

### III. LA PROPIEDAD<sup>1</sup>

Con este capítulo se inicia nuestro examen del derecho común (un término ambiguo, como muchos otros términos legales). Se utiliza para designar al conjunto de principios aplicados por los tribunales reales de Inglaterra en el siglo XVIII (excluyendo así al derecho de la equidad y el naviero, pero incluyendo algo del derecho estatutario); los campos del derecho creados en gran medida por los jueces como el subproducto de sus decisiones en casos particulares, antes que por las legislaturas; o cualquier campo del derecho forjado en gran medida por los precedentes judiciales. Esta parte del libro se ocupa del derecho común principalmente en su segundo sentido, pero excluye dos áreas importantes, el procedimiento y el conflicto de leyes, que se discutirán en el capítulo XXI. También se discutirán más adelante ciertos campos que pueden considerarse derecho común en el tercero y más amplio de los sentidos de la palabra, incluidas importantes áreas del derecho constitucional.

Puede considerarse que el derecho común en el segundo sentido, en términos económicos, está integrado por tres partes: ...

1) el derecho de la propiedad, que se ocupa de la creación y definición de los derechos de propiedad, que son derechos para el uso exclusivo de recursos valiosos; 2) el derecho de los contratos, que se ocupa de facilitar el movimiento voluntario de los derechos de propiedad hacia las manos de quienes les asignen mayor valor; y

3) el derecho de los daños, que se ocupa de proteger los derechos de propiedad, incluido el derecho a la integridad corporal.

Campos tales como el derecho naviero, de la restitución, de la propiedad intelectual y el derecho comercial, e incluso el derecho penal y el familiar, pueden concebirse como subcategorías especializadas de uno o más de los campos fundamentales.<sup>2</sup> Aunque el derecho es mucho menos nítido de lo sugerido por esta tipología (e incluso en principio, como veremos más adelante en el § III.6, el derecho de la propiedad y el derecho de los daños se yuxtaponen), la tipología es útil para organizar las ideas y para destacar el tema principal de esta parte del libro: la congruencia notable, aunque imperfecta, entre las reglas del derecho común y el principio de la eficiencia económica bosquejado en el capítulo I.

#### § III.1. LA TEORÍA ECONÓMICA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD: ASPECTOS ESTÁTICOS Y DINÁMICOS

A fin de entender la economía de los derechos de propiedad, primero es necesario entender la distinción que establece el economista entre el análisis estático

<sup>1</sup> Por lo que toca al derecho de la propiedad, véase Jesse Dukeminier y James E. Krier, *Property* (2a. ed., 1986); Robert C. Ellickson y A. Dan Tarlock, *Land-Use Controls: Cases and Materials*, caps. 2, 3 y 6 (1981); Charles J. Meyers y A. Dan Tarlock, *Water Resource Management* (3a. ed., 1987).

<sup>2</sup> En este capítulo se discute la propiedad intelectual.

y el análisis *dinámico*. El análisis estático suprime la dimensión temporal de la actividad económica: se supone que todos los ajustes al cambio ocurren instantáneamente. El supuesto es poco realista, pero a menudo fructífero; el lector atento del capítulo 1 no se inquietará mucho por una falta de realismo en los supuestos.

El análisis dinámico, en el cual pierde fuerza el supuesto del ajuste instantáneo al cambio, es de ordinario más complejo que el análisis estático. Así que resulta sorprendente que la base económica de los derechos de propiedad se haya percibido primeramente en términos dinámicos. Imaginemos una sociedad en que se han abolido todos los derechos de propiedad. Un agricultor siembra maíz, lo fertiliza y pone espantapájaros; pero cuando el maíz está maduro su vecino lo cosecha y lo lleva para su propio uso. El agricultor no tiene ningún remedio legal contra la conducta de su vecino. Si no pueden tomarse medidas defensivas (y por el momento suponemos que así ocurre), después de algunos incidentes semejantes se abandonará el cultivo de la tierra y la sociedad cambiará a los métodos de subsistencia (tales como la caza) que involucren una inversión preparatoria menor.

Como sugiere este ejemplo, la protección legal de los derechos de propiedad crea incentivos para el uso eficiente de los recursos. Aunque el valor de la cosecha en nuestro ejemplo, medido por la disposición de los consumidores a pagar, podría superar ampliamente a su costo en términos de mano de obra, materiales y usos alternativos de la tierra que se sacrifican, sin derechos de propiedad no hay ningún incentivo para incurrir en estos costos porque no hay ninguna recompensa razonablemente asegurada para tal acción. Los incentivos apropiados se crean distribuyendo entre los miembros de la sociedad derechos mutuamente excluyentes para el uso de recursos particulares. Si todo pedazo de tierra es propiedad de alguien —si siempre hay alguien que puede excluir a todos los demás del acceso a cualquier área dada—, los individuos tratarán de maximizar el valor de la tierra mediante el cultivo u otras mejoras. Por supuesto, la tierra es sólo un ejemplo. El principio se aplica a todos los recursos valiosos.

Todo eso se ha conocido durante siglos.<sup>3</sup> En cambio, el análisis estático de los derechos de propiedad tiene poco más de 50 años.<sup>4</sup> Imaginemos que varios ganaderos son propietarios comunes de un pastizal; es decir, ninguno de ellos tiene derecho a excluir a ninguno de los otros, de modo que ninguno puede cobrar a los otros por el uso del pastizal. Podemos omitir los aspectos dinámicos del problema suponiendo que el pastizal es natural (no cultivado). Aun así, el pastoreo de

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, 2 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 4, 7 (1766). Y los sistemas de derechos de propiedad tienen un origen prehistórico. Vernon L. Smith, "The Primitive Hunter Culture, Pleistocene Extinction, and the Rise of Agriculture", 83 *J. Pol. Econ.* 727 (1975).

