una cosa sin dueño, en cualquier jurisdicción, puede por su intermedio, tornarla propia, ocuparla. Así aparece el concepto en las *Instituciones* de Gayo:

De ciertas cosas adquirimos propiedad [*dominium*] bajo la ley de las naciones [*ius gentium*], que es observada, por razón natural, entre todos los hombres en general; de otras bajo ley civil [*ius civile*], que es peculiar de nuestra ciudad. Y desde que la ley de las naciones es más vieja, siendo el producto de la naturaleza humana misma, es necesario tratar de ella primero. Así todos los animales tomados en tierra, mar o en el aire, esto es, bestias salvajes, pájaros y peces, devienen la propiedad de aquellos que los toman... Lo que actualmente no pertenece a nadie [*quod nullius est*] deviene por razón natural la propiedad del primer ocupante [*occupans*]. Tan lejos como concierna a animales salvajes o a pájaros, no importa si son tomados en la propia tierra o en la de otro... Cualquiera de esas cosas que tomamos, sin embargo, son consideradas como nuestras tanto tiempo como están bajo nuestro control [*custodia*]. Pero cuando escapan de nuestra custodia y retornan a su estado natural o libertad, cesan de ser nuestras y están de nuevo abiertas al primer tomador²⁹.

En la modernidad temprana, ante la necesidad de buscar otras fuentes de legislación, como se dijo, se refuerza esta imbricación entre “naturaleza humana” y Derecho Romano, y esta imbricación abre la posibilidad de una jurisdicción universal: en cualquier lugar que se estuviera, un europeo podía reclamar legítimamente el derecho del primer ocupante, siempre que la cosa en cuestión estuviera, al menos en teoría, disponible —esto es, que no tuviera dueño o que su dueño la hubiese abandonado, y mientras durara

29 GAYO. *Digesto*, 41, 1, 1-3. Propia traducción del inglés de A. WATSON (ed.), 1985. Extraído de BENTON y STRAUMANN, 2010, p. 14-5.

la ocupación efectiva de la misma-. Y no obstante Gayo no citaba a la tierra entre las cosas disponibles de ocupar –la tierra no podía ser reclamada por un individuo, porque era propiedad del Estado Romano–, los escritores de la modernidad temprana obviaron esa exclusión: la discusión fue en torno a qué argumentos fundamentaban esa *occupatio* de la tierra. En este punto, hubo una distinción entre las tierras y los mares y océanos, en un marco legal internacional que paulatinamente los integraba como objetos de jurisdicción: la tierra podía ser ocupada, mientras que se cuestionaba si los mares y océanos eran o no de libre circulación (esto es, si permanecían o no *res communes*), dado que no podían “ocuparse” –como puede leerse en el célebre intercambio entre Grocio y Selden-.

La recuperación de ese concepto del derecho privado, *res nullius*, y la extensión de su aplicación a la tierra introduce una jerarquía en la relación entre los conceptos de soberanía y propiedad: por un lado, *res nullius* hacía de la soberanía de cualquier Estado (incluso –y sobre todo– de los Estados imperiales, como eran España o Portugal) algo subordinado al *ius gentium* y a los principios de justicia de la razón natural, que no tenían por qué estar escritos y que se consideraban un signo de una racionalidad transhistórica y homologada a la civilización. Esto es, paradójicamente, el concepto de *res nullius* operaba como un principio de justicia “natural”, más allá de la legislación positiva, aún cuando se instrumentaba también para la desposesión colonial europea. Por otro lado, *res nullius* es un concepto que ponía a la realización de la propiedad privada (o mejor, de la posesión efectiva privada) por sobre la cuestión de la soberanía, o usaba a la primera como vía para la segunda –como puede ser en el caso de las soberanías que se establecían por acuerdo de los ya “propietarios” o de los primeros ocupantes-. Como dirán Benton y Straumann, al poner el eje en la propiedad privada, en el contexto de la expansión imperial, el concepto abría dos preguntas: ¿eran los amerindios los propietarios de las tierras o la tierra estaba sin dueño? ¿tenían los amerindios algún gobierno soberano de ellas? Y si lo tenían, ¿ella invalidaba la aplicación de *res nullius* en amplias parcelas de la geografía bajo jurisdicción amerindia o podía esa soberanía convivir con la apropiación “extranjera”³⁰?

