

DERECHO CIVIL IV

MATERIALES (2)

Propiedad

1. Waldron, Jeremy. Property Law. En: A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Dennis Patterson (ed). Oxford, Blackwell, 1996, pp. 3-23 (traducción Mariano Soto Gajardo).
2. Cooter, Robert y Ulen Thomas. Derecho y Economía. Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 100-157.
3. Peñailillo, Daniel. Los Bienes. Santiago, Editorial Jurídica, 2006, pp. 75-108; 128-142.

well Companions to Philosophy

Leading student reference series offers a comprehensive and authoritative survey of philosophy. Written by today's leading philosophers, each volume provides lucid and engaging coverage of figures, terms, topics, and problems of the field. Taken together, the volumes provide the ideal course use, representing an unparalleled work of reference for students and specialists alike.

published in the series:

- Blackwell Companion to Philosophy, Second Edition
by Nicholas Bunnin and Eric Tsai-James
- Companion to Ethics
by Peter Singer
- Companion to Aesthetics
by David Cooper
- Companion to Epistemology
by Jonathan Dancy and Ernest Sosa
- Companion to Contemporary Political Philosophy
by Robert E. Goodin and Philip Pettit
- Companion to Philosophy of Mind
by Samuel G. Gifford
- Companion to Metaphysics
by Jaegwon Kim and Ernest Sosa
- Companion to Philosophy of Law and Legal Theory
by Dennis Patterson
- Companion to Philosophy of Religion
by Philip L. Quinn and Charles Talbot
- Companion to the Philosophy of Language
by Bob Hale and Crispin Wright
- Companion to World Philosophies
by Eliot Deutsch and Ron Bonk
- Companion to Continental Philosophy
by Simon Critchley and William Schweitzer
- Companion to Feminist Philosophy
by Alison M. Jagger and Iris Marion Young
- Companion to Cognitive Science
by William Bechtel and George Gerdner
- Companion to Bioethics
by Hilary Rose and Peter Singer
- Companion to the Philosophers
by Robert L. Arrington
- Companion to Business Ethics
by Robert E. Frederick
18. A Companion to the Philosophy of Science
Edited by W. H. Newton-Smith
19. A Companion to Environmental Philosophy
Edited by Dale Jamieson
20. A Companion to Analytic Philosophy
Edited by A. P. Martinich and David Sosa
21. A Companion to Genethics
Edited by Justine Burley and John Harris
22. A Companion to Philosophical Logic
Edited by Dale Jacquette
23. A Companion to Early Modern Philosophy
Edited by Steven Nadler
24. A Companion to Philosophy in the Middle Ages
Edited by Jorge J. E. Gracia and Timothy B. Noone
25. A Companion to African-American Philosophy
Edited by Tommy L. Lott and John P. Pittman
26. A Companion to Applied Ethics
Edited by R. G. Frey and Christopher Heath Wellman
27. A Companion to the Philosophy of Education
Edited by Randall Curran
28. A Companion to African Philosophy
Edited by Kwesi Wiredu
29. A Companion to Heidegger
Edited by Hubert L. Dreyfus and Mark A. Wrathall
30. A Companion to Rationalism
Edited by Alan Nelson
31. A Companion to Ancient Philosophy
Edited by Mary Louise Gill and Pierre Pellegrin
32. A Companion to Pragmatism
Edited by John R. Shook and Joseph Margolis
33. A Companion to Nietzsche
Edited by Keith Ansell-Pearson
34. A Companion to Socrates
Edited by Sara Albee-Kappeler and Rachana Kamtekar
35. A Companion to Phenomenology and Existentialism
Edited by Hubert L. Dreyfus and Mark A. Wrathall

Blackwell
Companions to
Philosophy

A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory

Edited by

DENNIS P. PATTERSON

 Blackwell
Publishing

Derecho de Propiedad*

JEREMY WALDRON

El pensamiento filosófico respecto del derecho de propiedad comprende dos clases de problemas. En primer término, hay problemas analíticos relativos al significado y uso de los conceptos más importantes en el derecho de propiedad, tales como "propiedad privada", "dominio" y "cosa". El segundo tipo de problema es normativo o justificativo. El derecho de propiedad, tal como lo conocemos, supone individuos con derecho a tomar decisiones acerca del uso de los recursos -la tierra y la riqueza material de un país- sin consultar necesariamente los intereses y deseos de los demás miembros de la sociedad que pueden verse afectados. Entonces, en general, ¿qué justicia dar a las personas derechos de esta naturaleza? Y más específicamente, ¿qué principios justifican la asignación de determinados recursos a determinados propietarios? Los dos tipos de problemas están, desde luego, vinculados; por lo significativo de agudizar nuestra comprensión analítica de conceptos como "dominio" es importante aclarar qué es lo que realmente está en juego cuando se formulan preguntas de justificación.

Problemas Analíticos

Cualquier intento por definir términos como "propiedad privada" y "dominio" corre el riesgo o de sobresimplificar las complejidades del derecho de propiedad o de perder en absoluto el sentido de los problemas más generales en una maraña de detalles técnicos. En efecto, algunos juristas han sostenido que estos términos son indefinibles y principalmente prescindibles (Véase Grey 1980). Afirman que llamar a alguien el "dueño" de un recurso no proporciona una información exacta, relativa a los derechos que ella (u otros) puedan tener con relación a ese recurso: un copropietario no es lo mismo que un dueño absoluto; el

* Del original Waldron, Jeremy, "Property Law", en *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Denis Patterson ed., Blackwell, Oxford, 1996, pp. 3-23. Traducción preparada por Mariano Soto Gajardo,

dueño de una propiedad intelectual tiene un conjunto distinto de derechos que el propietario de un automóvil; e incluso con relación a un mismo recurso, los derechos (y obligaciones) de un dueño que no tiene ninguna carga sobre su propiedad pueden ser bastante diferentes de aquellos que tiene un deudor hipotecario que vive en su propio inmueble.

Si uno es paciente, sin embargo, es posible construir un mapa conceptual de la materia lo suficientemente claro, el cual respeta tanto la sensibilidad del técnico por los detalles legales como la necesidad del filósofo por un conjunto de "ideales tipo" bien entendidos que sirvan como el centro de atención del debate justificativo (Ver Waldron, 986, pp. 26-61).

Los objetivos de la propiedad

Comencemos con algo de ontología. El derecho de propiedad es relativo a cosas, y a nuestras relaciones recíprocas con respecto al uso y control de ellas. ¿Qué tipo de cosas? Cosas materiales, por supuesto, como manzanas y automóviles, pero la propiedad nunca se ha autolimitado a cosas corporales. Los bienes raíces son un ejemplo interesante. Una casa rodante es una cosa, como también lo es la porción de terreno sobre la cual se encuentra. A los ojos del derecho, la tierra no es un objeto tangible. Resulta tentador identificar la tierra con el suelo y las rocas sobre las cuales se encuentra la casa rodante; pero retire cualquier porción de suelo y roca y la tierra aún permanece. La tierra es más bien la región de espacio o la porción de superficie de la tierra en la cual el suelo, la roca y también la casa rodante están ubicadas. Una categoría diferente de intangibilidad está vinculada a la propiedad intelectual. Mi CD de Madonna es una cosa corporal distinta de tu cassette de Madonna. Pero ambos contienen las mismas canciones, y las canciones en sí mismas - las melodías y las letras - pueden ser consideradas como cosas sobre las cuales pueden haber derechos de propiedad de la misma forma que las manzanas y los automóviles.

Una tercera categoría de intangibilidad comprende la "cosificación" de las

relaciones jurídicas en sí mismas. Si Jennifer debe a Sarah 50 libras y Sarah abandona la esperanza de cobrar la deuda, ella puede aceptar un pago de 30 libras de Bronwen, un especialista en cobranzas, a cambio de las cuales Bronwen adquiere el derecho de recuperar las 50 libras de Jennifer (si puede conseguirlo). Parece obvio decir que Sarah ha vendido la deuda a Bronwen, y que por lo tanto la deuda era una "cosa" de que Sarah era dueña y sobre la cual tenía derecho de disponer incluso antes de que Bronwen apareciera en escena. El término jurídico para este tipo de cosas es el de "~~choses-in-action~~" (las choses-in-action más complejas comprenden cheques y repartos en una sociedad.) Ahora bien, puede ser de ayuda para ciertos propósitos considerar las "choses in action" como una materia adecuada para el derecho de propiedad, pero en general ellas no generan problemas importantes en la filosofía de la propiedad de la tierra, la propiedad intelectual y los bienes materiales. Una composición, una porción de tierra y un automóvil son cosas que existen independientemente del derecho objetivo y sobre las cuales el derecho es requerido para tomar ciertas decisiones, solucionar determinadas disputas y así sucesivamente. Por el contrario, una chose in action existe solamente porque el derecho *ya ha resuelto* determinados conflictos de una forma particular. Los problemas filosóficos generados por una chose in action son, entonces, mejor apreciados como problemas en el

derecho de los contratos o de sociedades y no como tópicos en el derecho de propiedad.

Las diferencias ontológicas entre los bienes corporales, la tierra, y la propiedad intelectual pueden tener una importante relación con preguntas de justificación. En cierta forma, hay una argumento más convincente a favor de la propiedad privada sobre bienes intelectuales que sobre la tierra. Una melodía original que he compuesto es, en cierto sentido, un producto del intelecto. Sin mi creatividad, la canción puede que nunca haya tenido existencia y cualquiera que reclame por las ganancias que obtengo de mis derechos

La chose in action, en el common law, es una institución aplicable a los derechos personales y, que corresponde a aquellas cosas sobre las que el dueño no tiene la posesión, sino solamente un derecho a accionar judicialmente para adquirirla. A modo ejemplar, constituyen choses in action, el derecho a cobrar

de propiedad intelectual debe admitir que no estaría en peores condiciones si yo nunca hubiese compuesto la melodía y, por consiguiente, nunca hubiese adquirido un derecho de propiedad sobre ella. Una porción de terreno, por el contrario, es más que un producto del hombre o una invención, naturaleza pura. O si la definimos como una región en el espacio, la tierra es simplemente lo que ha sido *dado* por adelantado a la actividad de cualquier individuo; es parte del marco dado para el movimiento y el funcionamiento de la vida humana.

Otros contrastes entre la propiedad intelectual y la no-intelectual parecen funcionar en la dirección opuesta. No existe la misma *necesidad* de restricciones a la propiedad referida a cosas producto del intelecto, si esas cosas van a ser utilizadas, como la que existe con relación a porciones de terreno o a cosas corporales como las sillas. Cuando usted esta usando un Blackacre en un juego de cricket, yo no lo puedo usar para jugar fútbol americano; y rara vez dos personas pueden sentarse en una misma silla sin resultados catastróficos. Pero si yo interpreto o grabo una melodía que otro ha compuesto, no le estoy impidiendo o interfiriendo el uso de ella a su compositor o a cualquier otro individuo. Las canciones no se ocupan del mismo modo que las sillas o las porciones de terreno, y no se gastan por su uso. Puedo estar interfiriendo en las ganancias del autor derivadas de su composición. Pero ello deja sin resolver la pregunta acerca de la propiedad para el compositor. Las ganancias constituyen simplemente la explotación del derecho que le confiere su propiedad sobre la melodía, a saber, el derecho de excluir a otros del uso de esa melodía si ellos no le van a pagar por dicho privilegio.

Tipos de sistemas de propiedad

una deuda, el de demandar los daños provenientes del incumplimiento de un contrato o de un daño extracontractual vinculado al incumplimiento de un contrato.

A medida que nos preocupamos por los problemas de justificación planteados por los derechos de propiedad sobre distintos tipos de cosas, es importante comprender las principales alternativas consubstanciales a un sistema de propiedad privada.

Deberíamos comenzar con la distinción entre *propiedad pública* y *propiedad privada*. La

distinción es una de género a especie. El concepto genérico -propiedad- puede ser utilizado para referirse a cualquier sistema de reglas que regulan el acceso de las personas a las cosas, a su uso y control, sean tangibles o intangibles, naturales o manufacturadas. Siguiendo a David Hume, podemos decir que las reglas de propiedad son necesarias para cualquier clase de cosas sobre las cuales existe la posibilidad de que surjan conflictos relativos a su acceso, uso y control, particularmente cosas que son escasas en relación a las demandas que los deseos humanos son susceptibles de generar en ellas (Hume, [1739] 1888, pp. 484-98). Desacuerdos relativos a quien ha de usar o controlar dichos objetos son susceptibles de ser serios porque el uso de recursos es un tema de importancia para las personas, tanto para su sustento como para su distracción. De esta forma, cualquier sociedad con interés en evitar un conflicto violento necesitará un sistema de reglas con la autoridad suficiente para resolver desacuerdos de este tipo. La importancia de tales reglas apenas puede ser sobreestimada, ya que su función es proporcionar un marco jurídico para la economía de la sociedad en cuestión. Sin ellas, la planificación, la cooperación, la producción y el intercambio son prácticamente imposibles o posibles solo en temerosas y truncadas formas que apreciamos en "mercados negros" donde nada puede ser considerado. Los juristas generalmente mencionan estas necesidades como la base de un argumento a favor de la propiedad *privada*, pero hasta ahora, todo lo que ellas demuestran es la necesidad de reglas de propiedad. A medida que continuamos con nuestro análisis, tenemos que mantener en mente que determinadas sociedades humanas han existido por milenios, satisfaciendo las necesidades y deseos de todos sus miembros sin propiedad privada, ni nada que se le parezca, sobre la tierra o sobre los otros principales recursos de la vida económica.