Frank I. Michelman cuestiona la proposición de que la aplicación de los derechos de propiedad conducirá a un incremento de la producción, en "Ethics, Economics, and the Law of Property", 24 *Nomos* 3, 26 (1982). Michelman sugiere que el agricultor que sabe que la robarán la mitad de su cosecha simplemente sembrará el doble. Esta sugerencia pasa por alto:

1) el incentivo adicional para el robo que se creará sembrando más y la probabilidad resultante de que se roben más de la mitad de la cosecha mayor;

2) la improbabilidad de que la agricultura sea mucho más rentable que otras actividades que no impliquen una inversión preparatoria, de modo que los agricultores decidan seguir siéndolo; y

3) la probabilidad de que, si el agricultor permanece en la agricultura, desviará una parte de sus recursos, de sus cultivos, a la protección con cercas, guardias, etcétera.

<sup>4</sup> Véase Frank H. Knight, "Some Fallacies in the Interpretation of Social Cost", 38 *Q. J. Econ.* 582 (1924).

vacas adicionales impondrá un costo a todos los demás ganaderos. Las vacas tenderán que caminar más a fin de comer la misma cantidad de pasto y eso reducirá su peso. Sin embargo, en virtud de que ninguno de los ganaderos paga por el uso del pastizal, ninguno tomará en cuenta este costo al decidir cuántas vacas adicionales alimentará, de modo que se criarán más vacas de lo que sería eficiente. (¿Puede ver una analogía con el congestionamiento carretero?)

El problema desaparecería si alguien fuera propietario del pastizal y cobrara a cada ganadero por su uso (para los fines de este análisis, omitamos el costo de tal gravamen). El cobro para cada ganadero incluiría el costo que impone a los demás ganaderos al criar vacas adicionales, porque ese costo reduce el valor del pastizal para los demás ganaderos y por ende el precio que están dispuestos a pagar al propietario por el derecho a pastorear.

La creación de derechos exclusivos es una condición necesaria, pero no suficiente, para el uso eficiente de los recursos: los derechos deben ser transferibles. Supongamos que el agricultor de nuestro primer ejemplo es propietario de la tierra que siembra, pero es un mal agricultor; su tierra sería más productiva en las manos de otro. La eficiencia requiere un mecanismo que pueda inducir al agricultor a transferir la propiedad a alguien que pueda trabajarla más productivamente. Un derecho de propiedad transferible es tal mecanismo. Supongamos que el agricultor A es propietario de un pedazo de tierra con el que espera ganar \$100 al año por encima de sus costos de mano de obra y de otra clase, por un tiempo indefinido. Así como el precio de una acción común es igual al valor presente de las ganancias anticipadas a las que tendrá derecho el accionista, el valor presente de una parcela de tierra de la que se espera un ingreso neto anual de \$100 puede calcularse y es el precio mínimo que aceptará A a cambio de su derecho de propiedad.<sup>5</sup> Supongamos que el agricultor B cree que podrá usar la tierra de A más productivamente que A. Por tanto, el valor presente de la corriente de ingresos esperados de B superará al valor presente calculado por A. Supongamos que el valor presente calculado por A es \$1000, mientras que el calculado por B es \$1500. Entonces, a cualquier precio entre \$1000 y \$1500 una venta mejorará la situación de los dos agricultores. Existen así fuertes incentivos para un intercambio voluntario de la tierra de A por el dinero de B.

Esta discusión conlleva que, si todo recurso valioso (es decir, escaso y deseado) fuese propiedad de alguien (el criterio de la universalidad), si la propiedad connotara el poder incondicional de excluir a todos los demás del uso del recurso (la exclusividad) y de usarlo uno mismo, y si los derechos de propiedad fueran libremente transferibles, o alienables como dicen los abogados (la transferibilidad), el valor sería maximizado. Sin embargo, esto omite los costos de un sistema de derechos de propiedad, tanto los obvios como los sutiles. Tales costos constituyen un tema particular de este capítulo.

Un ejemplo ilustrará un costo sutil de la exclusividad. Supongamos que nuestro agricultor estima que puede criar un cerdo con un valor de mercado de \$100 a un costo de sólo \$50 por concepto de mano de obra y materiales y que ningún uso alternativo de la tierra generaría un mayor valor neto: en el mejor uso siguiente, su ingreso proveniente de la tierra sería de sólo \$20. Este agricultor deseará criar al cerdo. Pero ahora supongamos que su derecho de propiedad está

<sup>5</sup> El descuento al valor presente se discute con detalle § VI.13.

## EL DERECHO COMÚN

condicionado en dos sentidos: no tiene derecho a impedir que la máquina de un ferrocarril que pasa junto arroje accidentalmente chispas que podrían incendiar el corral, matando al cerdo prematuramente; y un tribunal podría decidir que su crianza de un cerdo en esta tierra causa perjuicios, en cuyo caso tendrá que vender el cerdo con desventaja (¿por qué?) antes de tiempo. En vista de estas contingencias, el agricultor deberá revisar el rendimiento de su tierra: deberá descontar los \$100 para reflejar la probabilidad de que el rendimiento sea menor, quizá cero. Supongamos que, después de este descuento, el rendimiento esperado de la crianza del cerdo (el valor de mercado multiplicado por la probabilidad de que llegue al mercado) es sólo \$60. No criará el cerdo. El agricultor dará otro uso a la tierra, el que según dijimos es menos valioso;<sup>6</sup> el valor de la tierra bajará.