En otras palabras, la recuperación moderna del concepto de *res nullius* profundizó *ad hoc* la confusión entre soberanía y propiedad, que de algún

30 BENTON y STRAUMANN, 2010, p. 20.

modo estaba presente en el Derecho Romano, pero realzó, entre ambos conceptos, a la cuestión de la propiedad. Frente a la pretensión de una jurisdicción universal por parte de los reinos católicos (o al menos, de una autoridad excluyente católica sobre áreas de influencia), derivada de la continuidad entre el Papado y el Imperio Romano, en la literatura contraria a esa expansión colonial –sobre todo en la literatura protestante- se retomó un concepto del Derecho Romano privado que permitía poner entre paréntesis la discusión de la soberanía de los territorios de ultramar para subrayar, en primer lugar, la necesidad de los sujetos privados de dirimir la propiedad de las tierras. Esta recuperación fortaleció dos procesos claves de la modernidad temprana: por un lado, la posibilidad de sostener *otra* jurisdicción universal, fundamentada en los principios de la razón natural y el *ius gentium* (una jurisdicción que incluía tanto a católicos como a protestantes, porque no hacía depender su potestad de la autoridad papal). Por el otro, produjo una individualización de las demandas de apropiación legítima de territorios, revestidas de la forma de “derechos subjetivos” (los “derechos” del primer ocupante, independientes de su condición ciudadana).

Esto es, la diferencia entre católicos y protestantes no está en la afirmación de una jurisdicción universal, porque tanto unos como otros abrevan en la razón natural y el *ius gentium* romano -aunque difieran en la autoridad de la potestad papal sobre las nuevas tierras-. La diferencia, por el contrario, radica en la relevancia inusitada de los “derechos del colono”, del apropiador de tierras, esto es, de la propiedad frente a la soberanía estatal-imperial³¹. El colono funcionaba en América como un vector de la ley protestante, igual que los barcos al cruzar jurisdicciones, como un portador de su concepción de propiedad y del trabajo agrícola. La diferencia, en resumen, está en el énfasis protestante sobre los derechos de propiedad por sobre la cuestión de la soberanía y por eso, como bien afirma Armitage, articular estos conceptos fue el dilema persistente de la ideología imperial británica³².

31 La disputa dominicanos-jesuitas, en el catolicismo, también lleva a la afirmación de los derechos subjetivos, como puede leerse en TUCK., 1979. Silvio ZAVALA, por su parte, analiza que la discusión sobre el carácter de los infieles en el marco de la cristiandad (entre ellos, de los amerindios) lleva a universalizar el concepto de derechos y limitar la jurisdicción universal imperial-católica (y romper, por tanto, con la visión que, desde el canonista Enrique de Susa, conocido como el Ostiense, en el siglo XIII, consideraba que los infieles no tenían derechos ni de dominio ni de soberanía, sino en tanto Roma -o luego, los reyes católicos- no reclamaran sus potestades). *Cfr.* ZAVALA, 1947, cap. II.

32 Ver nota 2.

El caso Locke

Locke y Filmer: contra la jurisdicción natural

La obra de John Locke no podría reducirse a ser un mero soporte argumental de la expansión colonizadora de Inglaterra. No obstante el compromiso práctico del autor con la empresa inglesa de ultramar –como dirá James Tully, Locke era uno de los pocos influyentes en el manejo de la política colonial inglesa³³–, sus textos van más allá de un fin instrumental inmediato, como podría ser esta justificación. Sin embargo, Locke piensa en medio de la confusión *ad hoc* de los conceptos de soberanía y propiedad que se daba en el marco de la disputa colonial, y no sólo no esquiva una intervención teórico-práctica respecto de este punto, sino que con él se erige la primera teoría protestante de la propiedad, que tiene en América una referencia teórica privilegiada³⁴. Para hacer esta innovación, Locke se inmiscuye de lleno en la tensión entre estos términos y de algún modo, los reformula en su carácter relacional.

Ya en el *Primer Tratado*, Locke sostiene que Robert Filmer había confundido *imperium* y *dominium*, o soberanía y propiedad. El defensor de la política *Tory* había publicado una serie de textos importantes en el contexto de la Crisis de Exclusión inglesa (1679-81), coronados con la edición de *Patriarca*, en 1680. En ellos, Filmer sostenía la necesidad de la obediencia irrestricta a la monarquía absoluta y criticaba el intento *Whig* –en el que había estado involucrado el mentor de Locke, el Conde de Shafetsbury- de excluir a Jacobo II del trono inglés, por católico³⁵.

El argumento de Filmer se basaba en homologar soberanía y propiedad absolutas en la figura bíblica de Adán, quién era puesto, a su vez, como el inicio y el hilo legitimador de toda autoridad posterior. Toda autoridad, de cualquier tipo que fuera, era para Filmer una versión del patriarcalismo originario adánico y por ser su versión, es que era legítima. Para él, Dios había dado a Adán soberanía y propiedad excluyentes sobre

33 TULLY, 1980, p. 140.

34 ARMITAGE, 2004, cap. 3.

35 Como afirma Tully, Locke busca refutar a Filmer –junto con Tyrell, en primera instancia- para poder forjar, a través de esa refutación, una imbricación inescindible entre una teoría constitucional de la soberanía popular y una teoría del derecho de resistencia. John Dunn, en *The political Thought of John Locke*, dice que esa teoría de la resistencia es estrictamente individualista, lo cual es, a mi entender, discutible. TULLY, 1980, p. 54. DUNN, 1969, pp. 87-187.

todas las cosas. Por eso, Adán era padre, señor, rey y dueño de todo. Toda autoridad se derivaba de este título adánico original, por concesión o por sucesión. Esto hacía del poder de Adán un poder a la vez *natural* y *privado*, por mandato divino³⁶.