Sostengo que "Propiedad" es el término genérico. Hay tres grandes especies de organización de la propiedad: propiedad común, propiedad colectiva (o estatal), y propiedad privada.

En una organización en base a *propiedad común* los recursos son gestionados por reglas cuyo objetivo es ponerlos al alcance de todos los miembros de la sociedad. Una zona de propiedad común, por ejemplo, puede ser utilizada por todos en una comunidad para pastorear el ganado o recolectar el alimento. Un parque público puede estar abierto a todas las personas para hacer picnic, deportes o para recreación. El objetivo de cualquier restricción en su uso es simplemente asegurar el justo acceso a todos y prevenir que alguien los utilice de un modo que pueda impedirlo.

La *propiedad colectiva* es una idea bastante diferente. En un sistema de propiedad colectiva, los recursos no son dejados abiertos a todos los que lleguen. En cambio, la comunidad en su conjunto determina cómo han de utilizarse los recursos; estas determinaciones son hechas sobre la base del interés social, por medio de los mecanismos de toma de decisiones colectivas de la sociedad. Ahora, lo que esto significará dependerá de las instituciones públicas que existan en determinadas sociedades. Puede comprenderlo todo desde un pausado debate entre los ancianos de una tribu hasta una burocrática decisión implementando un "Plan Quinquenal" al estilo soviético. (En sociedades modernas la propiedad colectiva equivale, en efecto, a la propiedad estatal y es frecuentemente aliada al socialismo). También depende de la concepción dominante del interés social -por ejemplo, si éste se concibe como un idéntico interés en el bienestar de todos, o como la mayor felicidad de la mayoría, o la promoción de algunos objetivos futuros, tales como la gloria nacional, el esplendor cultural, o la rápida industrialización.

La *propiedad privada* es una alternativa tanto a la propiedad colectiva como a la común. En una planificación en base a la propiedad privada, las reglas de propiedad están organizadas en torno a la idea que los recursos han de ser considerados como cosas separadas, cada una entregada a la decisión de algún sujeto determinado (un individuo o

una compañía). La persona a quien una cosa determinada le es asignada por los principios de propiedad privada (por ejemplo, la persona que lo encontró o que lo fabricó) tiene el control sobre ella; es su decisión determinar qué debería hacerse con ella. En el ejercicio de esta autoridad, ella no es concebida como un agente u oficial de la sociedad. En su lugar, decimos que el recurso es de su *propiedad*; le *pertenece*; ella es su *dueña*; es tan suyo como sus brazos y piernas, riñones y caderas. Al decidir cómo ha de usarse la cosa, ella puede según su deseo, actuar en su propia iniciativa como un sujeto privado sin necesidad de dar explicaciones a nadie, o bien entrar en acuerdos de cooperación con terceros para el beneficio de éstos o del suyo propio. Además de todo eso, su derecho para decidir a su arbitrio se ejerce sin interesar si otros se ven afectados por su decisión. Si Jennifer es dueña de una fábrica de acero, tiene derecho a decidir (en su propio interés) si la cierra o la mantiene funcionando, aun cuando la decisión de cerrarla pueda tener el más grave impacto en sus trabajadores y en la prosperidad de la comunidad local.

Aunque la propiedad privada es un sistema de toma de decisiones individuales, es también un sistema de reglas sociales en el siguiente sentido. El dueño no está obligado a contar en su propia fuerza para justificar su derecho a tomar decisiones en relación a la cosa que se le ha asignado: cualquier intento por parte de otros en impedir o resistir su decisión se encontrará con una fuerza combinada de la sociedad en su conjunto. Si los trabajadores de Jennifer se toman la fábrica de acero para mantenerla en operaciones a pesar de su decisión, ella puede llamar a la policía y echarlos a la calle sin tener que hacerlo por su cuenta ni pagar con dinero de su bolsillo.

En ciertas ocasiones hablamos acerca de estos tipos alternativos de planificación de la propiedad-comun, colectiva y privada- como si fueran maneras alternativas de organizar las sociedades por completo. Decimos que la ex Unión Soviética era una sociedad socialista porque los recursos económicamente más importantes estaban regidos por reglas de propiedad colectiva, mientras que en los Estados Unidos los recursos económicamente más significativos están regidos por reglas de propiedad privada. En realidad, en cualquier sociedad moderna hay recursos regidos por reglas de propiedad común (como por ejemplo,

calle y parques), recursos regidos por reglas de propiedad colectiva (tales como bases militares y piezas de artillería), y recursos regidos por reglas de propiedad privada (cepillos de dientes y bicicletas). Incluso entre los recursos económicamente significativos (tierra agrícola, minerales, vías férreas, plantas industriales), encontramos en la mayoría de los países una mezcla de propiedad y estatal, constituyendo un punto de permanente debate político el equilibrio entre los dos tipos de organizaciones.

A mayor abundamiento, existen variaciones en el grado de libertad que tiene un propietario privado sobre los recursos que se le han dado. Es evidente que la libertad de un dueño está limitada por reglas de conducta básicas. No puedo usar my revolver para asesinar a otro. Pero éstas no son en estricto rigor reglas de propiedad. Mas vinculadas con el tema, existen cosas como planes reguladores y leyes relativas a la preservación histórica que equivalen, en efecto, a la imposición de una decisión colectiva sobre el propietario privado relativa a determinados aspectos sobre el uso de un recurso dado. Al propietario de un edificio en un distrito histórico se le puede señalar, por ejemplo, que puede destinarlo a un negocio, a una casa, o a un hotel, a dejarlo desocupado si desea, pero que no puede demolerlo y reemplazarlo por un rascacielos postmoderno. O, en el ejemplo de la fábrica de acero de Jemitter, ella se puede dar cuenta que se encuentra obligada por ley a no cerrar su planta sin otorgar a sus empleados y a la autoridad local una notificación con 90 días de anticipación. La propiedad privada, entonces, es un asunto de grado. En los ejemplos recién indicados, nos gustaría decir que el edificio histórico y la planta de acero eran propiedad privada; pero si muchas otras áreas de decisión relativas al uso fueran también controladas por agencias públicas, estaríamos más inclinados a decir que los recursos en cuestión en realidad estaban sujetos a una organización de propiedad colectiva (con el dueño funcionando como gestor de las decisiones de la sociedad).

~~El dominio unificado de derechos~~

Concentrémonos ahora mas detenidamente en la ~~propiedad privada~~. Analizado técnicamente, el derecho de un individuo para tomar decisiones acerca del uso de una cosa comprende dos elementos. El primero, como acabamos de ver, dice relación con ~~la ausencia~~

El propietario puede decidir como desee y está en absoluta libertad para llevar a efecto su decisión ocupando, usando, modificando o tal vez incluso consumiendo o destruyendo la cosa. En segundo lugar, la propiedad privada importa que otras personas no tengan esta libertad; ellos tienen una *obligación* -una obligación para con el dueño- de abstenerse de ocupar, usar, modificar, consumir o destruir la cosa. Ellos podrán usarla con su permiso; pero lo que esto significa es que depende del dueño decidir si excluye o no del goce de la cosa a terceros.

El propietario puede dar a otras personas permiso para hacer uso de su propiedad. Podrá prestar su automóvil, arrendar su casa, ceder una servidumbre de paso sobre su propiedad. El efecto del ejercicio de estos atributos es, a veces, crear otros intereses (relativamente limitados) sobre la cosa, de modo tal que las distintas libertades, derechos y atributos del dominio se encuentran diseminados entre muchas personas. De esta forma, el derecho de propiedad se preocupa de cosas tales como garantías, arrendamientos y servidumbres, además del dominio mismo.

Más llamativamente, el dueño está legalmente facultado para transferir todo el haz de derechos que tiene sobre la cosa, de que es propietario (incluyendo la facultad de transferir) a otro -como un regalo, o en la forma de una venta si desea recibir algo a cambio, o como un legado para después de su muerte. Una vez que ha hecho esto, el adquirente se encuentra en calidad de dueño; el tradente deja de tener un interés jurídicamente protegido sobre la cosa. Con este poder de transferencia, el sistema de la propiedad privada se vuelve autoperpetuo (que no es lo mismo que autoexigible). Después de un reparto inicial de cosas a los dueños, no existe más la necesidad por parte de la comunidad o del Estado de preocuparse de preguntas distributivas. Las cosas van a circular según los arbitrios y decisiones de los propietarios individuales y los mandatos de los sucesivos adquirentes. (La excepción ocurre en derecho sucesorio, el que proporciona un conjunto de reglas subsidiarias para el evento que un dueño muera sin dejar instrucciones sobre quien debiera sucederle en su propiedad; pero incluso estas reglas están generalmente basadas en las

disposiciones que normalmente se espera que hagan los testadores.) El resultado puede traducirse en que los recursos sean distribuidos en forma amplia o bien se concentren en unas pocas manos; algunos individuos pueden ser dueños de mucho, otros de casi nada. Es parte de la lógica de la propiedad privada que nadie tiene la responsabilidad de preocuparse por el panorama general en lo que concierne a la distribución de los recursos. La sociedad sencillamente se compromete a hacer valer los derechos de exclusión que son implícitos al dominio, donde sea que éstos se encuentren. Como lo veremos, los filósofos están en desacuerdo sobre si esto es una ventaja o un reproche al sistema de propiedad privada.

Estos son entonces los episodios más llamativos de la propiedad: la libertad de uso, el derecho para poder excluir y los variados atributos de transferencia. Otros juristas han enumerado muchos otros (ver especialmente Honore, 1961), incluyendo las inmunidades constitucionales contra la expropiación tales como la expresamente garantizada en la Quinta Enmienda a la Constitución Norteamericana), y la facultad del dueño a ser ejecutado (por deudas, por ejemplo) por medio de la subasta pública de la cosa. Obviamente que la formulación y nivel de detalle en este análisis son en parte una cuestión de gusto, y en parte una cuestión de qué es lo que se considera como problema más importante a considerar en cualquier debate normativo acerca de la institución.

La necesidad de una justificación

Los problemas de justificación surgen porque las leyes e instituciones que tenemos no son características distintivas del mundo natural como lo es la gravedad, sino creaciones humanas, establecidas por decisiones humanas. No estamos atados a las organizaciones que hemos heredado: actuando colectiva y políticamente podemos optar por cambiarlas si queremos, ya sea a gran escala o en detalle. La argumentación normativa tiene lugar cuando juntos pensamos sobre cómo guiar y evaluar tales opciones.

Cada institución social requiere de justificación aunque sólo fuera porque la energía y los recursos necesarios para sostenerla podrían ser utilizados de alguna otra forma. La

propiedad privada, sin embargo, pertenece a una categoría especial de instituciones que requiere de justificación no sólo porque existen costos de oportunidad involucrados en su puesta en marcha, sino porque ellas operan de una forma que parece - a primera vista - moralmente objetable. Con respecto a esto, la propiedad privada se asemeja a la institución de la pena. Necesitamos de una justificación para el castigo no sólo porque el dinero gastado en cárceles podría invertirse en educación, sino porque el castigo comprende la deliberada imposición de muerte, dolor, o privación en los seres humanos. Tales acciones no son susceptibles de defensa a menos que sirvan a ciertos propósitos moralmente convenientes y queramos que se nos diga cuáles son esos propósitos.

De la misma forma, buscamos una justificación para la propiedad privada, porque

ella priva a la comunidad del control de los recursos que pueden ser de importancia para el bienestar de sus miembros, y especialmente porque requiere que nosotros movilizemos la fuerza social en apoyo a la exclusión de muchos miembros de nuestra sociedad sobre todos y cada uno de los usos de los recursos que se necesitan para vivir. He dicho antes que uno de los efectos de reconocer atributos de transferencia es que los recursos pueden gradualmente ser distribuidos de tal forma que deje a unos pocos con mucho, a un gran número con muy poco y a un número considerable con absolutamente nada. La propiedad privada involucra un compromiso de la sociedad en el sentido que continuará utilizando su autoridad, tanto física como moral, para defender los derechos de los propietarios, incluso contra aquellos que no tienen trabajo, alimento que comer, hogar donde ir, ni tierra en la cual no estén expuestos en cualquier momento a ser expulsados. El que esa autoridad legal y fuerza social sean tomados como instrumentos para una distribución arbitraria del control sobre la tierra y los demás recursos, es suficiente para generar una presunción en contra de la propiedad privada. Buscar una justificación es una forma de preguntar si hay algo que aducir para destruir esa presunción.

Puede pensarse que el problema justificativo es hoy en día discutible, con el colapso del "socialismo vigente" en Europa Central y del Este y en la ex Unión Soviética. ¿Que estamos presenciando ahí, sino el tardío reconocimiento (por los antiguos defensores de la

propiedad colectiva) que los mercados y la propiedad privada son, después de todo, necesarios - y no sólo propiedad privada sobre departamentos, cepillos de dientes, y excepcionales automóviles contaminantes, sino también sobre negocios, fábricas, minerales, tierra agrícola, y medios de producción en general?

Con esto aconteciendo en la cuna del Marxismo-Leninismo, parece fácil concluir que la propiedad colectiva ha sido completamente desacreditada y que el problema de justificar la propiedad *privada*, es resuelto por exclusión, por decirlo de algún modo. El problema puede ser ahora entregado a los filósofos, como algo de lo cual los individuos prácticos no necesitan preocuparse más. Sin duda que los filósofos continuarán tratando el problema - pero de la misma forma que ellos se provocan con preguntas acerca de la realidad del mundo exterior o si el sol rayará mañana.

