



Materiales I

Clases 3, 4 y 5

Concepto y fundamentos de la propiedad

1. Waldron, Jeremy. Property Law. En A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Blackwell Publishers, 1996. pp. 3-23. Traducción de Mariano Soto Gajardo.
2. Cordero, Eduardo y Aldunate, Eduardo. Evolución histórica del concepto de propiedad. En Revista de Estudios Históricos Jurídicos, XXX, 2008. pp. 345-385.
3. Cooter, Robert y Ullen. Thomas. Derecho y Economía. Fondo de Cultura Económica, 2009. pp. 100- 157.
4. Demsetz, Harold. Hacia una teoría de los derechos de propiedad. En American Economic Review, 1968. pp. 23-36. Traducción de Francisco Fernández Córdoba.

A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory

Second edition

Edited by
Dennis Patterson

 **WILEY-BLACKWELL**

A John Wiley & Sons, Ltd., Publication

1

Property Law

JEREMY WALDRON

Philosophical thought about the law of property covers two types of issues. First, there are analytical issues about the meaning and use of the most important concepts in property law, such as “private property,” “ownership,” and “thing.” The second type of issue is normative or justificatory. The law of property involves individuals having the right to make decisions about the use of resources – the land and the material wealth of a country – without necessarily consulting the interests and wishes of others in society who might be affected. So what in general justifies giving people rights of this kind? And specifically, what principles justify the allocation of particular resources to particular owners? The two sets of issues are of course connected: the point of sharpening our analytical understanding of concepts like “ownership” is to clarify what is actually at stake when questions of justification are raised.

Analytical Issues

Any attempt to define terms such as “private property” and “ownership” runs the risk of either oversimplifying the complexities of property law or losing any sense of the broader issues in a maze of technical detail. Some jurists have argued, indeed, that these terms are indefinable and largely dispensable (see Grey, 1980). They say that calling someone the “owner” of a resource does not convey any exact information about the rights that person (or others) may have in relation to that resource: a corporate owner is not the same as an individual owner; the owner of intellectual property has a different array of rights than the owner of an automobile; and even with regard to one and the same resource, the rights (and duties) of a landlord who owes nothing on his or her property might be quite different from those of a mortgagor who lives on his or her own estate.

If one is patient, however, it is possible to build up a reasonably clear conceptual map of the area, which respects both the technician’s sensitivity to legal detail and the philosopher’s need for a set of well-understood “ideal types” to serve as the focus of justificatory debate (see Waldron, 1986, pp. 26–61).

The objects of property

Let us start with some ontology. The law of property is about *things*, and our relationships with one another with respect to the use and control of things. What sorts of things? Material things, certainly, such as apples and automobiles, but property has never confined itself to tangible objects. Real estate provides an interesting example. A mobile home is a thing, and so is the plot of land on which it sits. In the eyes of the law, however, the land is not a tangible object. It is tempting to identify the land as the soil and rocks on which the mobile home sits; but take away any amount of soil and rock and the land remains. The land is more like the region of space or the portion of the earth's surface at which the soil, the rock, and indeed the mobile home are located. A different kind of intangibility is involved with intellectual property. My Madonna CD is a different material object from your Madonna cassette. But they contain the same songs, and the songs themselves – the tunes and the lyrics – may be regarded as things for which there can be property rights, just as much as for apples and automobiles.

A third sort of intangibility involves the "reification" of legal relationships themselves. If Jennifer owes Sarah 50 pounds but Sarah despairs of collecting the debt, Sarah may accept a payment of 30 pounds from Bronwen, a specialist debt collector, in return for which Bronwen acquires the right to recover the 50 pounds from Jennifer (if she can get it). It seems natural to say that Sarah has sold the debt to Bronwen and that, therefore, the debt was a thing that Sarah owned and had the right to dispose of even before Bronwen entered the picture. The legal term for this sort of thing is "chose-in-action." (More complex choses-in-action include checks and shares in a company.) It may be helpful, for some purposes, to regard choses-in-action as an appropriate subject matter for property law, but in general they do not raise important issues in the philosophy of property in the way that land, intellectual property, and material chattels do. A composition, a plot of land, and an automobile are things that exist independently of the law and about which the law is required to make certain decisions, settle certain disputes, and so on. By contrast, a chose-in-action exists only because the law has *already* settled certain disputes in a particular way. The philosophical issues raised by a chose-in-action are thus better regarded as issues in the law of contracts or corporate law, not issues in the law of property.

The ontological differences between material chattels, land, and intellectual property can have an important bearing on questions of justification. In some ways, there is a stronger case for private property in intellectual objects than for private property in land. An original tune that I have composed is, in a sense, nothing but a product of my will and intellect. Apart from my creativity, the song might never have come into existence, and those who complain about the profits I derive from my copyright must concede that they would have been no worse off if I had never composed the tune and thus never acquired a right in it at all. A piece of land, by contrast, is sheer nature rather than human product or invention. Or, if we define it as a region in space, land is simply what is *given* in advance of any individual's activity; it is part of the given framework for human life and action.

Other contrasts between intellectual and nonintellectual property seem to work in the opposite direction. There is not the same *necessity* for property restrictions in regard to intellectual objects, if those objects are to be usable, as there is in regard to pieces of

land or material objects like chairs. When you are using a sports field for a cricket match, I cannot use it to play football; and two people can seldom sit on the same chair without catastrophic results. But if I perform or record a tune that another has composed, I am not precluding or interfering with the composer's or anyone else's use of it. Songs are not crowdable like chairs or plots of land, and they do not wear out with use. I *may* be interfering with the songwriter profiting from his or her composition, but that begs the question of property. Profiting is simply the exploitation of the right that the property of the tune would confer, namely, the right to exclude others from using the tune if they will not pay the songwriter for the privilege.

Types of property systems

As we address the issues of justification posed by property rights in different types of objects, it is important to understand the main institutional alternatives to a system of private ownership. We should begin with the distinction between "property" and "private property." The distinction is one of genus and species. The generic concept – property – may be used to refer to *any* system of rules governing people's access to and their use and control of things, whether tangible or intangible, natural or manufactured. According to David Hume, we may say that property rules are needed for any class of things about which there are likely to be conflicts concerning access, use, and control, particularly things that are scarce relative to the demands that human desires are likely to place upon them (Hume, [1739] 1888, pp. 484–98). Disagreements about who is to use or control such objects are likely to be serious because resource use matters to people, for their livelihood as well as their enjoyment. Thus any society with an interest in avoiding violent conflict will need a system of rules for pre-empting disagreements of this kind. The importance of such rules can hardly be overestimated, for their job is to provide a legal framework for the economy of the society in question. Without them, planning, cooperation, production, and exchange are virtually impossible, or possible only in the fearful and truncated forms that we see in "black markets" where nothing can be counted on. Jurists often cite these necessities as the basis of a case for *private* property, but, so far, all they establish is the need for property rules. As we proceed with our analysis, we must bear in mind that certain human societies have existed for millennia, satisfying the needs and wants of all their members, without private property or anything like it in land or the other major resources of economic life.

"Property," I said, is a generic term. There are three broad species of property arrangement: common property, collective (or state) property, and private property. In a *common property* arrangement, resources are governed by rules whose point is to make them available for use by all or any members of the society. A tract of common land, for example, may be used by everyone in a community for grazing cattle or gathering food. A public park may be open to all for picnics, sports, or recreation. The aim of any restrictions on use is simply to secure fair access for all and to prevent anyone from using the common resources in a way that would preclude their use or access by others.

Collective property is quite a different idea. In a system of collective property, resources are not left open to all comers. Rather, the community as a whole determines how

resources are to be used; these determinations are made on the basis of the social interest through the society's mechanisms of collective decision making. Now what this amounts to will depend in part on the communal institutions that exist in particular societies. It may involve anything from a leisurely debate among the elders of a tribe to a bureaucratic decision implementing a Soviet-style "five-year plan." (In modern societies, collective property amounts in effect to state property, and is often referred to as socialism.) It depends also on the dominant conception of the social interest – for example, whether this is conceived as an equal interest in the welfare of all, or the greatest happiness of the majority, or the promotion of some future goal such as national glory, cultural splendor, or rapid industrialization.

Private property is an alternative to both collective property and common property. In a private property arrangement, rules of property are organized around the idea that contested resources are to be regarded as separate objects, each assigned to the decisional authority of some particular individual (or family or firm). The person to whom a given object is assigned by the principles of private property (for example, the person who found it or made it) has control over the object: it is for her to decide what should be done with the object. In exercising this authority, she is not understood to be acting as an agent or official of the society. Instead, we say that the resource is *her property*; it *belongs* to her; she is its *owner*; it is as much *hers* as her arms and legs, kidneys, and corneas. In deciding how the thing is to be used, she may act on her own initiative as a private person without giving anyone else an explanation, or she may enter into cooperative arrangements with others, for their benefit or her own profit, just as she likes. What is more, her right to decide as she pleases applies whether or not others are affected by her decision. If Jennifer owns a steel factory, it is *for her* to decide (in her own interest) whether to close the plant or to keep it operating, even though a decision to close may have the gravest impact on her employees and the prosperity of the local community.

Though private property is a system of individual decision making, it is still a system of social rules in the following sense. Owners are not required to rely on their own strength to vindicate their right to make decisions about the objects assigned to them: any attempt by others to thwart or resist the owner's decision will be met with the combined force of the society as a whole. If Jennifer's employees occupy the steel factory to keep it operating despite her wishes, she can call the police and have them evicted; she does not have to do this, or even pay for it, herself.

Sometimes we talk about these alternative types of property arrangement – common, collective, and private property – as though they were alternative ways of organizing whole societies. We say the former Soviet Union was a socialist society because the economically most significant resources were governed by collective property rules, whereas in the United States most economically significant resources are governed by private property rules. In fact, in every modern society there are resources governed by common property rules (for example, streets and parks), resources governed by collective property rules (such as military bases and artillery pieces), and resources governed by private property rules (toothbrushes and bicycles). Even among economically significant resources (agricultural land, minerals, railroads, industrial plants), we find in most countries a mix of private ownership and state ownership, with the balance between the two types of arrangement being a matter of continuing political debate.

In addition, there are variations in the degrees of freedom that private owners have over the resources assigned to them. Obviously, an owner's freedom is limited by background rules of conduct: I may not use my gun to kill another person. But these are not strictly property rules. More to the point are things like zoning restrictions and historic preservation laws, which amount, in effect, to the imposition on the private owner of a collective decision about certain aspects of the use of a given resource. The owner of a building in a historic district may be told, for example, that it can be used as a shop, a home, or a hotel, or left empty if the owner likes, but it may not be knocked down and replaced with a postmodern skyscraper. Or, in the case of Jennifer's steel factory, the owner may find that she is required by law not to close her plant without giving her employees and the local authorities 90 days' notice. Private ownership, then, is a matter of degree. In the examples just given, we may still want to say that the historic building and the steel factory were private property; but if too many other areas of decision about their use were also controlled by public agencies, we would be more inclined to say that the resources in question were in reality subject to a collective property arrangement (with the "owner" functioning as a steward of society's decisions).

Ownership: a bundle of rights

Let us now focus more closely on private property. Analyzed technically, an individual's right to make decisions about the use of a thing has two elements. First, as we have just seen, it implies the absence of any obligation to use or refrain from using the object in any particular way. The owner may decide as he or she pleases, and the owner is at liberty to put his or her decision into effect by occupying, using, modifying, or perhaps even consuming or destroying the object. Second, private property implies that other people do not have this liberty: they *do* have an obligation – an obligation to the owner – to refrain from occupying, using, modifying, consuming, or destroying the object. Other people can use the object with the owner's permission; but what this means is that it is up to the owner to decide whether or not to exclude others from the enjoyment of the object.

The owners may give other people permission to use their property. They may lend their automobiles, rent their houses, or grant right of way over their land. The effect of their exercise of these powers is sometimes to create other (relatively limited) property interests in these objects, so that the various liberties, rights, and powers of ownership are divided up among several people. Thus the law of private property deals with things such as bailments, leases, and easements, as well as ownership itself.

More strikingly, the owners are legally empowered to transfer the whole bundle of their rights in the objects they own (including the power of transfer) to somebody else – as a gift, or by way of sale if they insist on receiving something in return, or as a legacy after death. Once the owner does this, the transferee is in the position of owner; the transferor no longer has any legally recognized interest in the object. With this power of transfer, the system of private property becomes self-perpetuating (which is not, of course, the same as self-enforcing). After an initial assignment of objects to owners, there is no further need for the community or the state to concern itself with distributive questions. Objects will circulate as the whims and decisions of individual owners and

their successive transferees dictate. (The exception is inheritance, which provides a set of default rules in case an owner dies without leaving instructions as to who should take over the property; but even these are usually modeled on the arrangements that testators are normally expected to make.) The result may be that resources are widely distributed or concentrated in a very few hands; some individuals may own a lot, whereas others own next to nothing. It is part of the logic of private property that no one has the responsibility to concern themselves with the big picture, so far as the distribution of resources is concerned. Society simply pledges itself to enforce the rights of exclusion that ownership involves, wherever they happen to be. As we shall see, philosophers disagree as to whether this is an advantage or an indictment of the system of private property.

These, then, are the most striking incidents of ownership: the liberty of use, the right to exclude, and the various powers of transfer. Other jurists have listed many more (see especially, Honore, 1961), including constitutional immunities against expropriation (such as that laid down in the Fifth Amendment to the US Constitution) and the owner's liability to have judgments (for example, for debt) executed by forced sale of the object. Obviously the formulation and level of detail in this analysis are in part a matter of taste, and in part a matter of what is taken to be most importantly at issue in any normative debate about the institution.

The Need for Justification

Justificatory issues arise because the laws and institutions we have are not features of the natural world like gravity, but are human creations, set up and sustained by human decisions. We are not stuck with the arrangements we have inherited: acting collectively and politically, we can choose to change them if we like, either wholesale or in detail. Normative argument is what takes place when we think together about how to guide and evaluate such choices.

Every social institution requires justification if only because the energy and resources needed to sustain it could be used in some other way. Private property, however, falls into a special class of institutions that require justification not only because there are opportunity costs involved in their operation, but because they operate in a way that seems – on the face of it – morally objectionable. In this regard, private property is like the institution of punishment. We require a justification for punishment not just because the money spent on prisons could be spent on education, but because punishment involves the deliberate infliction of death, pain, or deprivation on human beings. Such actions are indefensible unless they serve some morally compelling point, and we want to be told what that morally compelling point actually is.

Similarly, we look for a justification of private property, because it deprives the community of control over resources that may be important to the well-being of its members, and because it characteristically requires us to throw social force behind the exclusion of many members of our society from each and every use of the resources they need in order to live. I said earlier that one effect of recognizing individual powers of transfer is that resources may gradually come to be distributed in a way that leaves a few with a lot, a lot with a very little, and a considerable number with nothing at all. Private

property involves a pledge by society that it will continue to use its moral and physical authority to uphold the rights of owners, even against those who have no employment, no food to eat, no home to go to, and no land to stand on from which they are not at any time liable to be evicted. That legal authority and social force are held hostage in this way to an arbitrarily determined distribution of individual control over land and other resources is sufficient to raise a presumption against private property. To call for a justification is a way of asking whether anything can be adduced to rebut that presumption.

It may be thought that the justificatory issue is nowadays moot, with the collapse of "actually existing socialism" in Central and Eastern Europe and the former Soviet Union. What are we seeing there, if not the belated recognition (by the erstwhile proponents of collective ownership) that markets and private property are necessary after all – and private property in businesses, factories, minerals, agricultural land, and the means of production generally, not just the private ownership of apartments, toothbrushes, and the occasional smoky automobile?

With this happening in the heartland of Marxism–Leninism, it is easy to conclude that collective property has been thoroughly discredited, and the problem of justifying *private* property solved by default, as it were. The issue can now be firmly handed over to the philosophers, as something with which practical people need no longer concern themselves. The philosophers will continue to play with it of course – but in the same way that they tease each other with questions about the reality of the external world, or whether the sun will rise tomorrow.

It would be wrong to dismiss the issue in this way. Consider an analogy: suppose that as the result of some worldwide "retributive revolution," all the countries that had abolished capital punishment since the 1940s were to reinstate it. Would that lessen any of the concerns that people in the United States currently have about capital punishment in their society – the weakening of the taboo against killing, the danger of executing the innocent, racial disparities in the administration of the death penalty, the barbarism of popular fascination with its grisly details, and so on? It might make us less sanguine about the prospects for reform, but it would not lessen the need to examine whether this was an institution with which we were entitled to live comfortably, from a moral point of view.

Anyway, the point of discussing the justification of an institution is not only to contemplate its abolition. Often we need to justify in order to understand and to operate the institution intelligently. Again, an analogy with punishment might help. In criminal law, we study issues about *mens rea* and strict liability; the distinction between justification, excuse, and mitigation; the use (or overuse) of the insanity defense; and the similarities between felony homicide and deliberate murder. It is hard to see how any of that can be done without asking questions about the *point* of the criminal sanction. Without some philosophical account of punishment and individual responsibility, the doctrines and principles of the criminal law are apt to seem like a mysterious language with a formal grammar but no real meaning of its own.

Similarly, in thinking about property, there are a number of issues that make little sense unless debated with an awareness of the point of property rules (or specifically, rules of *private* property). Some of these issues are technical. The rule against perpetuities, for example, the technicalities of the registration of land titles, the limits on testa-

mentary freedom – all these would be like an arcane and unintelligible code, to be learned at best by rote, unless some attempt were made to connect them with the point of throwing social authority behind individual control or individual disposition of control over resources.

The same is true of less technical, more substantive issues. The Fifth Amendment to the US Constitution requires that private property not be taken for public use without just compensation. It is pretty evident that this right prohibits the government from simply seizing or confiscating someone's land (for use, say, as a firing range or an airport). But think of an example we used earlier: what if the state simply places some restriction on the use of one's land? Sarah is told that she may not erect a postmodern office building on her property, because it will compromise the historical aesthetics of the neighborhood. Does this amount to a taking for which she should be compensated under the Fifth Amendment? Certainly Sarah has suffered a loss (she may have bought the land purely with the intention of developing it). On the other hand, it is fatuous to pretend that there is a taking whenever any restriction is imposed. I may not drive my car at a speed of 100 miles per hour, but I am still the owner of the car.

I do not think it is possible to answer this question by staring at the words "property" and "taking." Certainly, it is impossible to address the constitutional issue intelligently (as opposed to learning by rote the answers that successive courts have offered) without some sense of *why* private property is regarded as sufficiently important to be given this sort of constitutional protection. Is it protected because we distrust the capacity of the state and its agencies to make collective decisions about resource use? Or is it protected only because we want to place limits on the burdens that any individual may be expected to bear for the sake of the public good? It may make a considerable difference to our interpretation of the takings clause, as well as other legally enshrined doctrines of property law, what we think are the ultimate purposes and values that private ownership is supposed to serve.

Justificatory Theories

We turn now to the theories of justification that have actually been proposed. At this point, jurisprudence reaches out to political philosophy and to the debates about property in which thinkers like Plato and Aristotle; Grotius and Pufendorf; Hobbes and Locke; Hume, Smith, and Rousseau; Hegel and Marx; Bentham and Mill; and Nozick and Rawls have participated.

An institution such as private property requires justification in two regards. First, we need to justify the general idea of having things under the control of private individuals. Second, we must justify the principles by which some come to be the owners of particular resources while others do not. In principle, the same argument can perform both tasks, for some general justifying aims are nothing more than compelling distributive principles writ large. Robert Nozick, for example, justified private property purely on the ground that certain things belong intrinsically to certain individuals, and that we must set up our social institutions to respect those particular rights, whether or not the institution as a whole serves any broader social ends. "Things come into the world," he wrote, "already attached to people having entitlements over them" (Nozick, 1974,

p. 160). His most persuasive example was body parts. We do not need a general social justification for the rule that my kidneys belong to me. They just do, and any acceptable theory of property had better respect that fact. But it is doubtful whether this particularist approach can be extended to land or other external objects. The best-known attempt is that of John Locke ([1690] 1988, pp. 285–302), but, as we shall see, even Locke found it necessary to complement his theory of particular entitlements with more general considerations of social utility.

General justifying aims

The most common form of justificatory argument is that people are better off when a given class of resources is governed by a private property regime than by any alternative system. Under private property, it is said, the resources will be more wisely used, or used to satisfy a wider (and perhaps more varied) set of wants than under any alternative system, so that the overall enjoyment that humans derive from a given stock of resources will be increased.

The most persuasive argument of this kind is sometimes referred to as “the tragedy of the commons” (Hardin, 1968). If everyone is entitled to use a given piece of land, then no one has much of an incentive to see that crops are planted or that the land is not overused. Or if anyone does take on this responsibility, they themselves are likely to bear all the costs of doing so (the costs of planting or the costs of their own self-restraint), while the benefits (if there are any) will accrue to all subsequent users. In many cases, there are unlikely to be any benefits, since one individual’s planning or restraint will be futile unless the others cooperate. Instead, under common property, each commoner has an incentive to get as much as possible from the land as quickly as possible, since the benefits of doing this are in the short term concentrated and ensured, while the long-term benefits of self-restraint are uncertain and diffused. However, if a piece of hitherto common land is divided into parcels and each parcel is assigned to a particular individual who can control what happens there, then planning and self-restraint will have an opportunity to assert themselves. For now, the person who bears the cost of restraint is in a position to reap all the benefits, so that if people are rational and if restraint (or some other form of forward-looking activity) is in fact cost-effective, there will be an overall increase in the amount of utility derived.

Arguments of this sort are familiar and important, but like all utilitarian arguments, they need to be treated with caution. In most private property systems, there are some individuals who own little or nothing, and who are entirely at the mercy of others. So when it is said that “people” are better off under private property arrangements, we have to ask: “Which people? Everyone? The majority? Or just a small class of owners whose prosperity is so great as to offset the consequent immiseration of the others in an aggregative utilitarian calculus?”

John Locke hazarded the suggestion that everyone would be better off. Comparing England, whose commons were swiftly being enclosed by private owners, to pre-colonial America, where the natives continued to enjoy universal common access to land, Locke speculated that “a King of a large and fruitful Territory there [that is, in America] feeds, lodges, and is clad worse than a day Labourer in England” (Locke, [1690] 1988, p. 297). The laborer may not own anything, but his standard of living

is higher on account of the employment prospects that are offered in a prosperous privatized economy. Alternatively, the more optimistic of the utilitarians cast their justifications in the language of what we would now call "Pareto-improvement." Maybe the privatization of previously common land does not benefit everybody, but it benefits some and it leaves others no worse off than they were before. Now this is hardly a reason for the latter group to support or endorse such a change, but it indicates that they have little ground for complaint. The homelessness and immiseration of the poor, on this account, is not a result of private property; it is simply the natural predicament of mankind from which a few energetic appropriators have managed to extricate themselves.

So far, we have considered the utilitarian case for private property over common property. The case for private property over collective property has more to do with markets than with the need for responsibility and self-restraint in resource use (though it must be said that the environmental record of socialist societies is turning out to have been much, much worse than that of their capitalist competitors). The argument for markets is that, in a complex society, there are innumerable decisions to be made about the allocation of particular resources to particular production processes. Is a given ton of coal better used to generate electricity that will in turn be used to refine aluminum for manufacturing cooking pots or aircraft, or to produce steel that can be used to build railway trucks, which may in turn be used to transport either cattle feed or bauxite from one place to another? In most economies, there are hundreds of thousands of distinct factors of production, and it has proven impossible for efficient decisions about their allocation to be made by central agencies acting in the name of the community and charged with overseeing the economy as a whole. In actually existing socialist societies, central planning turned out to be a way of ensuring rather than preventing economic paralysis, inefficiency, and waste.

In market economies, by contrast, decisions like these are made on a decentralized basis by thousands of individuals and firms responding to price signals, each seeking to maximize profits from the use of the productive resources under its control. Some have speculated that there could be markets without private property, but this too seems hopeless. Unless individual managers in a market economy are motivated directly by considerations of personal profit in their investment and allocation decisions – or unless they are responsible to others who are motivated on that basis – they cannot be expected to respond efficiently to prices. This sort of motivation can be expected only if the resources in question are *theirs*, so that the loss is theirs when a market signal is missed and the gain is theirs when a profitable allocation is secured.

I said earlier that a utilitarian defense of private property is in trouble unless it can show that everyone is better off under a private property system, or at least that no one is worse off. Now, a society in which all citizens derive significant advantages from the privatization of the economy is perhaps not an impossible ideal. But in every private property system with which we are familiar, there is a class of people, often many thousands, who own little or nothing and who are arguably much worse off under that system than they would be under, say, a socialist alternative. A justificatory theory cannot simply ignore their predicament, if only because it is in part their predicament that poses the justificatory issue in the first place. A hard-line utilitarian may insist that the advantages to those who enjoy private ownership simply outweigh the costs to those who suffer. That is, the utilitarian may defend private property using purely

aggregative measures of output and prosperity. Philosophically, however, this sort of hard line is quite disreputable (Rawls, 1971, pp. 22–33; Nozick, 1974, pp. 32–3); if we take the individual rather than a notional entity like “the social good” as the focal point of moral justification, then there ought to be something we can say to *each* individual about why the institution we are defending is worthy of his or her support. Otherwise, it is not at all clear why the individual should be expected to observe the institution’s rules and requirements (except that we have the power and the numbers to compel the person to do so).

Maybe the utilitarian argument can be supplemented with an argument about desert in order to show that there is justice when some people enjoy the fruits of private property but others languish in poverty. Locke took this line too: God gave the world, he said, “to the use of the Industrious and Rational... not to the fancy or covetousness of the quarrelsome and contentious” (Locke, [1690] 1988, p. 291). If private property involves the wiser and more efficient use of resources, it is because someone has exercised virtues of prudence, industry, and self-restraint. People who languish in poverty, on this account, do so largely because of their idleness, profligacy, or want of initiative. Now, theories like this are easily discredited if they purport to justify the actual distribution of wealth under an existing private property economy (Nozick, 1974, pp. 158–9; Hayek, 1976). But there is a more modest position that desert theorists can adopt: namely, that private property alone offers a system in which idleness is not rewarded at the expense of industry, a system in which those who take on the burdens of prudence and productivity can expect to reap some reward for their virtue, which distinguishes them from those who did not make any such effort.