El argumento hacía intercambiables los conceptos de soberanía y propiedad. Sin embargo, introducía una relación originaria derivada entre uno y otro concepto: es la soberanía la que se derivaba de ese título original de propiedad, cedido por Dios al único hombre, con exclusividad. Es decir, es porque Adán era el único propietario, que tenía poder de gobierno, y ese título originario y excluyente de propiedad cimentaba la legitimidad del ejercicio de gobierno. Dice Filmer en *Patriarca*:

it is not possible for the wit of man to search out the first grounds or principles of government (which necessarily depend upon the original of property) except he know that at the creation one man alone was made, to whom the dominion of all things was given, and from whom all men derive their title³⁷.

La cesión de Dios a Adán de una propiedad excluyente sobre todas las cosas del mundo hacía de su poder también algo indiferenciado e ilimitado. Esta indiferenciación y absolutismo permanecía la sustancia de todo poder político y por tanto, subrayaba su carácter preferentemente monárquico. Dice Filmer:

Adam was the Father, King and Lord over his Family: a son, a subject and a servant or slave, werw one and the same thing as first; the Father had power to dispose, or sell his children or servants; whence we find, that as the first reckoning up of goods in scripture, the manservant, and the maidservant are numbered among the possessions and substance of the owner, as other goods were³⁸.

Frente a este argumento, Locke refina las críticas que ya había realizado en el *Primer Tratado* y retoma, en el *Segundo*, el concepto de poder. Poder es, para él, un concepto que será internamente diferenciado: una cosa, escribe Locke, es el poder paternal; otra, el poder político; otra, el poder de

36 FILMER, [1680], 1949, p. 71.

37 FILMER, [1680], 1949, pp. 203-4.

38 FILMER, [1680], 1949, p. 188.

un amo sobre su siervo; otra, la propiedad de alguien sobre una cosa³⁹. El poder de tipo político, cuando se constituye en soberanía, tiene un carácter colectivo y consensuado, y es consensuado necesariamente porque que en situación natural, dice Locke, ningún hombre tiene jurisdicción sobre otro y todos son libres e iguales.

Si no hay jurisdicción natural de un hombre sobre otro, la cesión de Dios a Adán se limitó, para Locke, a ser una *concesión de uso* otorgada a Adán sobre las cosas del mundo, que eran cosas que no le pertenecían, sino que permanecían siempre, en última instancia, siendo propiedad de Dios. Por tanto, el título de propiedad originaria excluyente que sostenía Filmer se transforma para Locke en un *derecho de uso* sobre las cosas del mundo, un derecho de uso otorgado no con exclusividad a Adán, sino en conjunto a Adán y a Eva, es decir, a todos los habitantes del mundo⁴⁰. Por tanto, el título de propiedad excluyente decanta en una concesión moderada a todos, un *derecho común* dado a todos los hombres y las mujeres del mundo para el *uso* de las cosas. Ese derecho de uso, esa concesión originaria, de ningún modo funda una relación de poder natural entre ellos, una jurisdicción natural de un hombre sobre otro o de un hombre sobre una mujer. El carácter político soberano de un poder no puede derivarse de esta concesión de uso, sino de su carácter consensuado y colectivo, dada la inexistencia de una desigualdad natural de jurisdicción entre los hombres. Toda jurisdicción, por tanto, toda relación de dominio político-jurídico de un hombre sobre otro no es para Locke originaria, sino derivada.

Si el carácter político soberano de un poder es su consensualidad derivada, todo poder político (todo poder humano, mejor) es un poder moderado, porque sólo Dios tiene un poder/propiedad absolutos. Incluso el derecho de propiedad sobre las cosas es en Locke, en su carácter originario, un derecho moderado, porque es una concesión de uso dada a todos sobre la propiedad de las cosas que son de otro, que son de Dios. Por tanto, incluso el derecho natural de propiedad encuentra en su ejercicio originario “límites naturales” –tales como no desperdiciar y dejar a los otros hombres tanto para su uso y de tal calidad, como aquello que fue apropiado por el trabajo de uno–.

39 Las relaciones de poder entre padre e hijo, ciudadano y gobierno y amo y siervo son todas consensuales. No son así las relaciones entre amo y esclavo, que siguen siendo de guerra.