Sería equivocado desear el problema de esta forma. Considere una analogía: suponga que como resultado de una "revolución retributiva" mundial, todos los países que han proscrito la pena de muerte desde el año 1940 fueran a reimplantarla. ¿Disminuiría ello la preocupación que las personas en los Estados Unidos tienen hoy acerca de la pena capital en su sociedad - el debilitamiento del tabú contra el asesinato, el peligro de ejecutar a un inocente, disparidades raciales en la aplicación de la pena de muerte, la barbarie de la fascinación popular con sus macabros detalles, y así sucesivamente? Puede hacerse menos optimistas acerca de las probabilidades de éxito de la reforma, pero no disminuiría la necesidad de examinar si ésta era una institución con la cual estamos autorizados a vivir cómodamente, desde un punto de vista moral.

De todas formas, la razón de discutir la justificación de una institución no consiste sólo en meditar acerca de su proscripción. Frecuentemente necesitamos justificarla para entender y poner en marcha la institución de manera inteligente. Nuevamente, una analogía con el castigo puede ser de ayuda. En Derecho Penal, estudiamos problemas acerca del *mens rea* y la responsabilidad estricta, la diferencia entre causal de justificación, excusa y atenuante, el uso o abuso de la defensa basada en la demencia y las analogías entre un

crimen homicida y un asesinato deliberado. Es difícil ver cómo nada de eso puede hacerse sin formular preguntas relativas al *objetivo* de la sanción penal. Sin algo de información filosófica acerca del castigo y la responsabilidad individual, las doctrinas y principios del derecho penal son propensos a parecer como un lenguaje misterioso, con una gramática formal, pero sin un significado real propio.

Análogamente, al pensar en la propiedad privada, hay un número de problemas y debates que no tienen mucho sentido a menos que sean discutidos en la conciencia de cuales serán los *objetivos* de las reglas sobre propiedad (o específicamente las reglas sobre propiedad *privada*). Algunos de estos problemas son técnicos. La *Rules against perpetuities*², los tecnicismos del registro de los títulos de propiedad, los límites a la libertad de testar -todo esto sería un código misterioso e ininteligible, para ser aprendido en el mejor de los casos, de forma mecánica, a menos que se hicieran algunos intentos para conectarlos con la idea de respaldar el control individual o la disposición individual del control de los recursos con la autoridad social.

Lo mismo es cierto con problemas menos técnicos y más sustantivos. La Quinta Enmienda a la Constitución de Los Estados Unidos exige que la propiedad privada no sea expropiada para propósitos públicos sin una justa indemnización. Es bastante evidente que este derecho prohíbe al Estado apoderarse o confiscar la propiedad raíz de alguien (para usarla campo de tiro o aeropuerto). Pero piense en el ejemplo utilizado antes: ¿Qué sucede si el Estado lisa y llanamente coloca algún tipo de restricción en el uso de la propiedad raíz? A Sarah se le dice que no podrá edificar un edificio para oficinas postmoderno en su propiedad, porque comprometerá la estética histórica del barrio. ¿Equivale esto a una expropiación, por la cual ella debería ser indemnizada bajo la Quinta Enmienda? Es un hecho que Sarah ha sufrido una pérdida (ella puede haber comprado la propiedad exclusivamente con la intención de urbanizarla). Por otro lado, sería torpe sostener que

² En el common law, la *Rules Against Perpetuities* deja sin efecto cualquier herencia que se deje a un asignatario que no ha nacido y que no tiene la posibilidad de nacer dentro del plazo de 21 años contados desde el fallecimiento de alguien que vive al momento de crearse el derecho.

existe una expropiación cada vez que se impone cualquier restricción. No puedo conducir mi automóvil a 180 kilómetros por hora, pero aún sigo siendo el dueño del vehículo.

No creo que sea posible contestar a esta pregunta marcando con un asterisco las palabras "propiedad" y "expropiación". Ciertamente que es imposible atender el problema constitucional inteligentemente (como contrapuesto a aprender en forma mecánica las respuestas que los tribunales han sugerido) sin algo de conocimiento acerca de por qué la propiedad privada es considerada como lo suficientemente importante para haberle otorgado este tipo de protección constitucional. ¿Esta protección porque desconfiamos de la capacidad del Estado y sus agencias para tomar decisiones colectivas relativas al uso de los recursos? ¿O lo está sólo porque queremos poner límites a las cargas que cualquier individuo espera soportar en aras del bien común? Puede constituir una diferencia de importancia para nuestra interpretación de la norma sobre expropiaciones, además de otras venerables doctrinas sobre el derecho de propiedad, lo que consideremos como objetivos y valores primordiales a los que la propiedad privada supone servir.

Teorías justificativas

Nos dedicaremos ahora a las teorías de justificación que sobre el particular han sido propuestas. En este punto, la filosofía del derecho se extiende a la filosofía política y a los debates sobre la propiedad en los cuales han participado Platón, Aristóteles, Grocio y Pufendorf; Hobbes y Locke; Hume, Smith y Rousseau; Hegel y Marx; Bentham y Mill; Nozick y Rawls.

Una institución como la propiedad privada requiere de justificación en dos aspectos. Primero, necesitamos justificar la idea general de tener cosas bajo el control de sujetos privados. En segundo lugar, debemos justificar los principios en virtud de los cuales algunos llegan a ser propietarios de determinados recursos mientras que otros no. En principio, el mismo argumento puede funcionar para ambos cometidos, para algunos los propósitos justificativos generales no son otra cosa que principios distributivos forzados,

escritos en letra grande. Robert Nozick, por ejemplo, justifica la propiedad privada únicamente en el hecho de que determinadas cosas pertenecen intrínsecamente a determinados individuos, y que nosotros debemos eregir nuestras instituciones sociales para respetar esos derechos individuales, sea o no que la institución en su conjunto sirva a fines sociales más amplios. "Las cosas aparecen en el mundo", nos señala, "ya vinculadas a personas con derechos sobre ellas" (Nozick, 1974, p. 160). Su ejemplo más convincente son las partes del cuerpo. No necesitamos de una justificación social general para la norma que prescribe que mis riñones me pertenecen. Ellos sencillamente son míos, y cualquier teoría aceptable sobre la propiedad será mejor que respete esa circunstancia. Pero es dudoso que este enfoque individualista pueda extenderse a la propiedad raíz u otros objetos externos. El intento mejor conocido es el de John Locke ([1690] 1988, pp. 285-302); pero como lo veremos, incluso Locke consideró necesario complementar su teoría de derechos individuales con consideraciones más generales de utilidad social.

Objetivos Justificativos Generales

La estructura más común del argumento justificativo es que las personas se encuentran mejor cuando una determinada clase de recursos se encuentra regulada por un régimen de propiedad privada antes que por cualquier otro sistema alternativo. Bajo la propiedad privada, se afirma, los recursos se utilizarán de manera más inteligente, o bien serán utilizados para satisfacer un mayor (y tal vez más variado) número de necesidades que bajo cualquier otro sistema, de manera que la felicidad general que los individuos obtienen de un determinado surtido de recursos aumentará.

El argumento más convincente de esta clase es a veces es conocido como la "tragedia de los bienes comunales" (Hardin, 1968)³. Si a cada uno se le otorga el derecho para usar una determinada porción de terreno, entonces nadie tiene un verdadero incentivo en vigilar que los cultivos se planten o que la tierra no se explote de manera excesiva. Si

³ "Tragedy of the commons", en el original. Para una explicación general sobre el tema, puede consultarse SAMUELSON, P. y NORDHAUS, D.: *Economía*, 14ª edición, McGraw-Hill, 1993, pág. 326-7.

obtemida

miséria em um cálculo utilitário global?."

(4) Carl Rose (Sinnverwandl.) \neq Hahn (f) (Hahn'sche Theorie)

fructuoso allá [esto es, en América], alimenta, hospeda y se viste peor que un trabajador en

Inglaterra" (Locke [1690] 1988, p. 297). El trabajador puede que no sea dueño de nada,

pero su calidad de vida es más alta tomando en cuenta las expectativas de trabajo que son

ofrecidas en una próspera economía privatizada. Como alternativa, los más optimistas de

los utilitaristas lanzan sus justificaciones en el lenguaje de lo que hoy llamaremos "Optimo

de Pareto". Tal vez la privatización de una tierra que ha sido previamente común no

beneficia a todos, pero beneficia a algunos y no deja a otros peor de lo que estaban antes.

Ahora bien, esto difícilmente puede constituir un argumento que vaya a ser apoyado o

promovido por el último grupo de personas, pero sugiere que no tienen mucho espacio para

el reclamo. El problema de no tener techo y la miseria de los pobres, por esta razón, no es

producto de la propiedad privada; es sencillamente el problema normal del género humano,

del cual unos pocos usurpadores enérgicos han conseguido librarse.

Observación: mejor (bien común, felicidad para la mayoría)

Hasta ahora, hemos considerado el argumento utilitario para preferir la propiedad

privada por sobre la propiedad común. El argumento para optar por la propiedad privada

por sobre la colectiva tiene que ver más con los mercados que con la necesidad de

responsabilidad y autorresistencia en el uso de los recursos (aunque puede sostenerse que el

historial ambiental de las sociedades soviéticas está resultando haber sido mucho, mucho

peor que el de sus competidores capitalistas). El argumento a favor de los mercados es que

en una sociedad compleja hay un número indefinido de decisiones que tomar respecto de la

asignación de determinados recursos a determinados procesos de producción. Es una

turno será utilizada para refinar aluminio para la fabricación de artículos de cocina o

aviones, o se le dará un mejor uso si se ocupa para producir hierro el cual puede ser

utilizado para construir las líneas férreas, las que a su vez pueden servir para transportar

de distintos factores de producción y se ha demostrado que es imposible para la toma de

decisiones eficientes relativas a su asignación el que éstas sean hechas por agencias

centrales achucando a nombre de la comunidad y saturadas con el control de la economía en

su conjunto. En las sociedades socialistas existentes, la planificación centralizada se

convirtió en una forma de asegurar más que de prevenir una parálisis económica, la ineficiencia y el despilfarro.

En economías de mercado, por el contrario, decisiones como las señaladas son tomadas en un sistema descentralizado por miles de individuos y compañías respondiendo a señales de precios, cada uno buscando maximizar las ganancias provenientes del uso de los recursos productivos que están bajo su control. Algunos han especulado que podrían existir mercados sin propiedad privada, pero esto también parece imposible. A menos que los empresarios en una economía de mercado sean motivados directamente por consideraciones de ganancia personal en sus inversiones y decisiones de inversión- o a menos que se hagan responsables frente a otros que están motivados en esa base- no puede esperarse que ellos respondan eficientemente a los precios. Este tipo de motivación puede esperarse sólo si los recursos en cuestión son *scarcos*, de modo que la pérdida sea suya cuando se pierde una señal de mercado y la ganancia sea también suya cuando una inversión rentable es segura.

He dicho anteriormente que la defensa utilitarista de la propiedad privada se encuentra en problemas, a menos que pueda demostrar que todos están mejor bajo un sistema de propiedad privada, o al menos que nadie se encuentra peor. Ahora bien, una sociedad en la que todos los ciudadanos obtienen ventajas significativas de la privatización de la economía no es quizás un ideal imposible. Pero en cada sistema de propiedad privada con el cual estamos familiarizados hay una categoría de personas, generalmente muchos miles, que son dueños de muy poco o nada, y que están probablemente mucho peor bajo ese sistema que el que tendrían bajo una alternativa socialista. Una teoría justificativa no puede simplemente ignorar su predicamento, aunque sólo fuera porque es en cierta forma su predicamento el que coloca el problema justificativo en primer lugar. Un utilitarista exagerado puede sostener que las ventajas para aquellos que disfrutan de la propiedad privada simplemente superan los costos de aquellos que sufren. Esto es, el utilitarista puede defender la propiedad privada utilizando exclusivamente medidas globales de producción y prosperidad. Filosóficamente, sin embargo, este tipo de exageración está bastante

desacreditado (Rawls, 1971, pp. 22-23; Nozick, 1974, pp. 32-3): si tomamos al individuo en vez de una entidad abstracta como "el bienestar social" como el punto focal de justificación moral, entonces debería haber algo que podamos decir a cada individuo acerca de por qué la institución que estamos defendiendo es digna de respaldo. De otra forma, no es del todo claro por qué debería esperarse que él observara sus reglas y condiciones (a menos que tengamos el poder y el dinero para obligarlo).

Tal vez el argumento utilitario puede ser complementado con un argumento de

mérito con el objeto de demostrar que existe justicia en el hecho de que algunas personas gocen de los frutos de la propiedad privada mientras que otros deban soportar la pobreza. Locke también tomó esta dirección. Dios nos dio el mundo, sostiene, "para que se aprovecharan de él el trabajador y el racional... no para el capricho o la ambición del pendenciero y conflictivo" (Locke, [1690] 1988, p. 291). Si la propiedad privada supone que el uso de los recursos se hará de forma en forma más sabia y eficiente, es porque alguien ha desarrollado las virtudes de prudencia, trabajo y autoresistencia. Personas que soportan la pobreza, por esta razón, lo hacen principalmente producto de su inactividad, despilfarro o deseo de iniciativa. Ahora bien, teorías como ésta, son fácilmente desacreditadas si ellas pretenden justificar la real distribución de la riqueza bajo una economía basada en propiedad privada (Nozick, 1974, pp. 158-9; Hayek, 1976). Pero hay una posición más modesta que los técnicos del mérito pueden abrazar: a saber, que la propiedad privada por sí sola ofrece un sistema en el cual la inactividad no es premiada a costa del trabajo, un sistema en el cual aquellos que pueden tomar sobre sí las responsabilidades de prudencia y productividad pueden esperar cosechar alguna recompensa por su virtud, la que los distingue de aquellos que no hicieron dicho esfuerzo.