Sin embargo, el análisis está incompleto. Deshacerse del cerdo podría incrementar el valor de la tierra residencial circundante en mayor medida que la baja del valor de la parcela del agricultor; o el costo de evitar la emisión de chispas de la máquina podría superar a la reducción del valor de la tierra del agricultor cuando éste deja de criar cerdos para cultivar, por ejemplo, rábanos, que no se incendian. Por supuesto, el lector atento podría argüir que, si el aumento del valor para otros, de un uso diferente de la tierra del agricultor supera a la disminución del valor para él, los otros deberían tener derecho a comprar: el ferrocarril puede comprar un permiso para emitir chispas; los casatenientes circundantes pueden comprar al granjero la promesa de no criar cerdos; no hay necesidad de limitar el derecho de propiedad del granjero. Pero, como veremos más adelante (en el § III.8), los costos de una transferencia de derechos —costos de transacción— a menudo son prohibitivos y, cuando esto ocurre, otorgar a alguien el derecho exclusivo a un recurso podría reducir la eficiencia en lugar de aumentarla. Por supuesto, podríamos preservar la exclusividad en un sentido puramente teórico considerando al derecho de propiedad de un objeto dado un conjunto de derechos distintos, cada uno de ellos exclusivo; ésta es, en efecto, la posición legal. Sin embargo, el punto de vista económico es que el propietario nominal raras veces tendrá un poder exclusivo sobre su propiedad.

las licencias (p) son pa no  
limitar la propiedad

## § III.2. PROBLEMAS DE LA CREACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

Los derechos de propiedad son no sólo menos exclusivos, sino también menos universales de lo que serían si su aplicación no fuese costosa. Imaginemos una sociedad primitiva en que el uso principal de la tierra sea el pastoreo. La población de la sociedad es pequeña en relación con la cantidad de tierra. La población también son pequeños. No existe ninguna tecnología para incrementar el valor de la tierra mediante la fertilización, el riego u otras técnicas. Es muy elevado el costo de la madera o de otros materiales para la construcción de cercas, y no se puede pensar en un sistema para el registro público de la propiedad de la tierra porque la sociedad es analfabeta. En estas circunstancias, los costos de aplicar los derechos de propiedad podrían superar a los beneficios. Los cos-\*

<sup>6</sup> El beneficio esperado de criar el cerdo sólo asciende ahora a \$10 (los costos del agricultor ascienden a \$50). Dijimos que el siguiente uso mejor rendiría una ganancia de \$20.

## LA PROPIEDAD

tos serían los de la instalación de cercas para impedir la entrada de los animales de otras personas, y serían costos sustanciales. Los beneficios podrían estimarse. Dado que no hay ningún problema de congestión, los derechos de propiedad no conferirían beneficios estáticos; y puesto que no hay modo de mejorar la tierra, tampoco habría beneficios dinámicos. Por tanto, no es sorprendente que los derechos de propiedad sean menos extensos en las sociedades primitivas que en las avanzadas, y que el patrón de surgimiento y extensión de los derechos de propiedad en una sociedad se relacione con el incremento de la proporción entre los beneficios de los derechos de propiedad y sus costos.<sup>7</sup>

La distinción que hace el derecho común entre los animales domésticos y los salvajes ilustra la idea general. Los animales domésticos se poseen como cualquier otra propiedad personal; los animales salvajes no tienen propietario mientras no los maten o los encierren (como en un zoológico). Por ejemplo, si una vaca de usted se sale de su tierra, sigue siendo suya; pero si un topo cuya madriguera se encuentra en su tierra sale a vagar, no es su propiedad, y quien lo desee podrá capturarlo o matarlo, a menos que esté domado (a menos que tenga un argumento económico para la doctrina del *animus revertendi*). ¿Puede encontrar algún

La razón de la diferencia del tratamiento legal entre los animales domésticos y los salvajes es que sería difícil aplicar un derecho de propiedad sobre un animal salvaje y totalmente inútil; la mayoría de los animales salvajes, como el topo de nuestra ilustración, no son valiosos, de modo que no se gana nada con crear incentivos para invertir en ellos. No obstante, supongamos que los animales son valiosos. Si no hay derechos de propiedad sobre animales de piel valiosa, como la marta y el castor, los cazadores los diezmarán hasta la extinción, aunque el valor presente del recurso disminuya con tal acción. El cazador que respeta a una madre castora para que pueda reproducirse sabe que casi seguramente sus crías serán atrapadas por otro cazador (mientras haya muchos cazadores) y no renunciará a un beneficio presente para conferir un beneficio futuro a alguien más. Los derechos de propiedad serían deseables en estas circunstancias, pero resulta difícil imaginar un plan viable para otorgar al cazador que decidió respetar a la madre castora un derecho de propiedad sobre sus crías que aún no han nacido. Los costos de aplicar tal derecho de propiedad todavía superarían a los beneficios, aunque ahora los beneficios serían sustanciales.