40 Sigo aquí a TULLY, 1980, cap. 3.

Esto es, Locke repone la diferencia radical entre el poder de Dios y el poder de los hombres y funda la igualdad entre los hombres en referencia a esa trascendencia, a esa inconmensurabilidad de poderes. Pero si todo poder humano es limitado (el del padre sobre el hijo, como el del gobierno sobre los súbditos, como el de los hombres sobre las cosas del mundo) y todo poder político soberano es consensuado, entonces, contra Filmer, dice Locke que la monarquía absoluta no reviste un carácter político. La monarquía absoluta reviste en cambio el carácter *irracional* de una condición en la que los súbditos se tornan esclavos, cosa que no sucede ni en estado de naturaleza y en la que no hay posibilidad de apelar a la justicia ni de ejercer el propio juicio respecto de la ley. El carácter de esclavitud e irracionalidad de la monarquía absoluta habilita la resistencia política, que es una acción justa y secundaria, esto es, es una respuesta a la agresión. El monarca absoluto, como el gobierno tirano, es alguien que no entendió sus límites. Dice Locke en el §90:

A partir de [lo anterior] es evidente que la monarquía absoluta, que es considerada por algunos hombres como la única clase de gobierno [que existe propiamente] en el mundo es, en verdad, incompatible con la sociedad civil y por ende, no puede constituir en absoluto una forma de gobierno civil.

Locke, la conquista y la colonización

Para Locke, por tanto, Robert Filmer confundió soberanía y propiedad y sobre todo, no comprendió que ambas son moderadas. Sólo la propiedad es un derecho natural, que permanece como tal incluso bajo un gobierno político y cuya intrusión o desconocimiento por parte de ese gobierno, habilita el derecho legítimo de resistencia. La soberanía política, en cambio, es un mecanismo artificial, creado a partir del establecimiento de un árbitro (*umpire*) que oficie de juez imparcial entre las partes en conflicto.

Pero Locke da un paso más. El carácter de derecho siempre natural de la propiedad habilita al autor a esgrimir este concepto, el de propiedad, como el instrumento teórico indicado para combatir la concepción en boga de soberanía absoluta. Esto es, a la identidad que producía Filmer entre propiedad y soberanía en la figura de Adán, Locke responde estableciendo una diferencia tajante entre ambas, para introducir luego una nueva rela-

ción entre ellas, que impacta en la política argumental colonizadora –cualquiera haya sido su intención–.

Locke dedica los últimos capítulos del *Segundo Tratado* a convalidar la importancia del derecho de propiedad contra toda concepción sin límites del ejercicio de gobierno. En ese sentido discute la conquista, la usurpación y la tiranía. Incluso cuando el tiempo haya pasado desde el acto de conquista, o aunque los súbditos se encuentren efectivamente dominados, Locke no reconoce al conquistador ni al usurpador ni al tirano el derecho a hacerse con las propiedades de los súbditos. Si los conquistados no están en posición, por el momento, de liberarse del yugo, sus herederos siempre conservarán –*ad eternum*– el derecho a recuperar los bienes que les hayan sido quitados, porque la propiedad se mantiene incólume y su intrusión habilita el derecho de resistencia, sea de los conquistados actuales o de sus descendientes, por extensa que sea la línea sucesoria. No hay por tanto, en Locke, ni un derecho ni una teoría de la conquista, ni nada que habilite la tiranía ni la usurpación, y el obstáculo teórico a esa presencia es el concepto de propiedad como derecho natural⁴¹.

La defensa del derecho de propiedad está, por tanto, a la base del contrato político para formar un gobierno soberano legítimo. También lo está de las relaciones de reconocimiento de la soberanía entre Estados, porque ellas se dan en la forma de respeto a sus jurisdicciones territoriales, a lo que Locke llama también, sus propiedades. Esto es, cuando Locke habla de la soberanía que tienen los Estados, les reconoce su carácter territorial y, al definirla, vuelve sobre el concepto de propiedad. En el Parágrafo 45 del *Segundo Tratado*, describe como los “*several States and Kingdoms*” del mundo “*have, by positive agreement, settled a Property amongst themselves, in distinct Parts and parcels of the Earth*”, como si el reconocimiento interestatal de jurisdicciones territoriales pudiera analogarse al respeto de la propiedad de otro individuo y de sus límites⁴².

Pero entonces, si Locke rechaza la conquista, la usurpación o la tiranía, ¿dónde reside el carácter colonialista que aquí atribuimos a su obra?

41 No obstante, la jurisdicción sobre los bienes y el uso de los mismos siembra cierta obligación de obediencia, como se verá después. Locke no llega al punto de tirar más de este argumento, sino que lo deja como una tensión dentro de su obra, porque el interés es privilegiar a la propiedad por sobre la cuestión de la soberanía. Sobre el rechazo a una teoría de la conquista, ver ASHCRAFT, 1986, p. 399.

42 ST II, §45. En esta confusión entre Estados e individuos, Locke sigue a Grocio, que afirma que de cara a toda la humanidad, cada Estado es un individuo.

El colonialismo de Locke quizá no esté tanto en su compromiso personal con la política expansionista inglesa, ni en su biografía, sino justamente en la modificación que produce en el concepto de propiedad, tal como lo venía trabajando Hugo Grocio y hasta él mismo, años antes de la redacción del *Segundo Tratado*. En textos anteriores (por ejemplo, en “Morality”, de 1677-8), Locke sostenía la necesidad de que la apropiación originaria de los bienes dados en común se diera en base al acuerdo entre partes, de un consenso o contrato, tal como lo planteaba Grocio⁴³. Pero en el *Segundo Tratado*, después de erigir a la propiedad como el instrumento teórico más poderoso contra la soberanía absoluta, quita la necesidad del contrato entre partes para la apropiación originaria y la limita a la capacidad de trabajo que tenga aquel que esté en estado de naturaleza.