One can come at the issue of virtue also from a slightly different direction. Instead of (or as well as) rewarding the owner for the virtue that he or she displays, we might count it as a point in favor of private property that it offers people the opportunity to acquire and exercise such virtues. Owning property, in Hegel’s words, helps the individual to “supersede the mere subjectivity of personality” (Hegel, [1821] 1991, p. 73). In plain English, it gives people the opportunity to make concrete the plans and schemes that would otherwise just buzz around inside their heads, and to take responsibility for their intentions as the material they are working on – a home, a canvas, or a car – registers the impact of the decisions they have made (Waldron, 1986, pp. 343–89; cf. Munzer, 1990, pp. 120–47). In the civic republican tradition, the virtue argument was associated with the noble independence and self-sufficiency of the yeoman farmer. Owing nothing to anything besides his own industry, neither so rich as to be able to buy another nor poor enough to be bought, the individual proprietor in a republic of virtue could be relied on to act as a good citizen, using in public affairs the virtues of prudence, independence, resolution, and good husbandry that he necessarily relied on in running his private estate. If most economic resources are owned in common or controlled collectively for everyone’s benefit, there is no guarantee that citizens’ conditions of life will be such as to promote republican virtue. On the contrary, citizens may behave either as passive beneficiaries of the state or irresponsible participants in a tragedy of the commons. If a generation or two grow up with that characteristic, then the integrity of the whole society is in danger. These arguments about virtue are, of course, quite sensitive to the distribution of property (Waldron, 1986, pp. 323–42). As T. H. Green observed, a person who owns nothing in a capitalist society “might as well,

in respect of the ethical purposes which the possession of property should serve, be denied rights of property altogether" (Green, 1941, p. 219).

To complete this overview of the general justifications of private property, we must consider the relationship between property and liberty. Societies with private property are often described as free societies. Part of what this means is surely that owners are free to use their property as they please; they are not bound by social or political decisions. (And correlatively, the role of government in economic decision making is minimized.) But that cannot be all that is meant, for – as we saw in our analytical discussion – it would be equally apposite to describe private property as a system of *unfreedom*, since it necessarily involves the social exclusion of people from resources that others own.

Two other things are implied by the libertarian characterization. The first is a point about independence: a person who owns a significant amount of private property – a home, say, and a source of income – has less to fear from the opinion and coercion of others than the citizen of a society in which some other form of property predominates. The former inhabits, in a fairly literal sense, the "private sphere" that liberals have always treasured for individuals – a realm of action in which citizens need answer to no one but themselves. But like the virtue argument, this version of the libertarian case is sensitive to distribution: for those who own nothing in a private property economy would seem to be as unfree – by this argument – as anyone would be in a socialist society.

That last point may be too quick, however, for there are other indirect ways in which private property contributes to freedom. Milton Friedman (1962) argued that political liberty is enhanced in a society where the means of intellectual and political production (printing presses, photocopying machines, computers) are controlled by a number of private individuals, firms, and corporations – even if that number is not very large. In a capitalist society, a dissident has the choice of dealing with several people (other than state officials) if he wants to get his message across, and many of those people are prepared to make their media available simply on the basis of money, without regard to the message. In a socialist society, by contrast, those who are politically active either have to persuade state agencies to disseminate their views or risk underground publication. More generally, Friedman argued, a private property society offers those who own nothing a greater variety of ways in which to earn a living – a larger menu of masters, if you like – than they would be offered in a socialist society. In these ways, private property for some may make a positive contribution to freedom – or at least an enhancement of choice – for everyone.

Particular distributive arguments

Assume now, for the sake of argument, that private property is in general a good institution for a society to have. Whether because it maximizes utility, facilitates markets, cultivates virtue, rewards desert, or provides a congenial environment for the growth of liberty, we think it is a good idea for resources to be under the control of individuals who will have to live with the effects of the decisions that they make about the resources. The question now is which individuals are to have control of which resources. How – that is, by what principles – is this to be determined?

The task of justifying a distribution of private property is an important one. In our analytic discussion, we saw that once a private property system is established, with particular resources assigned to particular individuals, no further distributive intervention is required for the system to operate. Even though needs change, people die, and one generation is succeeded by another, the institution of private property can largely run under its own steam, so far as distribution is concerned. But the results may not be attractive. In some cases, the concentration of resources in the hands of a few individuals, firms, or families may be so extreme that the authorities will feel compelled to intervene in the name of justice and undertake some large-scale redistribution. This has happened historically in a number of countries – in New Zealand in the second half of the nineteenth century, in Mexico at the turn of the twentieth century, and more recently in the Philippines. Countries that undertake land reform are in effect approaching the distributive question anew, attempting to establish an assignment of resources to individuals that is justified in the light of the present requirements of their society.

Even in countries where there is no such reshuffling of entitlements, distributive arguments may still play a part in people's thinking about the ways in which property rights should be regulated, and the ways in which they fit into the overall structure of social and economic institutions. Most developed countries have progressive income and wealth taxes, and provide income support and basic services to their poorest citizens on the basis of that taxation. These schemes are not usually conceived as ways of redistributing property, but they may nevertheless be informed by a sense of how far the existing system is from a just distribution or of what the basic principles underlying property distribution ought to be.

I emphasize this because there is a well-known argument in "law and economics" purporting to show that questions of initial distribution are uninteresting. Imagine that a wheat field beside a railroad is continually being set on fire by sparks from passing trains. It becomes clear that either wheat can be grown on this land or trains can run across it, but not both. A theorem due to Ronald Coase (1960) holds that an efficient outcome may be reached by the wheat grower and the railroad, irrespective of whether the former is initially assigned the right not to have his wheat set on fire. If running trains is more profitable there than wheat growing, the railroad will be in a position to pay the farmer damages for the loss of his crop and still make a profit if the farmer has the right to sue; and if the farmer does not have the right to sue, he will be unable to pay the railroad enough out of his profits to persuade them to stop running their trains and damaging his crops. The same applies, *mutatis mutandis*, if wheat growing turns out to be the more profitable activity: the initial assignment of rights makes no difference. But the Coase theorem shows only that the distributive question is uninteresting from the point of view of efficiency (and even then only under highly idealized assumptions about transaction costs). Coase and his followers concede that the initial assignment of rights will make a big difference as to how much wealth *each party* ends up with in the efficient allocation, and they can hardly deny that this is likely to matter more to the parties themselves than the issue of efficiency. In general, Law and Economics professors have made no attempt to show why we should be preoccupied with efficiency to the exclusion of all else, or why the law should take no interest in what has traditionally been regarded as its *raison d'être* – namely justice.

Among the philosophers who discuss principles for assigning resources to particular private owners, some embrace the inherent arbitrariness of the initial assignment, while others insist that unless the initial assignment is morally justified, the subsequent operation of the property system cannot be. Of the latter group – that is, of those who insist that the initial assignment must be morally justified – some maintain that the initial distribution of private property ought to be the subject of collective decision by the whole society, while others argue that morally respectable entitlements can be established by the unilateral actions of individuals. I shall call these three approaches Humean, Rousseauian, and Lockean after their three most famous proponents.

The Humean approach

In the Humean approach, we start from an assumption that since time immemorial, people have been grabbing and fighting over resources, and that the distribution of *de facto* possession at any given time is likely to be arbitrary, driven by force, cunning, and luck. It is possible that this predatory grabbing and fighting (some aspects of which will be physical, others ideological) will continue back and forth indefinitely. But it is also possible that the situation may settle down into some sort of stable equilibrium in which almost all of those in possession of significant resources find that the marginal costs of further predatory activity are equal to their marginal gains. Under these conditions, something like a “peace dividend” may be available. Maybe everyone can gain, in terms of the diminution of conflict, the stabilizing of social relationships and the prospects for market exchange by an agreement not to fight any more over possessions.

I observe, that it will be for my interest to leave another in the possession of his goods, provided he will act in the same manner with regard to me. He is sensible of a like interest in the regulation of his conduct. When this common sense of interest is mutually express'd, and is known to both, it produces a suitable resolution and behaviour. (Hume, [1739] 1888, p. 490)

Such a resolution, if it lasts, may amount over time to a ratification of *de facto* holdings as *de jure* property.

The Humean approach, which finds a modern counterpart in the work of James Buchanan (1975), provides an account of initial distribution that is congenial to the spirit of modern economics. It makes no use of any assumptions about human nature except those used in rational choice theory, and it is accordingly quite modest in its moral claims. On the Humean account, the stability of the emergent distribution has nothing to do with its justice or moral respectability. It may be equal or unequal, fair or unfair (by some distributive standard), but the parties will already know that they cannot hope for a much better distribution by pitching their own strength yet again against that of others. We should not concern ourselves, Hume argued, with the distributive features of the possessory regime that emerges from the era of conflict. The aim should be to ratify any distribution that seems salient – that is, any distribution support for which promises to move us away from squabbling about who should own what, and towards the benefits promised by an orderly marketplace.

As an account of the genesis of property, Hume's theory has the advantage over its main rivals of acknowledging that the early eras of human history are eras of conflict

largely unregulated by principle and opaque to later moral inquiry. In our thinking about property, Hume does not require us to delve into history to ascertain who did what to whom, and what would have happened if they had not. Once a settled pattern of possession emerges, we can simply draw an arbitrary line and say, "Property entitlements start from *here*." The model has important normative consequences for the present as well. Those who are tempted to question or disrupt an existing distribution of property must recognize that far from ushering in a new era of justice, their best efforts are likely to inaugurate an era of conflict in which all bets are off and in which virtually no planning or cooperation is possible. The importance of establishing stable property relationships on this account is not that it does justice, but that it provides people with a fixed and mutually acknowledged basis on which the rest of social life can be built.

The weakness of the Humean approach is, of course, the obverse of its strength. As we saw in our discussion of the Coase theorem, distributive justice matters to the law and it matters to us. We would not be happy with a Humean convention ratifying slavery or cannibalism, but, for all that, Hume showed it may well be a feature of the equilibrium emerging from the age of conflict that some people are in possession of others' bodies. And if this pattern of possession really was stable, all would gain – the slaves as well as their masters – from its ratification as property, but we would still oppose it on grounds of justice. What this shows is that even if Hume was right that the sentiment of justice is built up out of a convention to respect one another's *de facto* possessions, that sentiment once established can take on a life of its own, so that it can subsequently be turned against the distribution that engendered it.

The Rousseauian approach

In the Humean model, the peace dividend is secured by mutual forbearance: I agree to respect what you have managed to hang on to, and you agree to respect what I have managed to hang on to. An alternative is to set up a public authority or state to enforce mutual forbearance. But if the state we set up is powerful enough to enforce a *de facto* distribution, it is probably powerful enough to move resources from one individual to another in accordance with its own ideas about justice (that is, those of its constituents and officials).

Indeed, the power of the state may be matched by a general moral sentiment: people acting together are entitled to establish a new distribution on the basis of broad principles of justice that reflect each person's status as an equal partner in a society. They may insist, for example, that the resources of the earth were originally given to everyone, so that no one can rightfully be displaced by any individual's appropriation without his or her own consent. Or they may insist, along lines suggested by Immanuel Kant, that the unilateral actions of an appropriator cannot create the obligations that private property rights assume, obligations that people simply would not have apart from the appropriation. Only a will that is "omnilateral" can do this, according to Kant – only the "collective general (common) and powerful will" associated with public law-giving (Kant, [1797] 1991, pp. 77, 84).

This position is associated most closely with the normative theory of Jean-Jacques Rousseau. Even if individuals are in possession of resources when society is set up,

Rousseau argued that, as an inherent part of the social contract, we must alienate our particular possessions to the general will of the community, which alone is capable of determining a distribution that provides a genuine basis of mutual respect (Rousseau, [1762] 1973, pp. 173–81). Of course, such submission seems to us terribly risky. But the risk may not seem so great if we consider that the alternative is certain individuals maintaining dominion over resources and hence power over others in a way that is simply unchecked by moral principle.

We must remember too that the Rousseauian model is a highly idealized one. The idea is not that everyone – rich and poor – should simply turn over their possessions to whatever band of robbers or vanguard party parades itself as the government. It is rather that the idea of a legitimate set of property rights is inseparable from the notion of a genuine social union in which people address the issue of resources together as free and equal individuals.

What this actually yields in the way of an assignment of resources to individuals is a matter of the distributive principles that survive the test (actual or hypothetical) of ratification by the general will. In fact, most of those who adopt the Rousseauian approach envisage some sort of rough equality of private property.

But it is here that the model runs into its greatest difficulty. If an *initial* set of holdings is to be assessed on the basis of a distributive principle (say, equality), then *any* set of holdings may be assessed on that basis. After all, there is surely no justification for applying the Rousseauian criteria at t_1 , which would not also be a justification for applying it again at any subsequent time t_n . But if we are distributing private property rights at t_1 , and if as one expects, they include powers of transfer, then as Robert Nozick (1974, pp. 162–4) has argued, any favored distribution is likely to be transformed into a distribution at t_2 *unfavored* by the egalitarian principle, as a result of voluntary activities like gift giving, bequest, market exchange, and so on. To maintain a distributive pattern of the sort that Rousseauian principles envisage, “one must either continually interfere to stop people transferring resources as they wish to, or continually (or periodically) interfere to take from some persons resources that others for some reason chose to transfer to them” (Nozick, 1974, p. 163). Quite apart from the insult to freedom, the results of this constant application and reapplication of moral criteria might undermine market processes and, as Hume put it, “reduce society to the most extreme indigence; and instead of preventing want and beggary in a few, render it unavoidable to the whole community” (Hume, [1777] 1902, p. 194).

John Rawls, who may be regarded as a modern exponent of the Rousseauian approach, maintains that the problem can be solved by insisting that the principles of justice ratified by a notional Rousseauian union are to be applied not to individual distributive shares, but to the assessment and choice of institutions that, it is understood, once chosen are to run under their own steam and by their own logic. “A distribution,” Rawls writes, “cannot be judged in isolation from the system of which it is the outcome or from what individuals have done in good faith in the light of established expectations” (Rawls, 1971, p. 88). But it remains to be seen whether this highly abstract specification can be converted into a way of thinking about and evaluating the actual operation of concrete property arrangements.

The Lockean approach

In the Rousseauian model, the initial allocation of resources to individual owners is done by society as a whole, on the premise that something that affects everyone requires the consent of all. The Lockean approach rejects this as silly and impracticable: "If such a consent as that was necessary, Man had starved, notwithstanding the Plenty God had given him" (Locke, [1690] 1988, p. 288). We come to consciousness, he argued, in a world evidently supplied with the necessities of life, and there cannot be anything wrong with a person simply taking possession of some of this and using it. What is more, if a person begins to use some piece of land or other natural resource, there does seem to be something obviously wrong with others trying to interfere or take it from her, unless somehow her appropriation has gravely prejudiced their subsistence. We do not seem to need any collective or "omnilateral" decision to establish the appropriator's entitlement to some sort of respect for the right that she has established.

In its simplest form, the theory of unilateral acquisition presents itself to us as first occupancy theory: the first person to occupy a piece of land gets to be its owner or, more generally, the first person to act as though he or she is the owner of something actually becomes its owner, so far as the morality of his or anyone else's actions are concerned. The traditional argument for this has been that second and subsequent occupants necessarily prejudice the interests of someone who came earlier, whereas the first occupant does not. But that will not do. Even if there is no earlier occupant-appropriator, there may still be others whose interests are affected by the first occupant – namely, those who had previously enjoyed the resource in common but who now find themselves barred by the first occupant's putative entitlement from using or enjoying it at all.

John Locke's theory is widely regarded as the most interesting of the philosophical discussions of property, in large part because it represents an honest attempt to deal with this difficulty. The starting point of Locke's analysis is that God gave the world to men in common, so that the unilateral introduction of private entitlements is acknowledged from the outset to represent something of a moral problem.

How did Locke propose to solve the problem? First, he made it manageable by emphasizing that when private property was invented, there was actually more than enough for everyone to make an appropriation. It was only the invention of money, he said, which led to the introduction of larger individual possessions whereby some came to own a lot and others little or nothing; and he argued – not altogether convincingly – that since money was rooted in human convention, that phase of distribution was governed by justificatory considerations of (what I have called) a Rousseauian kind: "Since Gold and Silver ... has its value only from the Consent of Men ... it is plain, that Men have agreed to disproportionate and unequal Possession of the Earth" (Locke, [1690] 1988, pp. 301–2).

The chief significance of this argument is that it represents Locke's awareness of the limits of a theory of unilateral appropriation. A similar awareness is evidenced even in his discussion of the origin of property, where we find his theory of individual appropriation complemented throughout by what I referred to earlier as a general justificatory theory. Though Locke insisted, as much as any theorist of first occupancy, that a

person who takes resources from the wilderness normally acquires a title to them, he was always at pains to add that this is also a good thing from the social point of view, because it rewards industry and promotes the general welfare. Unilateral appropriation never has to stand nakedly on its own in Locke's theory, as it does in the view of his more recent followers, most notably Robert Nozick (1974).

In the end, though, it is the argument about unilateral appropriation that has captured the philosophical imagination. And it is indispensable to Locke's case because it provides the prototype of the individualized rights that the general arguments support and that consent will later ratify. Locke's contribution is to connect unilateral appropriation with the idea of self-ownership:

Though the Earth ... be common to all Men, yet every Man has a Property in his own Person. This no Body has any Right to but himself. The Labour of his Body, and the Work of his Hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the State that Nature hath provided, and left it in, he hath mixed his Labour with, and joyned to it something that is his own, and thereby makes it his Property. It being by him removed from the common state Nature placed it in, it hath by this labour something annexed to it, that excludes the common right of other Men. (Locke, [1690] 1988, pp. 287–8)

That something I have worked on embodies a part of me is a common enough sentiment. Locke connected this sentiment with the sense of self-possession that characterized the emerging liberal individual, in a way that also made a convincing economic as well as moralistic case for unilateral appropriation. Since most of what we value in external things is not given by nature but is the result of labor, it not so strange, as Locke put it, "that the Property of labour should be able to over-balance the Community of Land":

Though the things of Nature are given in common, yet Man (by being Master of himself, and Proprietor of his own Person, and the Actions or Labour of it) has still in himself the great Foundation of Property; and that which made up the great part of what he applied to the Support or Comfort of his being, when Invention and the Arts had improved the conveniencies of Life, was perfectly his own, and did not belong in common to others. (Locke, [1690] 1988, pp. 296–9)

The part of Locke's theory that has aroused perhaps the most skepticism in jurisprudence is not the theory of unilateral acquisition, but something that seems to follow from it – namely, that there can be rights of private property prior to the institution of systems of positive law. Lockean property is established in the state of nature, and even though later inequality is ratified by consent, the consent in question has nothing to do with the social contract or the invention of government. Accordingly, when positive law does come into existence, it finds a set of individual entitlements already in existence, and a bunch of prickly citizens who are willing to fight for the proposition that the task of government is to protect their property rights, not to reconstitute or redistribute them. So conversely, those who believe that government should have more Rousseauian power over property than this often predicate their argument on the claim that property rights are unthinkable without law.

In fact, the Lockean view is not disposed of so easily. First of all, Locke's state of nature is not an asocial one, only apolitical. Locke took the plausible view that all sorts of moral relationships can exist in a dense web of social interaction, without the specific support of the state or positive law. But if this is accepted as a general proposition, why would property relationships be an exception? People may certainly cultivate land whether there is positive law or not, and the idea that others are incapable without law of forming, sharing, or acting on the view that it is wrong to interfere with or appropriate the products of another's labor seems very implausible. Similarly, we do not seem to need the aid of legal system to explain the existence of exchange and markets. As far as we can tell, trade between the inhabitants of different regions antedates the existence of determinate legal institutions by several millennia.

What is true is that law makes an immense contribution to a property system and that in the complex circumstances of modern life, property without law – where the rules rely on nothing more robust than shared moral consciousness – is likely to be riddled with disputes and misunderstandings. But Locke recognized this point. That, after all, was the purpose of entering the social contract – to provide mechanisms for settling details, enforcing rights, adjudicating disputes that did not exist in the state of nature. But it does not follow from the fact that we need these mechanisms – and that only a legal system can supply them – that our thoughts and sentiments about mine and thine, and property and distributive justice, are purely the product of positive law.

References

- 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.
- Grey, T. C. 1980. The Disintegration of Property. In *Nomos XXII: Property*, ed. J. R. Pennock and J. W. Chapman. New York: New York University Press.
- Hardin, G. 1968. The Tragedy of the Commons. *Science* 162:1243–8.
- 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 *Oxford Essays in Jurisprudence*, ed. A. G. Guest. Oxford: Oxford University Press.
- Hume, D. [1739] 1888. *A Treatise of Human Nature*, ed. L. A. Selby-Bigge. Oxford: Clarendon Press.
- Hume, D. [1777] 1902. *Enquiries Concerning the Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*, ed. L. A. Selby-Bigge. Oxford: Clarendon Press.
- Kant, I. [1797] 1991. *The Metaphysics of Morals*, tr. M. Gregor. Cambridge: Cambridge University Press.
- Locke, J. [1690] 1988. *Two Treatises of Government*, ed. P. Laslett. Cambridge: Cambridge University Press.
- Munzer, S. 1990. *A Theory of Property*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nozick, R. 1974. *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Basil Blackwell.

JEREMY WALDRON

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.

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 justifica 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 respete 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, 1986, 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, sin embargo, 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"¹ (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 misma forma que 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 un 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

¹La chose in action, en el common law, es una institución aplicable a los derechos personales 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 está 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 sistema 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" 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 disfrute. 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 sólo 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 signifique 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 aludida 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 córneas. 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 confiar 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.⁷¹

En ciertas ocasiones hablamos acerca de estos tipos alternativos de planificación de la propiedad -común, 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,

calles 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 revólver para asesinar a otro. Pero éstas no son en estricto rigor reglas de propiedad. Más vinculadas con el tema, existen cosas como planos 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 Jennifer, 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: un haz 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

de cualquier obligación de usar o de abstenerse de usar la cosa en cualquier forma. 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 deberá 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 factibilidad 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 y sustentadas 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 convincentes y queremos 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. ¿Qué 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 desechar 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 hacerlos menos optimistas acerca de las probabilidades de éxito de la reforma, pero no disminuirá la necesidad de examinar si ésta era una institución con la cual estábamos 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 cuáles 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 como 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. ¿Está protegida 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 erigir 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 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.

cualquiera toma a su cargo esta responsabilidad, es probable que ellos mismos sufran todos los costos de hacerlo (los costos de plantar o los de su auto restricción), mientras que los beneficios (si es que los hay) se acumularán para todos los posteriores usuarios. En muchos casos es poco probable que existan beneficios, desde que un control o una restricción individual será improductiva a menos que los demás cooperen. Más bien, bajo un sistema de propiedad común, cada comunero tiene un incentivo para obtener cuanto más se pueda de esa porción de tierra lo más pronto posible, dado que los beneficios de hacer esto son en el corto plazo concentrados y asegurados, mientras que los beneficios a largo plazo de la auto restricción son inciertos y difusos. Sin embargo, si una porción de una, hasta ahora, propiedad común se divide en hijuelas y cada una de ellas es adjudicada a un individuo particular que puede controlar lo que en ella sucede, entonces la planificación y la autorestricción tendrán oportunidad de sostenerse. Por ahora, la persona que sufre los costos de una restricción está en una posición de cosechar todos los beneficios; de modo que si las personas son racionales y si la restricción (o alguna otra forma de actividad planificada a futuro) es más rentable, existirá un aumento general en la cantidad de utilidad obtenida.

Argumentos de este tipo son familiares e importantes, pero como todos los argumentos utilitaristas, necesitan ser tratados con cuidado. En la mayoría de los sistemas de propiedad privada, hay algunos individuos que tienen muy poco o nada y que se encuentran completamente a merced de otros. De modo que cuando se dice que las "personas" están mejor bajo una organización en torno a la propiedad privada, debemos preguntar "¿Cuáles personas? ¿Todos? ¿La mayoría? ¿O sólo un pequeño grupo de propietarios cuya prosperidad es tan grande que puede compensar la consecuente miseria en un cálculo utilitario global?"

John Locke se aventuró a decir que todos estarían mejor. Comparando Inglaterra, cuyos bienes comunes estaban rápidamente siendo reunidos en manos propietarios particulares, con la América precolombina, donde los nativos continuaron gozando de un acceso universal a la tierra, Locke especuló que "un Rey de un territorio extenso y

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 llamaríamos "Óptimo 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.

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 autorestricción 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 determinada tonelada de carbón mejor aprovechada para generar electricidad, la que a su 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 forraje o bauxita de un lugar a otro?. En la mayoría de las economías hay cientos de miles 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 actuando 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 *suyos*, 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 más sabia y eficiente, es porque alguien ha desarrollado las virtudes de prudencia, trabajo y autorestricción. 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 teóricos 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 necesariamente confió 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 libertariana. 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 libertariano 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 no 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 maestrías- de las que se le ofrecerían 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

Suponga 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 aquéllos. 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 cómo los derechos de propiedad deberían ser regulados, y la manera cómo 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 contiguo 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 subsiguiente 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 Humenienano, 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 serán 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 él 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 Humeneano -el cual encuentra una copia moderna en la obra de James Buchanan (1975) -proporciona una explicación a la distribución inicial que es congénita 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 Humeneana, 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 cuál 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, consiguientemente, 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 establecemos 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 omnilateral 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

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, de seguro que no existe justificación para aplicar el criterio Rousseauiano a t_1 lo cual tampoco sería una justificación para aplicarlo nuevamente a cualquier subsiguiente tiempo t_n . Pero si estamos distribuyendo derechos de propiedad privada a t_1 , 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 t_2 por el principio igualitario, como resultado de actividades voluntarias tales como hacer regalós, 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 reaplicación 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 establecidas." (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. Aún 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 no 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 supropietario, 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 disfrutado 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 lideró 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 ésta 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. Él 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 económica 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 laborativas 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 uno asocial, sino solo apolítico. Locke toma la plausible perspectiva que todos los tipos de relaciones morales pueden existir en un 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 acribillada entre disputas y malos entendidos. Pero Locke reconoció 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 tthe Principles of political Obligation*. London. Longmans, Green & Co.
- Grey, T. C. 1980: *The disintegration of prperty*. 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.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD*

[Historical Evolution of the Concept of Property]

EDUARDO CORDERO QUINZACARA**
 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

EDUARDO ALDUNATE LIZANA***
 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

El presente trabajo intenta demostrar que el contenido conceptual del derecho de propiedad como el derecho más absoluto de disponer de las cosas se construye en los códigos modernos a partir de la evolución de la propiedad en el régimen feudal, y no a partir de categorías conceptuales del Derecho romano. De este modo, el carácter absoluto de la propiedad sólo se opone a la existencia de un sistema de pluralidad de propiedades (*dominium eminens*, *dominium directum*, *dominium utile*), pero no a las facultades reguladoras del Estado.