Uno también puede enfocar el problema de la virtud desde una perspectiva un tanto diferente. En vez de (o además de) premiar al propietario por la virtud que exhibe, podemos contabilizar como un punto a favor de la propiedad privada el que ella ofrece a las personas la oportunidad de adquirir y ejercitar tales virtudes. Ser dueño de algo, en palabras de Hegel, ayuda a los individuos a "dejar de lado la mera subjetividad de la personalidad"

(Hegel [1821] 1991, p.73); en palabras más sencillas, les otorga la posibilidad de hacer planes y proyectos concretos, que de otra forma sólo revolotearían dando zumbidos dentro de sus cabezas, y a asumir la responsabilidad por sus intenciones de la misma manera como el material en que están trabajando -una casa, un bosquejo, o un automóvil- registra el impacto de las decisiones que han tomado (Waldron, 1986, pp.343-89; cf. Munzer, 1990, pp.120-47). En la tradición cívica republicana, el argumento de virtud fue asociado a la noble independencia y autosuficiencia del granjero terrateniente. No deber nada a nadie salvo a su propio trabajo, ni tan rico como para ser capaz de comprar a otro, ni tan pobre para ser comprado, el propietario individual en una república de virtud podía tener fe en actuar como un buen ciudadano, usando en las relaciones públicas las virtudes de prudencia, independencia, determinación y buena labranza en las que él necesitaba para confiar al trabajar su propia tierra. Si la mayoría de los recursos económicos son poseídos en común o controlados colectivamente para el beneficio de todos, no existen garantías de que las condiciones de vida de los ciudadanos serán de tal magnitud como para ser capaces de promover virtudes republicanas. Por el contrario, los ciudadanos se pueden comportar como beneficiarios pasivos del Estado o como participantes irresponsables en la tragedia de los bienes comunales. Si una o dos generaciones crecen con tal carácter entonces la integridad de la sociedad en su conjunto se encuentra en peligro. Estos argumentos acerca de la virtud por supuesto que son bastante sensibles a la distribución de la propiedad (Waldron, 1986, pp. 323-42). Tal como observó T. H. Green, a una persona que no es dueña de nada en una sociedad capitalista "también pueden denegársele, en lo que respecta a los objetivos éticos a los que la posesión de propiedad debería servir, derechos de propiedad por completo" (Green, 1941, p. 219).

Para completar este panorama respecto a las justificaciones generales de la propiedad privada, debemos considerar la relación entre propiedad y libertad. ~~Sociedades con propiedad privada generalmente son descritas como sociedades libres. Parte de lo que esto significa es que, de seguro, los propietarios son libres de usar su propiedad a su arbitrio; ellos no se encuentran atados por decisiones sociales o políticas. Y~~

correlativamente, el papel del gobierno en la toma de decisiones económicas se encuentra minimizado.) Pero esto no puede ser todo su significado - como lo vimos en nuestra discusión analítica - sería igualmente oportuno describir la propiedad privada como un sistema falto de libertad, desde que necesariamente involucra la exclusión social de las personas a los recursos que otros poseen.

Hay otras dos cosas implícitas en la exposición libertaria. La primera es una idea sobre la independencia: una persona que es dueña de una cantidad importante de propiedad privada - una casa, y digamos, una fuente de ingreso - tiene menos que temer de la opinión y la coerción de otros que el ciudadano de una sociedad en la cual otras formas de propiedad son predominantes. El primero abraza, en un sentido bastante literal, ("La esfera privada") que los liberales han atesorado siempre para los individuos - un reino de acción en el cual no necesita responder a nadie sino a sí mismo. Pero como el argumento de la virtud, esta versión del modelo libertario es sensible a la distribución: para aquellos que no son dueños de nada en una economía basada en la propiedad privada parecería ser tan falto de libertad como cualquiera lo sería en una sociedad socialista.

La última idea puede parecer muy inteligente, aunque, hay otras maneras indirectas en las cuales la propiedad privada contribuye a la libertad. Milton Friedman (1962) sostiene que la libertad política aumenta en una sociedad donde los medios de producción intelectual y política (imprentas, máquinas fotocopadoras, computadores) son controlados por un número de individuos particulares, empresas y compañías - incluso si ese número es muy grande. En una sociedad capitalista, un disidente tiene la opción de tratar con muchas personas (excluidos los agentes del Estado) si desea difundir su mensaje; y muchos están preparados para ofrecer sus medios de comunicación simplemente a cambio de dinero, sin consideración al mensaje. En una sociedad socialista, por el contrario, aquellos que son políticamente activos o tienen que persuadir a las agencias del Estado para difundir su opinión, o bien arriesgarse a una publicación clandestina. Más genéricamente, Friedman sostiene que una sociedad basada en la propiedad privada ofrece a aquellos que no son dueños de nada una variedad más amplia de formas en las cuales ganarse la vida - o

si desea, una mayor cantidad de maestras- de las que se le ofrecerán en una sociedad socialista. En estas formas, la propiedad privada puede según algunos hacer una positiva contribución a la libertad -o al menos un aumento en las posibilidades de elección- de todos.

Razonamientos distributivos particulares

(Supongamos) ahora, por amor al razonamiento, que la propiedad privada es en general una buena institución para la sociedad. Sea porque maximiza la utilidad, facilita los mercados, cultiva la virtud, premia el mérito o porque proporciona un ambiente congenito para el desarrollo de la libertad, pensamos que es una buena idea que los recursos estén bajo el control de los individuos que tendrán que vivir con los efectos de las decisiones que toman sobre aquellos. La pregunta ahora es cuáles individuos han de tener el control de cuáles recursos. ¿Cómo -en virtud de qué principios- se ha de determinar esto?

La tarea de justificar una distribución de la propiedad privada es importante. En nuestra discusión analítica, observamos que una vez que se establece un sistema de propiedad privada, con determinados recursos asignados a determinados individuos, no se requiere de una intervención distributiva adicional para que el sistema funcione. Aunque las necesidades cambian, las personas mueren y una generación es sucedida por otra, la institución de la propiedad privada puede en gran medida subsistir por sí sola, en lo que a la distribución respecta. Pero los resultados pueden no ser muy atractivos. En algunos casos, la concentración de los recursos en manos de unos pocos individuos, empresas o familias puede ser tan extremo que las autoridades se sentirán compelidas a intervenir en el nombre de la justicia y emprender una redistribución a gran escala. Históricamente esto ha sucedido en una gran cantidad de países -en Nueva Zelanda durante la segunda mitad del siglo diecinueve, en México a comienzos de siglo y más recientemente en Filipinas. Los países que han iniciado reformas en la propiedad raíz se están planteando la pregunta distributiva nuevamente, tratando de establecer una asignación de los recursos que se justifique a la luz de los actuales requerimientos de su sociedad.

Incluso en países donde no hay tal distribución, los razonamientos distributivos pueden desempeñar un papel en la manera de pensar de los individuos sobre la forma como los derechos de propiedad deberían ser regulados, y la manera como ellos se ajustan a una estructura general de instituciones sociales y económicas. Muchos países desarrollados tienen impuestos progresivos a la renta y la riqueza, y brindan apoyo económico y servicios básicos a sus ciudadanos más pobres, con cargo a esos impuestos. Estos esquemas no son generalmente concebidos como formas de redistribuir la propiedad, pero pueden, sin embargo, estar informados por un sentido que se cuestiona a qué distancia se encuentra el sistema vigente de una justa distribución o cuáles deberían ser los principios subyacentes básicos de la distribución de la propiedad.

Hago hincapié en esto porque hay un conocido argumento en "derecho y economía" tratando de demostrar que las preguntas de distribución inicial son irrelevantes. Imagine que un campo sembrado con trigo continúa a una vía férrea se quema constantemente producto de las chispas de los trenes que por ahí pasan. Está claro que o el trigo puede crecer en esta tierra o los trenes pueden cruzarla, pero no ambas. Un teorema debido a Ronald Coase (1960) sostiene que un resultado eficiente puede obtenerse por el cosechador de trigo y el ferrocarril, independiente de si al primero se le confiere el derecho de que su trigo no arda en llamas. Si el negocio de ferrocarriles es más rentable que producir trigo, la compañía de ferrocarriles estará en condiciones de pagar al granjero los daños por la pérdida de su cultivo y aún obtener ganancias, si el granjero tiene el derecho a demandar, y si no lo tiene, éste va a ser incapaz de pagar lo suficiente para persuadirlos de dejar el negocio de los ferrocarriles y seguir causando daños a su plantación. Lo mismo se aplica, *mutatis mutandis*, si el cultivo de trigo se convierte en una actividad más rentable: el reparto inicial no tiene ninguna importancia. Pero el teorema de Coase sólo demuestra que la pregunta distributiva no es de importancia desde el punto de vista de la eficiencia (e incluso entonces, bajo supuestos altamente idealizados acerca de costos de transacción). Con todo, Coase y sus seguidores admiten que el reparto inicial de derechos tiene gran importancia en relación a con cuánta riqueza termina *cada parte* en una distribución

eficiente, y difícilmente pueden negar que es probable que esto interese más a las mismas partes que el problema de la eficiencia. En general, los profesores de "Derecho y Economía" no han hecho un intento por demostrar por qué deberíamos preocuparnos de la eficiencia con exclusión de todo lo demás, o por qué al derecho no le debería interesar lo que tradicionalmente ha sido considerada su razón de ser -la justicia

Entre los filósofos que discuten principios para asignar recursos a determinados propietarios, algunos aceptan la inherente arbitrariedad del reparto inicial, mientras que otros insisten en que a menos que dicho reparto esté moralmente justificado, la subsecuente operación del sistema de propiedad no puede estarla. Dentro del último grupo -esto es, de aquellos que insisten que el reparto inicial debe estar moralmente justificado- algunos sostienen que la distribución inicial de la propiedad privada debe ser un asunto de decisión colectiva por la sociedad en su conjunto, mientras que otros sostienen que repartos moralmente aceptables pueden ser establecidos por acciones unilaterales de los individuos. Nombraré estos tres enfoques Humeniano, Rousseauiano y Lockeano en nombre a sus tres proponentes más famosos.

~~Enfoque Humeniano~~ En este enfoque, partimos del supuesto que desde tiempos inmemoriales, los individuos han estado peleando y apropiándose de los recursos y que la distribución de la posesión ~~de facto~~ en cualquier tiempo es susceptible de ser arbitraria, dirigida por la fuerza, la destreza y la suerte. Es posible que esta apropiación y lucha predatoria (algunos de cuyos aspectos sean físicos, mientras que otros ideológicos) continuará de aquí para allá en forma indefinida. Pero también es posible que la situación se calme en alguna forma de equilibrio estable, en el cual casi todos aquellos en posesión de recursos de importancia descubren que los costos marginales de una actividad predatoria adicional son iguales a sus ganancias marginales. Bajo estas condiciones, algo como un "dividendo de paz" puede ser asequible. Tal vez todos pueden ganar, en términos de disminución de conflicto, estabilización de las relaciones sociales, y expectativas de un mercado de intercambios, por un acuerdo de no luchar más por la posesión.

Observo que será de mi interés dejar a otro en posesión de sus bienes, a condición de que el actúe de la misma forma conmigo. El es titular de un interés semejante en la regulación de su conducta. Cuando este sentido común de interés es mutuamente expresado y conocido, genera una adecuada conducta y determinación. (Hume [1739] 1888, p.490)

Tal determinación, si es duradera, puede equivaler con el tiempo a una ratificación de posesiones de facto como propiedad de jure.

El enfoque Humeano -el cual encuentra una copia moderna en la obra de James Buchanan (1975)- proporciona una explicación a la distribución inicial que es congruente al espíritu de la economía moderna. No hace uso de ningún supuesto acerca de la naturaleza humana excepto aquellos utilizados en la teoría de la elección racional y es consecuentemente bastante modesta en sus pretensiones morales. En la explicación Humeana, la estabilidad de una distribución inicial no tiene relación con su justicia o respetabilidad moral- Puede ser igual o desigual, justa o injusta (para algunos parámetros distributivos), pero las partes sabrán de antemano que no pueden esperar una mejor distribución precipitando nuevamente su propia fuerza contra la de otros. Hume sostiene, que no nos deberíamos preocupar de las características distributivas del régimen posesorio que surge de la era de conflicto. El objetivo debería ser ratificar cualquier distribución que parezca digna de nota -esto es, cualquier distribución apoyada por promesas que nos alejen de la disputa respecto de quien debería ser dueño de tal o cual cosa y nos acerquen a los beneficios prometidos por un mercado ordenado.

Como explicación sobre el génesis de la propiedad, la teoría de Hume tiene la ventaja sobre sus principales rivales de reconocer que las tempranas eras de la historia humana son eras de conflicto en gran medida no regulados por principios e ininteligibles a la luz de las últimas interrogantes morales. En nuestro análisis sobre la propiedad, Hume no nos exige indagar en la historia para averiguar quién hizo qué cosa a quién y qué hubiera sucedido si ellos no lo hubiesen hecho. Una vez que un determinado patrón de posesión

surge, simplemente trazamos una línea arbitraria y decimos, "los derechos de propiedad comienzan desde aquí". El modelo tiene consecuencias normativas de importancia para el presente también. Aquellos que son tentados a poner en duda o a desbaratar una distribución de propiedad vigente, deben reconocer que lejos de ser el comienzo en una nueva era de justicia, sus intentos son susceptibles de inaugurar una era de conflicto en la cual prácticamente ni la planificación ni la cooperación sean posibles. [La importancia de * tener relaciones estables de propiedad no es su contribución a la justicia, sino el proporcionar a las personas una base mutuamente reconocida sobre la cual el resto de la vida en sociedad pueda ser edificada.]