Hay dos soluciones posibles. La más común es el uso de los poderes reguladores del Estado para reducir la caza al nivel aproximado que tendría si los animales fueran cazados a una tasa óptima; éste es un ejemplo de la manera en que la regulación puede ser un sustituto de los derechos de propiedad al dirimir una divergencia entre los costos o los beneficios privados y sociales. La otra solución es que una persona compre todo el hábitat de los animales; esta per-

<sup>7</sup> Existe una bibliografía económica sorprendentemente extensa sobre el desarrollo histórico de los sistemas de derechos de propiedad; por ejemplo, por lo que toca al mundo prehistórico, primitivo y antiguo (véase, por ejemplo, el artículo de Smith citado antes, en la nota 3; D. Bruce Johnson, "The Formation and Protection of Property Rights Among the Southern Kwakiwilt Indians", 15 *J. Leg. Stud.* 41 [1986]; David E. Autt y Gilbert L. Rutman, "Land Scarcity, Economic Efficiency, and African Common Law", 12 *Research in Law & Econ.* 33 [1989]); la Edad Media (véase, por ejemplo, Carl J. Dahlman, "The Open Field System and Beyond: A Property Rights Analysis of an Economic Institution [1980]"; y el oeste estadounidense del siglo XIX (véase, por ejemplo, Terry L. Anderson y Peter J. Hill, "The Race for Property Rights", 33 *J. Law & Econ.* 177 [1990]; John R. Umbeck, "A Theory of Property Rights, With Application to the California Gold Rush [1981]).

sona regularia en forma óptima la caza dentro de su propiedad porque obtendría todas las ganancias de tal acción.<sup>8</sup>

Otro ejemplo de la correlación entre los derechos de propiedad y la escasez es la diferencia de los sistemas legales del agua entre los estados del este y el oeste de los Estados Unidos. En los estados del este, donde el agua es abundante, los derechos del agua son comunales en gran medida, y la regla básica es que los propietarios ribereños (es decir, los propietarios del borde de un cuerpo acuático) tienen derecho a usar en forma razonable el agua: un uso que no interfiera indebidamente con los usos de los otros ribereños. En los estados del oeste, donde el agua es escasa, pueden obtenerse derechos exclusivos mediante la apropiación (el uso).

Consideremos ahora el ejemplo de los objetos, a menudo muy valiosos, como el tesoro hundido en un barco, que fueron propiedad de alguien, pero se abandonaron. Aquí la regla general es que el objeto es de quien lo encuentre. En cierto sentido, ésta es la misma regla que la aplicada a los animales salvajes y al agua en los estados del oeste. Se obtiene la propiedad del objeto reduciéndolo a la posesión real. Mientras tanto, el objeto no tiene propietario (los castores que no han nacido, el barco abandonado), y es esta falta de propiedad (este intervalo en que nadie tiene un derecho de propiedad) lo que constituye la fuente del problema económico.

Sin embargo, el problema es ligeramente diferente en los casos de los animales y del tesoro. En el caso de los animales salvajes, el problema es una explotación demasiado rápida; en el caso de la propiedad abandonada, la explotación es demasiado costosa. Supongamos que el tesoro hundido vale \$1 millón y que costará \$250 000 contratar un equipo de buzos para rescatarlo. En virtud de que el beneficio esperado de la aventura es tan elevado, alguien más podría optar por contratar su propio equipo y tratar de adelantarse al primero. Una tercera y una cuarta personas podrían intentarlo también, porque si cada una tiene la misma probabilidad (25%) de llegar al tesoro primero, el valor esperado de la aventura para cada una (\$1 millón  $\times$  0.25) todavía cubrirá el costo esperado. No obstante, si hay cuatro deseos del tesoro, el costo de obtenerlo, \$1 millón, será cuatro veces mayor que en el caso de que sólo hubiese un explorador.<sup>9</sup> En efecto, la pérdida social neta de esta competencia será menor de \$750 000, porque es probable que la competencia haga que el tesoro sea encontrado más pronto (lo que incrementará su valor presente) que si sólo hubiese un explorador. Sin embargo, la ganancia de tiempo puede ser modesta, de modo que no justificaría los gastos adicionales que aceleraran la búsqueda.

No habría ningún problema de costo excesivo si el tesoro no hubiese sido abandonado; porque entonces el propietario simplemente trataría a uno de los cuatro rescataadores por \$250 000. Sin embargo, cuando hablamos de una propiedad

<sup>8</sup> Por lo que toca a la economía del comercio de pieles, véase Harold Demsetz, "Toward a Theory of Property Rights", 57 *Am. Econ. Rev. Papers & Proceedings* 347, 351-353 (mayo de 1967), uno de los artículos decisivos del "nuevo" derecho y economía. Véase también Dean Lueck, "The Economic Nature of Wildlife Law", 18 *J. Leg. Stud.* 291 (1989).

<sup>9</sup> La tendencia de una ganancia esperada a traducirse en costos mediante esfuerzos competitivos recibe el nombre de búsqueda de renta, se aborda muchas veces en este libro y es tema cada vez más de la bibliografía al respecto. Véanse los ensayos reunidos en *Toward a Theory of the Rent-Seeking Society* (James Buchanan, Robert Tollison y Gordon Tullock, comps., 1980). La revista *Public Choice* publica muchos artículos sobre la búsqueda de renta.

abandonada en el sentido legal, queremos decir que el costo de respetar la propiedad del propietario original es prohibitivo, porque no puede ser encontrado a un costo razonable o porque ese propietario considera (quizá incorrectamente) que la propiedad vale menos que el costo de encontrarla o usarla. El problema de la explotación demasiado costosa de un recurso valioso, como el problema de la explotación demasiado rápida, deriva en última instancia de los costos de aplicar los derechos de propiedad, que a veces son prohibitivos.