PALABRAS CLAVE: Propiedad – Derecho absoluto – Régimen feudal.

ABSTRACT

The present paper tries to demonstrate that the conceptual core of property right as the more absolute right on things is constructed in the modern codes from the evolution of the property in the feudal regime, and not from conceptual categories of roman law. In this way, the absolute character of property just excludes the existence of a system of plurality of properties like *dominium eminens*, *dominium directum*, *dominium utile*, but not the regulatory powers of the government.

KEY WORDS: Property – Absolute rights – Feudal regime

* El presente trabajo corresponde a la investigación desarrollada por los autores en el marco del proyecto FONDECYT N° 1040644.

** Profesor de Derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: eduardo.cordero@ucv.cl

*** Profesor de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: caldunat@ucv.cl.

I. INTRODUCCIÓN

La principal dificultad que enfrenta la protección constitucional de la propiedad es que esta garantía se construye sobre una paradoja. Por una parte, la inclusión de la propiedad dentro de las tempranas declaraciones de derechos y dentro de las listas de derechos constitucionalmente protegidos se dio a partir de la preexistencia de una entidad asegurable denominada “propiedad”. Por otra, esta entidad que es protegida desde los inicios del constitucionalismo, va a recibir una específica carga y elaboración conceptual sólo después de su recepción constitucional. Durante el siglo XIX sufrirá una serie de embates de parte del pensamiento político, y en el siglo XX, de parte de la actividad legislativa, siendo objeto en el proceso histórico de tales controversias y transformaciones que cabe plantearse en retrospectiva la pregunta de cuál habrá sido originalmente el objeto protegido o, de manera más precisa, el objeto de la protección constitucional a la propiedad.

El problema se marca con tres grandes hitos: la consagración del derecho de propiedad en el movimiento revolucionario francés¹ (en cuyo contexto histórico nacerán las disposiciones relativas a la propiedad contenidas en el *Código Civil*); las ideas socialistas del siglo XIX; y la mayor intervención estatal en la economía, especialmente a partir de la primera guerra mundial. Las regulaciones legislativas originadas en estos últimos dos fenómenos serán enfrentadas por los defensores de un derecho de propiedad afincado en el primer hito, y que aparece como “auténtico”. Esta autenticidad deriva, por una parte, de su fundamentación iusracionalista y, por otra, de su pretendida estirpe histórica. El derecho de propiedad de carácter individualista y absoluto recogido y protegido en el ideario de la Revolución Francesa no sería otro sino el noble dominio desarrollado por los juristas romanos y heredado por la Codificación como un proceso de decantación a partir de la Recepción del Derecho romano y su depuración iusracionalista.

La cuestión podría tener un interés sólo desde el punto de vista histórico, de no ser porque esta propiedad de cuño decimonónico reclama un carácter absoluto que se va a enfrentar y resistir a los intentos de regulación legislativa. La regulación constitucional original contenía una bien desarrollada garantía de inviolabilidad, que consistían en el requisito de utilidad pública para la expropiación, entendida como desplazamiento de un bien del patrimonio de una persona al destino previsto por el expropiante, y pago de una indemnización. Era, por lo demás, la única garantía necesaria en un tiempo en que las disposiciones legislativas sobre la propiedad no constituían una amenaza para unos dueños cuya mayor preocupación era liberarse de las cargas feudales que aún gravaban sus bienes.

¹ No se ha incluido en esta parte una referencia a las declaraciones de derechos de este período en los Estados Unidos porque ellas no tienen, al menos en sus inicios, una relación directa con el problema que se plantea aquí. Esto permite reforzar la tesis que se desarrolla en este trabajo: si la evolución de la nomenclatura y regulación de la propiedad que desemboca en el constitucionalismo corresponde en parte importante a la evolución política y económica del régimen feudal, se ve confirmada la hipótesis de que en aquellos países donde esta evolución siguió cauces distintos al feudalismo francés, la aproximación a la regulación y concepto de propiedad debe adquirir caracteres especiales.

Cabe preguntarse, entonces, por el sentido y alcance originales de la protección constitucional a una propiedad cuya definición legal se alcanza durante el desarrollo de la Codificación en el siglo XIX, fuertemente influenciada por el *Código Civil* francés, como propiedad individualista y absoluta. El objeto del presente estudio es examinar los elementos históricos relevantes para la comprensión de este carácter absoluto de la propiedad, en vistas a establecer la articulación de su protección constitucional con las facultades de intervención legislativa en la regulación de la propiedad.

II. EL CONCEPTO ROMANO DE PROPIEDAD

La primera afirmación necesaria para ordenar el estudio pretende despejar desde ya un equívoco. En Roma no se conoció una definición de propiedad como la contenida en el *Código* francés o en el *Código Civil* chileno; ni siquiera, una definición como la de Bartolo: “*dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*”. Por lo demás, los juristas romanos, poco inclinados a elaborar definiciones de carácter general², enfrentaban por lo demás el tema del dominio sin conocer la moderna categoría conceptual de “derecho subjetivo”. De aquí que, al menos desde la perspectiva del Derecho romano, resulta claro que la principal dimensión que le interesa a la protección constitucional de la propiedad, la indemnidad patrimonial, no tiene como antecedente histórico el tratamiento del dominio ni de la *proprietas* romana.

Esto no significa que los jurisconsultos romanos no hayan elaborado teorías, ni aplicado principios generales: esta actividad se desarrolló, pero con una limitación impuesta conscientemente por los propios juristas, para no elaborar más teorías que las necesarias y con utilidad práctica inmediata. Por tal razón se ha afirmado que los jurisconsultos no acometieron muchas construcciones doctrinales, no por incapacidad, ni aversión, sino únicamente porque no las juzgaban imprescindibles para alcanzar resultados prácticos³. De este modo, si bien los distintos componentes de lo que hoy constituye la regulación de la propiedad ya se desarrollaron en Roma (*ius utendi, fruendi, abutendi*), jamás se teorizó sobre su carácter de “derecho absoluto”, como lo denominamos hoy; y toda denominación o reflexión en ese

² Es una opinión generalmente aceptada que los jurisprudentes romanos eran enemigos de toda generalización. Ellos no partían de un concepto general ni pretendían llegar a él, sino que extendían por vía de analogía un reducido número de figuras típicas originarias. La razón esencial de esta postura sería el sentido práctico y realista que domina toda la obra de la jurisprudencia romana y que le da fecundidad creadora y una gran adaptabilidad a través de los siglos. Véase, por todos, SCHULZ, Fritz, *Principios del Derecho romano* (2ª edición, Madrid, 2000), pp. 61-87.

³ SCHULZ, Fritz, cit. (n. 2), pp. 62-63, sostiene que no hay que creer que esta actitud proceda de una incapacidad propia de épocas primitivas —hay que considerar que la jurisprudencia clásica está incluida también en el período del culto helenístico a la ciencia—; depende, por el contrario, del claro conocimiento del peligro que el exceso de abstracción lleva consigo. Los conceptos y las reglas generales en el campo del Derecho corren siempre el riesgo de producir daños, porque al establecer reglas con carácter general no siempre se consigue dominar plenamente las múltiples situaciones particulares de la vida.

campo sólo tenía un sentido en contraposición a otros derechos que otorgaban facultades limitadas de aprovechamiento económico. Lo mismo ocurre con las facultades que comprende el dominio (*uti, frui, habere, abuti*). Éstas no son sino generalizaciones, o bien el tratamiento unitario sobre el aprovechamiento de las cosas, materia que los juristas romanos solían examinar con respecto a los concretos derechos reales de aprovechamiento⁴. Allí donde encontramos intentos de generalización es probable que estemos ante el resultado de un cambio de actitud, una tendencia hacia una mayor abstracción cuyos inicios podemos localizar en el último siglo de la República, y que adquiere mayor fuerza en la época postclásica-bizantina. Los compiladores bizantinos tenían una actitud más pedagógica y doctrinaria, con un marcado interés en la formulación de definiciones, pero nunca llegaron al nivel de abstracción de la escuela del Derecho natural o del conceptualismo jurídico alemán del siglo XIX⁵.

¿Cómo se produce entonces la evolución conceptual de la propiedad hacia la figura jurídica que nosotros conocemos en la actualidad? El punto de referencia lo constituye la Recepción del Derecho romano y el desarrollo del *ius commune*. Como ya se ha dicho, en las fuentes romanas no aparece una definición de la propiedad⁶. El origen de la definición se encuentra en la obra de Bartolo, que comentando la ley *Si quis vi*, del título *De acquirenda possessione* del Digesto, plantea: “*Quid ergo est dominium?*” para enseguida ofrecer un concepto que será recogido por generaciones de intérpretes hasta llegar a nuestros días: “*Est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeatur*”. Sostenemos, pues, que la clave para dar respuesta a la pregunta sobre el desarrollo conceptual de la propiedad se encuentra en la evolución política de la realidad en la cual se recibirá el Derecho romano a partir del siglo XI. Usando unos mismos términos y, aparentemente, dentro de un mismo y continuo bagaje conceptual, el contenido de las categorías jurídicas recibidas será el que precisaba una sociedad feudal en tránsito hacia la patrimonialización del feudo y paralelamente, aunque en íntima unión, que veía desplazarse las relaciones personales feudo-vasalláticas de dominio político a relaciones de carácter real (con la consecuente distinción, en materia territorial, entre dominio público y dominio privado).

⁴ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago, 1997), I, p. 444.

⁵ SCHULZ, Fritz, cit. (n. 2) p. 67, señala que las definiciones que ofrecen las fuentes están imperfectamente construidas, ya que fueron elaboradas por juristas postclásicos. Pero también cuando las definiciones que se nos presentan son seguras y genuinamente clásicas, se ve con claridad que definir no es lo fuerte de los juristas romanos.

⁶ Véanse: PICINELLI, Ferdinando, *Studi e ricerche intorno alla definizione: “dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur”* (Napoli, 1980); SCIALOJA, Vittorio, *Teoria della proprietà nel Diritto romano* (Roma, 1928), I, pp. 262 ss.; BONFANTE, Pietro, *Corso de diritto romano*, IV: *La proprietà* (Milano, 1966), pp. 227 ss.; DI MARZO, Salvatore, *Le basi romanistiche del Codice Civile* (Torino, 1950), pp. 158 ss.

1. *La cuestión terminológica en Roma*⁷.

Las palabras usadas por los juristas romanos para aludir a objetos dentro del actual campo semántico de la propiedad son varias. El término más antiguo parece haber sido *mancupium* o *mancipium*, derivado de *manus*, palabra con la que se designa la *potestas*, el poder sobre personas y sobre cosas que correspondían al “*pater familias*”, en quien se individualizaban los poderes del grupo familiar. El título que legitimaba el aprovechamiento de los bienes se entendía que estaba comprendido con los otros poderes del “*pater*”. Sólo con el tiempo se irán diferenciando estos poderes. Cosa similar ocurrirá con los distintos regímenes de bienes (*fundus*, *res corporalis*, o “suelo itálico y suelo provincial”, etc)⁸.

Según Max Kaser, la propiedad romana de los primitivos labriegos constituye un aspecto parcial de la soberanía que corresponde al *pater familias* en el ámbito de su casa sobre personas (*patria potestas*, *manus*) y cosas. Aunque en este período no hay un nombre que designe específicamente el poder sobre las cosas, el poder doméstico se extiende a todos los objetos de la *domus* y, consiguientemente, también a las cosas propiamente dichas, y ello con sujeción a reglas especiales⁹.

⁷ El origen y la forma de como se ejercía el derecho de propiedad en la Roma primitiva ha sido una cuestión bastante controvertida. La causa se encuentra en la ausencia de información que se extiende hasta la época preclásica, por la falta de fuentes y las dificultades de interpretación al momento de enfrentar las ideas que los romanistas antiguos tenían al respecto. Los intentos de los pensadores antiguos y modernos de dar una explicación social, económica e histórica del fundamento y del origen de este derecho han conducido casi siempre, incluso bajo concepciones y exigencias muy diferentes entre sí, a concebir una fase anterior en la que no habría existido la propiedad individual y en la que los bienes habrían sido comunes y accesibles a todos, y disfrutados conjuntamente. Véase VOLTERRA, Edoardo, *Instituciones de Derecho privado romano* (trad. cast., Madrid, 1988), p. 309 s. Sin embargo, por la imposibilidad de dar una prueba definitiva en esta materia, se hace preferible comenzar por el punto en que la secuencia histórica hasta nuestros días puede ser trazada con seguridad: y ese punto se ubica, en el actual momento de la historiografía, en Roma.

⁸ Véase HERNÁNDEZ-TEJERO, Francisco, *Estudios de terminología jurídica latina*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid* 34-35-36 (1969) 13, pp. 113-122, en donde se ocupa del término *dominium* y de su vinculación con la expresión *mancipium* y *manus*. Este autor cita también la obra de GUARINO, Antonio, *Diritto privato romano: Lezioni istituzionali di diritto romano* (Napoli, 1957), pp. 250 ss., quien sostiene que la relación *manus* o *mancipium* se escinde a fines del siglo VI a. C. en cuatro distintas categorías de relaciones jurídicas absolutas: la *patria potestas*; la *potestas* sobre los *liberi in causa mancipii*; la *naus maritalis* y el *dominium*, lo que atribuye a la distinta valoración social de los diversos elementos constitutivos de la familia.

⁹ KASER, Max. *Derecho romano privado* (1982, trad. cast. Madrid), p. 101. Resulta muy interesante como compara dicha *potestas* doméstica del *pater familias* con la idea de soberanía. A este respecto DE LOS MOZOS, José Luis, *El derecho de propiedad. Crisis y retorno a la tradición jurídica*, en *Revista de Derecho Privado* (Madrid, 1993), p. 7, señala que es un poder eminente que, al igual que el poder político de la “*civitas*”, no estaba sometido a reglas, según la fórmula de Pomponio: “*omniaque manu a regibus gubernabantur*” (D. 1,2,2,1). En el mismo sentido CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi, s.v. *Proprietà* (*Diritto romano*), en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, s. d.), p. 187 ss. Apoyando esta comparación se encuentra la tesis de Bonfante, quien establece un paralelismo entre los que él llama los caracteres del dominio del *pater familias* sobre los fundos itálicos y los caracteres de la soberanía del Estado sobre el territorio sometido a él, destacando los puntos siguientes: i) Los límites del fundo romano son sacros

Fuera de este círculo familiar, contribuye a resguardar este poder omnicompreensivo y absoluto del *pater* la defensa procesal, primero en el sistema de las “*legis actiones*”; después bajo la forma más específica del sistema formulario. Aparece en el primero de estos procesos la *indicatio* arcaica, que es el cauce para hacer valer la propiedad relativa. Sólo después alcanzará eficacia *erga omnes* respecto del que posea la cosa indebidamente y no porque tenga algún derecho contra el demandado, sino porque la cosa le pertenece al actor *ex iure Quiritium*, es decir, en virtud del Derecho civil¹⁰. La fórmula adquiere un alcance técnico en el proceso de las *legis actiones*: “*hanc ego rem actiones ex iure Quiritium mean esse aio o meum esse ex iure Quiritium*”. El *mancipium* es el acto (*mancipatio*) y a la vez el poder que se adquiere con este acto sobre las cosas (*res Mancipi*) y personas que integran la casa (*domus*); la reclamación de ellas se hace por *vindicatio* (*sacramentum in rem* de las *legis actiones*)¹¹.

El término *dominium* aparece en la jurisprudencia de fines de la República, junto con el de *obligatio* y otros términos técnicos¹². Se trata de una especificación del *mancipium*, y con la palabra *dominium* los romanos designaban el señorío sobre la *res*, con lo cual se manifiesta que la identidad de la relación dominical no está en el contenido sino en el sujeto, es decir, en el comportamiento de éste como “señor” (*dominus*) de la *domus* y de todo el *patrimonium* personal.

En la última época prevalece el término *proprietas* (de *proprius*), que acentúa la pertenencia absoluta y exclusiva de la cosa que es objeto de este derecho al titular del mismo. Este término fue el que se impuso en las lenguas romances

(entran en las *res sanctae*), como los del territorio del Estado, y son establecidos con la solemne ceremonia religiosa de la *limitatio*; ii) La propiedad romana es absoluta e ilimitada internamente; no admite ninguna ingerencia o influencia extraña en su esfera. Según Bonfante, las cuatro antiguas servidumbres sobre el fundo (*via, iter, actus, aquaeductus*) no habrían sido concebidas originariamente como derechos sobre las cosas que estaban en propiedad de otro, sino que habrían sido porciones de territorios distintas del territorio que atraviesan; iii) La propiedad inmobiliaria romana es absorbente, en el sentido de que cualquier cosa que entre en su esfera se encuentra sometida al derecho del *dominus*, de igual modo que toda cosa que entra en territorio de un Estado está sometida a la soberanía de éste; iv) El fundo itálico está inmune y libre de todo tributo o carga, ya sea en relación con los particulares o con el Estado. La diferencia entre él y los fundos provinciales estaría caracterizada precisamente por el hecho de que estos últimos están sometidos a tributo; v) La propiedad romana es perpetua, en el sentido de que no se la puede concebir sometida a término. Estos caracteres originarios, siempre según Bonfante, se habrían ido transformando de forma progresiva a lo largo de la evolución de la sociedad y de la economía romana. BONFANTE, Pietro, *Diritto romano* (Milano, 1976), X, pp. 192-200. El interés de esta comparación se encuentra en la naturaleza política que asume el derecho de propiedad en sus orígenes, y que volverá a observarse (o se mantendrá) en la época medieval.

¹⁰ Gai. 4,51 y 92. Véase, además, KASER, Max, *Eigentum und Besitz im älteren römischen-Recht* (2ª edición, Köln, 1956).

¹¹ D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano* (9ª edición, Pamplona, 1997), p.192, § 140.

¹² Según D'ORS, cit. (n. 11), p. 191 § 140, este término era desconocido por Cicerón, quien murió en el año 43 a.C.; pero un cónsul del 39 a.C., de nombre Alfenio Varo, parecería conocerlo. Cita al efecto D. 8,3,30 y la obra de MONIER, E., *La date d'apparition du "dominium" et de la distinction juridique de "res" en "corporales" et "incorporales"* en *Studi Solazzi* (s. l., 1948), p. 357.

debido a que se generalizó su uso en el Derecho postclásico; la jurisprudencia clásica lo empleaba preferentemente para designar al dominio en cuanto privado del usufructo (*nuda proprietatis*), es decir, *proprietary*, en contraposición a *usufructuarius*¹³. Puede decirse que con la expresión *proprietatis* se alude al núcleo de pertenencia contenido en la idea de dominio, ya que el nudo propietario carece de las facultades materiales de aprovechamiento sobre la cosa y sólo puede predicar, jurídicamente, su titularidad dominical sobre la cosa.

2. El estatuto jurídico de las cosas como cuestión previa para determinar su aprovechamiento.

Para la jurisprudencia romana, las cosas (*res*) son bienes en cuanto susceptibles de una apropiación o pertenencia personal. Y por tal razón, antes de reflexionar acerca del contenido y el aprovechamiento de un bien bajo el título de “dueño”, se preocuparon de establecer qué bienes son susceptibles de apropiación y cuáles no.

Desde el punto de vista jurídico, en el Derecho Romano se utilizaron diversas clasificaciones para establecer el régimen de las cosas y, dentro de éstas, el suelo. Se debe prevenir, no obstante, que el análisis de las categorías romanas respecto de la clasificación y régimen de las cosas conlleva una serie de problemas, debido a que esta materia es conocida imperfectamente por la ausencia de fuentes, la existencia de interpolaciones en las mismas y su origen en épocas diversas. Esto hace que estas distinciones no sean en muchas ocasiones congruentes, llegando a ser, incluso, contradictorias¹⁴.

La clasificación más general que se puede encontrar es aquélla que considera la distinta aptitud que tiene la *res* de ser objeto de relaciones jurídicas privadas, y suele expresarse por los juristas romanos con los términos *res in commercio* y *res extra commercium*, o bien *res in patrimonio* y *res extra patrimonium*¹⁵. Gayo utiliza en sus *Institutiones* esta última distinción en los siguientes términos: “*quae vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur*”. Sin embargo, acto seguido señala que la *summa divisio* de todas las *res* es entre *divini iuris* y *humani iuris*: “*Summa itaque rerum divisio in duos articulos dicitur: nam aliae sunt divine*

¹³ Habría sido el uso de ese término para designar a la propiedad (no *dominium*) de fundos provinciales lo que favoreció su difusión en el bajo latín y en las lenguas romances. De hecho en la *lex dicta* de Vipasca, cap. 2º, *proprietatis* designa el derecho del concesionario de un pozo en las minas fiscales. Véase D'ORS, Álvaro, *Régimen jurídico de las concesiones mineras de la España romana: Los Bronces de Vipasca (texto, traducción y comentarios)*, en *Revista de Derecho de Minas y Aguas* 3 (1992), pp. 9-33. A veces, empero, *proprietatis* (como *proprium*) aparece usado para indicar el dominio singular en oposición al dominio común o condominio.

¹⁴ VEGTING, Wilhelmus Gerardus, *Domaine public et res extra commercium. Étude historique du droit romain, français et néerlandais* (Alphen aan den Rijn, 1950), pp. 3-5.

¹⁵ Para BONFANTE, Pietro, *Corso de diritto romano*, IV: *La proprietà*, II, pp. 13 ss., la diferencia entre ambas distinciones sería que la primera de estas indicaría un sentido dinámico de la susceptibilidad o no susceptibilidad de constituir objeto de las relaciones jurídicas, mientras la segunda, es por así decirlo, estática. Sin embargo, Bonfante considera que ambas distinciones son dudosas y equívocas, siendo más preciso hablar de *res in patrimonio et in commercio* y *res extra patrimonium et extra commercium*, debiendo añadirse *omnium hominum* (p. 15).

iuris, aliae humani”¹⁶. De esta forma, no queda claro en qué relación sistemática se encuentran ambas clasificaciones, ya que no se puede entender el carácter de “suma” que le atribuye Gayo si existe una clasificación anterior y más general, como parece ser aquella que utiliza como referencia el patrimonio. Entendida esta clasificación en su sentido natural, tendría que aludir a cosas que actualmente están incluidas en el patrimonio de alguien (*in patrimonium*) y cosas que actualmente no están incluidas en el patrimonio de nadie (*extra patrimonium*). En tales condiciones, las *res divini iuris* tendrían que ser *extra patrimonium*, pero no cabe afirmar que las *res humani iuris* tendrían que ser siempre *in patrimonium*, porque hay cosas de tal género que evidentemente no están en ningún patrimonio, como las *res nullius* o las *res sine dominio*. Al parecer, la idea de Gayo era identificar a las *res in patrimonium* con las *res humani iuris* y las *res extra patrimonium* con las *res divini iuris*; sólo que la distinción *in patrimonium*-*extra patrimonium* no es propiamente una división o clasificación de las cosas, sino la expresión de un criterio aproximado para introducir la verdadera división en cosas de Derecho divino, que no están en un patrimonio, y de Derecho humano, que sí lo están en la “mayoría de los casos” (*plerumque*), como párrafos más adelante el propio Gayo reconoce¹⁷.

Por su parte, Celso, seguido por Pomponio, distingue “las cosas respecto de las cuales no hay comercio” (*res quarum commercium non est*), que suele abreviarse como *extra commercium*, de aquellas respecto de las cuales hay dicho comercio, y que se llaman *in commercium*¹⁸. Esta distinción es seguida usualmente por la jurisprudencia y se basa en la posibilidad o imposibilidad de que algunas cosas puedan ser objeto de apropiación y, más en general, de tráfico jurídico.

Los romanistas combinan estas clasificaciones, de manera que las cosas divididas según la distinción gayana entre *res divini iuris* y las *res humani iuris* son, a su

¹⁶ Gai. 2,2; D. 1,8,1 pr.

¹⁷ Gai. 2,9. En este sentido GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago 1997), I, p. 432, quien afirma que Gayo solía hacer primar las exigencias del sistema sobre las realidades jurídicas, de donde los tan frecuentes desajustes en sus *Institutiones*, como el mencionado. ARIAS-RAMOS, J. - ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano* (Madrid, 1991), p. 106 s., utilizan como criterio de distinción entre ambas clasificaciones el hecho que las cosas no son susceptibles de relaciones jurídicas privadas, ya sea porque se atiende a la situación actual o de hecho de la cosas (*res intra patrimonium* y *res extra patrimonium*) o a su posibilidad o imposibilidad jurídica de entrar en el tráfico de las relaciones patrimoniales privadas (*res in commercium* y *res extra commercium*). En su opinión, los términos de ambas clasificaciones resultan así claros y la terminología apropiada, pero reconocen que no refleja una exacta coincidencia con las fuentes. Las *Institutiones* de Gayo y las de Justiniano parecen utilizar las expresiones *intra* y *extra patrimonium* en el segundo sentido expuesto, el de la posibilidad o legalidad y no el de la actualidad o realidad. La imprecisión aún se complica más si se tiene en cuenta las frases *extra commercium*, *commercium non esse*, *commercium non habere*, alude en muchos pasajes del *Corpus iuris* a prohibiciones de adquirir ciertas cosas que pesan sobre algunas personas determinadas, v. gr. los inmuebles de una provincia con respecto a los gobernadores de la misma, o cosas que a sus propietarios les está vedado enajenar, por ejemplo, porque se les ha traspasado con esa condición. Sin que, en el primer caso, nada impida que dichas cosas sean adquiridas por otras personas, o en el segundo, que sean objeto de relaciones jurídicas que no supongan una enajenación.