La relevancia del trabajo subjetivo introduce una distinción fundamental en el concepto de propiedad: *no se trata ya de la mera ocupación de la tierra, ni de su negociación, sino de su transformación productiva, de la subjetivización del mundo a través del trabajo, un trabajo, sobre todo, agrícola*. Dado que el trabajo puede ser aprendido por cualquiera y dado que Locke no reconoce diferencias ontológicas entre los hombres ni sustanciales de racionalidad entre ellos –básicamente, porque en Locke no hay ontología ni sustancialismo–, el trabajo agrícola es un indicador de civilidad, una civilidad que también puede aprenderse y enseñarse a los otros que aún no la practiquen o la detenen⁴⁴. Y, lo que es más importante, la presencia del trabajo agrícola introduce un criterio de legitimidad de la propiedad en ultramar, que también sirve para diferenciar las colonizaciones justas de las injustas, a los colonos propietarios legítimos de los ilegítimos⁴⁵.

No obstante este barniz igualitarista, cuando el argumento de la apropiación originaria legítima se discute en el célebre capítulo V del *Segundo Tratado*, surge un elemento que sólo se percibe en una lectura enmarcada en la discusión colonizadora que hemos reconstruido aquí. Esto es, para que los así llamados “límites naturales de la propiedad” originaria puedan efectivizarse—que cada cual tome sólo aquello que precisa para su super-

43 GROCIO, [1625], II.II.II.5.

44 Bien dice Neal WOOD, en su análisis del *Ensayo sobre el entendimiento humano*, que Locke es un precursor de la Ilustración en cuanto al poder de la reforma de las costumbres. Cfr. WOOD, 1983.

45 Los pueblos de América del Norte, a pesar de lo que se ha sostenido de su nomadismo, no eran ajenos a la práctica del trabajo agrícola, pero sí lo eran en general al cercamiento de los terrenos, que es un también un criterio de propiedad en Locke. Al respecto, puede verse: JENNINGS, 1975.

vivencia y que puede trabajar, sin ocasionar desperdicio, y dejando a los demás tanto y de tan buena calidad como aquello que se ha apropiado- y en cuanto a la tierra se refiere, se precisa de la libre disponibilidad de esas tierras, se requiere que sea posible extender la frontera agrícola tanto como sea posible. Esto claramente se restringía a la situación americana y no a la inglesa. Como dice Herman Lebovics, el capítulo V sólo podía haber sido escrito pensando en América, porque los límites naturales a la propiedad no pueden darse en Inglaterra, que estaba bajo el proceso de *enclousers*, es decir, que atestiguaba lo contrario de la posibilidad de extender la frontera agrícola⁴⁶. Que para que el argumento pueda darse sea necesario la libre disponibilidad de tierras no sumerge el texto de Locke en el concepto románico de *res nullius*, pero lo pone como su presupuesto necesario: era preciso que la tierra estuviera disponible, esto es, no ocupada por los usos de otros, para que el uso agrícola pudiera darse.

Si esto es así, Locke produce, en el marco de la discusión de los argumentos colonizadores protestantes, una torsión que va más allá de ellos. Dado que la incitación a la construcción de un gobierno soberano está dada por la necesidad de la defensa de la propiedad privada o, en otras palabras, dado que es la propiedad privada la que funda la exigencia y también los límites de la soberanía, producir una transformación en el concepto de propiedad pone en cuestión también la relación de obligación política legítima. En lo que toca a las colonias ultramarinas, en el *Segundo Tratado*, Locke no reconoce ni soberanía ni gobierno amerindio en las regiones de Norteamérica, pero esto no lo lleva a afirmar que, dada esa carencia, debiera ser Inglaterra la soberana sobre esos territorios. La “cuestión central” allí, como él la llama, no es la de la soberanía, sino la de la propiedad de la tierra, que tiende a resolverse por la capacidad subjetiva privada de trabajo agrícola y por la moderación de la ambición de quienes así producen. En las *Fundamental Constitutions*, en cambio, que se supone que llevan la firma de Locke, la soberanía de las tierras de la colonia inglesa de Carolina está reconocida para los amerindios, pero no así la propiedad de la tierra, dado que se prohíbe a los colonos comprárselas o recibir de ellos cesiones. Es decir, lejos de haber una contradicción, como suele afirmarse, en ambos

46 Por tanto, Locke es más un forjador del argumento “agiculturalista”, que del de *res nullius*, pero ambos son complementarios en algún sentido. Cfr. LEBOVICS, 1986, pp. 567-581. Ver también FLANAGAN, 1989, pp. 589-602.

textos de Locke, el autor considera que el punto determinante de discusión en los territorios americanos, para Inglaterra, no es el de la soberanía –que bien puede reconocerse–, sino el de la propiedad individual de las tierras, limitada por el concepto y la práctica del trabajo agrícola. La soberanía no es prioritaria, sino la propiedad y ella es siempre individual.