La ley puede hacer algo acerca del problema del abandono y hasta cierto punto lo ha hecho. El derecho común otorga a veces al primer buscador serio de la propiedad abandonada un derecho de impedir a otros la búsqueda mientras que la suya prosiga debidamente. Otra regla del derecho común considera que un tesoro abandonado (de dinero u oro) puede ser confiscado; si se encuentra será del gobierno, en lugar de convertirse en propiedad del explorador. Esta regla reduce la inversión para buscar al nivel que el gobierno considere apropiado; el gobierno determina el nivel fijando la recompensa que otorgará al explorador. En el caso del dinero (por oposición al tesoro que tiene un valor histórico, estético o de coleccionista), el nivel óptimo es muy bajo, quizá nulo. El hallazgo de dinero no incrementa la riqueza de la sociedad; sólo permite que quien lo halla tenga una cantidad mayor de los bienes de la sociedad. Por tanto, la recompensa óptima puede ser muy baja, quizá nula. La tendencia del derecho común es expandir el principio de la confiscación del tesoro a otras áreas de la propiedad encontrada para otorgar así al descubridor una recompensa más que la propiedad misma; esto tiene sentido económico.

Podría creerse que nada estaría más alejado del tesoro hundido que los inventos patentados, pero el problema económico creado por las patentes es notablemente similar al de la propiedad abandonada. Las ideas se crean en cierto sentido, pero en otro sentido se encuentran. Supongamos que quien inventa un artefacto podrá venderlo a un fabricante por \$1 millón, si se le permite excluir a otros del uso mediante la concesión de una patente. Y supongamos que el costo de la invención es de \$250 000. Otros tratarán de ser los primeros en inventar el artefacto. Esta competencia hará que el invento se obtenga más pronto. Supongamos que se inventase en un solo día; el valor de tener el invento un día antes será menor que el costo de duplicar toda la inversión en el invento.

### § III.3. LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Como lo ilustra el párrafo precedente, el economista no experimenta ninguna sensación de discontinuidad cuando pasa de la propiedad física a la propiedad intelectual. En particular, la justificación dinámica de los derechos de propiedad se aplica fácilmente a las ideas útiles que llamamos inventos. Supongamos que cuesta \$10 millones inventar un nuevo tipo de mezcladora de alimentos; que el costo marginal de producir y vender la mezcladora, una vez inventada, es \$50 (¿por qué la suma de \$10 millones no es un costo marginal?), y la demanda se estima en un millón de mezcladoras (para nuestros fines, aquí podemos omitir el hecho de que la demanda variará con el precio de la mezcladora). A menos que el fabricante pueda cobrar \$60 por mezcladora, no recuperará los costos de la invención. No obstante, si otros fabricantes afrontan el mismo costo mar-

ginal, y la competencia (en ausencia de patentes) hace bajar el precio a \$50, fracasará el esfuerzo de recuperación y, previendo esto, el fabricante no hará la invención en primer lugar; no sembrará si no puede cosechar. Además, en un mundo sin patentes, la actividad inventiva que ocurriría estaría fuertemente orientada hacia los inventos que puedan mantenerse en secreto, del mismo modo que una ausencia completa de los derechos de propiedad orientaría la producción hacia las cosas que requieren una inversión preparatoria mínima (como vimos antes, en § III.1). Por tanto, tenemos patentes; pero la ley utiliza varios instrumentos para tratar de minimizar los costos de duplicar la actividad inventiva que un sistema de patentes promueve, como vimos en la sección precedente. Veamos cuatro de tales instrumentos:

- 1) Una patente se termina a los 17 años, en lugar de ser perpetua. Esto reduce el valor de la patente para el propietario y por ende la cantidad de recursos que destinará a la obtención de patentes.
- 2) Los inventos no son patentables si son "obvios". El significado funcional de lo obvio se puede descubrir a bajo costo.<sup>10</sup> Entre menor sea el costo del descubrimiento, menos necesaria será la protección de la patente para inducir el descubrimiento, y mayor será el peligro de la inversión excesiva si se permite la protección de las patentes. Si una idea que vale \$1 millón tiene un costo de descubrimiento de \$1 en lugar de \$250 000, la cantidad de la duplicación dispendiosa para obtener una patente será mayor, quizá \$249 999 mayor.
- 3) Las patentes se otorgan pronto —antes de que un invento se haya llevado hasta el punto de la viabilidad comercial—, a fin de evitar la costosa duplicación de un trabajo de desarrollo caro.<sup>11</sup>
- 4) Las ideas fundamentales (las leyes de la física, por ejemplo) no son patentables, a pesar de su gran valor. Antes del advenimiento de los costosos aceleradores de partículas atómicas, la investigación básica no requería un gasto sustancial, de modo que la protección de las patentes podría haber generado mucha investigación básica. Al confinar la patentabilidad a los inventos "útiles" en un sentido limitado, la ley de patentes identifica (aunque sólo sea aproximadamente) los inventos que probablemente requerirán un desarrollo costoso antes de que puedan llegar al mercado. Sin embargo, la ausencia de patentabilidad de los descubrimientos básicos, como la duración limitada de las patentes, refleja algo más que una mera preocupación por los costos de adquirir patentes; también hay algunos problemas graves de identificación, como en el caso de los animales salvajes. Una idea no tiene lugar físico estable, como un pedazo de tierra. Con el paso del tiempo se vuelve más difícil identificar los productos en que se materializa una idea particular; y también resulta difícil identificar los productos en que se materializa una idea básica que tiene aplicaciones numerosas y variadas. Así pues, aquí tenemos otro ejemplo de cómo los costos de los derechos de propiedad limitan su extensión.

Los costos del sistema de patentes incluyen (además del de inducir una inversión potencialmente excesiva en la invención) la creación de una brecha entre el precio y el costo marginal, con los resultados que examinaremos en la ter-

<sup>10</sup> Edmund W. Kitch, "Graham vs. John Deere Co.: New Standards for Patents", 1966 S. Ct. Rev. 293; Roberts vs. Sears, Roebuck & Co., 723 F.2d 1324, 1344 (7o. Cir. 1983) (en banc) (opinión concurrente y disidente).