¹⁸ D. 18,1,6 pr.; Inst. 2,20,4.

vez, clasificadas a la luz de esta distinción. Así, se sostiene que todas las *res divini iuris* (*res sacrae*, *res religiosas* y *res sanctae*) son *res extra commercium*, mientras que dentro de las *res humani iuris* sólo las *res publicae* (mas no las *res privatae*) serían *res extra commercium*. A partir de una distinción atribuida a Celso, las *res publicae* se dividirán en *res publicae in publico usu* y *res publicae in pecunia populi*¹⁹. Las primeras forman el dominio público del *populus Romanus*, siendo bienes indisponibles y destinados al uso de todos²⁰, como los lagos de aguas perennes, los estanques de aguas intermitentes y los canales²¹; los ríos y los puertos²²; los grandes edificios públicos, como el foro y las basílicas²³; las vías y los caminos públicos, los baños públicos y los teatros²⁴. Las segundas integran el dominio privado del pueblo romano, quien tiene sobre ellos la calidad de dueño como cualquier particular, de forma que dichas cosas quedan en principio sujetas a un estatuto dominical de Derecho privado. Pertenece a esta clase de cosas la tierra pública (*ager publicus*) o el botín de guerra²⁵.

Las *res in pecunia populi* correspondieron, en principio, al conjunto de bienes patrimoniales del *populus Romanus* conocidos como *aerarium populi Romani*, siendo absorbidas, a partir del Principado, por el *fiscum Caesaris*, dando lugar a las *res in patrimonio fisci* o *res fiscales*²⁶. De esta manera, sólo son *res extra commercium*

¹⁹ Pomponio, en D. 18,1,6 (9 *Sab.*), con cita de Celso, afirma que: “no hay enajenación [...] de las cosas sagradas y religiosas, de las que no haya comercio como las públicas, que no tienen en el caudal del pueblo, sino para uso público, como es el campo de Marte” (“*publica quae non in pecunia populi, sed in publico uso habeantur, ut est campus Martius*”).

²⁰ Sobre la afectación de los bienes, véase CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago, *De la romana institución de la “publicatio” a la actual noción de afectación*, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 96 (1997), pp. 525-542.

²¹ ULPiano, D. 43,14,1,4-6.

²² MARCIANO, D. 1,8,4,1.

²³ PAULO, D. 45,1,83,5; y VENULEYO, D. 45,1,137,6.

²⁴ ULPiano, D. 43,8,2.

²⁵ Véanse: GUZMÁN, Alejandro, cit. (n. 17), p. 436; IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Historia e instituciones* (11ª edición, Barcelona, 1994), p. 211; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago, *A propósito de los bienes de dominio público en el Derecho romano*, en *Derecho y Opinión* 3-4 (1995-1996), p. 275.

²⁶ La administración de estos bienes correspondió al rey durante la Monarquía. En los comienzos de la República estos bienes fueron administrados por los cónsules, hasta que se crearon magistraturas específicas para realizar esta función. Por una parte, estaban los *cuestores*, quienes registraban en libros especiales las entradas y salidas de los dineros que recibían los cónsules. Para disponer de estos bienes, los cónsules necesitaban de la autorización del Senado, respecto de aquellos dineros que no percibían directamente, magistratura que tenía la función de velar por la integridad del *aerarium populi Romani* (llamado también *aerarium Saturni*, porque estos bienes se guardaban en el templo de Saturno). Véase SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo. Bases fundamentales* (Santiago, 1996), I, p. 197. Durante el Principado y el Imperio se distinguió entre el *aerarium Saturni* o *populi Romani*, administrado por el Senado, al que se le asignó el *stipendium* de las provincias senatoriales, y la caja imperial o *fiscus Caesaris*, a la que se asignó el *tributum* de las provinciales, a disposición del príncipe, y que tuvo por objeto evitar los controles ejercidos por el Senado. Gradualmente se fue financiando con cargo a este patrimonio la subsistencia de Roma, las obras públicas y algunos servicios, atrayendo una mayor cantidad de ingresos públicos, hasta llegar a absorber al *aerarium populi Romani*. De esta forma, las *res in pecunia populi* se transformaron en las *res*

las *res publicae in publico usu*, mientras que las *res publicae in pecunia populi* son *res privatae*, aunque de titularidad pública²⁷.

Queda por integrar una última clasificación aportada por Marciano en el siglo III d.C., que divide las cosas en *res communes omnium*, *res universitatis*, *res nullius* y *res singulorum*. La noción de *res communes omnium* comprende aquellas cosas que por la naturaleza o por Derecho natural (*natura* o *naturali iure*) no pueden ser objeto de propiedad por los particulares, pero son comunes a todos en el disfrute y aprovechamiento, como el aire, el agua corriente, el mar y el litoral²⁸. Las *res comunes omnium* fueron recogidas originalmente dentro de las *res publicae*, hasta que Marciano formula esta categoría, la que es recogida posteriormente por Justiniano en sus Instituciones²⁹. Sin embargo, los autores están de acuerdo en que las *res communes omnium* constituyen una categoría ambigua y de marcado valor filosófico, ya que algunas de las cosas que se incluyen en ella son consideradas en varios textos como *res publicae*, esto es, propiedad del pueblo romano³⁰. Para Alejandro Guzmán Brito, esta categoría sería una noción personal del citado jurista, influida por ideas estoicas según las cuales el mar y el litoral marino son bienes que a todos pertenecen y que nadie puede apropiárselos en particular, como de hecho ocurre con el aire³¹.

Las *res universitatis* son los objetos que pertenecen en común a las ciudades, a una corporación o colectividad, tales como los teatros, estadios y otros semejantes.

fiscales, sujeto a un régimen jurídico-privado, a pesar de que con dichos fondos se financiaba una parte importante de los gastos públicos. No obstante su naturaleza privada, estos bienes estuvieron protegidos por una serie de privilegios, en particular, el de la imprescriptibilidad. Así, las *res fiscales* no son susceptibles de adquirirse por terceros por la prescripción adquisitiva; se encuentran sustraídos tanto a la *usucapione* como a la *longi temporis praescriptio*; si bien no se encuentran sustraídos a la prescripción extraordinaria de 40 años (Inst. 2,6,9). Cfr. SOTO KLOSS, cit., p. 228.

²⁷ Según Ulpiano, el príncipe era “casi propietario en nombre del Estado” (“*res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt*”).

²⁸ Cfr. D. 1,8,2 pr.-1; Inst. 2,1 pr.-1.

²⁹ Inst. 2,1,1 y D. 1,8,2 pr.-1. (Marcian., 3 *inst.*). Efectivamente, las *res communes omnium* presentan un paralelismo o semejanza con la categoría de las *res publicae iuris gentium*, a la cual alude Gayo en D. 1,8,5 pr.-1. Por esta razón, algunos romanistas la han considerado una figura errónea. Sobre el origen de esta categoría y su discutido carácter y sentido, véase CASTÁN, cit. (n. 25), pp. 271-277. Autores como LOMBARDI, Gabrio, *Ricerche in tema di “ius gentium”* (Milano, 1946), p. 89, sostienen que esta categoría no tiene su origen en el Derecho romano clásico, sino que constituye una típica categoría justinianea. Estas cosas estarían subsumidas en la figura clásica de las *res publicae iuris gentium*. Por su parte MOMMSEN, Theodor, *Sopra un'iscrizione scoperta in Frisia*, en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 2 (1889), pp. 130-131, sostenía que el grupo de las *res communes omnium* no tiene ni pies ni cabeza (“no ha nè capo nè coda”).

³⁰ D. 43,8,2,9 y 50,16,112. Véanse: ORTEGA CARILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *Los derechos reales en el Derecho romano* (Granada, 1992), p. 16; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho romano* (Madrid, 1996), p. 33.

³¹ GUZMÁN, Alejandro, cit. (n. 17), I, p. 444. Cfr. CICERÓN, *pro Rosc. Am.* 26,72; *De offic.* 1,16,52; SENECA, *De benef.* 4,28.

Con las *res publicae* sucedía algo similar, pues el término *publicae* parece haber sido aplicado también a los bienes de la Corona y de los municipios³².

En definitiva, existen tres categorías de bienes a los que en el Derecho romano se les considera *res extra commercium* y se les aplica, por tanto, un régimen jurídico público o exorbitante al régimen común de las cosas: i) las *res publicae in publico usu*; ii) las *res communes omnium*; y iii) las *res universitatis*.

Estos bienes se caracterizan por su uso y disfrute libre y gratuito para todos los miembros de la colectividad. Sobre estos bienes los particulares pueden ejercer todas aquellas facultades que estén conformes con la naturaleza y el destino de la *res*, con el único límite de no impedir el igual ejercicio de los demás. Por tal razón se crearon algunos interdictos para proteger el uso colectivo de estos bienes³³ y las autoridades romanas asumieron el poder de conferir su uso exclusivo a través de concesiones administrativas, a pesar de que estaban sujetas a un régimen de *extra commercium*, que implicaba su inalienabilidad³⁴ e imprescriptibilidad³⁵.

Por regla general, el ciudadano podía navegar en el mar, pasear por las plazas, tomar agua de los ríos para satisfacer sus necesidades; pero si quería construir sobre el litoral del mar o sobre suelo público, derivar agua del río para su fundo, o si quería ejercer cualquier otro acto que excediera al uso normal del bien, era necesario contar con lo que hoy llamaríamos una concesión administrativa previa otorgada por la autoridad pública³⁶. Así, y de forma paralela a la concesión de *ager publicus* (*ius in agro vectigali*), se desarrolló todo un régimen de concesiones sobre *res extra commercium*, especialmente sobre suelo público urbano y edificios públicos.

Por su parte, todas las cosas que pertenecen a los particulares son *res privatae*.

3. El sentido unitario del “dominium”.

Para hablar del concepto de propiedad en Roma es necesario hablar de las diversas épocas que conforman su historia. En cada una de ellas, la propiedad se nos presenta como un derecho con características propias.

³² GAYO comprende en sus *Institutiones* a las *res universitatis* dentro de las *res publicae*. La distinción entre ambos tipos de bienes si aparece en las *Institutiones* de Justiniano.

³³ Respecto de las *res quae publico usui destinatae sunt* existían los siguientes interdictos: *ne quid in loco publico facias* (D. 43,8); *quo minus loco publico* (D. 43,9); *quo minus illi viam publicum* (D. 43,11). Estos interdictos tenían por objeto impedir cualquier acto que entorpeciera el uso público de las cosas a las que se refiere, por tal razón tenían, además, un carácter popular (*quivis ex populo*).

³⁴ El principio de la nulidad de las ventas de cosas que están fuera del comercio aparece formulado por PAULO, D. 18,1,34,1 (Paul. 33 *ed.*). Por su parte Papiniano declara que la venta de un bien del Estado sólo es válida si no está en uso público (*res in publico uso*), es decir, *a sensu contrario*, la validez depende de que el bien se encuentre en el patrimonio del fisco (*res in pecunia populi*), D. 18,1,72,1 (Pap., 10 *quaest.*).

³⁵ Al respecto GAYO sostenía que no es posible la usucapión de las cosas públicas, lo que comprende no sólo a las cosas destinadas al uso público, sino que también a aquellas *in patrimonio populi*. D. 41,3,9 (Gai., 4 *ed. prov.*). Justiniano también aplicó este principio en Inst. 2,6,9.

³⁶ Véase CASTÁN, Santiago, cit. (n. 30), especialmente las pp. 91-121.

Lo cierto es que el término clásico *dominium* aparece, como ya hemos señalado, en el siglo I a.C., y se utiliza para designar en un primer momento la potestad del *dominus* o jefe de la casa (*domus*) que se ejercita sobre la casa misma y los que en ella viven y, en relación con los bienes, para designar el “poder civil de dueño”. El concepto de dominio a esta época ya se encuentra decantado y es el que va a permanecer hasta la codificación justiniana.

Por tal razón la historicidad de la propiedad en el Derecho romano a partir de esta época va a estar determinado por las personas que pueden ser titulares de este derecho (plano subjetivo), y los bienes que pueden ser objeto de uso y aprovechamiento a través de ella (plano objetivo). El contenido material o conjunto de facultades dominicales se mantendrá constante, mientras que el universo de personas que pueden ser titulares de dominio y de cosas susceptibles de ser su objeto, experimentarán una expansión en el tiempo que llevará a una concepción unitaria del dominio.

En el Derecho romano antiguo y clásico, el *dominium* reconoce sólo como titular a los ciudadanos romanos que hayan adquirido la cosa por un modo de adquirir reconocido por el *ius civile*³⁷. Esta regla se flexibiliza, en primer lugar, respecto de los ciudadanos que han adquirido un bien no sujetándose a las formalidades del *ius civile* (*mancipatio* o la *in iure cessio*), la han adquirido de un *non dominus* y la tienen sólo *in bonis*. Esta figura es denominada “propiedad bonitaria”, “pretoria” o “publiciana”, ya que fue efecto de una acción introducida por el pretor Publicius para remediar las dificultades que surgían por la aplicación estricta del régimen de dominio del *ius civile*. Contempla en su edicto la concesión de la acción civil que tenían los propietarios (*rei vindicatio*) para estos casos, pero adaptada con la técnica de las ficciones, y se la denominó *actio Publiciana in rem*. El término técnico usado en las fuentes para designar todas estas situaciones que no se pueden calificar como *dominium*, es “tener entre los bienes” (*in bonis esse o in bonis habere*).

También hubo acciones a favor de los peregrinos otorgadas por el pretor con la ficción “*si cives Romanus esset*” (*actio fructi*, *actio legis Aquiliae*, etc.), en las que se finge su condición de ciudadano, razón por lo que la doctrina habla de *propiedad peregrina*, desaparecida en el año 212 con la *constitutio Antoniniana*, de Caracalla, que declaró ciudadanos a todos los habitantes del orbe romano³⁸.

³⁷ Como es sabido, la antigua denominación de ciudadano es *Quirites*, de ahí que para hablar de propiedad civil se utilice la expresión *dominium ex iure Quiritium*. Está fuera de duda, que en el período preclásico y postclásico, desde fines del siglo IV a. C. hasta Justiniano, *ius Quiritium* es sinónimo de *ius civile*. Sobre el significado de la terminología *Quirites*, véase HERNÁNDEZ-TEJERO, cit. (n. 8), pp. 144-149.

³⁸ La condición de ciudadanía en el año 212 no alteró fundamentalmente la situación en las provincias, ya que en ellas se formó un Derecho propio, fundamentalmente romano, pero adaptado al régimen consuetudinario de aquella región. Cfr. D'ORS, cit. (n. 11), p. 90, § 53. Esta determinación tuvo un interés fiscal, ya que Caracalla había rebajado del vigésimo al décimo el impuesto que gravaba las manumisiones y las sucesiones de los ciudadanos: la extensión del derecho de ciudadanía fue destinada a hacer aquel impuesto más productivo. MARCIANO vuelve el impuesto a sus antiguos límites; pero la concesión del derecho de ciudadanía subsistió para todos los individuos del Imperio. Desde entonces no hubo más *peregrinos*

El objeto sobre el cual puede recaer el *dominium* puede ser una cosa mueble o inmueble. En el caso de inmuebles sólo podían ser idóneos para el *dominium ex iure Quiritium* los que se encontraban situados *in solo Italico*. Los fundos situados *in provinciali solo* pertenecen en propiedad soberana al pueblo romano o al emperador, según se trate, respectivamente, de provincias senatoriales o imperiales³⁹. Las tierras provinciales son dejadas a los particulares en simple goce —*possession vel usufructus*—, pagando un *stipendium o tributum*⁴⁰. Sin embargo, la distinción entre fundos provinciales y fundos itálicos también pierde sentido al dictarse la *constitutio Antoniniana*, del 212 d.C., ya que la organización política romana pasa a tener una base territorial y no personal. Además, desde que Diocleciano somete a tributación, en el año 292 d.C., a las tierras situadas en la península itálica, dicha distinción ya no tiene razón de ser.

Es por tal razón que Justiniano a través de una constitución recogida en Cl. 7,25,1 borra esta distinción y unifica el régimen de la propiedad. Bajo Justiniano hay una sola forma de propiedad, que es llamada indistintamente *dominium* o *proprietas*, y que es amparada por la *rei vindicatio*.

El *dominium* o *proprietas* es una denominación que designa a un concepto único que expresa la *plena in re potestas* de un hombre sobre una cosa, sin perjuicio de su mayor o menor extensión en cuanto a quienes podían ser titulares de dicho derecho o de su mayor o menor extensión en torno a qué cosas (sobre todo inmuebles) caían bajo su poder. Y en este sentido Edoardo Volterra señala que el examen de los pasajes de los juristas romanos en la época histórica nos persuade de que configuraban el derecho de propiedad bajo un aspecto unitario y concedían igual valor jurídico a las diferentes expresiones usadas: *mancipium*, *dominium*, *proprietas*, y la afirmación judicial *meum esse ex iure Quiritium*. Aun cuando tales expresiones surgieron en épocas diferentes y originariamente respondían a concepciones distintas, es cierto que los juristas clásicos las usaron para expresar una misma relación jurídica entre el hombre y la cosa, adaptándolas a la noción unitaria que ellos tenían de esta relación⁴¹.

4. Las facultades jurídicas que confiere el dominio.

En el Derecho romano la propiedad es la más plena pertenencia personal de las cosas (*res*), pero se identifica con las cosas mismas y es, por lo tanto, diversa

que los condenados a penas, significando la decadencia del derecho de ciudadanía de los *libertos dediticios* y los bárbaros que servían en las armas romanas: ya no hubo más latinos que los *liberti Latini Juniani*. Las únicas personas privadas del derecho de ciudadanía fueron los condenados a ciertas penas criminales, los esclavos y los bárbaros.

³⁹ Gai. 2,21.

⁴⁰ Distinta es la situación jurídica de las tierras pertenecientes a los pueblos que han ofrecido mayor resistencia, en cuanto son objeto de arrendamiento: “*agri vectigales quibus censoria locatio constituta est*”.

⁴¹ Cfr. VOLTERRA, Edoardo, cit. (n. 7), en donde señala además que esto es confirmado también por el hecho de que los mismos juristas romanos construyen los otros derechos reales, reduciéndolos a tipos fijos y determinados, considerándolos e individualizándolos como forma limitada de la propiedad ajena, lo cual presupone necesariamente un concepto unitario de este último derecho.

según sea la cualidad jurídica de las cosas sobre las que recae. Por tal razón, la propiedad no es un *ius in re*, sino la misma *res*: no se vindica la propiedad, sino la *res (rei vindicatio)*⁴². Como señala d'Ors, siendo la propiedad la cosa misma en cuanto pertenece a alguien, el contenido de la propiedad depende de la modalidad de aprovechamiento de aquella cosa: la propiedad de una finca, la de un esclavo, la de una cosecha y la de unas monedas. De ahí que los romanos se abstuvieran de dar una definición de la propiedad⁴³.

En el pensamiento romano existe, entonces, el concepto o idea de propiedad cuyo contenido es un conjunto innominado y genérico de facultades (que en el pensamiento contemporáneo lo podríamos entender como su régimen jurídico objetivo-abstracto), pero además se encuentra la propiedad o propiedades en concreto, cuyo contenido va a estar determinado por las posibilidades de aprovechamiento de la cosa, siendo está última la propiedad en el sentido que hoy damos a la expresión aludiendo a un concreto y específico derecho de propiedad⁴⁴.

Así, se afirma que el uso o aprovechamiento de las cosas es distinto según la naturaleza de éstas, de manera tal que, de sus diversas modalidades, depende el

⁴² Véase D'ORS, Álvaro, cit. (n. 11), p. 179, § 131. La moderna denominación “derechos reales” o derechos sobre las cosas, aunque acuñada sobre las fuentes, no es romana: la expresión *ius in re*, que pasa por tal, es en cambio, propia de los romanistas del medioevo. Se ha dicho que *res* (o incluso *corpus*), son términos que en las fuentes designan la propiedad y *ius in re* el derecho sobre las cosas ajenas (lo que la doctrina moderna denomina, siguiendo la terminología medieval, *iura in re aliena*). Sin embargo, tanto *res* como *ius in re* son usados con bastante vaguedad en los textos y sería peligroso equipararlos a nuestras actuales categorías de derecho reales. Cfr. ORTEGA, Antonio, cit. (n. 30), p. 34; y ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano* (trad. cast. Buenos Aires, 1986), p. 193.

⁴³ D'ORS, Álvaro, cit. (n. 11), p. 191, §140. Se suele citar como definición de propiedad una constitución de Constantino, contenida en CI. 4,35,21: “[...] *suae quidem quisque rei moderator atque arbiter*”. La frase así aislada podría referirse a la propiedad, pero si se examina el texto en su conjunto se concluye que en realidad se refiere al mandante, respecto del cual se afirma que él puede regular sus intereses como mejor crea. Se cita también el fragmento 2,4,4, de las Instituciones de Justiniano, en el que a propósito del usufructo se dice que cuando éste se extingue, el propietario, que hasta entonces sólo tenía la nuda propiedad, “*incipit plenam habere in re potestatem*” (“comienza a tener plena potestad en la cosa”). Sin embargo, de un examen detenido se concluye que el fragmento más que dar una definición de la propiedad, nos revela la naturaleza abstracta de la misma, que la doctrina denomina la “elasticidad del dominio”. Más celebre es aquella definición que concibe la propiedad como “*ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*”. Sin embargo esta definición no fue formulada ni aparece en las fuentes del Derecho romano, y al parecer fue acuñada no antes del siglo XVI. Es cierto que esta definición está inspirada en D. 5,3,25,11, donde se dice que los poseedores de buena fe de una herencia no responden si han perdido o dilapidado algo de ella, ya que *re sua abuti putant*. Por lo demás el *abuti* (de *abutor*) que aparece en el texto ha sido entendido en su significado de consunción. *Abusus* no significa destrucción caprichosa de la cosa por su propietario, sino el consumo de una cosa que es consumible por el primer uso, esto es, aquella que, según los textos, *in abusu consistunt* (D. 7,5,1-2). Véase ORTEGA, Antonio, cit. (n. 30), pp. 50 s.

⁴⁴ Con las correspondientes adecuaciones, se puede comparar este fenómeno con la actual descomposición del concepto unitario de propiedad en tantos tipos de garantías como propiedades reales, con la enorme diferencia que esta cuestión deriva de las exigencias propias del Estado social contemporáneo.

contenido de la propiedad y aún el concepto mismo de ésta. Se distinguen en este respecto los actos de simple uso (*usus*), los actos de disposición (*habere*) y los de disfrute (*frui*)⁴⁵. El contenido del derecho de propiedad se refiere a la realización de un conjunto de actos –jurídicos o materiales, y más o menos variables en su intensidad– de forma legítima respecto de una cosa, a voluntad del titular, y la posibilidad de desarrollar estos actos está condicionada por las cualidades del bien.

Al cierre de este acápite es importante destacar, por lo tanto, esta dimensión original (al menos en el Derecho romano) de la propiedad como *conjunto de actos jurídicamente amparados*. Ello permite comprender con mayor facilidad las discusiones que se suscitarán posteriormente (ya en los tiempos modernos) sobre la relación entre libertad y propiedad. La propiedad no es sino una especial forma de libertad, configurada y protegida jurídicamente, cuya nota esencial es la exclusividad. Por otra parte, los antecedentes que respecto de la propiedad se obtienen del Derecho romano permiten despejar la confusión conceptual de una noción que quiere ver en la propiedad una relación entre una persona y una cosa. El Derecho comprende y ha comprendido siempre un conjunto de órdenes y prohibiciones que limitan la libertad de acción de los individuos, y que tratándose del derecho de propiedad consiste en una facultad que se le atribuye al individuo para pretender de otros cierto comportamiento, que no es sino el ser respetado en el momento de sacar ventaja de una cosa o aprovecharla económicamente⁴⁶.

III. LA PROPIEDAD EN EL MEDIOEVO: EL RÉGIMEN FEUDAL

El origen remoto del régimen feudal se puede encontrar a mediados del siglo I d.C., que marca el inicio de la forma más primitiva de inmunidad en las provincias romanas a través de sistemas extraordinarios de gobierno tanto en el aspecto fiscal como en el judicial⁴⁷, a partir de la concesión y aprovechamiento de este suelo a cambio de un canon. Este régimen sufre una mutación que transforma

⁴⁵ Véase D'ORS, Álvaro, cit. (n. 11), pp.186 ss.

⁴⁶ Véase ARANGIO-RUIZ, cit. (n. 42), p. 195, quien critica duramente las doctrinas que entienden la propiedad como una relación inmediata entre hombre y cosa. Al respecto señala: “En un mundo en el cual, *per absurdum*, no existe el derecho de propiedad (ni privada ni pública), no faltarían las relaciones entre los hombres y las cosas, pues todo hombre buscaría ponerse en relación con el mayor número posible de cosas; faltaría sólo el recíproco respeto de tales relaciones, y en torno de cada cosa se lucharía con la fuerza. Cuando la norma crea el derecho de propiedad, el fin es precisamente evitar esta lucha: sancionar un derecho subjetivo de propiedad significa prohibir a todos tomar ingerencia en aquella cosa que se quiere reservada a la libertad de acción de cada uno”. Esta visión intersubjetiva y dinámica del derecho de propiedad es la que la entronca con un sistema económico basado en la libertad de los agentes, de cuya voluntad depende en principio el aprovechamiento de los bienes, cuestión que será patente en la época contemporánea a partir de la revolución francesa.