Como se sabe, en la obra de Locke es la propiedad la que define la posibilidad de tener derechos políticos –sólo los propietarios pueden participar en el Poder Legislativo–, por lo que la soberanía aparece como concepto derivado, dependiente de la necesidad de dar un marco de respeto jurídico positivo a ese derecho natural. Por tanto, como dirá Duncan Ivison, en Locke, “aboriginal people do not have genuine property in their extended lands (as much as they have in the deer they catch, or the crops they sow), and equally, no proper jurisdiction over them, for government (and thus jurisdiction) ultimately tracks the ownership of land”⁴⁷.

Conclusión

Ante la pretensión católica de reencarnar la jurisdicción universal derivada del Imperio Romano, la literatura contraria a esa soberanía imperial, sobre todo protestante, produce una relectura del Derecho Romano, como fuente alternativa de derecho. El concepto de *res nullius*, presente en el Derecho privado Romano y aplicable tanto a ciudadanos como a extranjeros, reaparece como argumento factible de sustentar la apropiación colonial para ciertos países que estaban fuera de la órbita papal.

Esta recuperación del Derecho Romano –y en particular, del *ius gentium* y del derecho privado– fortaleció dos procesos claves de la modernidad temprana: por un lado, la posibilidad de sostener *otra* jurisdicción universal, fundamentada en los principios de la razón natural y el *ius gentium* (y no en la continuidad imperial/católica), y por el otro, una individualización de las demandas de apropiación legítima de territorios, revestidas de la forma de “derechos subjetivos” (los “derechos” del primer ocupante, independientes de su condición ciudadana).

47 IVISON, 2003, pp. 86-106. Aquí, p. 92. En el mismo sentido, Richard TUCK afirma: “government follows the ownership of land: only if land has been brought into cultivation and thereby appropriated, can a government claim jurisdiction over it”. En TUCK, 2001, p. 176.

Locke participa de este marco de sentido de las discusiones colonizadoras y fue también un actor privilegiado en la construcción de la política colonial inglesa, en la Restauración. Tanto él como Filmer contribuyeron a la reelaboración confusa de los términos *imperium* y *dominium*, cuya armonización, como escribió Armitage, fue el dilema persistente de la literatura imperial británica en el período. Pero Locke fue más radical en sus efectos, porque su obra habilitó la construcción de derechos subjetivos. Esto es: para Filmer, la identificación de soberanía y propiedad sustentaba una soberanía absoluta y un legado divino de los reyes. Para Locke, en cambio, la diferencia entre ambas y la conservación de la propiedad siempre como derecho natural del individuo destituye la soberanía absoluta —y con ella, la legitimidad de la conquista, la tiranía y la usurpación—, haciendo de la propiedad privada el obstáculo más claro a la absolutización del poder.

Pero el lenguaje de los derechos de propiedad sirvió también a la colonización. Haciendo del derecho de apropiación primera un derivado del trabajo, y presuponiendo para ello que hay tierra disponible vacante, Locke restablece la antinomia, ya no entre civilizado y bárbaro por naturaleza (como era para los griegos, romanos y para la ideología de las cruzadas), sino entre las figuras del industrial y lo que denomina el “*quarrelsome*”, que es aquel que contiene, que pelea, que es inmoderado en sus pretensiones de apropiación y también, que, en lugar de plegarse al trabajo, lo rechaza. O sea, tanto el colono inmoderado como el amerindio resistente (los *quarrelsome*) son puestos en cuestión por esta nueva antinomia, que podríamos tildar, si se quiere, de desarrollista. La teoría de Locke, lejos de ser un sustento de pretensiones mercantiles, es —como bien dice Neal Wood—, claramente una doctrina defensora de la economía agrícola y de su potencial civilizatorio⁴⁸.

En cuanto a la jurisdicción, en esta misma línea, Locke restablece la igualdad entre los hombres en estado natural: no hay dominio natural de unos sobre otros. La posibilidad de poner a otro sobre el propio dominio está dada por una transgresión a la ley natural, una forma individualizada del dominio, que es efecto, producto del crimen. Los Estados, incluso, reconocen sus jurisdicciones como si reconocieran su propiedad, lo que traza una analogía entre el individuo propietario privado y el Estado político.