La debilidad del enfoque Humeniano es, por supuesto, lo opuesto de su fortaleza. Tal como lo vimos en nuestra discusión sobre el Teorema de Coase, la justicia distributiva importa al derecho y nos importa a nosotros. No seríamos felices con una convención Humeniana que ratifique la esclavitud o el canibalismo, aunque para todo eso, Hume muestra que también puede ser una característica del equilibrio que surge de la era del conflicto que algunas personas tengan la posesión de los cuerpos de otros. Y si este modelo de posesión fuera en realidad estable, todos ganarían - tanto los esclavos como sus dueños - con su ratificación como propiedad; pero aún nos opondríamos a ella en el terreno de la justicia. Lo que esto demuestra es que incluso si Hume está en lo cierto al decir que el sentimiento de justicia se construye en base a una convención de respetar la posesión de facto de otros, ese sentimiento una vez establecido, puede cobrar vida propia y, consistentemente, volverse en contra de la distribución que engendró.

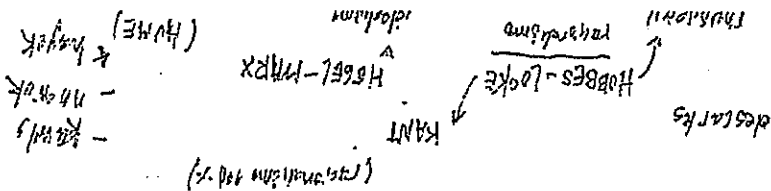
El enfoque Rousseauiano. En el modelo Humeniano, el dividendo de paz es asegurado por una mutua cortesía: yo estoy de acuerdo en respetar lo que has conseguido para sobrevivir y tú estas de acuerdo en respetar lo que yo he conseguido con igual propósito. Una alternativa es establecer una autoridad pública o un Estado que haga valer esta mutua cortesía. Pero si el Estado que establezcamos es lo suficientemente poderoso para imponer una distribución de facto, es probablemente lo suficientemente poderoso como para

movilizar los recursos de un individuo a otro de acuerdo a sus propios criterios de justicia (a saber, los de sus constituyentes y funcionarios de gobierno).

En verdad, el poder del Estado puede acordarse por un sentimiento moral general basado en que las personas que actúan en conjunto están facultadas para establecer una nueva distribución basada en principios de justicia más amplios que reflejen la posición de cada individuo como un igual camarada en una sociedad. Estos principios pueden sostener, por ejemplo, que los recursos de la tierra en su origen fueron puestos a disposición de todos, de modo que ningún individuo podría legítimamente ser apartado de ellos por la apropiación de otro individuo sin su consentimiento. O bien pueden sostener, basados en las palabras sugeridas por Manuel Kant, que las acciones unilaterales de un usurpador no pueden generar las obligaciones que el derecho de propiedad supone, obligaciones que simplemente no se tendrían, con la excepción de la apropiación. Solo una voluntad que es unilateral puede ser capaz de hacer esto, de acuerdo a Kant: sólo la voluntad colectiva (común) y poderosa asociada con el derecho público promulgado por el gobierno (Kant, [1797] 1991, pp. 77 y 84).

Esta posición está asociada más cercanamente con la teoría normativa de Jean Jacques Rousseau. Incluso si los individuos están en posesión de recursos cuando una sociedad se establece, Rousseau sostiene que como una parte inherente del contrato social debemos alienar nuestras posesiones particulares al deseo general de la comunidad, la que por sí sola es capaz de determinar una distribución que otorgue una base genuina de respeto mutuo (Rousseau, [1762] 1973, pp. 173-81). Por supuesto que esa sumisión nos parece terriblemente riesgosa. Pero el riesgo no parece ser tan grande si consideramos que la alternativa consiste en que ciertos individuos mantengan el dominio de los recursos, y por consiguiente, el poder sobre los demás de una forma que es sencillamente imposible de ser controlada por un principio moral. Debemos recordar también que el modelo Rousseauiano es uno altamente idealizado. La idea no es que todos -ricos y pobres- simplemente cedan sus posesiones a cualquier banda de ladrones o partido vanguardista

• Hume
• Bentham
• Green
• Mill
• Rawls



ostente considerarse como gobierno. Se trata más bien de que la noción de un conjunto legítimo de derechos de propiedad es inseparable de la idea de una genuina unión social en la cual las personas resuelven juntas el problema de los recursos como individuos libres e iguales.

Lo que en realidad esto produce, en la forma de una asignación de recursos a los individuos, es una cuestión de principios distributivos que aprueben el examen (actual o hipotético) de la ratificación por la voluntad común. En efecto, muchos de aquellos que adoptan el enfoque Rousseauiano se representan algún tipo de burda igualdad en la propiedad privada.

Pero es aquí donde el modelo atraviesa por su mayor dificultad. Si un conjunto inicial de posesiones ha de ser valorado sobre la base de un principio distributivo (digamos, igualdad), entonces cualquier conjunto de posesiones puede calcularse sobre dicha base. Después de todo, ^{transfiriendo} de seguro que no existe justificación para aplicar el criterio Rousseauiano a ti lo cual tampoco sería una justificación para aplicarlo nuevamente a cualquier subsiguiente tiempo ^{transfiriendo} ~~tiempo~~. Pero si estamos distribuyendo derechos de propiedad privada a ti, y si - como uno espera, ellos incluyen poderes de transferencia, entonces como lo ha dicho Robert Nozick (1974, pp 162-4), cualquier distribución favorable es susceptible de transformarse en una distribución desfavorable en ti por el principio igualitario, como resultado de actividades voluntarias tales como hacer regalos, legados, intercambios en el mercado y así sucesivamente. Para mantener un patrón distributivo del tipo que el principio Rousseauiano considera, "uno debe o interferir continuamente para evitar que las personas transfieran sus recursos a su arbitrio, o interferir periódicamente para tomar de algunas personas recursos que otros por alguna razón les han transferido" (Nozick, 1974, p.163). Aparte de ~~atentar contra la libertad~~ los resultados de esta constante aplicación y re aplicación de un criterio moral puede hacer indeterminados los procesos del mercado, como Hume lo señala, "reducir a la sociedad a la más extrema de las indigencia; y en vez de evitar carencias y pobreza en unos pocos, convertirla en algo inevitable para toda la comunidad (Hume [1771] 1902, p.194).

John Rawls, quien puede ser considerado como un moderno exponente del enfoque Rousseauiano, sostiene que el problema puede resolverse por medio de insistir en que los principios de justicia ratificados por una asociación Rousseauiana imaginaria no han de ser aplicados a repartos distributivos individuales sino al juicio y elección de instituciones que, como es entendido, una vez escogidas funcionan por su propia cuenta y lógica. "Una distribución", escribe Rawls, "no puede ser juzgada en forma aislada del sistema del cual es su producto o de lo que los individuos han hecho de buena fe a la luz de las expectativas estables." (Rawls, 1971, p.88). Pero resta por ver si esta norma altamente abstracta puede convertirse en una forma de pensar y evaluar el real funcionamiento de organizaciones concretas de propiedad.

El enfoque Lockeano En el modelo Rousseauiano, el reparto inicial de recursos es hecha por la sociedad en su conjunto, bajo la premisa que algo que afecta a todos requiere el consentimiento de todos. [El enfoque Lockeano refuta este enfoque como ridículo e imposible: "Si dicho consentimiento fuera necesario, la especie humana estaría muriendo de hambre, a pesar de lo muchísimo Dios le haya dado" (Locke, [1690] 1988, p. 288). Nacimos, sostiene, que en un mundo abastecido para satisfacer las necesidades de la vida, y no puede haber nada malo en que una persona tome posesión y use algo de esto. Aun más, si una persona comienza a ocupar una porción de tierra u otro recurso natural, parece equivocado que otros traten de perturbarlo o despojarlo de ella, a menos que de algún modo su apropiación haya perjudicado gravemente su existencia. Pareciera que ninguno necesitamos de ninguna decisión colectiva u omnilateral para establecer el derecho del apropiador a cierto respeto por el derecho que ha creado.

En su forma más sencilla, la teoría de adquisición unilateral se nos presenta como la Teoría de la Primera Ocupación: la primera persona en ocupar una porción de tierra, se convierte en su dueño, o más genéricamente, la primera persona en actuar como si fuera dueño de algo, se convierte en su propietario, en lo que respecta a la moral de sus acciones o la de los demás. El argumento tradicional para esto ha sido que mientras los segundos y

subsiguientes ocupantes necesariamente perjudican los intereses de alguien que llegó antes, el primer ocupante no. Pero eso no serviría de nada. Incluso si no hay un primer ocupante-apropiador, aún pueden haber otros individuos cuyos intereses son afectados por el primer ocupante - a saber, aquellos quienes han distribuido previamente el recurso en común, pero que ahora se encuentran impedidos de usarla o gozarla por el título putativo del primer ocupante.

La teoría de John Locke es sin duda considerada como la más interesante de las discusiones filosóficas acerca de la propiedad, en gran medida porque representa un intento serio por tratar el problema. El punto de partida del análisis de Locke es que Dios dio el mundo a los hombres para compartirlo, de modo que la introducción unilateral de derechos es reconocida desde el comienzo para representar en cierto modo un problema moral.

?Cómo plantea Locke solucionar este problema? Primero, él lo hace manejable por la vía de poner énfasis en que cuando la propiedad privada fue inventada había, en realidad, más que suficiente para que todos se hicieran dueños de algo. Fue la creación del dinero, sostuvo, la que llevó a la introducción de posesiones individuales más extensas, producto de las cuales algunos llegaron a ser propietarios de mucho y otros muy poco o nada; y agregó - no de manera completamente convincente - que desde que el dinero tuvo como base la convención humana, la fase de distribución fue gobernada por consideraciones de justificación de un tipo (al que he llamado) Rousseauiano: "Desde que el oro y la plata (...) tienen un valor sólo por el consentimiento de los hombres (...) es evidente que los hombres han acordado una posesión de la tierra en forma desigual y desproporcionada" (Locke, [169.0] 1988, pp. 301-2)

El principal significado de este argumento es que representa la conciencia de Locke sobre los límites de una teoría unilateral de apropiación. Una conciencia similar se muestra en su discusión sobre el origen de la propiedad, donde encontramos su teoría de apropiación individual complementada, desde principio a fin, por lo que he llamado antes Teoría General Justificatoria. Aunque Locke sostiene, tanto como cualquier teórico de la

Primera Ocupación, que una persona que toma recursos de la tierra virgen normalmente adquiere un derecho sobre ellos, ella siempre trata de agregar que esto es también una cosa buena desde el punto de vista social, porque premia el trabajo y promueve el bienestar general. La apropiación unilateral nunca tiene que permanecer completamente sola en la teoría de Locke, como lo está en la visión de sus más recientes seguidores, más destacadamente, Robert Nozick (1974):

Al final, sin embargo, es el argumento acerca de la apropiación unilateral el que ha capturado la imaginación filosófica. Y es indispensable para el ejemplo de Locke -aunque sólo sea porque proporciona el prototipo de los derechos individualizados que son apoyados por los razonamientos generales y que más tarde serán ratificados por el consentimiento. La contribución de Locke es haber conectado la apropiación unilateral con la idea de auto-dominio:

Aunque la tierra (...) sea común a todos los hombres, cada individuo tiene una propiedad sobre su persona. A esta nadie tiene derecho sino ella misma. El trabajo de su cuerpo y la actividad laborativa de sus manos podemos decir que, en estricto rigor, son suyas. El ha mezclado su trabajo con todo lo que ha sacado del estado que la naturaleza le ha proporcionado y los ha reunido en algo que le es propio, de ahí que lo haga su propiedad: lo que él saca del estado común en que la naturaleza lo dejó, tiene producto de su trabajo algo anexo a ella; lo que excluye el derecho común de otros hombres: (Locke, [1690] 1988, pp. 287-8)

Que algo en lo que he trabajado, encarna una parte de mí es un sentimiento bastante común. Locke conectó este sentimiento con el de autodominio que caracterizó al emergente individuo liberal, en una forma que también gestó argumento tanto económicos como moralmente convincente a favor de la apropiación unilateral. Desde que la mayor parte de lo que valoramos en las cosas externas no es producto de la naturaleza sino que del trabajo, no resulta tan extraño, como Locke lo plantea, "que la propiedad sobre el trabajo debería ser capaz de preponderar por sobre la comunidad de la tierra":

Aunque las cosas de la naturaleza son dadas en común, los hombres (por ser dueños de sí mismos, propietarios de su propia persona y de las actividades laborales de ella genera) tienen en sí mismos la piedra angular de la propiedad; y aquello que constituyó la mayor parte de lo que a él se dedicó para su sustento o comodidad, cuando la invención y las artes han mejorado las conveniencias de la vida, era perfectamente suya, y no perteneció en común a otros (Locke, [1690] 1988, pp. 296-9).