⁴⁷ Las reformas fueron introducidas en un comienzo por Claudio (emp. 41-54) y siguen esta línea un conjunto de constituciones imperiales del siglo IV, que aparecen recogidas en los Códigos teodosiano y justiniano. A través de estas fuentes se crean distritos mineros y grandes explotaciones agrícolas, administradas por *procuratores* que dependían directamente del emperador. Un interesante testimonio lo constituyen los denominados “Bronces de Vipasca o de Aljustrel” que dan cuenta del régimen jurídico de la minería provincial romana, y que

el canon en una obligación tributaria, la que después desaparece en favor de la Iglesia y de determinados *honestiores o potentes* influyentes, que eluden con ello la competencia de las autoridades en cuyo territorio se encontraban asentados. Este modelo sirvió para que, en manos de los latifundistas privados, el dominio recobrase su connotación original como una potestad que excede con mucho el ámbito patrimonial y tiene una dimensión política. Este proceso se desarrolla en forma refleja al debilitamiento y posterior desaparición del poder central, tanto en lo administrativo como en lo judicial⁴⁸. El propietario territorial viene a convertirse en los hechos en *dominus*, esto es, autoridad política de sus territorios.

Tras la caída del Imperio Romano de Occidente, esta evolución se va a hacer más intensa, fomentada por la necesidad de protección derivada de las invasiones vikingas, musulmanas y magiares. Se va a desarrollar así en Europa (con variantes de forma e intensidad, dependiendo del país) la organización política feudal, en que el poder político se presenta como una estructura de dominación basada en lazos personales, es decir, como una entidad o complejo de poder cuyos fines comienzan y acaban en sí mismos, sin que exista ninguna pretensión de conformar la vida social o colectiva. El Feudalismo es una forma de organización política basada en la regulación de relaciones personales a través de instrumentos contractuales. Un hombre libre se encomienda a la protección de otro, comprometiendo para con él su lealtad y su servicio, y recibiendo de éste un beneficio, ya fuese un cargo, ya un territorio, al que posteriormente se conocerá de manera generalizada como feudo. El protector se convierte así en señor del protegido, que recibe el nombre de vasallo. Existe, al menos en teoría, un deber de lealtad y asistencia recíproca. El señor debe proteger y socorrer a su vasallo, y el vasallo prestar al señor su servicio, que en su forma más típica consiste en dos deberes: auxilio y consejo. El auxilio bajo la forma de servicio militar personal, el consejo a través de la asistencia a los *concilia* del señor, usualmente colaborando en su función como juez de otros hombres libres. Adicionalmente, la lealtad del vasallo le impone el deber de abstenerse de hacer la guerra a su señor.

Dentro de este sistema cabe la posibilidad de que un vasallo se transforme, a su vez, en señor de otros hombres libres, ya sea entregando a éstos beneficios emanados de sus propias capacidades (ej.: tierras propias), o bien, y frecuentemente, a través de la sub-infeudación de territorios que constituyen el beneficio en la relación con su propio señor. Los vasallos del vasallo, sin embargo, no quedan sometidos a obligaciones directas con el señor de éste.

Uno de los efectos más importantes del feudalismo fue la particular forma que asume el dominio territorial en las áreas a las que se extendió. La mayor parte de la propiedad inmueble de la época pasa a incorporarse a las relaciones de vasallaje como beneficio. Se produce así un desmembramiento de la propiedad raíz entre diversos titulares: aquél en quien se origina el beneficio (y que por lo tanto es fuente del derecho del vasallo y mantiene un derecho sobre el feudo) y aquel que

corresponde a una *lex metalli dicta*. Véase D'ORS, Álvaro, *Sobre la lex Metalli Vispascensis II*, en *Revista Internazionale di Diritto Romano e Antico* 2 (1951), pp.127-133.

⁴⁸ Para una exposición breve y precisa de este proceso, véase PÉREZ-PRENDES, José Manuel, *Instituciones medievales* (Madrid, 1997), en especial pp. 45 ss.

la recibe en beneficio, que adquiere las facultades que hoy llamaríamos de uso y goce. Pero el vasallo adquiere también un haz de facultades de disposición, que eventualmente le permitirán entregar a sus vasallos las tierras que ha recibido en feudo, constituyéndose como señor. Al mismo tiempo, y aun cuando no se dé este fenómeno de sub-infeudación, el vasallo tiene sobre las tierras recibidas en feudo un poder o señorío que le permite disponer al interior del mismo, autorizando la ocupación de tierras por hombres libres, o bien entregándolas a sus siervos para su cultivo (obviamente, contra deberes de retribución de parte de las especies). El mapa de las zonas feudales, por lo tanto, permite apreciar una propiedad desmembrada hasta en cuatro o cinco niveles⁴⁹: la titularidad nominal del señor, el título del vasallo sobre las tierras recibidas de su señor, eventualmente un segundo título del sub-vasallo respecto de las tierras que recibe de su señor cuando éstas no están en su dominio directo, sino que forman parte de su feudo, y por último los títulos de aprovechamiento final para quienes ocupan o trabajan efectivamente las tierras. Los territorios no sujetos a cargas derivadas de una relación de vasallaje, esto es, aquella parte de la propiedad territorial que sólo reconoce a un titular de facultades dominicales se denomina *alodio* (sin perjuicio de los derechos de aprovechamiento que pudiese otorgar). Durante extensos espacios de tiempo, en las áreas a las que se extendió el feudalismo, la propiedad alodial fue la excepción.

Por otra parte, esta desmembración del dominio se desarrolla asociada con el hecho de que al vasallo, en sus territorios, o al sub-vasallo, en su caso, se le reconocen facultades que van más allá de las potestades patrimoniales, y constituyen un verdadero señorío⁵⁰. Es así como el titular de un dominio territorial (sea vasallo o subvasallo) ejercerá en sus dominios facultades jurisdiccionales (por regla general, sobre los siervos y miembros de su familia, exceptuándose los hombres libres cuyos privilegio es ser juzgado en un tribunal público –de sus iguales– y no quedar sometidos a la justicia señorial) y, dentro de sus posibilidades, ciertas potestades reguladoras. Del mismo modo, y en cuanto ejerce una potestad dominical, impone a quienes habitan sus dominios las cargas patrimoniales asociadas al uso de la tierra. Este poder local del señor territorial llega a tanto, que configura

⁴⁹ MAITLAND, Frederic William, *The Constitutional History of England* (Cambridge, 1968), pp. 25 ss. enumera seis clases distintas de *tenures* o modalidades en virtud de las cuales alguien puede tener tierras sin ser dueño; dentro de ellas, está la *tenure in knight service, feodum militis*, a partir de la cual se derivaban la mayor parte de las subinfeudaciones.

⁵⁰ En este sentido PESET, Mariano, *Dos ensayos sobre la Historia de la propiedad de la tierra* (Madrid, 1988), p. 31, afirma que “la propiedad se encuentra ligada a *jurisdicciones señoriales* y, en general, a los señoríos, que le confieren una perspectiva especial. Los sectores del Derecho privado se mezclan con el Derecho público –el poder político está distribuido en innumerables señores–. El rey destaca entre todos, usa de plena autoridad en los realengos y de forma mediata, si bien creciente con el tiempo, en los señoríos. Los señores poseen jurisdicción en los campesinos asentados en sus tierras –quienes aparte pagan por ellas– y sobre otros que tal vez vivan en tierras propias o dedicadas a otras actividades”. Es interesante el uso del lenguaje por parte de Peset: con mayor precisión, habría que señalar que en ese período no es posible distinguir entre Derecho privado y Derecho público, y que la idea misma de propiedad y su vínculo con las jurisdicciones señoriales es el resultado de la aplicación posterior de categorías jurídico romanas a la realidad feudal, en que la tenencia de la tierra otorgada en feudo va asociada al concepto de señorío como conjunto de facultades que hoy denominamos públicas.

una inmunidad incluso respecto de los agentes de su señor feudal, que por regla general se ven privados de la facultad de ingresar al dominio del vasallo, o ejercer atribuciones en su territorio, sin autorización del mismo⁵¹. La denominación genérica de estos derechos recibe el nombre de *iura regalia*⁵².

Podría parecer, bajo estas circunstancias, que se produce una suerte de propietarización de las facultades del poder político, que éste se va a ejercer utilizando instrumentos jurídico patrimoniales⁵³. Sin embargo, esta impresión es sólo el producto de observar el proceso una vez que ha concluido, esto es, una vez que la Recepción del Derecho romano intentó explicar estos fenómenos en términos de propiedad y dominio. Es incorrecto decir que el ejercicio del poder o la organización política recurrió a instrumentos jurídico-patrimoniales, por la sencilla razón que las categorías jurídicas elaboradas por el pensamiento romano se reducen hasta el punto de desaparecer hacia los siglos IX a X, que es el período de auge de las relaciones feudo vasalláticas⁵⁴. Las fuentes (escritas) del Derecho son desconocidas y no existe una clase de juristas que siquiera sepa leer y escribir latín. Los órganos de justicia son, o bien el respectivo señor feudal, o bien el consejo del rey o respectivo príncipe, constituido en su gran mayoría por individuos no sólo desconocedores del Derecho, sino que incluso del todo analfabeto⁵⁵. En estas circunstancias, las decisiones sobre tenencia de la tierra corresponden cuando mucho al conocimiento de las costumbres de la localidad, transmitidas oralmente, e incluso, en muchos casos, ellas mismas sujetas a un procedimiento probatorio⁵⁶. Es más correcto, entonces, apreciar la realidad feudal, no con las categorías contemporáneas, sino como lo que fue en su tiempo: un sistema de tenencia de la tierra amparado en relaciones de carácter personal⁵⁷. La terminología de ese tiempo confirma este enfoque; la denominación de la situación en que, respecto

⁵¹ La concentración de facultades vasalláticas llega a tanto que, a fines del siglo XIII, P. de Beaumanoir recoge en sus *Coutumes de Beauvaisis* el siguiente principio: “*Chascuns barons est souverains en sa baronie. Vours est que li rois est souverains par dessus sous et a de son droit la general garde de tout son royaume*” [citado por Pedro Bravo con referencias a P. Guggenheim, en la “Introducción” a J. Bodino, *Los seis Libros de la República* (Madrid, 1973)]. El término soberanía no está usado en este texto en el sentido que le dará posteriormente Bodino, sino que alude a la extensión de las potestades territoriales de los vasallos dentro del orden jerárquico.

⁵² Cfr. MARTÍNEZ USEROS, Enrique, *Imprudencia de servidumbres sobre el Dominio público, en Estudios dedicados al profesor García Oviedo* (Sevilla, 1954), p. 17.

⁵³ Así, por ejemplo, la opinión de SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho administrativo* (2ª Edición, Madrid, 1998), I, p. 47: “[...] el poder sobre el territorio no será ya un poder abstracto y público de dominación, sino un conjunto de facultades derivadas del derecho de propiedad”.

⁵⁴ Con excepción de lo que ocurre al interior de la organización eclesiástica y en Inglaterra.

⁵⁵ Baste recordar que nada menos que Carlomagno se hizo a la tarea de aprender a leer y escribir bastante maduro, y aunque las crónicas registran que aprendió a leer de manera pasable, nunca pudo dominar la escritura, siendo en su firma imperial el signo de la cruz el único que trazaba de su puño y letra.

⁵⁶ Para la descripción de la realidad del Derecho en este período véase BLOCH, Marc, *La sociedad feudal. Formación de los vínculos de dependencia* (México, 1958), en especial, pp. 129 ss.

⁵⁷ Más que jurídicas, de carácter religioso; las relaciones entre señor y vasallo se sellaban

de la tierra se encuentran los vasallos y subvasallos es de la *tenura*, tenencia⁵⁸, o posesión⁵⁹, en un sentido mucho menos técnico que el contemporáneo. El Alto Medioevo se caracterizó, entonces, por lo que se ha llamado una “gran civilización posesoria”, basado en un mundo de hechos, no formal ni oficial, que crea todo un sistema de situaciones reales que se basan en la “efectividad económica sobre el bien”, antes que en el *dominium* o en los *dominia*. “Es el reino de la efectividad [...]. No arquitecturas y formas sapientemente preconstituidas sino un germinar desordenado y vivo de situaciones toscas, no filtradas por ninguna criba cultural, que se imponen en base a hechos primordiales que son la apariencia, el ejercicio y el goce”⁶⁰.

La evolución del régimen feudal responde a un proceso que se inicia a partir de fines del siglo X y se desarrolla de manera más clara durante los siglos XI y XII: la patrimonialización del feudo. Bajo esta denominación se alude a la separación, que se va a ir produciendo entre el vínculo personal que une el señor feudal con su vasallo, y el beneficio o feudo. En sus orígenes, el beneficio (tierras o cargo) es absolutamente dependiente del nexo entre señor y vasallo, y en este contexto, el vasallo no tiene derechos sobre el feudo sino aquellos de carácter personal respecto de su propio señor, en virtud del homenaje que le ha rendido y que les imponen obligaciones recíprocas. Con el tiempo, surgen diversos fenómenos que irán rompiendo esa ligazón. El primero de ellos es la paulatina sustitución de los servicios personales exigidos al vasallo, por prestaciones en dinero o especie. El segundo, el homenaje múltiple por el cual una persona se convertía en vasallo de diversos señores (con los problemas de lealtad que eso podía traer). Y por último, y quizás uno de los más importantes, el carácter hereditario que empieza a adquirir el feudo. Originalmente, faltando el vasallo –ya fuese por muerte, ya fuese por ruptura del vínculo con su señor por infidelidad– el beneficio volvía de manera inmediata e incondicionada al señor feudal. Con el tiempo, no obstante, se fue dando la costumbre de que los señores feudales tomaran por vasallo a alguno de

con juramento y la facultad del señor de desposeer a su vasallo pasaba por establecer una ruptura del juramento.

⁵⁸ Cfr. MAITLAND, cit. (n. 49), p. 25.

⁵⁹ BLOCH, cit. (n. 56), p. 136, s.: “Durante toda la época feudal, es raro que se hable de propiedad, ya de una tierra, ya de un poder de mando, y mucho más raro aún –fuera de Italia el caso no se encuentra casi nunca– que se lleve a cabo un proceso sobre esta propiedad. Lo que las partes reivindican, casi de manera uniforme, es la “posesión” (en alemán *Gewere*; en francés *saisine*). [...] No precisamente una posesión que hubiese podido crear la simple aprehensión del suelo o del derecho, sino una posesión hecha venerable por el tiempo. [...] ¿Se exhiben títulos? Es sólo para ayudar al recuerdo o, si atestiguan una transmisión, es ya la de una *saisine*. [...]. Asimismo, por otras razones todavía, la palabra propiedad, aplicada a un inmueble, hubiera estado casi vacía de sentido. O, al menos, se habría tenido que decir –como se hará más tarde cuando se disponga de un vocabulario jurídico mejor elaborado– propiedad o posesión de tal o cual derecho sobre el fundo. Sobre casi toda la tierra, en efecto, y sobre muchos hombres, pesaban, en esta época, una multiplicidad de derechos, diversos por su naturaleza pero cada uno de los cuales parecía igualmente digno de respeto en su esfera. Ninguno presentaba esa rígida exclusividad característica de la propiedad de tipo romano”.

⁶⁰ GROSSI, Paolo, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico* (Madrid, 1992), p. 36.

los hijos del antiguo vasallo. En un principio, esto no sucedió por consideraciones jurídicas, que, como ya se ha dicho, eran pocas y pobres en el período; y de haberlo sido, no podrían haber considerado el feudo como parte de una herencia ya que éste respondía simplemente a la contraprestación de un vínculo personal. La razón es más sencilla. En un período de escasa población, si el señor no tenía a la vista entregar el respectivo feudo vacante por razones estratégicas a algún futuro vasallo en particular, buscaba radicar prontamente el feudo en un nuevo vínculo de homenaje para asegurar “su hombre”, en la nomenclatura de la época. Con el tiempo este uso fue siendo considerado costumbre e incluso una suerte de derecho del hijo del vasallo muerto, el reclamar para sí el feudo de su padre. Resulta fácil entender que con la Recepción del Derecho romano este fenómeno sea interpretado en términos de herencia y de patrimonialidad de los bienes.

Esta evolución coincidirá, en el terreno de los términos y los conceptos recibidos del Derecho romano, con el problema de una propiedad desmembrada entre titulares de distintas posiciones jurídicas, en su origen no necesariamente de cuño patrimonial. La mejor prueba de ello se encuentra en el uso del término “dominio” que hasta el día de hoy –y originado en el período feudal– conserva el léxico jurídico público anglosajón, para referirse a posesiones territoriales con un específico estatuto de sujeción política a la corona, aun cuando dicho estatuto ocasionalmente se agote en una mera cuestión nominal. Sin embargo, ante la proliferación de estas diferentes posiciones jurídicas, los juristas de la recepción, los glosadores y los postglosadores, van a intentar formular la realidad feudal en términos del lenguaje del Derecho romano. No es de balde recordar aquí que la Recepción se da en un ambiente espiritual de reverencia a los autores y fuentes del pasado, de tal manera que antes siquiera de considerar el darse a un ejercicio creativo, los juristas de este período sólo buscaban encontrar en la regulación del Derecho romano las figuras a las que debían corresponderse los fenómenos que observaban en la realidad cotidiana. Es aquí donde surge la expresión “dominio útil” para explicar uno de los principales problemas a los que hubo de enfrentarse el jurista del siglo XII; la existencia de una propiedad desdoblada en que el titular (señor) no ejerce sobre la tierra ninguna facultad ni tiene una facultad de *nuda proprietatis* como derecho de disposición, en la medida en que se ha consolidado la costumbre hereditaria y, en algunos casos, incluso la facultad de disposición en manos de los vasallos; en que el vasallo tiene una posición jurídica que lo acerca más a la idea de propietario, y en que un tercer sujeto es titular de algún tipo de derecho (usualmente por tolerancia o alguna suerte de arrendamiento) que en definitiva lo pone en contacto directo con la cosa y le otorga las efectivas y concretas posibilidades de aprovechamiento económico, conservando el titular del dominio “directo” (el vasallo, en este caso) solamente la facultad de cobrar el canon o percibir alguna forma de renta, frecuentemente bajo la forma de “tributo”.

IV. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO Y LA TRADUCCIÓN DEL RÉGIMEN FEUDAL A CATEGORÍAS ROMANAS

El proceso de patrimonialización del feudo fue acompañado por la Recepción del Derecho romano y por la actividad de los juristas de la época en el intento de

expresar las realidades e instituciones feudales en términos y concepto del Derecho romano que venía recibíendose. Esto porque desde el punto de vista del régimen de los bienes, si bien la recepción del Derecho romano significó un retorno a la antigua tradición jurídica, esta no sucedió a costa de la supresión de las instituciones medievales. Una de las primeras labores que debieron enfrentar los glosadores fue la manera de conciliar el Derecho romano con la multiplicidad de figuras que existían al momento de la recepción, entre ellas, la noción de bienes de la Corona, las regalías y, sobre todo, la multiplicidad de relaciones feudo-vasalláticas existentes, y sus consecuencias para el régimen de la propiedad raíz.

1. Los “*iura regalia*”.

El proceso de patrimonialización del feudo se produce en forma paralela a una reivindicación de sus potestades por parte de los reyes y príncipes, como resultado directo del ideario iuspublicístico resultante de la Querella de las Investiduras. Los juristas que aportaron sus argumentos en defensa de la posición del emperador en contra de Gregorio VII sentaron al mismo tiempo las bases para que cada rey o príncipe reclamara para sí un conjunto de potestades que el emperador concentraba efectiva (en sus tierras) o simbólicamente (respecto de reyes y príncipes). De ahí el brocardo “*Rex in regno suo est imperator*”. No obstante ello, los respectivos señores ejercían en términos concretos estas facultades en sus feudos: “*Chascuns barons est souverains en sa baronie*”. A fin de explicar esta situación es que las potestades ejercidas por los señores, en cuanto vasallos del rey, van a ser considerados como desmembraciones del poder que le corresponde al rey. Estas son las regalías o *iura regalia*, concepto que tuvo su desenvolvimiento teórico y dogmático en la esfera conceptual del *ius commune*⁶¹.

Las regalías no eran un conjunto homogéneo de facultades, de lo cual estaban plenamente conscientes los juristas medievales. En este sentido, la institución de las regalías tuvo un significado amplio, que comprendía a todos los derechos de los monarcas en materias eclesiásticas y estatales⁶². Dentro de estas últimas había dos clases de regalías: las “regalías mayores”, que comprendían todas aquellas facultades vinculadas a las funciones fundamentales para el buen gobierno y administración (juzgar, hacer leyes, acuñar monedas, etc.), las que eran indelegables; y las “regalías menores”, en las cuales no se manifestaba la majestad del rey (cuidado e impuestos de caminos, minas, bosques, tesoros, bienes abandonados, etc.⁶³), por lo que se permitía su concesión a los particulares.

⁶¹ Cfr. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Notas sobre la regalía de las minas en el “ius commune”*, en *Revista de Derecho de Minas* 9 (1998), p. 25.

⁶² Véase GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho administrativo* (Madrid, 1973), p. 18.

⁶³ Como lo señala PAREJO ALFONSO, Luciano, *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, en *Revista de Administración Pública* 100-102 (1983), p. 2.389, la *pax et tranquillitas civitatis* se traduce en una garantía que debe dar el rey para el uso público de determinados bienes, lo que lleva a sostener por vía indirecta la titularidad del monarca sobre estos bienes, como son los caminos, los bosques, mercados, montes, aguas y fuentes. Lo que en el Derecho romano tenía una naturaleza predominantemente objetiva (el régimen exorbitante de las cosas para su uso y destino) sufre un profundo y definitivo proceso de subjetivación.

La relación entre la Corona y las regalías es simplemente la que se da entre un titular de poderes públicos y los poderes públicos en sí mismos. La Corona era una entidad personificada, un sujeto titular del poder público dentro del reino, mientras que las regalías o *iura regalia* eran los poderes o potestades públicas concretas. Dentro de éstas encontramos aquella potestad que se ejerce sobre determinados bienes, denominados “bienes de realengo”. Sobre los bienes de realengo existe, por regla general, una prohibición general de uso, o bien una prohibición de aprovechamiento exclusivo. La regalía consiste aquí en una concesión o licencia real que permite a una persona el uso de estos bienes, o bien su aprovechamiento a título exclusivo⁶⁴.

La doctrina de los *iura regalia* se relaciona directamente con el desarrollo de la nomenclatura relativa al dominio, como se verá. Sin embargo, antes de entrar en el examen de esta materia es preciso examinar otra dimensión del proceso histórico de juridificación de las situaciones feudales.

2. *El patrimonio de la corona.*

Uno de los principales problemas que enfrentó la estructura formal de poder durante el feudalismo fue el de la conservación del poder real. Muchos reyes llegaron a ver reducido su ámbito efectivo de potestad a territorios muy pequeños, insignificantes en comparación con los de algunos de sus vasallos. El ejemplo clásico fue el del rey de Francia, que en su tiempo llegó a tener apenas los territorios que hasta hoy se conocen como “Île-de-France” frente a su vasallo el duque de Normandía, en posesión de la región homónima. Este fenómeno se puede explicar en la concurrencia de dos factores. Por una parte, la entrega de tierras en feudo que sustraían los respectivos territorios del ámbito de potestades del rey. El rey sólo conservaba la facultad de reclamar para sí estas tierras a falta de vasallo, lo que a su vez se dificultó en la medida en que el feudo se fue considerando hereditario. Sin embargo, la facultad existía, del mismo modo que la de reclamar para sí el feudo de un vasallo que había roto su juramento de lealtad faltando a sus deberes de auxilio y consejo. Esto será la base para el concepto, desarrollado tardíamente, de dominio eminente⁶⁵. Por otro lado, el Derecho altomedieval se caracteriza por sus elementos germánicos, que eran bastante rudimentarios. En los reinos germánicos no se distinguió entre bienes del monarca y bienes del Estado, pues no disponían de los elementos básicos para alcanzar el grado de abstracción que les permitiera concebir algún tipo de organización o entidad institucional, como es el Estado y, más concretamente, el patrimonio de la Corona. Así, los reinos germánicos eran patrimonio de los reyes, perfectamente divisibles entre los hijos al momento de la muerte del monarca⁶⁶. Frente a esto se va a alzar la doctrina de la indivisibilidad del reino, asociada a la idea de primogenitura en la sucesión de la

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ Y que en nuestra cultura jurídica subsiste en el precepto que el Estado es dueño de todo inmueble que no tenga otro dueño, según el artículo 590 del C. Civil, que es el antecedente de las facultades expropiatorias del Estado.

⁶⁶ Cfr. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, Claudio, *Viejos y nuevos estudios sobre las Instituciones medievales* (Madrid, 1976), II, p. 1154.

Corona, y que forma parte del proceso de institucionalización de la misma. Sobre esta base se va a proponer la existencia de una serie de derechos y de un patrimonio cuya conservación es necesaria para la existencia del reino y que en esa calidad el rey tiene el deber de conservar. Este deber se basa en la lealtad y el respeto hacia los distintos estamentos. Así se desprende del juramento de conservar los derechos de su reino y el honor de la Corona que todos los reyes debían hacer al momento de su coronación⁶⁷, y de algunas normas medievales, como las *Partidas*⁶⁸.

Es en consideración a tales deberes, que en distintos reinos, los reyes y sus cortes pactarán leyes que atribuyen a los bienes de la Corona el carácter de inalienables e imprescriptibles, sin distinción. En Inglaterra se establece la inenajenabilidad de la Corona en el siglo XIII, con Eduardo el Confesor, y en 1301 se establece el juramento real para la conservación de los derechos del reino. En Francia esta regla comienza a surgir en el siglo XIII; posteriormente, en 1363 aparece en el juramento real, en 1413 se dicta una ley impuesta por los estamentos que prohíbe al rey enajenar nada perteneciente a la Corona, y finalmente se dicta en 1566 el “Edicto de Moulins”, durante el reinado de Carlos IX, que consagra la inalienabilidad de todos los bienes de la Corona, sin distinción entre ellos. Esta práctica también se habría extendido a los reinos de Bohemia, Hungría y Polonia⁶⁹. Por su parte, en la época de Juan II se llega en las Cortes de Valladolid de 1442 a una ley pactada con el pueblo, en cuya virtud “*todas las cibdades e villa e logares mios e sus fortalezas e terminos e jurediciones e fortaleza ayan seydo e sean de su natura inalienables e imprescriptibles para siempre jamás*”⁷⁰.