48 WOOD, 1984.

Pero es la relación difusa entre uso y propiedad, otra vez, la que tiende un cerrojo a la obligación política: la herencia, el uso o el disfrute de ciertos bienes, dice Locke al pasar en el *Segundo Tratado*, introducen la obligación de obedecer al gobierno en cuyo territorio están esos bienes y mientras dure el usufructo. Es decir, aún cuando para Locke cada individuo nace apátrida y permanece como tal hasta que opte por la ciudadanía que desea (ST, §118), la herencia de bienes (como la tierra) o su usufructo obligan a obedecer al gobierno en donde ellos se encuentran. Como si hubiera una tensión entre el individuo y sus derechos propietarios incólumes y la necesidad de establecer una jurisdicción imperante sobre un territorio, dice en los parágrafos 119, 120 y 121 del *Segundo Tratado*:

§119: ...sostengo que todo hombre que posee una propiedad [sita] en alguna parte en los dominios de un gobierno, o la usufructúa, da con ello su consentimiento tácito y está obligado, en consecuencia, a [prestar] obediencia, de igual forma que cualquiera que sea súbdito de ese gobierno, a sus leyes, por el tiempo que se prolongue dicho usufructo, [resida éste] en la posesión de una tierra [perteneciente] a él y a sus herederos para siempre, o [consista el hecho de] hospedarse por una semana o, meramente, en el de recorrer libremente una carretera.

§120: Por tanto, quienquiera que ... usufructúe por herencia, compra o autorización, o por alguna otra vía, una parte de la tierra anexada de tal modo a ese Estado y [colocada] bajo jurisdicción de su gobierno, está obligado, al tomar posesión de ella, a [aceptar] la condición a la que se halla sujeta, esto es, la de someterse al gobierno del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentra, en igual medida que cualquier otro súbdito del mismo.

§121: Pero puesto que el gobierno tiene jurisdicción directa sólo sobre la tierra y alcanza a su poseedor (antes de que se haya incorporado efectivamente a la sociedad) sólo en tanto habita en ella y la usufructúa, la obligación de someterse al gobierno recae sobre alguien en virtud de tal usufructo comienza y finaliza con éste. De modo tal que en cuanto aquel propietario que sólo ha dado un consentimiento tácito al gobierno se deshace de la posesión mencionada, sea por donación, venta u otra vía, está en libertad de marcharse e incorporarse a alguna otra sociedad civil, o de acordar con otros dar origen a una nueva *in vacuis locis*, en cualquier parte del mundo que puedan hallar [que esté] libre y sin poseedores...

Esto atañe (también) a los territorios de América y a los derechos de sus habitantes originarios, aunque ello no esté explicitado del todo en el texto. El lazo de obligación jurídico-política que traza la posesión, la propiedad, la herencia o el uso de bienes como la tierra implica que en esos territorios no podría haberse reconocido la soberanía amerindia sin haber reconocido a la vez que el mero usufructo de un bien tal por un colono implicaría la obligación, para él, de obedecer al gobierno que sostiene esa jurisdicción y aunque más no sea, en virtud de su consentimiento implícito, mientras dure su estancia. Por tanto, la lógica argumental de Locke es implacable cuando dice, en el *Segundo Tratado*, que si existiera en América algo así como soberanía y gobierno, serían de carácter precario o metafórico⁴⁹, o que se prohíbe comprar o recibir cesiones por parte de amerindios, en *The Fundamental Constitutions*. Porque toda soberanía –en el sentido lockeano de la palabra– es una construcción secundaria fundada en la necesidad de respetar el derecho natural de propiedad y para ello, esa propiedad –de nuevo, en el sentido lockeano de la palabra–, todavía debía establecerse en América. El gobierno sigue a la propiedad en la teoría lockeana, como hemos visto, pero también se debe agregar que no reconocer la existencia de un gobierno con jurisdicción plena habilita la apropiación, en América.

Bibliografía

Clásica

- FILMER, Robert [1680]. *Patriarca and Other Political Works*. LASLETT, Peter (ed.). Oxford: Basil Blackwell, 1949.
- GROCIO, Hugo. [1625] *De Iure Belli Ac Pacis Libre Tres, In Quibus Ius Naturae Et Gentium, Item Juris Publici Praecipua Explicantur* (Latin Edition). USA: The Lawbook Exchange, 2005.

49 En el párrafo 102 del ST, Locke niega que pueda decirse que había gobiernos en América. En el párrafo 108, agrega que las “naciones” amerindias ejercen un dominio muy limitado y ejercen una soberanía modesta (“exercise very little Dominion, and have but a very modest Sovereignty”). No son sociedades civiles, en el sentido lockeano estricto del término y sus reyes son sólo jefes de guerra (“the Kings of the Indians in America . . . are little more than *Generals of their Armies*”). Esto, sumado a que la forma de apropiación originaria ligada al cercamiento no se aplica en América, hace que ambos conceptos (sociedad política/propiedad), puedan pensarse en Locke como forjados contra el telón de fondo de América, como afirma James Tully en el clásico artículo “Rediscovering America: the *Two treatises* and aboriginal rights”. En TULLY, 1980, pp. 137-179.