La parte de la teoría de Locke que ha despertado quizás el mayor escepticismo en la filosofía del derecho no es la teoría de la adquisición unilateral, sino algo que parece derivarse de ella - a saber, que pueden haber derechos de propiedad privada anteriores al establecimiento de sistemas de derecho positivo. La propiedad Lockean se estableció en el estado de naturaleza, y aunque más tarde la desigualdad es ratificada por el consentimiento, dicho consentimiento no tiene nada que ver con el contrato social o la invención del gobierno. Consecuentemente, cuando el derecho positivo nace, se encuentra con un conjunto de derechos individuales ya existentes, y con una gran cantidad de punzantes ciudadanos que están dispuestos pelear por la tesis que sostiene que la tarea del gobierno es proteger sus derechos de propiedad y no reconstituirlos o redistribuirlos. Entonces, a la inversa, aquellos que creen que el gobierno debería tener más poder Rousseauiano sobre la propiedad, generalmente sostienen su argumento basado en la tesis que los derechos de propiedad son inimaginables sin derecho positivo.

En efecto, no es tan fácil deshacerse de la visión Lockean. En primer lugar, el estado de naturaleza de Locke no es una asociación, sino, solo, político. Locke toma la plausible perspectiva que todos los tipos de relaciones morales pueden existir en una denso tejido de interacción social, sin el apoyo específico del Estado o del derecho positivo. Pero si esto es reconocido como una proposición general, ¿Por qué las relaciones de propiedad han de ser una excepción? Las personas seguramente pueden cultivar la tierra exista o no un derecho positivo, y la idea de que otros sin el derecho son incapaces de formar, compartir o de actuar de acuerdo a la opinión que sostiene que es equivocado interferir o apropiarse del producto del trabajo de otros, parece poco plausible. De modo

semejante, no parecemos necesitar la ayuda de un ordenamiento jurídico para explicar la existencia del intercambio y de los mercados. Hasta donde podemos decir, el comercio entre los habitantes de diferentes regiones es de anterior data que la existencia de determinadas instituciones legales por muchos milenios.

Lo que sí es cierto es que el derecho hace una inmensa contribución al sistema de propiedad y que en las complejas circunstancias de la vida moderna, la propiedad sin derecho -donde las reglas descansan sobre nada más robusto que una conciencia moral compartida- es susceptible de ser acibillada entre disputas y malos entendidos. Pero Locke reconocio este punto. Que después de todo era el propósito de celebrar un contrato social -proporcionar mecanismos para resolver pormenores, hacer valer derechos, arbitrar disputas que no existían en el estado de naturaleza. Pero no es una consecuencia necesaria del hecho que necesitamos estos mecanismos -y que sólo un ordenamiento jurídico puede proporcionar- que nuestros pensamientos y sentimientos acerca de lo mío y lo tuyo, la propiedad y justicia distributiva, sean producto exclusivo del derecho positivo.

Bibliografía

- Buchanan, J. 1975: *The limits of liberty: between anarchy and Leviathan*. Chicago: University of Chicago Press.
- Coase, R. H.. 1960: *The problem of social cost*. Journal of Law and Economics, 3, 1-44.
- Friedman, M. 1962: *capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago Press.
- Green, T. H. 1941: *Lectures on the Principles of political Obligation*. London. Longmans, Green & Co.
- Grey, T. C. 1980: *The disintegration of property*. In J.R. Pennock and J.W. Chapman (eds), *Nomos XXII: Property*, New York: New York University Press.
- Hardin, G. 1968: *The Tragedy of the commons*. *Science*, 162, 1, 243-8.
- Hayek, F. A. 1976: *The Mirage of Social Justice*. London: Routledge & Kegan Paul.

- Hegel, G.W.F. [1821] 1991: *Elements of the philosophy of Right*, ed. A.W. Wood, Cambridge: Cambridge University Press.
- Honore, A. M. 1961: Ownership. In A.G. Guest (ed), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press.
- Hume, D. [1739] 1888: *A treatise of Human Nature*, ed. L.A. Selby-Bigge, Oxford: Clarendon Press.
- Hume [11777] 1902: *Enquiries Concerning the Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*, ed. L.A. Selby-Bigge, Oxford: Clarendon Press.
- Locke, J. [1690] 1988: *Two Treatises of Government*, ed. P. Laslett, Cambridge: Cambridge University Press.
- Munzar, S. 1990: *A Theory of property*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nozick, R. 1974: *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Basil Blackwell.
- Rawls, J. 1971: *A theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Rousseau, J.J. [1762] 1973: *The Social Contract and Discourses*, tr. G.D.H. Cole, London: J.M. Dent & Sons.
- Ryan, A. 1984: *Property and Political Theory*. Oxford: Basil Blackwell.
- Waldron, J. 1986: *The Right to private Property*. Oxford: Clarendon Press.

Traducción de
Eduardo L. Suárez

ROBERT COOTER y THOMAS ULEN

DERECHO Y ECONOMÍA



FONDO DE CULTURA ECONÓMICA

MÉXICO

1998

IV. TEORÍA ECONÓMICA DE LA PROPIEDAD

No hay nada que avire de modo tan general la imaginación y encienda las pasiones de la humanidad, como el derecho de propiedad; o sea ese dominio único y después co que un hombre reclama y ejerce sobre las cosas externas del mundo, en un total exclusión del derecho de cualquier otro individuo del universo. Sin embargo, muy pocos se dan a la tarea de considerar el origen y fundamento de este derecho.

WILLIAM BLACKSTONE,
Commentaries on the Laws of England,
libro II, cap. 1, 1765-1769, p. 2.

En la tribu africana llamada de los barotsé, "el derecho de propiedad no define tanto los derechos de las personas sobre las cosas como las obligaciones entre personas en relación con las cosas".

MAX GLUCKSMAN,
Ideas in Blackie Jurisprudence, 1965, p. 171.

El DERECHO de propiedad provee el marco legal para la asignación de los recursos y la distribución de la riqueza. Como indican las contrastantes citas anteriores, los individuos y las sociedades difieren sustancialmente acerca de la manera en que se deberían asignar los recursos y distribuir la riqueza. Blackstone consideraba que la propiedad le otorga al propietario un control completo sobre los recursos y que tal libertad de control de las cosas materiales era "el guardián de los derechos de todos los demás". Glucksmán descubrió que en la tribu de los barotsé, la propiedad le otorgaba al propietario una responsabilidad, no la libertad. Por ejemplo, los barotsé creen que las personas ricas son responsables de contribuir a la prosperidad de sus semejantes. Por último, Marx y Engels consideraban a la propiedad como la institución mediante la cual unos cuantos esclavizaban a muchos.

No podemos resolver aquí estas profundas disputas acerca de la organización social. Más bien, utilizaremos la teoría económica para analizar las reglas legales aplicables a la propiedad. Examinaremos cuáles cosas, materiales e inmateriales, pueden ser legalmente protegidas como una propiedad, y qué

significa tener derechos de propiedad; qué pueden hacer los propietarios con su propiedad, y cuáles obligaciones tienen los propietarios hacia los demás. He aquí algunos ejemplos de las clases de cuestiones a las que se aplica el derecho de la propiedad:

Ejemplo IV.1: "Esta mañana nació una mula en una remota pradera de Wyoming. ¿A quién pertenece la mula?"¹ ¿Pertenece la mula 1) al propietario de la madre de la mula, 2) al propietario de la tierra en la que nació la mula, 3) a la compañía maderera que ha rentado la tierra, o 4) al gobierno federal porque la tierra es un parque nacional?

Ejemplo IV.2: *Orbitcom, Inc.*, gastó 125 millones de dólares en el diseño, lanzamiento y mantenimiento de un satélite para transmitir datos comerciales entre Europa y Estados Unidos. El satélite está ubicado en una órbita geosincrónica a 40 kilómetros por encima del Océano Atlántico.² Recientemente, un satélite de monitoreo de recursos naturales perteneciente a la *Windang Corporation* se ha ubicado tan cerca del satélite de Orbitcom que las transmisiones de esta compañía entre Europa y Estados Unidos se han vuelto poco confiables. En consecuencia, Orbitcom ha perdido clientes y ha demandado a Windang por violar el derecho de Orbitcom a su órbita satelital geosincrónica.

Ejemplo IV.3: Foster inspecciona una casa en construcción en un nuevo fraccionamiento al norte del pueblo y decide comprarla. Al día siguiente de mudarse a su nueva casa, el viento cambia de dirección y empieza a soplar desde el norte. Foster huele una gran pestilencia. Tras una investigación, se entera de que al norte del fraccionamiento se ubica un gran comedero de ganado, justo arriba de una zona, y que para empujar las cosas, el propietario de este antiguo negocio plancha expandirlo. Foster se une a otros propietarios para demandar la clausura del comedero.

¹ Con esta notable pregunta abre el profesor John Cribbet, uno de los investigadores más destacados del derecho de la propiedad, su primera conferencia sobre la propiedad para los estudiantes de derecho de primer año en el Colegio de Derecho de la Universidad de Illinois.

² Una órbita geosincrónica significa que el satélite viaja alrededor de la Tierra exactamente a la misma velocidad de rotación de la Tierra, de modo que el satélite parece permanecer estacionario por encima de un punto de la superficie terrestre.

Ejemplo 14.4: Bloggs hereda de su padre lo que queda de una granja que en su mayor parte ha sido vendida a un proyecto de vivienda. La superficie restante, pero Bloggs decide arrendarla y desarrollarla como área residencial. Sin embargo, los científicos del colegio comunitario local han determinado que la propiedad de Bloggs forma parte de las tierras húmedas que nutren las corrientes locales, así como los peces del río del pueblo. El consejo municipal, enterado de los planes de Bloggs, emite un decreto que prohíbe el desarrollo de las tierras húmedas. Bloggs interpone una demanda para que se le permita desarrollar su propiedad o, por lo menos, para que se obligue al gobierno municipal a comprarle la propiedad al precio que prevalece si se permitiera el desarrollo.

Ejemplo 14.5: Un decreto municipal exige que las casas se construyan a dos metros de distancia de la línea divisoria de la propiedad. Juan Pérez compra un terreno muy arbolado en un área silvestre y construye en él una casa. Diez años después, Alfredo González, propietario del terreno colindante, hace medir su tierra y descubre que la casa de Pérez se extiende medio metro más allá de la línea divisoria, en la propiedad de González. Pérez ofrece compensar a González por el allanamiento, pero González rechaza la oferta y demanda a Pérez para que rebuque su casa de conformidad con el decreto.

Estos cinco ejemplos captan algunas de las interrogantes más fundamentales que cualquier sistema de derecho de la propiedad deberá contestar. En los dos primeros se pregunta cómo se asignan inicialmente los derechos de propiedad. Parecería que Orbicom basa su reclamación de propiedad en el hecho de haber puesto un satélite en la órbita en disputa antes que cualquier otro. Esta reclamación apela a un principio legal conocido como la *regla de la primera posesión*, según la cual quien use por primera vez un recurso sin propietario adquiere un derecho sobre él. (¿Cómo se podría aplicar esta regla a la mulla nacida en la remota pradera de Wyoming?) El problema general planteado aquí es éste: "¿Cómo adquiere una persona la propiedad de algo?"

En el segundo ejemplo se pregunta también qué tipo de cosas pueden ser de propiedad privada. Orbicom afirma que una órbita satelital puede ser de propiedad privada, como ocurre con la tierra o con una composición musical, mientras que Windsong cree, tal vez, que las órbitas deberían ser de propiedad pública y abiertas a todos en los mismos términos, como ocurre con los marcos profundos o con un estilo de la moda. La economía puede decir mucho acerca de las consecuencias de que los recursos sean propiedad privada, propiedad pública o no sean propiedad de nadie.

El tercer ejemplo se refiere a un problema conocido a veces como el de los "usos incompatibles". ¿Puede el propietario de un terreno generar en él una pesadencia que ofenda a sus vecinos? En general, la ley trata de impedir que los propietarios de terrenos se perjudiquen recíprocamente, pero en este ejemplo, como en muchos otros casos, hay una interrelación entre actividades rivales. ¿Está el comedero del ganado interfiriendo con el propietario de una casa al generar la pesadencia, o está el propietario de la casa interfiriendo con el comedero al tratar de clausurarlo? El fallo legal depende en parte de que la pesadencia constituya una "molestia", tal como se define en la ley. La economía tiene mucho que decir acerca de esta determinación.

El cuarto ejemplo, al igual que el tercero, plantea esta interrogante: "¿Qué pueden hacer legítimamente los propietarios con sus terrenos?" La diferencia es que el ejemplo 3 se refiere a una disputa originada entre propietarios privados, mientras que el ejemplo 4 se refiere a una disputa entre un propietario privado y el gobierno. La cuestión específica del ejemplo 4 consiste en saber si el propietario de un terreno puede desarrollarlo de acuerdo con sus propios deseos, o si debe respetar las severas restricciones impuestas al desarrollo por un gobierno local. La cuestión general se refiere a la medida en que el gobierno puede restringir el uso de un terreno por parte de su propietario. Demostremos que la economía tiene mucho que decir acerca de que el gobierno regule y confisque la propiedad privada.

En el último ejemplo, el propietario de un terreno ha invadido la tierra de otro, pero esa invasión no se había detectado ni había causado daño aparente durante muchos años. La cuestión planteada en este ejemplo se refiere al remedio de la invasión. ¿Debería negarse al propietario un remedio porque la invasión ha persistido durante tanto tiempo? De otro modo, ¿debería el tribunal conceder el pago de daños al propietario? ¿O debería el tribunal condenar al invasor y obligarlo a mover su casa? Como veremos más adelante, la economía pronostica los efectos de diversos remedios y proporciona, así, una poderosa herramienta para elegir el mejor.

Los ejemplos plantean estas cuatro interrogantes fundamentales acerca del derecho de propiedad:

1. ¿Cómo se establecen los derechos de propiedad?
2. ¿Qué puede ser objeto de la propiedad privada?
3. ¿Qué pueden hacer los dueños con su propiedad?
4. ¿Qué remedios existen para la violación de los derechos de propiedad?