<sup>11</sup> Edmund W. Kitch, "The Nature and Function of the Patent System", 20 J. Law & Econ. 265 (1977). Advértase la analogía con el principio del "buscador comprometido" mencionado en la sección precedente.

cera parte de este libro. Una vez que se realiza un invento, sus costos son hundidos: en términos económicos, tales costos son iguales a cero. Por tanto, un precio que incluya una regalía para el inventor superará al costo de oportunidad del producto en que se materializa el invento. Pero esta brecha es analfáticamente idéntica al costo de una cerca para demarcar un derecho de propiedad de la tierra; es un costo indispensable del uso del sistema de derechos de propiedad en la asignación de recursos.

La propiedad intelectual provee muchos otros ejemplos interesantes de la economía del derecho de la propiedad. Aquí sólo podremos exponer unos cuantos. Empecemos por el secreto comercial,<sup>12</sup> porque frecuentemente es una alternativa de las patentes: un fabricante que suponga que puede mantener en secreto su proceso de fabricación durante más tiempo que el periodo en que podría protegerlo mediante una patente podría optar por recurrir al derecho al secreto comercial, olvidándose de buscar una patente. Este fabricante se ahorrará los costos y evitará las incertidumbres de la ruta de las patentes, y no tendrá que revelar el proceso, como lo haría en una aplicación de patentes, en cuyo caso sus competidores podrían duplicarlo en cuanto la patente se termine.

En un secreto comercial no hay límite de tiempo, y esto a pesar de que el poseedor del secreto no necesita probar que satisfice los criterios de la ley de patentes, novedad, ausencia de lo obvio y todo lo demás. El resultado parece una laguna del derecho de patentes, así como una invitación a destinar recursos excesivos al mantenimiento del secreto, hasta que advertimos que el secreto comercial es un derecho severamente limitado. En su mayor parte, la ley del secreto comercial sólo impide la apropiación indebida (por ejemplo, por la mala fe o el incumplimiento de contrato) del secreto; los competidores están en libertad para duplicarlo mediante el descubrimiento independiente o incluso mediante ingeniería inversa del producto de quien posee el secreto, así como para aprovechar cualquier revelación accidental del secreto por parte de su dueño. En efecto, la competencia sustituye a los requerimientos de pruebas y la limitación de duración de la ley de patentes, como un freno de la inversión excesiva, ya sea en el mantenimiento o en el descubrimiento de secretos comerciales. Porque si el secreto puede descubrirse fácilmente mediante esfuerzos de invención independientes, el poseedor del secreto tendrá poco que ganar gastando recursos para mantener el secreto, mientras que si el secreto es tan original e ingenioso que no podría ser descubierto por el esfuerzo independiente dentro del periodo de protección de la patente, la protección más prolongada que el secreto comercial conferirá en tal caso provee una recompensa apropiadamente incrementada para la creatividad extraordinaria.

Por supuesto, hay cierto riesgo de duplicación de los esfuerzos de invención, pero quizá no mucho. Si el secreto se descubre fácilmente, mediante esfuerzos independientes mínimos, el poseedor del secreto tendrá escaso incentivo para conservarlo, como antes vimos; pero en todo caso el desperdicio de recursos en la duplicación será ligero. Si el secreto puede descubrirse sólo mediante una inversión sustancial, pero el gasto se justifica en vista de los beneficios esperados, el poseedor del secreto tendrá que preocuparse de que si no patenta su

<sup>12</sup> Véase David D. Friedman, William M. Landes y Richard A. Posner, "Some Economics of Trade Secret Law", 5 J. Econ. Perspectives 61 (invierno de 1991).



campo del secreto comercial, definido en términos amplios, donde el secreto es un método de aplicar un derecho de propiedad informal y estimula una inversión en una idea socialmente valiosa. Ello no ocurre cuando se ocultan hechos embarazosos acerca de un individuo, una empresa o un producto. En el capítulo VI examinaremos la importancia de esta proposición para el delito de chantage.

#### § III.4. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD EN EL DERECHO Y EN LA ECONOMÍA: EL CASO DE LAS FRECUENCIAS RADIOFÓNICAS

Hasta ahora nos hemos apegado a la idea del derecho de propiedad que tienen los abogados (excepto en lo tocante al derecho de ocultar hechos embarazosos, si existe alguno), pero a menudo la concepción legal y la concepción económica de los derechos de propiedad divergen. Veamos un ejemplo en el campo de la radiodifusión.<sup>17</sup>

En los primeros días de la radio, antes de que existiera una amplia regulación federal, había apoyo judicial para la proposición de que el derecho a difundir en una frecuencia particular, en un área particular, sin interferencia de otros usuarios, era un derecho de propiedad que podía protegerse mediante una orden judicial. Con la creación de la Federal Radio Commission (Comisión Federal de Radio) (predecesora de la Federal Communications Commission [Comisión Federal de Comunicaciones]) en 1928, el Congreso adoptó una postura diferente. Se otorgarían licencias o concesiones que autorizaran el uso de frecuencias particulares en áreas particulares, con un cobro nominal por periodos renovables de tres años, a los solicitantes que demostraran a la comisión que su licencia promovería el interés público. El Congreso advirtió que quienes recibirían licencias no tendrían derechos de propiedad en el uso de las frecuencias que se les asignaran; esta disposición trataba de impedir cualquier reclamación de compensación de un concesionario cuya licencia no fuera renovada al finalizar el periodo de tres años.