- LOCKE, John [1690]. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes y Prometeo, 2010. Traducción de AMOR, Claudio y STAFFORINI, Pablo.
- LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. LASLETT, Peter (ed.). Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- SCHMITT, C. *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del "Jus publicum europaeum"*. Buenos Aires: Struhart & Cía, sin datación.
- WATSON, A. (ed.). *The Digest of Justinian* (2 vols.). Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1985.

Secundaria

- ARMITAGE, David. *The ideological origins of the British Empire*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- ARNEIL, Barbara. *John Locke and America. The Defense of English Colonialism*. New York: Oxford University Press, 1996.
- ASHCRAFT, Richard. *Revolutionary Politics and Locke's "Two Treatises of Government"*. Princeton: Princeton University Press, 1986.
- BENTON Lauren y STRAUMANN Benjamin. *Acquiring Empire by Law: From Roman Doctrine to Early Modern European Practice*. En revista *Law and History Review*, Florida, USA, 28:1, pp. 1-38, 2010.
- BENTON, Lauren. *Legal Spaces of Empire: Piracy and the Origins of Ocean Regionalism*. En revista *Comparative Studies in Society and History*, Michigan, USA, Volumen 47, Issue 04, pp 700-724, octubre de 2005.
- CORCORAN, Paul. *John Locke on the Possession of Land: Native Title vs. the 'Principle' of vacuum domicilium*. Texto presentado en la Australasian Political Studies Association Annual Conference, Melbourne: Monash University, 24–26, septiembre de 2007.
- DUNN, J. *The political Thought of John Locke*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.
- ELLIOT, J. H. *Empires of the Atlantic World: Britain and Spain in America, 1492–1830*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 2006.
- FISCH Jörg. *Die europäische Expansion und das Völkerrecht. Die Auseinandersetzungen um den Status der überseeischen Gebiete vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart*. Stuttgart: Steiner, 1984.
- FLANAGAN, Thomas. *The Agricultural Argument and Original Appropriation: Indian Lands and Political Philosophy*. En revista *Canadian Journal of*

- Political Science / Revue canadienne de science politique*, Toronto, Canadá, Vol. 22, No. 3, pp. 589-602, septiembre de 1989.
- IVISON, Duncan. *Locke, liberalism and empire*. En ANSTEY, Peter R. (ed.). *The Philosophy of John Locke. New perspectives*. New York: Routledge, 2003, pp. 86-106.
- JENNINGS, Francis. *The Invasion of America: Indians, Colonialism, and the Cant of Conquest*. New York & London: Institute of Early American History & Culture, Norton, 1975.
- LEBOVICS, Herman. *The Uses of America in Locke's Second Treatise of Government*. En: *Revista Journal of the History of Ideas*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, Vol. 47, No. 4, pp. 567-581, oct. – dic. de 1986.
- MACMILLAN, Ken. *Sovereignty and Possession in the English New World: The Legal Foundations of Empire, 1576-1640*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- MACMILLAN, Ken. *Sovereignty 'More Plainly Described': Early English Maps of North America, 1580–1625*. En revista *Journal of British Studies*, University of Pittsburgh, USA, Vol. 42, No. 4, pp. 413-447, octubre de 2003.
- MULDOON, J. *Discovery, Grant, Charter, Conquest, or Purchase: John Adams on the Legal Basis for English Possession of North America*. En TOMLINS, Christopher L. y MANN, Bruce H. (eds.). *The Many Legalities of Early America*. Carolina del Norte: Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2001, pp. 25-46.
- PAGDEN, Anthony. *Lords of All the World: Ideologies of Empire in Spain, Britain and France, c.1500–c.1800*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1995.
- SCHIAVONE, Aldo. *IUS. La invención del derecho en Occidente*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2009.
- SLATTERY, Brian. *Paper Empires: The Legal Dimensions of French and English Ventures in North America*. En MCLAREN, John; BUCK, A. R.; y WRIGHT, Nancy E. (eds.). *Despotic Dominion: Property Rights in British Settler Societies*. Vancouver: University of British Columbia Press, 2005.
- TUCK, Richard. *Natural Right Theories: Their origin and development*. Cambridge: Cambridge University, 1979.
- TUCK, Richard. *The Rights of War and Peace. Political Thought and the international order from Grotius to Kant*. New York: Oxford University Press, 2001.

- TUCK, Richard. *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- TULLY, J. *A Discourse on Property. John Locke and his adversaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 1980.
- TULLY, J. *A Discourse on Property: John Locke and His Adversaries*. New York: Cambridge University Press, 1980.
- WAGNER, Henry R. *Creation of Rights of Sovereignty through Symbolic Acts*. En revista *Pacific Historical Review*, Vol. 7, No. 4, diciembre, 1938, pp. 297-326.
- WOOD, Neal. *The politics of Locke's Philosophy. A social study of "An Essay concerning Human Understanding"*. Berkeley: University of California Press, 1983.
- WOOD, Neal. *John Locke and Agrarian Capitalism*. California: University of California Press, 1984.
- ZAVALA, Silvio. *La filosofía política en la Conquista de América*. México: FCE, 1947.

Autora convidada