En los dos capítulos siguientes recurriremos a la economía para contestar tales interrogantes. La investigación legal tradicional sobre el derecho de la propiedad exhibe un uso de la teoría notoriamente deficiente, por lo menos

en comparación con los contratos y los ilícitos culposos.⁵ Esto contribuye a que muchos estudiantes crean que el derecho común de la propiedad es difícil y desorganizado. La economía nos permitirá dotar de más coherencia y orden a este tema. En este capítulo, nos concentraremos en desarrollar herramientas fundamentales para el análisis económico de la propiedad: la teoría de la negociación, la teoría de los bienes públicos y la teoría de las externalidades. En el capítulo siguiente, aplicaremos estas herramientas a un gran número de leyes e instituciones de la propiedad.

1. CONCRETO LEGAL DE LA PROPIEDAD

Desde el punto de vista legal, la propiedad es un *conjunto de derechos*, los cuales describen lo que los individuos pueden o no hacer con los recursos de su propiedad: la medida en que pueden poseer, usar, transformar, transferir o excluir a otros de su propiedad. Estos derechos no son inmutables: por ejemplo, pueden cambiar de una generación a otra. Pero en cualquier momento dado, constituyen la respuesta detallada del derecho a las cuatro interrogantes fundamentales acerca del derecho de la propiedad mencionadas antes.

Dos hechos acerca del conjunto de derechos legales que constituyen la propiedad son fundamentales para nuestro entendimiento posterior de la propiedad. Primero, el propietario tiene libertad para ejercer los derechos que tiene sobre su propiedad, lo que significa que ninguna ley prohíbe o exige que el propietario ejerza tales derechos. En nuestro ejemplo al inicio del capítulo, González puede cultivar su tierra o dejarla ociosa, y a la ley no le importa cuál sea su elección. Segundo, a los demás se les prohíbe que interfieran con el ejercicio de sus derechos por parte del propietario. Por ejemplo, si González decide cultivar su tierra, Pérez no puede poner piedras en el camino del arado. Esta protección es necesaria contra dos tipos de invasores: las personas privadas y el gobierno.

Así pues, el concepto legal de la propiedad es el de un conjunto de derechos sobre los recursos que el propietario puede ejercer con libertad y cuyo ejercicio está protegido contra la interferencia de otros. La propiedad crea, así, una zona de privacidad en la que los propietarios pueden ejercer su voluntad sobre las cosas sin tener que responder a otros, como se destaca en la cita precedente de Blackstone. Estos hechos se resumen a veces diciendo que la propiedad otorga a los propietarios una libertad sobre las cosas.

⁵ En los comatos y los ilícitos culposos había una teoría clásica que dominaba el derecho ilícitos culposos describe esas teorías clásicas. En cambio, no había ninguna teoría clásica de la filosofía que analizaba la institución de la propiedad en un nivel muy abstracto. Algunas de esas teorías filosóficas de la propiedad se describen en el apéndice de este capítulo.

Esta definición general de la propiedad es compatible con muchas teorías diferentes acerca de los derechos particulares que deben incluirse en el conjunto protegido y acerca de la forma como se protegerán tales derechos. También es congruente con diferentes explicaciones de las responsabilidades que asume una persona al convertirse en propietario. El derecho ha tendido a recurrir a la filosofía para decidir cuáles derechos deberán incluirse en el conjunto de los derechos de propiedad. En el apéndice de este capítulo estudiaremos algunos de estos enfoques filosóficos.

2. LA TEORÍA DE LA NEGOCIACIÓN⁴

Para elaborar una teoría económica de la propiedad, debemos elaborar primero la teoría económica de los juegos de negociación. Es posible que al principio no se perciba la relevancia de esta teoría para el derecho de propiedad, pero más adelante se reconocerá que es el fundamento mismo de la teoría económica de la propiedad. Los elementos de la teoría de la negociación pueden desarrollarse a partir de un ejemplo de intercambio muy común: la venta de un automóvil usado. Consideremos estos hechos:

Adán, quien vive en un pueblo pequeño, tiene un Chevy 1957 convertible en buen estado. El placer de poseer y conducir el automóvil vale \$3,000 para Adán. Blas, quien ha codiciado el automóvil durante varios años, hurta \$5,000 y decide tratar de comprar el automóvil a Adán. Después de inspeccionar el automóvil, Blas decide que el placer de poseerlo y conducirlo vale \$4,000 para él.

De acuerdo con estos hechos, un contrato de venta permitirá que el automóvil pase de las manos de Adán, quien lo valía en \$3,000, a las de Blas, quien lo valía en \$4,000. El vendedor potencial valía el automóvil en menos que el comprador potencial, de modo que hay margen para una negociación. Suponiendo que los intercambios son voluntarios, Adán no aceptará menos de \$3,000 por el automóvil, y Blas no pagará más de \$4,000, de modo que el precio de venta tendrá que ubicarse en algún punto intermedio. Un precio de venta razonable sería el de \$3,500, que divide la diferencia por partes iguales.

La lógica de la situación puede aclararse enunciando los hechos en el lenguaje de la teoría de juegos. Las partes de la clase de juego representado por este ejemplo pueden beneficiarse *ambas* si cooperan entre sí. En concreto, pueden trasladar un recurso (el automóvil) de alguien que lo valía menos

⁴ La teoría de la negociación es una forma de la teoría de juegos. Para información útil acerca de antecedentes, véase la sección del capítulo II que se ocupa de la teoría de juegos.

(Adán) a alguien que lo valía más (Blas). El trasladar el recurso en este caso, de Adán que lo valía en \$3000 a Blas que lo valía en \$4000, creará un valor de \$1000. El *excedente cooperativo* es el nombre del valor creado al trasladar el recurso hacia un uso más valioso. Por supuesto, la parte de este excedente que reciba cada uno dependerá del precio al que se venda el automóvil. Si el precio se fija en \$3500, cada uno disfrutará una parte igual del valor creado por el intercambio, o sea \$500. Si el precio se fija en \$3800, el valor se dividirá desigualmente, ya que Adán disfrutará de $\frac{4}{5}$ partes, o sea \$800, y Blas sólo $\frac{1}{5}$ parte o sea \$200. Si el precio se fija en \$3200, Adán disfrutará \$200, o de $\frac{1}{5}$ parte del valor creado, mientras que Blas disfrutará \$800, o sea $\frac{4}{5}$ partes.

En general, las partes regatean el precio. En el curso de la negociación, las partes pueden destacar los hechos ("El motor se encuentra en perfectas condiciones mecánicas...", apelar a normas ("\$3700 es un precio injusto..."), amenazar ("No aceptaré menos de \$3500...", etc. Estas son las herramientas utilizadas en el arte de la negociación. El hecho de que las partes puedan negociar es una ventaja de los juegos de negociación, o cooperativos, en comparación con otros juegos (llamados juegos *no cooperativos*), como el famoso Dilema del prisionero que examinamos en el capítulo II. Pero aun cuando la negociación sea posible, no hay ninguna garantía de que tendrá éxito.

Si se rompen las negociaciones y las partes no cooperan, fracasará su intento de desplazar los recursos hacia un uso más valioso, y no crearán valor. Por lo tanto, el obstáculo para crear valor en un juego de negociación es que las partes deben ponerse de acuerdo acerca de cómo dividirlo. El valor se dividirá entre ellas en una proporción determinada por el precio al que se venda el automóvil. El acuerdo acerca del precio del automóvil significa el éxito de las negociaciones, mientras que el desacuerdo significa un fracaso del proceso de negociación.

A fin de aplicar la teoría de juegos a este ejemplo, caractericémos los posibles resultados como solución cooperativa y solución no cooperativa. La solución cooperativa es aquella en la que Adán y Blas se ponen de acuerdo sobre el precio y logran intercambiar el automóvil por dinero. La solución no cooperativa es aquella en la que no se ponen de acuerdo sobre el precio y por tanto no intercambian el automóvil por dinero. A fin de analizar la lógica de la negociación, debemos considerar en primer término las consecuencias de la ausencia de cooperación. Si las partes no cooperan, cada una de ellas alcanzará por sí misma cierto nivel de bienestar. Adán conservará el automóvil y lo usará, lo que vale \$3000 para él. Blas se quedará con su dinero —\$5000— o lo gastará en otra cosa distinta del automóvil. Para simplificar, supongamos que el valor que asigna Blas a su dinero es su valor nominal, específicamente \$5000. Así pues, las ganancias de las partes en la solución no cooperativa, llamadas sus *valores de amenaza*, son \$3000 para Adán (el valor que tiene para él conservar el automóvil) y \$5000 para Blas (el monto de su efectivo). El valor total de la solución no cooperativa es \$3000 + \$5000 = \$8000.

En cambio, la solución cooperativa es que Adán venda el automóvil a Blas. Mediante la cooperación, Blas será propietario del automóvil, que para él vale \$4000, y además las dos partes ganarán una parte de los \$5000 de Blas. Por ejemplo, Adán podría aceptar \$3500 por el convertible. Blas tendría entonces el automóvil, que para él vale \$4000, y \$1500 de sus \$5000. Por lo tanto, el valor de la solución cooperativa es de \$4000 (el valor del automóvil para Blas) + \$1500 (la suma que conserva Blas de sus \$5000 originales) + \$3500 (la suma que recibió Adán a cambio del automóvil) = \$9000. El excedente ganado por la cooperación es la diferencia del valor entre la cooperación y la no cooperación: \$9000 - \$8000 = \$1000.

En todo acuerdo voluntario, cada jugador debe recibir por lo menos el valor de amenaza, o no habrá ninguna ventaja en la cooperación. Una solución razonable para el problema de la negociación es que cada jugador reciba el valor de amenaza más una porción igual del excedente cooperativo: específicamente, \$3500 para Adán y \$5500 para Blas.³ Para lograr la división, Blas debería pagar a Adán \$3500 por el automóvil. Esto dejará a Adán con \$3500 en efectivo y sin automóvil, y a Adán con un automóvil que vale \$4000 para él y \$1500 en efectivo.

Pregunta 11.7: Supongamos que Adán recibe una oferta de \$3200 de un tercero llamado Carlos. ¿Cómo cambia la oferta de Carlos por \$3200 los valores de amenaza, el excedente de la cooperación y la solución razonable?

Hemos explicado que el proceso de negociación puede dividirse en tres pasos: el establecimiento de los valores de amenaza, la determinación del excedente cooperativo, y el acuerdo sobre los términos para distribuir el excedente.

³ Los economistas han batallado durante largo tiempo con el hecho de que la racionalidad egoísta no parece suficiente por sí sola para determinar la distribución del excedente cooperativo. Es por ello que utilizamos el término "solución razonable", que invoca normas sociales, en lugar de una "solución racional". Para advertir la diferencia, considere esta explicación *racional* de la división del excedente cooperativo. Supongamos que, de algún modo, Adán sabe que el excedente cooperativo resultante de un acuerdo entre Blas y él es igual a \$1000. Siendo perfectamente racional, le dice a Blas que le venderá el automóvil en \$3995. Y además, le explica por qué debería aceptar ese precio, a pesar de que Adán obtenga \$995 del excedente cooperativo y Blas sólo \$5. "Si no aceptas ese precio, no haré ningún trato contigo, en cuyo caso obtendrás 50 de excedente cooperativo. Al precio de \$3995, obtendrás \$5 del excedente cooperativo y eso sin duda es mejor que nada." Dejando de lado todas las razones estratégicas por las que Blas no aceptaría esto (*razonablemente* se alegraría Adán si Blas se rehusara?), esta división del excedente cooperativo es perfectamente racional, pero podría no ser razonable. En efecto, algunos experimentos cuidadosamente controlados han demostrado que la mayoría de los individuos no aceptarían la oferta de Adán, por racional que pueda ser.

dente de la cooperación. En la sección siguiente utilizaremos estos tres pasos para entender el origen de la institución de la propiedad.

3. EL ORIGEN DE LA INSTITUCIÓN DE LA PROPIEDAD: UN EXPERIMENTO MENTAL

El modelo de la negociación muestra cómo la cooperación puede crear un excedente que beneficie a todos. Este tipo de razonamiento puede usarse para realizar un experimento mental que resulta útil para entender el origen de la propiedad.

Imaginemos un mundo simplificado donde haya personas, tierra, instrumentos de labranza y armas, pero no haya tribunales ni policía. En este mundo imaginario, el gobierno no vindica ni protege los derechos de propiedad preexistentes por quienes viven en la tierra. Los individuos, las familias o las alianzas de familias hacen valer los derechos de propiedad en la medida en que puedan defender sus tierras. La gente debe decidir cuántos recursos destinará a la defensa de sus derechos de propiedad. Cómo vimos en el capítulo II, los individuos racionales asignan sus recursos limitados de tal modo que el costo marginal de defender la tierra sea exactamente igual al beneficio marginal.

Esto significa que, en el margen, el valor de los recursos utilizados para fines militares (el beneficio marginal) es igual a su valor cuando se les destina a fines productivos, como la agricultura y la ganadería (el costo [de oportunidad] marginal). Por ejemplo, los ocupantes son racionales si, dedicando un poco más de tiempo al patrullaje del perímetro de la propiedad, se preservaba tanta riqueza adicional para los defensores como la que disfrutarían si asignaran un poco más de tiempo a la agricultura. Lo mismo podría decirse acerca de asignar la tierra entre los cultivos y las fortificaciones, o acerca de forjar metal en espadas o en arados.