Algunas de las objeciones al reconocimiento de derechos de propiedad en las frecuencias parecerían descabelladas para los economistas. Por ejemplo, se sostuvo que si los derechos de radiodifusión podían comprarse y venderse como cualquier otra propiedad, los medios de la radiodifusión estarían bajo el control de los ricos. Esto confunde la disposición de pagar con la capacidad de pagar. La posesión de dinero no determina los objetos que se comprarán. A menudo los pobres ganan ciertos bienes a los ricos porque están dispuestos a pagar más en conjunto.

En la administración real del programa federal de regulación de la radiodifusión, la disposición a pagar ha desempeñado un papel decisivo y así ha surgido un sistema de derechos de propiedad *de facto*. Las licencias de radio y televisión deseables se han otorgado mediante procedimientos competitivos en que, como en un sistema de derechos de propiedad, la disposición a pagar (no por la licencia como tal,

<sup>17</sup> Véase Ronald H. Coase, "The Federal Communications Commission", 2 *J. Law & Econ.* 1 (1959); Jora R. Minasian, "Property Rights in Radiation: An Alternative Approach to Radio Frequency Allocation", 18 *J. Law & Econ.* 221 (1976); Thomas W. Hazlett, "The Rationality of U. S. Regulation of the Broadcast Spectrum", 33 *J. Law & Econ.* 133 (1990).

sino la representación legal y la influencia política que podrían determinar el resultado) ha decidido en muchos casos quién controlará el recurso en disputa. Sin embargo, este método de asignación inicial de los derechos de radiodifusión es menos eficiente que una subasta u otro tipo de venta. En el proceso político regulador hay gran incertidumbre, de modo que el solicitante que pague más dinero a sus abogados, cabilderos, etc. (lo cual indica quién asigna el mayor valor a la obtención del derecho), a menudo no lo obtendrá. Además, los costos sociales de este método de asignación son mucho mayores que los costos de la asignación a través del mercado (¿qué diremos de los costos privados?). La competencia para obtener una licencia podría disipar el valor esperado de la licencia en gastos legales, de cabildeo y otros relacionados. ¿Dónde hemos visto antes este problema?) La participación en una subasta de frecuencias de radiodifusión no requeriría costosos servicios legales y de cabildeo, por lo menos si puede impedirse a bajo costo el arreglo amañado de la subasta.

El hecho de que no se asigne el derecho al solicitante que le otorgue el mayor valor es sólo una ineficiencia transitoria. Una vez que se han obtenido derechos de radiodifusión en un procedimiento de solicitud de licencia, tales derechos pueden venderse junto con los activos físicos de la estación de radio o televisión. Cuando se vende en \$50 millones una estación de televisión que tiene un transmisor y otros activos físicos que sólo valen uno centenares de miles de dólares, podemos estar seguros de que la mayor parte del precio de compra es el pago del derecho a usar la frecuencia. Por tanto, los derechos de radiodifusión suelen acabar en manos de quienes estén dispuestos a pagar más dinero por ellos, aunque la "subasta" inicial no haya asignado eficientemente tales derechos.

Parece peculiar la disposición de los radiodifusores a pagar decenas de millones de dólares por un derecho que puede terminar a los tres años. No obstante, las licencias de radiodifusión se han cancelado sólo por graves fallas, en forma muy similar a la pérdida de un terreno por falta de pago de los impuestos prediales.

Por tanto, en términos económicos, aunque no en términos legales formales, hay derechos de propiedad en las frecuencias de radiodifusión. El derecho se obtiene inicialmente en una competencia en que la disposición a pagar desempeña un papel influyente y, muy probablemente, decisivo. Una vez obtenido, el derecho es transferible, aunque imperfectamente, como veremos en el § III.11. Este derecho es excluyente (la interferencia en el uso de la frecuencia de un concesionario será sancionada). Y para todos los fines prácticos es un derecho perpetuo. El poseedor del derecho está sujeto a diversas restricciones reguladoras, pero en menor medida que un servicio público, cuyos activos principales son de propiedad privada en el sentido legal formal.

El concepto de derecho de propiedad *de facto* es ampliamente aplicable. En efecto, algunos economistas usan el término de derecho de propiedad para describir prácticamente todo instrumento (público o privado, de derecho común o estatutario, contractual o gubernamental, formal o informal) por el que se reducen las divergencias entre los costos o los beneficios privados y sociales.<sup>18</sup> En un libro de derecho, este uso puede confundir, de modo que, en general, limitaremos nuestro

<sup>18</sup> Véase algunos ejemplos en Armen A. Alchian y Harold Demsetz, "The Property Right Paradigm", 33 *J. Econ. Hist.* 16 (1973), y los ensayos reunidos en *The Economics of Property Rights* (Eirik G. Furubotn y Svetozar Pejovich, comps., 1974).

Posner "El Análisis ec. del D."



uso del término a los derechos de propiedad formales, sin dejar de reconocer que sólo son un subconjunto de los derechos de propiedad en un sentido económico más amplio.