Se ha sostenido que el objetivo de estas leyes fue el de asegurar la indivisibilidad del poder real y el uso colectivo de determinados bienes esenciales, así como garantizar unas fuentes de ingresos permanentes para la Corona, previniendo contra mayores repartos de contribuciones⁷¹. Sin embargo, a estas leyes también subyace la desconfianza frente a la acción de los monarcas, a pesar del deber de conservación que se le impone respecto de dichos bienes, castigando en definitiva a los terceros que celebran negocios sobre estos bienes, pues ni se les reconoce aptitud para adquirir la propiedad a los respectivos actos (por la inalienabilidad

⁶⁷ En este sentido se habría pronunciado Baldo de Ubaldi. Véase KANTOROWICZ, Ernst, *Los dos cuerpos del rey: un estudio de teología política medieval* (trad. cast., Madrid, 1985), p. 337.

⁶⁸ Partidas 1ª, título 14º, proemio; 2ª, título 15º, leyes 2 y 5; y 2ª, título 17º, Ley 1.

⁶⁹ Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *La Corona. Estudios sobre un símbolo y un concepto político*, en EL MISMO, *Del Mito y de la Razón en la Historia del Pensamiento Político* (Madrid, 1968), p. 43.

⁷⁰ Los efectos del incumplimiento de esta regla tuvieron la más grave sanción jurídica, consistente en la revocación de las enajenaciones hechas después de la citada ley. Cfr. CLAVERO ARÉVALO, Manuel, *La inalienabilidad del Dominio público*, en EL MISMO, *Estudios de Derecho administrativo* (Madrid, 1992), p. 385 s.

⁷¹ Cfr. CLAVERO ARÉVALO, Manuel, cit. (n. 70), p. 386. En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Dos estudios sobre la usucapión en el Derecho administrativo* (3ª edición, Madrid, 1988), p. 52; PAREJO, cit. (n. 63), p. 2.390; y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (dir.), *Los bienes públicos. Régimen jurídico* (Madrid, 1997), pp. 23-24.

de los bienes), ni podrán llegar a adquirirlos por prescripción (por su imprescriptibilidad)⁷².

3. Los “*plura dominia*”.

Para comprender la forma que adquiere la posesión y tenencia de la tierra en la Baja Edad Media es necesario cambiar la perspectiva a partir de la cual ha sido analizada, oculta durante un largo período histórico bajo el velo de las pautas interpretativas del arquetipo de propiedad absoluta, constituido en instrumento fundamental para concretar y hacer realidad la ideología liberal individualista. En efecto, para el hombre medieval la visión de lo que hoy podríamos llamar propiedad no gira en torno al sujeto, sino que se construye a partir de las cosas.

Esto se demuestra si se examina el pensamiento de los maestros y doctores del Derecho común, quienes no estaban sujetos a las presiones de la ideología liberal e individualista que impregnó los códigos decimonónicos. Así, la realidad jurídica de la propiedad no era concebida por ellos en torno a un elemento unificador, como es la figura de un sujeto libre y soberano, igual a sus pares, sino que a partir de las posibilidades de aprovechamiento de las cosas, las *utilitates rei*. La singularidad de cada *utilitas* permite configurar toda una gama de derechos autónomos sobre la cosa, los cuales eran calificados sin mayor esfuerzo como *dominia*, pudiendo coexistir, en el lenguaje de la época como *plura dominia*. Esta forma de concebir las situaciones jurídico-reales sobre las cosas no representaba ningún problema lógico para estos maestros y doctores, pues su concepción de la propiedad no partía de una unidad abstracta y previa que requería luego de un desmembramiento para justificar las distintas situaciones jurídico-reales. Esto no obsta a que la reunión en un solo titular de los distintos *dominia* diera lugar a un tipo de *dominium* calificado de *plenum* o *perfectum*. Según Grossi los *dominia* constituyen siempre una propiedad, aunque ella poco comparta con la propiedad moderna, pues son una respuesta a la búsqueda de la idea de pertenencia, constituyendo el hilo conductor que liga el *dominium* clásico, los *dominia* de los glosadores y la propiedad de los pandectistas⁷³. Así, el *dominium* y la *iura in re* no constituyen

⁷² De hecho, y en el entendido de que el rey era el administrador de los bienes de la Corona, y la Corona era un sujeto carente de capacidad propia, los juristas medievales construyeron la regla de la inalienabilidad de estos bienes aplicando a la Corona y también a la Iglesia todos los privilegios jurídicos establecidos en favor de los menores de edad de acuerdo a una ley de los emperadores Diocleciano y Maximiano, en cuya virtud “la *res publica* tenía por costumbre aplicarse a sí misma el Derecho de los menores de edad”. Cfr. KANTOROWICZ, cit. (n. 67), p. 352; y GARCÍA PELAYO, cit. (n. 69), p. 45. De esta forma, la Corona era asimilada por los juristas a un menor, mientras que el rey era considerado su tutor o curador. Entre estos privilegios se encontraba la regla de que la prescripción no afectaba a los menores. Además, ni el tutor ni cualquier otra persona puede enajenar los bienes del menor o disminuirlos, y el tutor era personalmente responsable de la conservación íntegra de la propiedad de su pupilo. De esta manera, los bienes del menor eran inalienables y estaban protegidos por la *in integrum restitutio* en el caso de operaciones dolosas y fraudulentas que mermaran su patrimonio, y que tenía por objeto obtener la restitución de una cosa o su vuelta al estado original. Cfr. KANTOROWICZ, cit. (n. 67), p. 352. De aquí surge la conocida máxima “*Nullum tempus currit contra regem*”.

⁷³ GROSSI, cit. (n. 60), p. 92.

una antítesis lógica, como sucede en el moderno Derecho civil, sino que ambos participan de la esfera de la propiedad, al representar alguna forma de pertenencia de la *res corporalis* respecto de un sujeto⁷⁴.

4. *Dominio eminente, dominio directo, dominio útil.*

Lo dicho no implica que en los juristas de la Recepción y en los glosadores no existiese la capacidad de distinguir las variedades de situaciones jurídicas surgidas al amparo del régimen feudal. Su mérito consiste en haber logrado construir un acervo conceptual que permitiese explicar, a partir de categorías jurídicas romanas, la realidad de la propiedad desdoblada y de las *plura dominia*. Sus componentes principales son los pares “dominio eminente/dominio directo” y “dominio directo/dominio útil”⁷⁵.

Como ya se ha señalado, el sistema feudal incluía un variopinto universo de realidades posesorias o de tenencia, en uno de cuyos extremos se encontraba el señor feudal, titular nominal originario, pero desprovisto de toda facultad efectiva de aprovechamiento económico de la tierra; y en el otro el campesino, hombre libre o sometido a algún tipo de restricción (usualmente el vínculo a la tierra y al señorío) que carece de cualquier título dominical, pero es quien detenta efectivamente la tenencia de la tierra, pasando por una serie de intermediarios, los vasallos y subvasallos, *suzerains*⁷⁶ y señores, respectivamente. En Francia se contaron seis formas principales de concesión que no transmiten la propiedad. En Alemania existieron considerables diferencias no sólo entre los territorios, sino

⁷⁴ Sin embargo, como lo señala GROSSI, cit (n. 60), p. 95, no todo *ius in re* puede ser elevado a *dominium*, sino solamente los que inciden directamente o sobre la globalidad de la cosa (como la propiedad), o sobre dimensiones particulares de la cosa (como la enfiteusis, la superficie, las concesiones fundarias a largo plazo, la locación a largo plazo). Fue enseñanza recibida de los doctores del Derecho común el no elevar a *dominium* una servidumbre predial o una servidumbre personal, ya que éstas no podrán encerrar en el número de los *iura in re aliena*. En cambio, el *dominium* debe comprometer y acometer frontalmente el sujeto y un fragmento del cosmos, porque sólo con ellos se puede actuar un mecanismo auténticamente apropiados: hay apropiación de la cosa solamente si hay esta aproximación frontal. Enfiteusis, superficie, censo, precario, locación a largo plazo serán *dominia* en cuanto situaciones que comprometen la *res Dominia* relativos a la *utilitas rei*, *dominia utilia*, pero *dominia*

⁷⁵ Seguimos en esta exposición a COING, Helmut. *Derecho privado europeo* (Madrid, 1996), I, p. 443 ss. Sobre la distinción entre dominio público y dominio eminente, véase FEENSTRA, Robert. *Les origines du “dominium utile” chez les Glossateurs (avec un appendice concernant l’opinion des Ultramontains)*, en EL MISMO, *Fata Iuris Romani* (Leyden, 1974). La concepción del *dominium eminens* se desarrolla sobre la base de un desdoblamiento de la propiedad sobre el suelo. Por un lado se encuentra el *dominio directum o eminens*, que es la tradicional *proprietas* romana, y por el otro está el *dominio utile*, que corresponde a un derecho de uso y aprovechamiento del suelo sujeto a cargas reales y personales para su titular. El origen de la figura del dominio eminente se puede reconducir a dos instituciones del Derecho romano. La más importante es la *enfiteusis* (*emphyteusis*), cuya utilización se extiende a los suelos rurales, mientras que en el suelo urbano destaca el *derecho de superficie*. Lo particular de ambos institutos es que sus antecedentes son de origen público, ya que se desarrollan a partir de la concesión de tierras a particulares por diversas entidades públicas romanas.

⁷⁶ El término usado principalmente en el ámbito del feudalismo francés, alude al que es “señor de mi señor”, o sea, a aquel de quien mi señor tiene sus tierras.

también entre las distintas comarcas. En Italia la situación era similar, aunque en el norte y centro se extendió el uso de la *enfiteusis* y un contrato derivado de ella (*contractus libellarius*), mientras que en el sur se utilizaba la *colonia perpetua* como forma de entrega de la tenencia de la tierra. En España se adoptó en los distintos territorios la *enfiteusis*, el censo en diversas modalidades, los *foros* y los *juros*. Por su parte, la concesión de los inmuebles de la Iglesia y las instituciones eclesiásticas se realizaba a través de la *precaria*, debido a que sus bienes estaban sometidos a un régimen especial de prohibición de enajenar⁷⁷. No obstante la diversidad de formas que existían para configurar estas relaciones, todas tenían un elemento económico común: la concesión de suelo agrario con la finalidad de su explotación a cambio de un pago, ya sea en dinero, en especie o servicios.

Las posiciones jurídicas de los campesinos tenían a su vez diferencias profundas, que iban desde una especie de derecho de propiedad sobre el suelo a cambio de una renta real asegurada, pasando por concesiones de por vida y heredables, otras sujetas a plazo, hasta llegar a la forma más débil, que era la concesión condicionada a la revocación por parte del señor feudal. El abanico también era extenso respecto de las prestaciones debidas, aunque normalmente eran contribuciones en especie o dinero junto a eventuales servicios.

A partir de los siglos XII y XIII se fortaleció la posición jurídica del campesino frente al señor en la mayoría de los países europeos, con la creciente importancia del carácter transmisible que fue adquiriendo la cesión del suelo, y la fijación de las contribuciones y servicios debidos. Ciertamente es que en algunas zonas hubo lo que comparativamente podría denominarse un retroceso sobre todo en el siglo XIV, en el que la economía de la Europa Oriental llevó a un empeoramiento de posición jurídica del campesinado, y en el siglo XVI, en que la entrada de comerciantes enriquecidos al grupo de señores territoriales impulsó un intento de cambiar el arrendamiento hereditario por un arrendamiento a plazo fijo. Este fortalecimiento fue recogido por los juristas que, con notable espíritu práctico, privilegiaron la protección a las realidades de aprovechamiento bajo la forma de *dominio útil*, a partir de algunos pasajes del *Código* de Justiniano (Cl. 11,62,12) y del *Digesto* (D. 39,3,1,23 y 14,5,5,1). Distinguiendo entre dominio eminente, dominio directo y dominio útil era posible comprender la posición jurídica del señor y la del vasallo en la concesión de las tierras, bajo la reserva de hacer contribuciones al cedente, junto a la existencia de un derecho de reversión a favor del señor, así como las distintas realidades posesorias o de tenencia de los campesinos frente a su señor (quien tenía la tierra en calidad de vasallo)⁷⁸.

⁷⁷ Véase COING, cit. (n. 75), p. 461, con una abundante cita bibliográfica.

⁷⁸ Por tal razón, Baldo precisó que, además del contrato feudal y de *superficies*, transmitían *dominium utile*, la *enfiteusis*, la *locatio conductio ad longum tempus*, el *contractus libelli* y la *precaria* eclesiástica, doctrina que, en palabras de COING, cit. (n. 75), se convirtió en convencimiento general [BALDUS, ad Cl. 4,66: "*Sex sunt contractus, ex quibus transfertur utile dominum [...] contractus superficiarius, contractus locationis ad longum tempus, contractus emphyteuticus, contractus libellarius, contractus precarie, contractus feudalis*"]. La misma concepción tenían los juristas franceses para el *censive* del Derecho francés. Véase DUMOULIN, Charles, *Commentarium in consuetudines Parisienses*, en *Opera omnia* (Paris, 1681), I, tít. 2º, rubr. 4ª, en donde explica

Con la propiedad desdoblada la glosa llegó a una integración del Derecho romano y germánico sobre el suelo, lo que contribuyó decisivamente a la aplicación práctica del primero, ya que sin una adecuación al Derecho germánico hubiera sido muy difícil que el Derecho romano llegara a los tribunales⁷⁹ aun cuando el origen de este notable hecho histórico se atribuya a un “malentendido científico”.

En efecto, el origen de esta distinción se encuentra en la evolución que experimentaron en el Derecho romano tardío tanto la *enfiteusis* como el derecho de superficie, a cuyos titulares se concedió una *rei vindicatio utilis*, la que se construyó a partir de la acción romana que defendía la propiedad (*rei vindicatio*). Esto llevó a los juristas medievales a la conclusión de que la acción *utilis* se tenía que basar en un *dominium utile*. La glosa *Nam in suis* a Cl. 10,15,1 expresa lo ya dicho: “*Appellatione sui accipe, sive sit dominus directo sive utiliter ut feudatarius, emphyteuta et similes*”. Aunque esta glosa no encontraba asidero en las fuentes romanas, contribuyó a compatibilizar el Derecho romano con el germánico, ya que el derecho de superficie y la *enfiteusis* eran perfectamente comparables a los casos germánicos de una *Gewere* que admitía diversas gradaciones⁸⁰.

que la relación feudal y el *censive* conceden el *dominium utile* al investido. Además, POTHIER. *Traité de la propriété*, en *Oeuvre* (Paris, 1848), IX, núms. 3 ss.

⁷⁹ WESENBERG, Gerhard - WESENER, Gunter, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa* (trad. cast. Valladolid, 1998), pp. 82 ss. Cuando se produce la recepción del Derecho romano justinianeo al norte de los Alpes, el sistema de Derecho culto no presentó ningún problema con el instituto de la propiedad sobre los bienes muebles, pues bastaba el concepto unitario en lo fundamental más los sistemas de protección del mismo (*rei vindicatio* y *actio negatoria*). La propiedad sobre el suelo planteó una cuestión diferente: la existencia de un sistema que se había asentado durante siglos, y que eran las relaciones que existían entre el Terrateniente y el campesino, el primero recibía del segundo el pago de un impuesto anual (*consuetudo*), que también pagaban sus padres, a cambio del uso y disfrute de la tierra que había heredado de sus antepasados. Los glosadores del *Corpus iuris* creyeron descubrir esta teoría en las fuentes romanas (*dominium utile* y *dominium directum*), adjudicando al campesino la propiedad de uso y disfrute (*dominium utile*) que habían heredado de sus antepasados. Su derecho se llamaba *Erbliche* o también *enfiteusis*. El terrateniente tiene el derecho de disposición (*dominium directum o proprietät*) y al cobro del impuesto o canon. Ninguno de los dos podía despojar al otro de su derecho. En la práctica, la mayor parte del suelo rural quedaba desdoblado en su propiedad, pero podía darse el caso de que ambos tipos de dominio se radicarán en una sola mano (*dominium plenum*).

⁸⁰ Para WESENBERG - WESENER, *Historia*, cit. (n. 79), p. 82, la construcción de la glosa no es “equivocada” en el sentido corriente, ya que contribuía a armonizar el sistema romano y germánico. GROSSI, Paolo, *Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea* (Barcelona, 1986), p. 98, en el mismo sentido sostiene lo siguiente: “Para el historiador, la adquisición fundamental es que el dominio útil no es una diversión de los juristas, producto de un laboratorio merecedor solamente de análisis escolástico; es más bien la cúspide que aflora de un gran proyecto científico que pretende diseñar figuras jurídicas en perfecta coherencia con la mentalidad circulante. Si el dominio útil no hubiese consistido en todo esto, habría muerto al día después de su fabricación, tal como nacen y mueren tantos artificios de la alquimia jurídica. Ha, sin embargo, sobrevivido, y mucho más allá de los confines de la experiencia medieval, convirtiéndose en huésped incómodo de textos legislativos, doctrinales y judiciales durante buena parte de la primera edad moderna, casi hasta ayer”. Sobre esta materia, véase también HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho civil. Introducción histórico-dogmática* (trad. cast., Barcelona, 1987), pp. 113-115. En virtud de

El reconocimiento del *dominium utile* no era sólo una cuestión de carácter teórico, pues tenía importantes efectos en la *praxis*. La posición del campesino o vasallo se encontró reforzada a través de la doctrina de los juristas, lo que dio origen a una actitud más cuidadosa por parte de los señores territoriales para impedir su aparición. Los campesinos y los señores rurales comenzaron, respectivamente, a alterar en su provecho el monto de los tributos, junto a lo cual se inició una lucha por obtener el *dominium plenum* –unión del *dominium directum* y *utile* en una sola mano—. Para tal efecto, los señores rurales o terratenientes privaron a los campesinos de la tierra y pasaron a administrarla personalmente (*Bauernlegen*). La Iglesia y la realeza siguieron una conducta diversa, ya que optaron por la protección del campesino amparando su *dominio útil*.

Frente a la posición adoptada por los señores territoriales surgió la cuestión de saber si la facultad de disposición, que en principio se les reconocía, podía sin más ser ejercida en perjuicio de los campesinos. El jurista de Brandenburgo Köppen declaró, ya entrando al siglo XVII, la ilicitud del denominado *Bauernlegen* cuando su única causal era la utilidad privada del señor, legitimándola cuando ella perseguía la *utilitas pública*⁸¹. En Alemania, los señores territoriales trataron de evitar la aparición del *dominio útil* limitando la duración de los contratos de cortijo, para que no constituyeran *locatio ad longum tempus*, fuente usual de *dominium utile*⁸².

De este modo, la aplicación de los principios del *ius commune* otorgó mayores garantías a los campesinos a través del reconocimiento y respecto de su *dominium utile*, que vino a constituir una categoría de protección preferida frente al dominio directo como mero título de tenencia o posesión, sin tenencia o posesión efectiva, sin aprovechamiento en los hechos. De esta forma, no podían ser privados de él sin la correspondiente indemnización⁸³. Pero al mismo tiempo, se reconoce en el dominio directo una facultad de disposición inherente a la calidad de señor y, por lo tanto, en términos contemporáneos, de carácter público y no privado. Si bien se protege el dominio útil, se le reconoce al señor, incluso al que se encuen-

este desdoblamiento de la propiedad, la enfiteusis era definida como un contrato nominado en virtud del cual el concedente, reteniendo el *dominium directum*, transmitía al enfiteuta el *dominium utile* de un inmueble, a cambio del pago de una renta, llamada *pensión* o *canon*, de carácter regular y permanente. La base de esta concepción es el título del Digesto 6.3. Véase MOLINA, Luis de. *De iustitia et iure, tomí duo. Quorum primus complectitur tractatum primum, & ex secundo disputationes 251. usque ad ultimas voluntates inclusive. Secundus, est de contractivus, & aliis, quae sequuntur* (Moguntiae Excudebat Balthasar Lippius, 1602), tract. II, disput. 10ª: “*Emphyteusis est contractus, quo res aliqua immobilis alicui fruenda traditur sub aliqua pensione, dominio proprietatis ea de causa redenda. Traditur vero interdum in perpetuum, interdum ad aliquot vitas, & interdum ad tempus, quod non minus si, quam decennium*”.

⁸¹ KOEPPEN, Johann, *Decisiones quaestionum illustrium in Germania quotidie occurrentium* (Magdeburgi, 1600), decisio 14ª.

⁸² El acuerdo de la Dieta de Brunswick (Salsdahlum), del año 1597, fijó un plazo máximo de nueve años para estos contratos.

⁸³ Aquí encuentra fundamento el razonamiento de Köppen para considerar como un ilícito al llamado “*Bauernlegen*”. Del mismo modo la doctrina del *ius commune* sobre el *pretium iustum* hace deducir que el terrateniente que obliga al campesinado a cederle sus campos, tiene que pagarle como tasa el precio justo que haya sido fijado por peritos.

tra más alejado de la tenencia o la posesión en la respectiva cadena, un poder de disposición. Recuérdese aquí que el señor feudal, al menos, tiene la facultad de disponer del feudo cuando falta todo heredero (una vez que se ha evolucionado hacia el carácter hereditario del beneficio feudal), o bien de privar del feudo a un vasallo desleal —aunque ocasionalmente requiera autorización de la Iglesia para sentirse él mismo liberado de su parte del juramento—. Se le va a reconocer luego la facultad de atraer para sí una parte del beneficio feudal cuando lo requiere la *pública utilitates*; esto, en particular, tratándose del rey. Esta facultad, o haz de facultades, será denominada *dominium eminens*. Expuestas así las cosas, esta teoría permitió explicar una de las instituciones más propias del Derecho público moderno, como lo es la expropiación, en la medida en que el titular del *dominium eminens* aparece como un suprapropietario del fundo con respecto a sus vasallos, ejerciendo potestades de imperio, mas no derechos de propiedad propiamente tales. Así, le corresponde un derecho “predominante”, un *ius eminens* que justificaba su injerencia en la propiedad de aquellos. Era un derecho de majestad, pero no se podía ejercer de forma arbitraria y sin pagar la correspondiente indemnización. Cuando se hacía uso de la suprapropiedad (*ius o dominium eminens*) y se imponía una carga, ésta tenía que ser compensada con una indemnización. El principio o norma que se aplicaba era el del tratamiento equitativo del vasallo⁸⁴.

La integración de las relaciones posesorias agrarias en el Derecho común fue esencialmente obra de los juristas de la época de la Recepción. En Alemania se debe a los juristas de los siglos XV hasta XVIII. Estas bases se mantuvieron en lo sustancial, sin perjuicio de que se dieran algunas evoluciones particulares dentro de la doctrina. Dentro de ellas destaca la concepción que se impuso en Francia en el siglo XVIII, en donde se consideraba como verdadero propietario al titular del *dominium utile*, en lugar del titular del *dominium directum* como lo entendía el *ius commune*. Así lo afirma, por lo demás, Pothier⁸⁵, lo que era el preludio de la revolución que se experimentará a fines de dicho siglo y del sentido que se le dará a la propiedad.

La propiedad dividida, con su correspondiente teoría, sobrevivió hasta finales del siglo XVIII, cuando el Estado corporativo fue cuestionado en tiempos de la Ilustración y, como consecuencia de la abolición de los privilegios y el orden estamental, se termina por extinguir las cargas feudales sobre la propiedad, surgiendo un concepto unitario y absoluto, que viene a desplazar la concepción de la propiedad desdoblada⁸⁶. El concepto de “dominio eminente”, por su parte, fue

⁸⁴ La teoría de la pretensión de sacrificio (“Aufopferungsanspruch”) encontró su formulación ilustrada en los celebres §§ 74 y 75 del Título preliminar del *Allg. Landrecht* de Prusia, en los siguientes términos: § 74: “Los derechos y privilegios individuales de los miembros del Estado deben supeditarse a los derechos y deberes tendientes a la consecución del bien común cuando entre ambos exista una contradicción (colisión) real”; § 75: “Por el contrario, el Estado está obligado a resarcir a aquel que sea requerido a sacrificar sus derechos especiales y privilegios en bien de la comunidad”.

⁸⁵ Véase HATTENHAUER cit. (n. 80), p. 114.

⁸⁶ POTHIER. *Traité de la propriété*, en *Oeuvre* (Paris, 1848), IX, núm. 3.

⁸⁶ Este proceso se alcanzó en Francia con la revolución de 1789 y su nueva legislación, la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* y con el *Code Civil Napoléon*. En cambio,

reconducido al concepto de “soberanía” a partir del siglo XVII, en una visión en la que pesaba todavía la confusión entre potestades públicas y otras de naturaleza u origen patrimonial⁸⁷, sobre todo porque los príncipes y monarcas, además de las potestades que les correspondían en virtud del *ius o dominum eminens*, habían recuperado para sí, en muchos casos, el dominio directo de una serie de territorios. Por eso no es de extrañar que romanistas como Álvaro d’Ors relacionen el concepto de dominio eminente con un poder potencial de la comunidad sobre el territorio, derivada de su apropiación colectiva y originaria, y que le otorgaría el poder para expropiar, imponer tributos y para planificar urbanísticamente⁸⁸.

en Alemania esto se logra a través de los aportes de la doctrina, principalmente de Antón Justus Friedrich THIBAUT, quien en su disertación: *Ueber dominium directum und utile*, habría demostrado convincentemente que la teoría de la propiedad desdoblada había sido una falsa interpretación de los textos del *Corpus iuris*, la que calificó incluso de “lächerlich” (“risible” o “absurda”).

⁸⁷ Cabe recordar, por ejemplo, los señoríos ejercidos por los reyes en España (realengos), así como la concesión de derechos que otorgaban sobre los territorios reconquistados, e incluso todo régimen de concesiones sobre el *ager publicus* previsto en el Derecho romano.