Estos hechos describen un mundo en el que la agricultura y la defensa son racionales de modo individual. ¿Pero son socialmente eficientes? En el capítulo II ofrecimos la siguiente definición de la producción ineficiente: los mismos (o menos) insumos podrían usarse para producir un total de producción mayor. ¿Podrá encontrarse algún mecanismo que utilice menos recursos para alcanzar el mismo nivel de protección de la propiedad? Un mecanismo posible es el del derecho. Supongamos que los costos de operación de este sistema de derechos de propiedad son menores que la suma de todos los costos individuales de la defensa privada. Tal mecanismo permitiría transferir recursos de la defensa a la agricultura. Por ejemplo, los terratenientes podrían crear un gobierno para que protegiera sus derechos de propiedad a un costo menor en términos de impuestos, que lo que gasta cada individuo en la defensa. El ahorro podría provenir de las economías de escala al tener un ejército grande en la

UNA DISPUTA CIVIL COMO JUEGO DE NEGOCIACIÓN

EN VIRTUD de que los juicios son costosos, por lo general ambas partes pueden ganar llegando a un arreglo extrajudicial, por lo que muy pocas disputas llegan a los tribunales. Como veremos en el capítulo X, la mejor estimación actual es que cerca de 5% del total de las disputas que llegan a la etapa de presentación de una reclamación legal en Estados Unidos se traducen efectivamente en un litigio. He aquí un problema en el que usted deberá aplicar la teoría de la negociación a una disputa civil:

Hechos: Arturo alega que Bety le pidió prestada una tetera valiosa y la rompió, de modo que la demanda para recuperar su valor de \$300. Los hechos son muy confusos. Bety sostiene que ella no le pidió prestada la tetera a Arturo, aunque se prueba que sí pidió prestada la tetera, ella sostiene que no está rota; aunque se prueba que sí le pidió prestada la tetera y que está rota, ella sostiene que no la rompió.

Supongamos que, como los hechos del caso están tan poco claros, Arturo y Bety creen, cada uno por su parte, que sus probabilidades de ganar en el tribunal son iguales a 50%. Supongamos además que la litigación de sumas pequeñas en un tribunal le cuesta a cada parte \$50, y que no cuesta nada el arreglo extrajudicial. Por lo tanto, en este caso la cooperación consiste en llegar a un arreglo extrajudicial para ahorrarse el costo de un juicio. La no cooperación significa llevar la disputa a juicio.

Pregunta IV.2:

- ¿Cuál es el valor de amenaza de Arturo?
- ¿Cuál es el valor de amenaza de Bety?
- Si Arturo y Bety cooperan para arreglar su desacuerdo, ¿cuál es el costo neto de resolver la disputa?
- ¿Cuál es el excedente cooperativo?
- Un arreglo razonable sería que Bety le pagara a Arturo ____.
- Supongamos que, en lugar de que ambas partes creen que hay una probabilidad igual de ganar, ambas se sienten optimistas. Específicamente, Arturo cree que ganará con una probabilidad de 2/3, mientras que Bety cree que ganará con una probabilidad de 2/3.
- ¿Cuál es el valor de amenaza putativo de Arturo (lo que cree que puede obtener por sí mismo, sin la cooperación de Bety)?
- ¿Cuál es el valor de amenaza putativo de Bety (lo que cree que puede obtener por sí misma, sin la cooperación de Arturo)?
- El excedente cooperativo putativo es igual a ____.
- Describe en pocas palabras el obstáculo para un arreglo.

sociedad para la defensa de todos, en lugar de muchos ejércitos pequeños de propiedad privada.⁶ En otras palabras, es posible que exista un monopolio natural de la defensa.

Podemos imaginar a las partes negociando en conjunto las condiciones para el establecimiento de un gobierno que reconozca y proteja sus derechos de propiedad. Están motivadas por la percepción de que hay economías de escala en la protección de la propiedad. Al ponerse de acuerdo para tener un gobierno apoyado por un ejército, cada parte podrá disfrutar de mayor riqueza y seguridad. Los filósofos llaman *contrato social* al arreglo finalmente logrado por tales negociaciones, porque establece las condiciones básicas para la vida social.⁷ Sería racional que las partes negociadoras del contrato social tomaran en cuenta otros derechos de los propietarios, además del derecho de excluir. Podrían considerarse muchos de los derechos que se encuentran ahora en el conjunto llamado propiedad, como el derecho de usar, transferir y transformar. En efecto, muchos derechos además de los derechos de propiedad podrían formar parte del contrato social, como la libertad de expresión y la libertad de culto, pero no nos interesan en este capítulo.

El mismo modelo de negociación utilizado para explicar la venta de un automóvil de segunda mano puede aplicarse a este experimento mental, en el que una sociedad primitiva desarrolla un sistema de derechos de propiedad. Primero, se hace una descripción de lo que haría la gente en ausencia de un gobierno civil, cuando sólo la fuerza militar establecería los derechos de propiedad. Esa situación —llamada *estado de naturaleza*— corresponde a los valores de amenaza de la solución no cooperativa que prevalece si las partes no se pueden poner de acuerdo. Segundo, se hace una descripción de las ventajas de crear un gobierno que reconozca y haga respetar los derechos de propiedad. La sociedad civil, donde existe tal gobierno, corresponde a la solución cooperativa del juego, que prevalece si las partes pueden ponerse de acuerdo. El excedente social, definido como la diferencia existente entre la suma total gastada en defender la tierra en el estado de naturaleza y el costo total de la operación de un sistema de derechos de propiedad en la sociedad civil, corresponde al excedente cooperativo en el juego. Tercero, se describe un acuerdo para distribuir las ventajas de la cooperación. En el ejemplo del automóvil,

⁶ Recordémosse que las economías de escala ocurren cuando baja el costo por unidad (o el costo promedio de producción) a medida que aumenta la cantidad total de la producción. Llamamos *monopolio natural* a una tecnología de producción cuyos costos unitarios bajan en cada nivel de la producción, incluso a niveles muy grandes, porque un productor más grande puede vender a un precio menor que el de cualquier productor más pequeño.

⁷ En general, el contrato social se ha considerado como una construcción lógica, pero algunos teóricos lo han utilizado para explicar la historia. Por ejemplo, se ha sostenido que el feudalismo de la Edad Media corresponde aproximadamente a las condiciones de nuestro mundo imaginario. Los factores económicos que llevaron a que en algunas partes de Europa Occidental se sustituyera este sistema por uno de derechos de propiedad privado ejemplado por un gobierno central, se discuten en Douglas C. North y Robert Paul Thomas, *The Rise of the Modern World*, 1973.

CUADRO IV.1. Estado de naturaleza

Agricultor	Maíz cultivado	Maíz adquirido por robo	Maíz perdido por robo	Consumo neto de maíz
A	50	40	-10	80
B	150	10	-40	120
TOTALES	200	50	-50	200

este acuerdo surge del precio que ofrece el comprador y acepta el vendedor. En el experimento mental, este acuerdo surge del contrato social que incluye las leyes fundamentales de la propiedad.

Para percibir el paralelo con mayor claridad, imaginemos que nuestro mundo está integrado sólo por dos personas, A y B. En un estado de naturaleza, ambas cultivan algo de maíz, roban maíz a la otra parte y se defienden contra el robo. Cada una de las partes tiene niveles de habilidad diferentes en la agricultura, el robo y la defensa. Sus ganancias en un estado de naturaleza se resumen en el cuadro IV.1. En conjunto, A y B producen 200 unidades de maíz, pero el maíz se redistribuye por medio del robo. Por ejemplo, A roba 40 unidades de maíz a B y pierde 10 unidades de maíz que le roba B. Adviértase que A disfruta en última instancia de 80 unidades de maíz, mientras que B disfruta de 120 unidades, después de tomar en cuenta las ganancias y las pérdidas derivadas del robo.

En lugar de persistir en un estado de naturaleza, A y B pueden optar por llegar a un acuerdo cooperativo, reconocer los derechos de propiedad del otro y adoptar un mecanismo de aplicación que acabe con el robo. Supongamos que la cooperación les permitirá dedicar más recursos a la agricultura y menos recursos a la defensa, de modo que la producción total aumentará de 200 a 300 unidades. Así, 100 unidades constituyen el excedente social o cooperativo. En la sociedad civil habrá un mecanismo para distribuir el excedente de la cooperación, tal como los impuestos y los subsidios gubernamentales. Las partes deben decidir mediante la negociación cómo se hará esto. Una división razonable de ese excedente da a cada parte una participación igual. Por lo tanto, en la sociedad civil, cada parte recibe la mitad del excedente cooperativo más el consumo neto individual del estado de naturaleza, que es el valor de amenaza de cada parte. Estos hechos se resumen en el cuadro IV.2.

¿Cuál es el significado de este "experimento mental" en lo tocante al origen de la propiedad? Leído literalmente, usted podría concluir que las tribus indígenas un gobierno reuniéndose y conviniendo en la creación de un sistema de derecho que incluya los derechos de propiedad. Esta lectura literal es mala historia y mala antropología. En realidad, el experimento mental se refiere a procesos que están en marcha todo el tiempo. En una sociedad cambiante, surgen de continuo nuevas formas de la propiedad. Por ejemplo, el derecho

CUADRO IV.2. *Sociedad civil*

Agricultor	Valor de amenaza	Participación del excedente	Consumo neta de maíz
A	80	50	130
B	120	50	170
TOTALES	200	100	300

de la propiedad del gas subterráneo y del espectro electromagnético (la transmisión de radio y televisión) desarrollado en los Estados Unidos durante el último siglo, y el derecho de la propiedad de los programas de cómputo y las formas de vida genéticamente manipuladas que se desarrolló durante el último decenio. La necesidad de una nueva forma del derecho de la propiedad surge en situaciones correspondientes a nuestro experimento mental. Por ejemplo, al igual que el maíz, los programas de cómputo se pueden robar. Si no hay un derecho de la propiedad efectivo, la gente invierte muchos recursos en robar programas o en tratar de evitar su robo. Estos esfuerzos redistribuyen los programas, en lugar de inventarlos o producirlos. Los Estados Unidos cuenta ahora con un derecho de la propiedad que impide el robo de programas de cómputo por parte de grandes organizaciones (pero no tan claramente por parte de individuos). La promulgación de estas leyes ha estimulado grandemente la invención y la producción de programas. Por lo tanto, nuestro experimento mental es realmente una parábola acerca de la estructura de incentivos que motiva a las sociedades a crear de continuo el derecho de la propiedad.

La primera pregunta que planteamos acerca del derecho de propiedad es: "¿Cómo se establecen los derechos de propiedad?" Esta pregunta se refiere al modo en que un propietario adquiere el derecho legal a la propiedad. Nuestro experimento mental responde a esta interrogante: "¿Por qué se establecen los derechos de propiedad?" Ésta es una pregunta acerca de la razón por la que la sociedad crea la propiedad como un derecho legal. Ambas están estrechamente conectadas. Las sociedades crean la propiedad como un derecho legal para estimular la producción, desalentar el robo y reducir los costos de proteger los bienes. La ley prescribe varias formas en que alguien puede adquirir un derecho de propiedad, por ejemplo: descubrir y comprar tierras con gas natural en el subsuelo, inventar un programa de cómputo o descubrir un tesoro enterrado.

Veamos ahora cómo la teoría de la negociación puede ayudar a la ley para que prescriba formas de adquisición de la propiedad que estimulen la producción, desalienten el robo y reduzcan los costos de protección de los bienes.

Pregunta IV.3:

- ¿Es justa la solución cooperativa? ¿Puede justificarse la desigualdad resultante en la sociedad civil?
- Supongamos que el proceso de negociación no permitió las amenazas destructivas, como la amenaza de robo. ¿Cómo podría afectar esta restricción a la distribución del excedente?
- ¿Cuál es la diferencia entre el principio: "A cada quien de acuerdo con su valor de amenaza" y el principio: "A cada quien de acuerdo con su productividad"?

4. TEORÍA ECONÓMICA DE LA PROPIEDAD

El hecho de que la misma teoría de la negociación pueda aplicarse a la venta de un automóvil usado y a la creación de una sociedad civil es prueba de la generalidad y la potencia de esta teoría. En efecto, la teoría de la negociación es tan poderosa que, como se verá en esta sección, constituye la base de una teoría económica de la propiedad y del derecho de la propiedad. Resumamos brevemente a dónde vamos.

Al negociar en conjunto, los individuos convienen con frecuencia las condiciones para interactuar y cooperar. Pero a veces las condiciones de la interacción y la cooperación se imponen a los individuos desde afuera, por ejemplo, por la ley. Las condiciones son a menudo más eficientes cuando los individuos convienen en ellas que cuando la ley se las impone. Se sigue de aquí que la ley es innecesaria e indeseable cuando la negociación tiene éxito, y que la ley es necesaria y deseable cuando aquella fracasa.

Estas proposiciones se aplican a los cuatro interrogantes acerca de la propiedad. En ciertas circunstancias, no necesitamos que el derecho de la propiedad contese las cuatro preguntas planteadas al principio de este capítulo. Más bien, en tales circunstancias especiales, la negociación privada establecerá cuáles cosas son una propiedad, quién tiene derechos sobre esa propiedad, qué cosas puede o no hacer un propietario con la propiedad y quiénes pueden interferir con la propiedad de un individuo. Las circunstancias especiales que definen los límites del derecho se especifican en una notable proposición llamada el *teorema de Coase*. Este teorema, del que ahora nos ocuparemos, ayudó a fundar el análisis económico del derecho y significó para su inventor el Premio Nobel de Economía.