### § III.5. LOS DERECHOS AL USO FUTURO

El sistema de derechos en el campo de la radiodifusión no es sólo costoso y complicado; también está incompleto en algunos aspectos importantes. Uno de ellos es la dificultad de obtener derechos de uso futuro, un problema que ya hemos visto en relación con los barcos hundidos y los animales salvajes. La compra de tierras sin trabajar con la intención de conservarlas para su desarrollo futuro es una transacción común, mientras que si en una solicitud de licencia radiofónica se manifiesta la intención de aplazar indefinidamente el inicio de las transmisiones seguramente se obtendrá un rechazo. Lo mismo se aplica a los derechos del agua bajo el sistema de apropiación prevaleciente en los estados del oeste de los Estados Unidos. Se adquieren derechos de propiedad sobre el agua mediante la desviación y el uso de una corriente, y el derecho se aplica sólo a la cantidad de agua realmente usada; no se puede obtener un derecho para uso posterior. Sin embargo, las limitaciones impuestas en el campo de la radiodifusión y en el del agua pueden eludirse hasta cierto punto, en el primer caso aplazando la construcción real después de haber obtenido la licencia; en el segundo, obteniendo un permiso preliminar que establezca el derecho previo del solicitante aun cuando se pospongan la construcción de las obras de desviación y el uso del agua desviada.

La resistencia a reconocer los derechos al uso futuro podría relacionarse con el aparente factor de "ganancia inesperada" existente tanto en el comercio de radiodifusión como en el del agua. En ambos casos se otorga el cobro, aunque el solicitante podría haber incurrido en gastos considerables, y a menudo puede revenderse inmediatamente con una ganancia inesperada. Esto no demuestra necesariamente la existencia de una ganancia inesperada; es posible que los solicitantes en conjunto aparentemente no provee ningún servicio la obtuviera.

Una hostilidad relacionada, que se refleja en muchos campos del derecho, es la especulación: la compra de un bien no para usarlo, sino para conservarlo con la esperanza de que aumente de valor.<sup>19</sup> La especulación desempeña una función económica valiosa al ayudar a que los precios reflejen con precisión las condiciones de oferta y demanda (véase también § IV.9). La especulación tiene una función estática (la de ajustar los precios a la demanda y la oferta actuales, es decir, evitar escaseces o excesos en el presente) y una función dinámica. Un mercado de futuros (por ejemplo, un mercado en el que usted pueda comprar trigo a un precio fijo, no para ser entregado hoy sino dentro de un año) puede regular el consumo a través del tiempo, eliminando los efectos de escaseces y excesos. Si, por ejemplo, se prevé una escasez, los especuladores aumentarán sus compras de futuros (porque esperan que el precio del mercado sea mayor el

<sup>19</sup> O la venta de un bien ante la expectativa de que su valor declinará, como ocurre con la venta de acciones en corto. En este párrafo aparece un ejemplo.

año siguiente); en consecuencia, se elevará el precio de los futuros, y ese aumento inducirá a los vendedores a conservar una parte de la oferta actual o a cobrar un precio mayor a los compradores actuales (pero eso es la misma cosa —¿por qué?—) a fin de aprovechar el mayor precio esperado en el futuro. A su vez, la expansión resultante de la oferta futura moderará ese precio; en esta forma, la especulación puede reducir las fluctuaciones de los precios, contra lo que suele pensarse.

Podemos entender sin dificultad por qué, en el caso de la tierra, el agua y las frecuencias de radiodifusión (las cuales en épocas diferentes pueden tener una oferta insuficiente o excesiva), la especulación, si se permite, podría optimizar el uso de recursos con el transcurso del tiempo, como en nuestro ejemplo del trigo. Sin embargo, las compras para uso futuro no son necesariamente especulativas; pueden ser lo contrario de la especulación: la protección. Un agricultor podría saber que necesitará más agua para riego dentro de pocos años, y en lugar de correr el riesgo de cambios en el precio del agua puede decidir que firmará ahora un contrato a precio fijo, para la entrega futura de una cantidad específica de agua. (Por tanto, el vendedor estará especulando sobre los cambios futuros del precio del agua: ¡la especulación facilita la protección!) Si se prohibieran tales ventas, ahora el agricultor podría decidir usar más agua de la que realmente necesita, sólo para asegurarse de tener un derecho al agua en el futuro, cuando la necesitará. El efecto principal de prohibir compras de agua o frecuencias de radiodifusión o lechos de ostras para uso futuro es estimular usos no económicos, usos que no satisfacen una demanda sino que aseguran un derecho.

El problema del uso prematuro es analíticamente similar al de la inversión reservada para encontrar un tesoro o para obtener una patente (véase, antes, § IV.7). A fin de adquirir un derecho valioso, los individuos pueden invertir recursos en la tierra en que tales recursos confieren un beneficio social neto. El regalo a que el beneficiario realmente ocupe y trabaje la tierra, el bajarla hasta el punto en que el último dólar gastado genere un beneficio social neto, es la conservación de su derecho, aunque produzca menos de lo que el propietario podría obtener si el gobierno desea que las tierras se usen antes por razones políticas o militares, una ley de ocupación por un método eficiente para lograr tal propósito.<sup>21</sup>

La ley de marcas comerciales provee un ejemplo interesante. La protección legal de propiedad al uso; recuérdese la discusión de los animales salvajes. La ley de marcas comerciales depende de que el poseedor de la marca comercial realmente venda el producto o servicio designado por la marca comercial. No puede simplemente imaginar nombres para productos que usted o alguien más podría desear vender algún día y registrar los nombres en la Oficina de Marcas Comerciales, obteniendo así un derecho a excluir a otros de su uso. Si se permitiera tal "banco" de marcas comerciales, podrían atraerse demasiados re-

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, Terry L. Anderson y Peter J. Hill, "The Race for Property Rights", 33 *J. Law & Econ.* 177 (1990). Véase en general David D. Haddock, "First Possession Versus Optimal Timing: Limiting the Dissipation of Economic Value", 64 *Wash. U. L. Q.* 775 (1986).

<sup>21</sup> Douglas W. Allen, "Homesteading and Property Rights; or, 'How the West Was Really Won'", 34 *J. Law & Econ.* 1 (1991).