⁸⁸ Los antecedentes del pensamiento de Álvaro d’ORS se pueden encontrar en un breve comentario titulado *Ex-arrendamientos*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 21-22 (1951-1952), pp. 1278-1280. En ella ya comienza a vincular las fuentes de dominio útil con el dominio eminente con relación a las formas de concesión de *ager publicus* en el Derecho romano. Al respecto señala que: “El derecho de enfiteusis, al que el arrendamiento tiende a asemejarse, sólo puede concebir cabalmente como concesión de un dominio útil sobre una finca de propiedad pública o soberana. Tal proceso de “realización” de los derechos arrendaticios rústicos y urbanos, ¿no querrá decir que nos acercamos a una concepción según la cual el suelo es siempre del Estado? Si bien nos fijamos, la limitación que el nuevo Derecho de arrendamientos impone al propietario no tiene carácter privado, sino público. Es el Estado el que quiere decididamente proteger al que se halla en la “situación” de arrendatario. En el fondo se trata de una intromisión estatal para reducir la potencia de los propietarios soberanos. Y es que el dominio del territorio es fundamentalmente un rasgo de soberanía. La ocupación del suelo –“Landnahme”, según la terminología de Carl Schmitt– es el acto originario de toda la serie concatenada de situaciones y relaciones jurídicas que integran el sistema jurídico válido sobre aquel territorio [...] sobre el suelo todo título de propiedad privada es siempre derivativo, y tiene el carácter de una concesión que hace el poder soberano –llamémosle Estado– a unos particulares. En tanto se trata del terruño que el mismo propietario ocupa o trabaja, esa concesión puede tener un carácter más estable; pero cuando el concesionario se convierte a su vez en concedente de otros concesionarios inferiores –en forma de foro o arrendamiento– entonces se produce una subrogación de soberanía. El verdadero soberano puede, en estos casos, hacer dejación de su dominio originario y eminente, y así ocurre en la matizada gama de regímenes feudales; pero nunca se puede impedir que el soberano quiera recuperar su dominio. El signo por el que su dominio sigue señalándose es la contribución territorial. La contribución territorial es, en el fondo, la merced por la concesión, aunque la nueva ciencia fiscal le quiera dar otro carácter. En algunas propiedades especiales, como la de minas, ese dominio eminente del Estado resulta más visible, pero, en realidad, toda la propiedad inmobiliaria de explotación, es decir, destinada a la concesión arrendaticia, está bajo la espada de Damocles de recuperación dominical del Estado. Por ahora, el Estado no hace más que intervenir, imponiendo su *imperium* en forma de leyes autoritarias destinadas a la protección del arrendatario. Pero puede llegar en cualquier momento el acto más decisivo de una confiscación o expropiación forzosa, que viene a ser lo mismo”, de esta forma, todavía existiría un rasgo del antiguo Derecho romano: “En realidad, todo el suelo es “provincial” y

Todo este complejo sistema va a ser el principal objetivo de ataque tras el triunfo de las ideas individualistas. Las premisas ideológicas liberales, apoyadas por una evolución económica que así lo reclamaba, van a demandar la construcción de un derecho de propiedad de contenido ilimitado o absoluto, que chocaba derechamente con la realidad de un dominio desmembrado y su correspondiente tradición doctrinal. La construcción de este concepto unitario parte necesariamente de un desmantelamiento de la propiedad dividida, en donde cobra especial relevancia la desvinculación de las cargas feudales. Por su parte, la teoría de los *plura dominia*, la variedad de modalidades de aprovechamiento parcial, temporal sometido a cargas, etc., se abandona a partir de la integración de los *iura in re* en la propiedad, esto es, a partir de su construcción y definición por referencia a la propiedad. La propiedad se va a entender, a partir de este momento, como un derecho preexistente y conceptualmente constante, que contiene en sí facultades susceptibles de constituirse en *iura in re*.

5. La publicación del dominio eminente.

La propiedad desdoblada ha sido una de las construcciones jurídicas que mayor importancia ha tenido durante todo el período que va desde la recepción del Derecho romano hasta la conformación de la propiedad burguesa libre de toda carga. Quizás su construcción haya sido un poco artificiosa y errática a la luz de las fuentes justinianeas, pero su rápida aceptación, así como su aptitud para explicar un sinnúmero de figuras jurídicas heredadas del Derecho feudal, hicieron de esta construcción uno de los vehículos más importantes de la recepción del Derecho romano.

La noción de dominio eminente condensaba un complejo de relaciones jurídicas que surgían de las instituciones feudales, relaciones que hoy llamaríamos tanto públicas como privadas. Por eso, no es de extrañar que ella haya servido para explicar tanto las modalidades propietarias sobre el suelo agrario, como también, posteriormente, la relación que tiene el Estado con los bienes del dominio público, con el objeto de descartar los títulos de naturaleza privada y reconducirla al concepto de soberanía o, más precisamente, a la obligación de mera administración y conservación de estos bienes. Esta es la idea que Víctor Proudhon formula en

en él, como dice Gai. 2,7: “*dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum vel usumfructum habere videmur*”. En un trabajo posterior este autor afirma que “la primera apropiación es siempre colectiva [...], es el pueblo como colectividad quien toma para sí un territorio, y sólo secundariamente puede repartir algunas parcelas, o muchas, en propiedad privada”. Para él el dominio eminente del territorio resulta que: “la propiedad del suelo que se halla atribuida a propietarios privados es secundaria, no-fundamental, y por eso mismo puede ser objeto de expropiación; la pertenencia fundamental del suelo es aquella otra originaria de que la propiedad más o menos deriva”. Cfr. D’ORS, Álvaro, *Autonomía de las personas y señorío del territorio*, en *Anuario de Derecho Foral* 2 (1976-1977), p. 14 [después, en EL MISMO, *Ensayos de Teoría Política* (Pamplona, 1979), pp. 241 ss.]. Por último, señala que “la comunidad conserva, pues, como dominio superior o eminente, aunque sólo sea ordinariamente potencial, sobre las parcelas atribuidas”, lo que se concreta en la imposición de tributos, en la expropiación y en las facultades que el Estado se arroga en la planificación urbanística. Véase D’ORS, Álvaro, *Una introducción al estudio del Derecho* (Madrid, 1987), pp. 72-73.

la primera mitad del siglo XIX, y que Colmeiro seguirá al sostener que los bienes públicos “[...] pertenecen al dominio eminente, se derivan del derecho de soberanía y comprenden todas las cosas que no son propiedad de los individuos ni de las Corporaciones”⁸⁹.

La llamada época clásica del Derecho natural o del racionalismo jurídico (siglos XVII y XVIII)⁹⁰, formuló la noción de dominio eminente como facultad pública derivada de la soberanía o sumo imperio del príncipe para poder disponer de los bienes de sus súbditos en caso de necesidad o utilidad pública. En este sentido, Hugo Grocio (1583-1643), considerado el padre de esta Escuela, desarrolla su pensamiento sobre el “dominio eminente” en su obra más notable e influyente *De iure belli ac pacis libri tres* (1625), haciendo una nueva adecuación con las formas que ha adoptado la organización política (Estado moderno) y la concepción del poder político de los monarcas absolutos como soberanía. Para Grocio, el *dominium eminens* es una facultad que pertenece al soberano, según lo expresa en el lib. I, cap. 1º, párr. 6: “*Sed haec facultas rursum duplex est: vulgaris scilicet, quae usus particularis causa comparata est; & eminens, quae superior est jure vulgari, utpote communitati competens in partes & res partium boni communis causa. Sic regia potestas sub se habet & patriam & dominicam potestatem; sic in res singulorum majus est dominium regis ad bonum commune, quam dominorum singularium; sic reipublicae quisque ad usus publicos magis obligatur, quam creditori*”⁹¹.

En lo que sería una mejor referencia al concepto de dominio eminente, se cita el lib. I, cap. 3º, párr. 6, 2, en donde trata del poder civil y las cosas sobre las que versa, distinguiendo si recae sobre las cosas generales o sobre las particulares: “*Singularia circa quae versatur, sunt aut directe publica, aut privata quidem, sed quatenus ad publicum ordinantur. Directe publica sunt actions, ut pacis, belli, foederum faciendorum; aut res, ut vectigalia, et si quae his sunt similia; in quibus comprehenditur et dominium eminens, quod civitas habet in cives, et res civium ad usum publicum*”⁹². La distinción entre la facultad o derecho ordinario (que se refiere

⁸⁹ COLMEIRO, Manuel. *Derecho administrativo español* (3ª edición, Madrid, 1865), p. 5.

⁹⁰ La delimitación temporal de esta época no es del todo pacífica. Muchos la hacen comenzar con Hugo Grocio. Otros señalan a la época comprendida entre los años 1661 y 1814, fechas de la fundación de la cátedra de Derecho natural de Pufendorf en Heidelberg y de la fundación de la Escuela Histórica por Savigny y Grimm. Sin embargo, para efecto de nuestra exposición la delimitación de esta época no tiene una importancia decisiva y podemos dejarla de lado.

⁹¹ GROCIO, Hugo, *De iure belli ac pacis*, (ed. De Kanter-van Hettinga Tromp, B. J. A., Lugduni Batavorum, Brill, 1939, reimpresión Aalen, Scientia, 1993), p. 32: “Pero esta facultad es doble: ordinaria, que se refiere a las cosas de uso privado, y eminente, que es superior por Derecho a la ordinaria, en cuanto compete a la comunidad sobre los miembros y las cosas de los miembros por razón del bien común. Así, la potestad regia tiene debajo de sí a la patria potestad y a la dominica potestad; así, sobre las cosas particulares, el dominio del rey es mayor para el bien común, que el de los dueños particulares; así, cada cual más se obliga a la república para las funciones públicas que al acreedor”.

⁹² GROCIO cit. (n. 91), p. 100: “Los asuntos particulares, acerca de las cuales se trata, o son directamente públicas, o bien privadas, pero en cuanto se ordenan al público. Directamente públicas son acciones, como la paz, la guerra y la celebración de tratados; o cosas, como los tributos, y otras semejantes; en las cuales se comprende asimismo el dominio eminente, que

a las cosas de uso privado) y la facultad o derecho eminente (*facultas eminens*), delinea en definitiva la relación que existe entre derecho subjetivo y el derecho de soberanía. La primera compete a toda persona como sujeto ordinario, mientras que la segunda se entiende atribuida al rey, como la más alta magistratura del Estado moderno que se acaba de consolidar.

El pensamiento de Grocio fue seguido por toda la doctrina iusnaturalista moderna, entre los que estaba Tomasio, Pufendorf, Vinnio, Crusius, Diescau, Boehmer, Bynkershoek, Huber, Vattel y Noodt⁹³. Dentro de este grupo de juristas cabe destacar el pensamiento de Emmerich de Vattel (1714-1767), que vincula el dominio eminente con la naturaleza del vínculo que tiene el soberano respecto de todo tipo de bienes, tanto públicos como privados. Al respecto sostiene que “el derecho que pertenece a la sociedad, o al soberano, de disponer en caso de necesidad y por la salud pública de todos los bienes contenidos en el Estado se llama “dominio eminente” [...] además del dominio eminente, la soberanía de un derecho de otra naturaleza sobre los bienes públicos, comunes y particulares, y es el derecho de mandar en todos los lugares del país que pertenecen a la nación”⁹⁴. Y, seguidamente, llega a sostener que “todo lo que es susceptible de propiedad se presume que pertenece a la nación [...], pero la nación no posee todos estos bienes de la misma manera. Los que no están divididos entre las comunidades particulares o los individuos de la Nación, se llaman “bienes públicos”; los unos están reservados para las necesidades del Estado, y hacen el dominio de la corona o de la república; los otros quedaron comunes a todos los ciudadanos, que se aprovechan de ellos, cada uno según las leyes que reglan su uso, y se llaman bienes comunes”⁹⁵.

Lo dicho explica la asociación constante, sobre todo en siglos posteriores, que se hace entre bienes públicos y dominio eminente. Sin embargo, esta vinculación fue desapareciendo. Ya en su tiempo Jean Domat (1625-1695) había utilizado la expresión soberanía para hablar del poder que tiene el príncipe sobre estos bienes⁹⁶;

la ciudad tiene sobre los ciudadanos y los bienes de los ciudadanos en orden al provecho público”.

⁹³ Véanse: NICOLINI, Ugo. *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia* (Milano, 1952), que es la obra que contiene las referencias más precisas sobre esta materia; CARRO, José Luis, *Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional*, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 29 (1981), pp. 287-305; VERGARA BLANCO, Alejandro. *Sobre Grocio, aquel gran inventor de conceptos jurídicos, y las aportas del dominio eminente en REP.*, 64 (1989), pp. 337-346; y BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Notas históricas sobre la noción de dominio eminente, en Ius publicum* 4 (Santiago de Chile, 2000), p. 41-53.

⁹⁴ VATTEL, Emer de. *El Derecho de gentes, o principios de la ley natural* (Madrid, Imprenta de D. León Amarita, 1834), traducción española de *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqué à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains* (1758), pp. 241-242, núms. 243-244.

⁹⁵ VATTEL, cit. (n. 94), p. 236, núm. 234.

⁹⁶ Según Domat, estas cosas no pueden ser objeto de apropiación y el príncipe (o soberano) no tiene un derecho sobre ellas, sino que, por el contrario, tiene un deber: “arreglar el uso de todas ellas”. Véase DOMAT, Jean, *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le Droit public et Legum delectus* (A Paris, chez Le Breton, 1756), arts. 1 y 2, sec. 2ª, tít. 3º, del Libro Preliminar.

Víctor Proudhon sigue el mismo camino, en la primera mitad del siglo XIX⁹⁷. No obstante, el término dominio eminente se seguirá utilizando, aunque como sinónimo de soberanía, como ocurre con la obra de Colmeiro, en el siglo XIX, y del jurista chileno Luis Claro Solar, a comienzos del siglo XX, especialmente frente a la falta de una sólida teoría de las potestades públicas.

En síntesis, la propiedad desdoblada, como expresión de la patrimonialización del poder y de la justificación de las diversas cargas feudales, desembocó en las categorías modernas de la soberanía, fundamento de la monarquía absoluta y reconvertida dentro de los principios del Estado liberal de Derecho, y de la propiedad liberal, libre de cargas feudales, unitaria, abstracta y absoluta.

V. EL RÉGIMEN LIBERAL Y LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD

La sociedad del Antiguo Régimen, así como su organización política y su Derecho, comenzó a ser desplazada en Europa a finales del siglo XVIII, como ocurrió con Francia, y a lo largo del siglo XIX, como fue el caso de España y sus antiguos territorios en América. La nueva sociedad burguesa eliminó los estamentos privilegiados, estableció la igualdad jurídica de los hombres, implantó la libre circulación de los bienes y suprimió las instituciones medievales desvinculando a la tierra de viejas cargas y lastres que dificultaban su circulación, y que eran herencia de un régimen de propiedad desmembrada o desdoblada. En lo político, las antiguas monarquías de cuño absoluto fueron dando paso al modelo del Estado liberal burgués de Derecho, mientras que en lo económico el régimen feudal fue desplazado por el emergente sistema de producción capitalista.

En el régimen francés este proceso, vivido con la intensidad y rapidez de los sucesos de la Revolución, se plasmó jurídicamente en dos textos básicos y a la vez fundamentales del nuevo sistema jurídico de corte individualistas: la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 16 de agosto de 1789 y el *Code Civil* de 1804. En este último cuerpo normativo se puso una especial atención a las cuestiones vinculadas a la propiedad inmobiliaria, debido no sólo a la importancia económica que tenía el suelo en dicho momento histórico, sino también con el objeto de suprimir definitivamente toda forma de Derecho feudal que pudiera existir sobre la tierra⁹⁸.

⁹⁷ PROUDHON, Jean-Baptiste Victor. *Traité du Domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement pour rapport au domaine public* (1833). Para este autor el dominio público es el poder de regir y administrar las cosas que por ministerio de la ley están destinadas al uso de todos y cuya propiedad a nadie pertenece. El Estado no posee una titularidad, sino un poder de vigilancia, de policía; pero no la facultad de usar ni disponer.

⁹⁸ En este sentido autores como Albert Sorel sostienen: "*Par ce mot, il entend à peu près exclusivement l'immeuble, la maison et surtout la terre*". Véase Société d'Études Législatives, *Le Code Civil. 1804-1904* (edición facsimilar con "Introducción de Albert Sorel, Paris, E. Duchemin; Frankfurt, Sauer und Auvermann) I, p. xxxi. En el mismo sentido CARBONNIER, Jean. *Droit civil, III: Les biens: monnaie, immeubles, meubles* (19ª edición, Paris, 2000), p. 171, para quien los problemas fundamentales de la propiedad han sido debatidos hasta nuestra época en función de la propiedad inmobiliaria y, especialmente, de la propiedad rural.

El modelo de derecho de propiedad seguido en la Europa continental y que reproducen los pueblos americanos, fue el impuesto por el triunfo de la Revolución francesa de 1789 y que significó la asunción del poder por parte de la burguesía y el establecimiento de las bases políticas, económicas y sociales que permitieron configurar la propiedad como un derecho subjetivo fundamentado en la naturaleza de la persona humana.

Este hecho histórico, que marcará todo el siglo XIX y se proyectará en el siglo XX bajo una profunda revisión, encuentra su causa en el denominado “individualismo jurídico”, que es el resultado de tres movimientos confluyentes: i) el iusnaturalismo racionalista de los siglos XVI y XVII; ii) el movimiento e influencia de la visión económica por parte de los fisiócratas; y iii) las construcciones científicas realizadas por grandes juristas franceses de los siglos XVII y XVIII, destacando entre ellos Domat, Pothier y Portalis⁹⁹.

El iusnaturalismo racionalista se encuentra relacionado con el más amplio movimiento intelectual y político de la Ilustración, que domina el pensamiento europeo del siglo XVII. Este movimiento adopta distintas formas en Inglaterra, Francia y Alemania, pero el elemento o tronco común está constituido por una actitud intelectual de crítica racional del orden social y jurídico de la época, propugnando su reforma en función de la idea de progreso. Crea una nueva metafísica del Derecho utilizando para ello la experiencia de su historicidad y los materiales del *Corpus iuris*, considerado como *ratio scripta*, para la formulación de un sistema de Derecho privado fundado racionalmente, lo que conduce a un planteamiento abstracto y atemporal del mismo¹⁰⁰.

A la luz de este sistema el hombre aparece como un ser libre por naturaleza y titular de un conjunto de derechos inherentes a su condición, lo que son ina-

⁹⁹ Sobre el individualismo moderno y el concepto de propiedad seguimos en este apartado a VILLEY, Michel. *Notas sobre el concepto de propiedad*, en *Revista de Derecho Público* 35-36 (Santiago, enero-diciembre, 1984), pp. 67-81.

¹⁰⁰ Las doctrinas iusnaturalistas presentan también notables diferencias en sus resultados, como consecuencia de los diversos supuestos ideológicos en el ámbito de la teoría de la organización social, lo que deriva, a su vez, de una diversa concepción acerca del Derecho y de la cuestión fundamental de la interpretación de la idea iusnaturalista de los derechos innatos de la persona. En el plano de la organización política-social se enfrentan las doctrinas a favor del sistema de base corporativa (Althusio) y del absolutismo político (Hobbes). En el campo estrictamente jurídico se desarrolla la creencia en una comunidad universal jurídicamente ordenada y la idea de un orden ético de validez general (Grocio), de lo cual se derivó un conjunto de derechos civiles y políticos entendidos como patrimonio jurídico propio de la persona individual y, por tanto, como límite de la potestad normativa y fundamento de la legitimidad de la organización jurídico-social. El pensamiento iusnaturalista adquiere un matiz distinto en la cultura germánica, en donde se adopta en las ideas de Hobbes en el plano político (absolutismo monárquico) y se orienta en el Derecho privado hacia una actitud científica-especulativa, alejándose del empirismo racionalista de Grocio. En este ámbito, aportó una renovación constructiva en el plano conceptual y en el de la ordenación general del Derecho (Pufendorf, Wolf), preparando las bases para la futura unificación del Derecho privado alemán, sobre todo por imprimir una actitud formalista en el pensamiento jurídico, alejado de la dimensión práctica y problemática del *ius commune*. Véanse: FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *La tradición romanística en la cultura jurídica europea* (Madrid, Ramón Areces, 1992), pp. 93 ss.; WESENBERG - WESENER, cit. (n. 79), pp. 221 ss.; HATTENHAUER, cit. (n. 80), pp. 111 ss.

lienables e imprescriptibles. La sociedad civil es la forma que adoptan los hombres para proteger sus derechos, los que pueden ser limitados o restringidos sólo en la medida que sea necesario para cumplir este fin.

Las consecuencias de estos postulados en el ámbito del derecho se producen a través de la articulación de un conjunto de instrumentos jurídicos que se estructuran sobre la base de los siguientes pilares: el derecho subjetivo, la autonomía de la voluntad, el contrato y la personalidad reconocida a cada individualidad.

El derecho de propiedad es concebido en función de un sujeto abstracto, formalmente igual, siempre idéntico, que dentro del supuesto de hecho de la norma aparece bajo la denominación del anónimo “el que” o “quien” al que se atribuyen las consecuencias jurídicas previstas en las proposiciones normativas codificadas. La “lógica del sujeto” en los códigos decimonónicos integra a la propiedad dentro de un sistema de derechos subjetivos a partir de la figura del “abstracto sujeto propietario”¹⁰¹. El derecho subjetivo es un poder que se atribuye a una voluntad para imponerse a una o varias voluntades, cuando quiere una cosa que no está prohibida por la Ley. Con esta noción se construye a su vez una concepción subjetiva del ordenamiento jurídico, el que aparece como unidad o constelación de derechos (poderes o facultades) subjetivos de todos los sujetos de derecho (personas privadas y del Estado). Por eso, no es de extrañar que la propiedad sea definida como una especie dentro del género derecho subjetivo, es decir, es un atributo de la persona; es una “facultad” o “poder” que tiene un individuo sobre una cosa, siendo, además un instrumento para el ejercicio de la libertad individual. Es por esto que los grandes idealistas alemanes (Kant, Fichte y Hegel) describirán la propiedad como una “esfera de acción libre”, realización exterior de la libertad del individuo¹⁰².

¹⁰¹ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel. *El derecho de propiedad. Una relectio*, en ADC. 51 (octubre-diciembre, 1998) 4., pp. 1643-1644.

¹⁰² Esta conjunción de la libertad del individuo con el derecho de propiedad ya estaba presente en la obra de John Locke y se remonta a los comienzos de la filosofía moderna (Gerson, Driedo, Occam y también Duns Scotto). Véase VILLEY, cit. (n. 99), p. 68. La identificación que se hace entre libertad y propiedad, presente en todas las corrientes individualistas de la Edad Moderna, ya estaba plenamente definida en las construcciones teológicas de los autores de la Segunda Escolástica. La libertad coincide con la propiedad que una persona tiene sobre sí mismo y de sus acciones, la existencia como sujeto libre consiste en una serie de comportamientos dominativos, en suma, en la propiedad que yo tengo de mí mismo. Como corolario, esta propiedad, este *dominium sui*, se traduce inmediatamente en la propiedad sobre las cosas corporales externas, en el *dominium rerum*. Véase LOBATO GÓMEZ, J. Miguel, *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar* (Madrid, Montecorvo, 1989), pp. 47-48. Por su parte GROSSI, Paolo, *La situazione reali nell'esperienza giuridica medievale* (Padova, 1968), pp. 148-149, dice que: “la libertad del individuo es el presupuesto ineliminable de todo *dominium*, pero es el *dominium* en el aspecto dinámico mismo de la libertad, es la libertad en acción dentro de su más típico mecanismo protector: es, si queremos, la libertad misma en su realización posesiva de la naturaleza”. Lo expuesto aparece de manifiesto en las definiciones de dominio que ofrece este movimiento, como la de SOTO, Domingo de, *De iustitia et iure*, lib. IV, quaest. 1ª, artículo 1: “*est propria cuiusque facultas et ius rem quamlibet, quam in suum ipsius commodum usurpare potest quocumque usu lege permissa*” [ed. Salmanticae, 1566, reimpresión facsimilar Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968], p. 280]; o la de VITORIA *In Secundum Secundae, De iustitia*, ad quaest. 62ª, artículo 1, núm. 29 [en VITORIA, F., *De iustitia* (ed. V. Beltrán de

El iusnaturalismo cultivó con detenimiento la noción de propiedad, con el fin de conducirla a su mayor plenitud, para desgajarla en primer lugar de las cargas feudales y para exaltarla después como un poder independiente no sólo respecto de los particulares sino que también respecto del Estado. Con esta finalidad se desarrollaron doctrinas previas que hablaban de “fuentes naturales de la propiedad” y de “modos *originarios* de adquisición”. Con ello, el individuo propietario, titular de un derecho subjetivo, no debía nada al Estado en relación con su amplia e ilimitada facultad de obrar sobre las cosas. Sin embargo, esta afirmación sólo se comprende adecuadamente si se tiene en cuenta que el impulso liberador va dirigido, en este momento histórico, a las concepciones que se trata de superar, esto es, no se debe nada al Estado en cuanto la propiedad no se tiene de él, no emana del Estado (como antes pudo tenerse la propiedad del rey, o emanar de alguna concesión del mismo). De lo que se trata, entonces, es de justificar la propiedad en un acto que no tenga su fuente en algún tipo de propiedad anterior¹⁰³.

Paradigma y modelo de este derecho, como se ha dicho, son la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 16 de agosto de 1789 y el *Code civil* de 1804. En el primero de estos cuerpos normativos se reconoce al derecho de propiedad como un derecho natural del hombre, sagrado e inviolable, de acuerdo a lo prescrito en sus artículos 2 y 17. Dice el primero: “*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression*”. El artículo 17 expresa: “*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*”.

En el *Code civil* la propiedad se va a consolidar como un derecho subjetivo, que tiene las características de ser absoluto, exclusivo y perpetuo, según la opinión generalmente compartida por los primeros comentaristas¹⁰⁴. Su célebre artículo

Heredia, Madrid, 1934), I, p. 82]: “*facultas ad utendum re pro arbitrio suo*”. Otras referencias se pueden consultar en la obra de LOBATO GÓMEZ, cit. ib., pp. 48-49.

¹⁰³ Para que la propiedad no estuviera sujeta a los peligros del poder público, los iusnaturalistas modernos “echan mano a todo tipo de mitos: mito de la primera *ocupación*, o del derecho del primer ocupante”, muy utilizada por Grocio y otros teóricos del racionalismo jurídico. Los moralistas hicieron su aporte fundándola en un precepto bíblico o de la moral estoica que prohíbe el robo; “si me está prohibido tocar la posesión de otro, no cabe sino concluir que él tiene derecho sobre la cosa que ha ocupado”. Hume propondrá más tarde la explicación psicológica de la conversión natural de la situación del poseedor en propiedad. En torno a Locke se desarrolla la doctrina de la adquisición de la propiedad por el *trabajo*, que tomaron los fisiocráticos y a la que los economistas agregarán la apología de los beneficios, cuyas consecuencias son atacadas por MARX, quien dirá “el Derecho de obligaciones y el principio de libertad contractual propician la explotación, mientras que el Derecho de cosas y la obligatoriedad de sus tipos aseguran el botín”. Wolff y Kant justifican la propiedad como una condición necesaria para la perfección de la naturaleza del individuo o de su libertad moral. Cfr. VILLEY, cit. (n. 99), p. 69. Todos llegan en definitiva a la misma conclusión: la propiedad es un derecho natural del hombre.

¹⁰⁴ Cuando se utiliza el adjetivo “absoluto” se hace referencia a que su titular tiene un poder ilimitado sobre la cosa (*plena in re potestas*) y se expresa en todas las posibilidades de hacer (*ius utendi, ius fruendi, ius abutendi*) que se pueden concebir, tanto material como jurídicamente.

544 reza: “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”.

El *Código* pone una especial atención en las cuestiones vinculadas a la propiedad inmueble o del suelo, lo que hace no solamente por la importancia económica que tiene en aquel momento histórico, sino también con la finalidad de insistir en su plan o política inmediata, que es la de ratificar la abolición definitiva de cualquier derecho feudal sobre la tierra y legitimar las transferencias de propiedad que se habían producido entre los años 1789 y 1804.

La forma y características que adopta el derecho de propiedad en las fuentes francesas es el resultado de la asunción del modelo liberal-burgués, el que necesitaba de una propiedad libre de cargas, es decir, despojada de los esquemas propietarios propios del mundo feudal. Con este importante proceso de desvinculación se unifica la propiedad como instituto jurídico, se atribuye la plenitud de su disposición a su titular, y se pone freno así al poder que ejercían durante el Antiguo Régimen los monarcas y los nobles¹⁰⁵. La propiedad liberal transforma a su titular en un soberano respecto de los bienes, ya que queda entregada a su libre voluntad la determinación de los usos que se le darán, como el destino económico a que pueden ser aplicados. No tiene respecto de ellas ninguna obligación que cumplir, ya que está plenamente facultado para no hacer uso de ellas, dejarlas estériles, improductivas e incluso destruirlas. Esto justifica en todo su alcance el adagio: “*À l'Etat la souveraineté, au citoyen la propriété*”¹⁰⁶.

La consagración del absolutismo propietario expresado en la frase “*de la manière plus absolue*” del artículo 544 del *Code* daba a entender que el poder del propietario no estaba sujeto a limitaciones, y así fue interpretado por los miembros de la corriente de la exégesis en sus primeros comentarios¹⁰⁷. Sin embargo, como se ha intentado demostrar en el presente estudio, la expresión tiene un sentido

Su carácter de exclusivo permite sostener que sólo su titular puede aprovechar y disponer del objeto de su propiedad, por lo que tiene la facultad de impedir que otras personas gocen de él sin su venia o autorización. Por último, su carácter perpetuo significa que el derecho de propiedad dura tanto cuanto dure la cosa sobre la cual recae, y la circunstancia de no darle ningún uso no hace que este derecho se extinga, salvo empero la posibilidad que un tercero pueda usucapirla, pero en este caso estamos ante un supuesto que es distinto a la mera desidia o inactividad de su titular.

¹⁰⁵ Lo que se pretendía era crear un poder absoluto (propiedad) que tuviera la capacidad de hacer contrapeso y limitar el otro poder que detentaba el soberano. Véase RODOTÀ, Stefano, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (trad. cast. Madrid, 1986.), p.101.

¹⁰⁶ BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel - CHEVEAU, M., *Traité théorique et pratique de Droit civil. Des Biens* (3ª edición, París, 1905), p. 124.

¹⁰⁷ BONNECASE, Julien, *l'École de l'Exégèse en Droit civil: Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants* (2ª edición, París, De Boccard, 1924), p. 230, dice que: “[...] así impregnados de individualismo, privados de iniciativa, servidores de la ley, los exegetas olvidan el alcance social del derecho de propiedad”, lo que hacen en un proceso totalmente alejado de la realidad, como lo dice VIDAL, Michel. *La propriété dans l'École de l'Exégèse*, en AA. VV., *Itinerari moderni della proprietà* (Milano, Giuffrè, 1978), I, p. 39: “nutriéndose de deducciones de textos y combinaciones entre ellos, sin lazos con la realidad histórica o realidad social, sin contacto estrecho con los hechos [...]”.

de acuerdo con la función que cumple el artículo 544 en el contexto histórico, ya que en su redacción se quiere dejar de manifiesto la ruptura con el sistema de propiedades del feudalismo y la consagración de un nuevo modelo. Podría pensarse que la expresión “del modo más absoluto” es fruto de la euforia y el entusiasmo como consecuencia del radical cambio que se está produciendo por el triunfo de la revolución y el final del Antiguo Régimen, pero tiene un verdadero sentido jurídico: aludir a un conjunto de facultades reunidas en manos del titular propietario pleno de una cosa, que no podrán ser obstaculizadas o entorpecidas por otros estatutos propietarios sobre la misma cosa, a menos que el mismo, como parte de sus facultades dominicales, consienta en desprenderse de alguna de ellas bajo la modalidades de derechos reales distintos a la propiedad. La utilización de la expresión “del modo más absoluto” puede parecer a primera vista impropia desde un punto de vista gramatical, ya que en principio algo, o es relativo, o es absoluto, sin que pueda predicarse un grado superior a lo absoluto. Sin embargo, tiene sentido en esta disposición del *Code* si se piensa que lo que se pretende enfatizar es un carácter absoluto, no sólo respecto de otros titulares, sino que también respecto de las facultades a ejercerse. En este sentido, el uso de la expresión “del modo más absoluto” no resulta impropio, ya que no es un superlativo, sino que se refiere a las distintas posibilidades de una disposición de las cosas; de manera absoluta respecto de otros, de manera absoluta respecto de lo que se puede hacer con la cosa. O sea: de la manera más absoluta¹⁰⁸.

Esta conclusión permite comprender como este carácter absoluto de la propiedad tiene un profundo sentido histórico y no se opone de ningún modo a una intervención legislativa en su configuración. Cuestión que por lo demás es obvia, ya que la ausencia de límites dominicales resulta imposible dentro de la vida en sociedad, que demanda la imposición de reglas y de límites para que se garantice una armónica convivencia entre sus miembros. La sociedad no puede tolerar, ni ha tolerado nunca, tal configuración de la propiedad. Y tratándose de este derecho —como lo expresa Rudolf von Ihering—, la idea de la propiedad no puede conllevar algo que esté en oposición con la idea de sociedad¹⁰⁹. Estas conclusiones encuentran respaldo en los propios antecedentes del *Code Civil*. Robespierre afirmó que la propiedad no podía ser establecida con un carácter más absoluto que la propia libertad y postulaba su limitación para respetar y permitir el ejercicio de los derechos de propiedad ajenos¹¹⁰, idea compartida por Portalis, para quien era necesario que las leyes pudiesen dirigir las acciones relativas al uso de los bienes.

¹⁰⁸ En contra, resaltando el carácter retórico de la expresión, GROSSI, cit. (n. 60), pp. 124-125; PESET, cit. (n. 50), p. 150; y DE LOS MOZOS, José Luis, s.v. *Propiedad*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* (Barcelona, 1993), XX; El mismo, *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica* (Madrid, 1993), p. 101.

¹⁰⁹ IHERING, Rudolf von, *El fin del Derecho* (trad. cast., Buenos Aires, 1978), pp. 252 ss.

¹¹⁰ Robespierre hizo esta propuesta en el discurso de la Convención, pronunciado el 3 de abril de 1793. Véanse: RODOTÁ, Stefano, *Poteri dei privati e disciplina della proprietà*, en *Il Diritto privato nella società moderna. Saggi a cura di S. Rodotà* (Bologna, Zanichelli, 1982), pp. 360; EL MISMO, *El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada* (traducción de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1986), pp.93-94.

Debe haber libertad con las leyes, no contra las leyes¹¹¹. Y este es el plan seguido en el *Code Civil*. El artículo 544 reconoce en primer lugar la libertad más absoluta del propietario en el goce y disposición de las cosas que le pertenecen, pero inmediatamente acota esta libertad subordinando la facultad de usar las cosas al pleno respeto de las prohibiciones que se puedan establecer por ley o reglamento. Resulta así que no hay contraposición entre las ideas de una propiedad con este carácter absoluto y la intervención legislativa en su regulación.

La técnica utilizada es la de concebir un derecho lo más amplio y absoluto posible –cuyo sentido original está en la naturaleza humana, que es su fuente– y dejar *a posteriori* su configuración al legislador, quien le dará la forma que garantice el ejercicio de todos los derechos de propiedad, sin que alguno impida el ejercicio de otros. Además, acorde con la concepción liberal, las limitaciones son entendidas como deberes negativos de no hacer establecidos en razón del interés privado, es decir, se ocupan de resolver los conflictos entre particulares, desentendiéndose del interés social de la comunidad¹¹². Por esto constituye una paradoja, sino que es plenamente concordante con esta comprensión de la regulación propietaria, la aparente contradicción que se suele hacer entre una propiedad como facultad “absoluta”, entendida como ilimitada, y una realidad legislativa llena de limitaciones¹¹³.

En todo caso, debemos tener presente que bajo este modelo de derecho de propiedad no es posible definir con claridad sus contornos. Su conceptualización es tan abierta y expansiva que hace muy difícil, cuando no imposible, poder distinguir entre el ejercicio de las facultades que derivan de la propiedad y del ejercicio de la libertad inherente a toda persona, especialmente en el ámbito económico. De hecho, la propiedad, al menos en cuanto dominio, esto es, sobre bienes corporales, no viene a ser otra cosa sino una libertad para actuar sobre una parte del mundo físico, revestida por el derecho de un carácter de exclusividad legítima. Por tal razón los comentaristas no encuentran otro marco o límite del derecho de propiedad que el contenido en las ya mencionadas “leyes o reglamentos” (los códigos posteriores sólo harán referencia a las leyes), que es, por lo demás, el mismo marco que se establece para el ejercicio del derecho de libertad. Y por lo mismo, en este modelo, y al menos teóricamente, las facultades reguladoras del Estado son las mismas que las que tiene para regular el ejercicio de toda libertad, de modo tal que el ejercicio de la facultad de uso y disposición de la propiedad no tiene otros límites que aquellos que aseguren a los demás miembros de la sociedad el goce de

¹¹¹ PORTALIS, Jean Etienne Marie, *L'âme universelle de la législation*, en EWALD, François (compilador), *Naissance du Code Civil. La raison du législateur: Travaux préparatoires du Code Civil rassemblés par P. A. Fenet* (Paris, Flammarion, 1989), p. 276.

¹¹² Véase COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978* (Zaragoza, Bosch, 1997), pp.94-97.

¹¹³ Con posterioridad en Alemania, Antón Menger (1841-1906) da cuenta de esta situación diciendo: “La verdad es que estas restricciones de la propiedad privada encuentran expresión únicamente en manuales, y al margen de los compendios de Derecho civil [...] pero ¿no sería ya hora de derribar de una vez por todas esa débil pared e incluir en las definiciones del *Código Civil* la lamentable situación del propietario actual?” [citado por HATTENAUER, cit. (n. 80), p. 121].

los mismos derechos (artículo 4° de la *Déclaration*), pudiendo prohibirse, si, su ejercicio cuando es nocivo para la sociedad (artículo 5 de la *Déclaration*).

VI. CONCLUSIÓN

De este modo, y a la luz de su evolución histórica, la comprensión del modelo de derecho de propiedad que subyace al constitucionalismo debe ser modificada radicalmente. El concepto de propiedad no permanece inalterado, y aquél que encontramos presente en las codificaciones decimonónicas corresponde a una idea de propiedad elaborada como respuesta a ciertas premisas filosóficas y desarrollos económicos, en contraposición a la situación del período histórico precedente: no se trata, por tanto, de ningún modo, y aun cuando contenga alguno de sus elementos, del concepto tradicional presente en el Derecho romano. El carácter absoluto de la propiedad que consagra el *Code* marca la ruptura con el orden previo de una propiedad plural, desmembrada y lastrada de cargas reales, herencia del régimen feudal, limitada tanto respecto de múltiples titulares como en relación con las acotadas facultades que otorgaba. Se trata ahora de una propiedad absoluta-absoluta, o, si se quiere, la más absoluta: no relativa a otros propietarios, poseedores o detentadores, y que concentra la totalidad de las facultades de aprovechamiento, frente a otros derechos limitados y que, en esta dimensión, son relativos y emanan de la propiedad, como actos de disposición de su titular. Pero este elemento definitorio de la propiedad, su carácter absoluto (respecto de otros titulares y respecto de todas las facultades), no se enfrenta ni se opone al segundo elemento, la posibilidad de someter a dichas facultades de uso y disposición a regulación legislativa, donde, en conformidad con las doctrinas iusracionalistas de la época que ven en la propiedad una manifestación de la libertad individual, la autoridad queda sometida a los requisitos generales de la regulación de la libertad individual. Y es en este punto donde va a aparecer la idea de función social de la propiedad, extendiendo las potestades reguladoras a un ámbito que va más allá del choque de derechos entre particulares y de la prohibición de actos nocivos para la sociedad, permitiendo disponer límites a la propiedad en vistas a la consecución de fines colectivos de carácter positivo (y no de mera protección frente a actos nocivos).

[Recibido 25 de julio de 2006 y aceptado el 14 de agosto de 2008].

IV. TEORÍA ECONÓMICA DE LA PROPIEDAD

No hay nada que avive de modo tan general la imaginación y encienda las pasiones de la humanidad, como el derecho de propiedad; o sea ese dominio único y despótico 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 barotse, "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 GLUCKMAN,
Ideas in Barotse 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 ofrecía 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". Gluckman descubrió que en la tribu de los barotse, la propiedad le otorgaba al propietario una responsabilidad, no la libertad. Por ejemplo, los barotse 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 Windsong 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 Windsong 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 loma, y que para empeorar las cosas, el propietario de este antiguo negocio planea 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 IV.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, que su padre llama "El pantano", se dedica ahora a la pesca y a la caza de patos, pero Bloggs decide drenarla 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 drenado 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 prevalecía si se permitiera el desarrollo.

Ejemplo IV.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 reubique 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 Orbitcom 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 mula 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. Orbitcom 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 debieran ser de propiedad pública y abiertas a todos en los mismos términos, como ocurre con los mares 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 pestilencia 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 pestilencia, o está el propietario de la casa interfiriendo con el comedero al tratar de clausurarlo? El fallo legal depende en parte de que la pestilencia 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. Demostraremos 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:

X

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.³ Esto contribuye a que muchos estudiantes creen que el derecho común de la propiedad es difuso 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. CONCEPTO 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.

³ En los contratos y los ilícitos culposos había una teoría clásica que dominaba el derecho estadounidense a principios del siglo XX. Los capítulos introductorios sobre los contratos y los ilícitos culposos describen esas teorías clásicas. En cambio, no había ninguna teoría clásica de la propiedad comparable en coherencia, detalle o estatura. Lo que había era una antigua tradición filosófica que analizaba la institución de la propiedad en un nivel muy abstracto. Algunas de estas 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, hereda \$5 000 y decide tratar de comprarle 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 valúa en \$3 000, a las de Blas, quien lo valúa en \$4 000. El vendedor potencial valúa 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 valúa 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 4/5 partes, o sea \$800, y Blas sólo 1/5 parte o sea \$200. Si el precio se fija en \$3200, Adán disfrutará \$200, o de 1/5 parte del valor creado, mientras que Blas disfrutará \$800, o sea 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. Éstas 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, caractericemos 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.⁵ 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 IV.1: 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.

⁵ 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, consideremos 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 \$0 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 (*¿realmente se alejaría 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* aceptaría 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 pretendidos 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. Como 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 preserva 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 proteja 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 $\frac{2}{3}$, mientras que Bety cree que ganará con una probabilidad de $\frac{2}{3}$.
 - ¿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 _____.
 - Describa 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 Recuérdese 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 privada ejecutado por un gobierno central, se discuten en Douglass C. North y Robert Paul Thomas, *The Rise of the Western 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 adquieren 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 neto 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 esa 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 aquélla fracasa.

Estas proposiciones se aplican a los cuatro interrogantes acerca de la propiedad. En ciertas circunstancias, no necesitamos que el derecho de la propiedad conteste 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.

A. El teorema de Coase⁸

Diferentes comentarios formulan el teorema de Coase de distinta manera. Expondremos una versión simple del teorema y luego examinaremos algunos de los comentarios.

Consideremos este ejemplo. Un ganadero vive al lado de un agricultor. El agricultor cultiva maíz en una parte de su tierra y deja el resto en barbecho. El ganadero tiene ganado en toda su tierra. La línea divisoria entre el rancho y la granja es clara, pero no hay ninguna cerca. Por lo tanto, de tiempo en tiempo el ganado se mete a la propiedad del agricultor y daña al maíz. El daño podría reducirse construyendo una cerca, manteniendo menos ganado o cultivando menos maíz, todo lo cual es costoso. El ganadero y el agricultor podrían negociar entre sí para decidir quién debe soportar el costo del daño. De otra manera, la normatividad legal podría asignar la responsabilidad de los daños.

Hay dos reglas específicas que legalmente se podrían adoptar:

1. El agricultor es responsable de mantener al ganado fuera de su propiedad, y deberá pagar los daños causados por el ganado (un régimen que podríamos llamar "derechos de los ganaderos" o "praderas abiertas"), o bien
2. El ganadero es responsable de mantener al ganado en su propiedad y debe pagar los daños causados por éste ("derechos de los agricultores" o "praderas cerradas").

Según la primera regla, el agricultor no tendría ningún recurso legal contra el daño causado por el ganado de su vecino. A fin de reducir el daño, el agricultor tendría que cultivar menos maíz o cercar sus campos. De acuerdo con la segunda regla, el ganadero deberá construir una cerca para mantener al ganado en su propiedad. Si el ganado escapa, conforme al derecho se podrían discernir los hechos, determinar el valor monetario del daño así como hacer que el ganadero le pague al agricultor.

¿Cuál ley es mejor? tal vez usted piense que la justicia exige que los culpables paguen por el daño que causen. En tal caso, enfocará la cuestión como lo hacen los abogados tradicionales, pensando en las causas y la justicia. El profesor Coase contestó en términos de la eficiencia. Si todo lo demás permanece igual, desearíamos que la regla legal estimule la eficiencia tanto en la ganadería como en la agricultura. Este enfoque generó una conclusión contraria a la

⁸ El profesor Ronald H. Coase discute este teorema en "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, p. 1. Este artículo ha sido reimpresso en numerosas antologías legales y económicas, notablemente en R. Berrin (comp.), *Great American Law Reviews*, 1984 (un compendio de los 22 artículos "más notables" publicados en las revistas de derecho de Estados Unidos antes de 1965).

intuición, la que podemos explicar mediante algunos números. Supongamos que, si no hay ninguna cerca, la invasión del ganado le cuesta al agricultor \$100 por año en términos de los beneficios perdidos del cultivo de maíz. El costo de instalar y darle mantenimiento a una cerca alrededor de los campos de maíz del agricultor es de \$50 por año, mientras que el costo de instalar una cerca alrededor del rancho es de \$75 por año. Por lo tanto, estamos suponiendo que el daño de \$100 puede evitarse a un costo anual de \$50 para el agricultor y de \$75 para el ganadero. Obviamente, la eficiencia requiere que el agricultor construya una cerca alrededor de sus campos de maíz, y no que el ganadero construya una cerca alrededor de su rancho.

Consideremos ahora lo que ocurrirá según ambas reglas legales. De acuerdo con la primera regla legal (los derechos de los ganaderos), el agricultor asumirá un daño de \$100 por año, a causa de la invasión del ganado. El agricultor puede eliminar este daño a un costo de \$50 por año, con un ahorro neto de \$50 por año. Por lo tanto, la primera regla hará que el agricultor construya una cerca alrededor de sus campos de maíz. De acuerdo con la segunda regla (derechos de los agricultores) el ganadero podrá evitar una responsabilidad de \$100 a un costo de \$75. En consecuencia, la segunda regla hará que el ganadero construya una cerca alrededor de su rancho, con lo que se ahorrará \$25. Aparentemente, la primera regla, que ahorra \$50, es más eficiente que la segunda, que ahorra \$25. Pero esta eficiencia es sólo aparente; no es real.

Podemos comenzar a entender este aparente enigma imaginando primero cómo podrían resolver su problema el ganadero y el agricultor mediante una negociación cooperativa y luego comparando este resultado con los resultados aparentes según las diferentes reglas legales. Supongamos que el agricultor y el ganadero se enamoran, se casan y combinan sus intereses comerciales. Luego maximizarían los beneficios combinados de la agricultura y la ganadería, y estos beneficios conjuntos serán los mayores cuando construyan una cerca alrededor de los campos de maíz, no alrededor del rancho. En consecuencia, la pareja de esposos construirá una cerca alrededor de los campos de maíz, independientemente de que la ley sea la primera o la segunda regla. En otras palabras, cooperarán para maximizar sus beneficios conjuntos, sin importar lo que dicte la ley.

Hemos visto que la primera regla es más eficiente que la segunda si el agricultor y el ganadero respetan la ley sin cooperar, pero que la ley no crea ninguna diferencia por lo que toca a la eficiencia cuando ellos cooperan. El agricultor y el ganadero no necesitan casarse para cooperar. Los hombres de negocios racionales a menudo pueden negociar y ponerse de acuerdo sobre las condiciones de la cooperación. Al negociar un acuerdo, en lugar de respetar la ley sin cooperar, el agricultor y el ganadero pueden ahorrar \$25. Es decir, si las partes pueden negociar con éxito entre sí, se alcanzará el resultado eficiente, independientemente de lo que dicte la ley.

Recordemos que el resultado más eficiente es que el agricultor construya una cerca alrededor de sus campos de maíz, y que cuando las partes simplemente respetan la ley sin cooperar, la segunda regla (los derechos de los agricultores) conduce a la aparente ineficiencia de que el *ganadero* construya una cerca alrededor de su rancho. Pero consideremos cómo podría proceder la negociación bajo la segunda regla:

GANADERO: "La ley me hace responsable de construir la cerca. Puedo cercar mi rancho por \$75 al año, mientras que tú puedes cercar tus campos de maíz por \$50 al año. Hagamos un trato. Te pagaré \$50 anuales para que cerques tu campo de maíz".

AGRICULTOR: "Si acepto el trato y me pagas \$50 anuales para que cerques mis campos de maíz, no estaré en mejor situación que si no hiciera nada y tú tuvieras que cercar tu rancho. En cambio, tú ahorrarás \$25. No deberías recibir todas las ganancias de la cooperación. Deberías compartir conmigo una parte de las ganancias pagándome más de \$50 anuales para que cerque mis campos de maíz".

GANADERO: "Muy bien. Compartamos el ahorro derivado de la cooperación. Te pagaré \$62.50 anuales y tú construirás la cerca. De esa manera, cada uno de nosotros recibirá la mitad de los \$25 ganados por la cooperación".

AGRICULTOR: "De acuerdo".

Adviértase la implicación importante: la cooperación logra que la cerca se construya alrededor de los campos de maíz del *agricultor*, a pesar de que la segunda regla legal (los derechos de los agricultores) estuviese en vigor. La eficiencia de la primera regla legal es aparente, no real. Adviértase también el paralelo existente entre la negociación del derecho de propiedad de un automóvil usado, que examinamos antes, y la negociación sobre los derechos de propiedad de la tierra. Adán es propietario del automóvil, y Blas lo valúa más que Adán. Negociando un acuerdo, Adán y Blas pueden crear un excedente y dividirlo entre ellos. De igual modo, la segunda regla legal impone al ganadero la obligación de controlar su ganado, pero el agricultor puede controlarlo a un costo menor que el del ganadero. Al negociar un acuerdo, ambas partes pueden ahorrar costos y dividirse la ganancia entre ellos.⁹

⁹ La situación de negociación es muy diferente si la ley adopta la primera regla (los derechos de los ganaderos) antes que la segunda (los derechos de los agricultores). Según la primera regla, el agricultor es responsable de construir una cerca para mantener al ganado fuera de sus campos de maíz. En estas circunstancias, la cooperación entre el agricultor y el ganadero no ahorra costos en relación con la aplicación de la ley en forma no cooperativa. En consecuencia, según la primera regla, el agricultor construirá la cerca sin ninguna negociación. La primera regla tiene una analogía en el ejemplo del automóvil usado. Recuerdese que Blas valúa el automóvil más que Adán, por lo que puede crearse un excedente si Adán vende el automóvil a Blas. Si Blas es

Generalicemos lo que hemos aprendido de este ejercicio. Cuando una actividad interfiere con otra, la ley debe decidir si una de las partes tiene derecho a interferir o si la otra parte tiene el derecho de quedar libre de la interferencia. La eficiencia requiere que se asigne el derecho a la parte que lo valúe más. Cuando las partes respetan la ley en una manera no cooperativa, la asignación legal de los derechos es importante para la eficiencia. Cuando las partes negocian con éxito, la asignación legal de los derechos no importa para la eficiencia. Esto es, si hay una negociación exitosa, el uso de los recursos (la ubicación de una cerca, el número de cabezas de ganado, la extensión de tierra sembrada en los campos de maíz, etc.) es eficiente, cualquiera que sea la regla legal.

Hemos discutido la "negociación exitosa", pero no hemos analizado por qué las negociaciones unas veces triunfan y otras fracasan. La negociación ocurre mediante la comunicación entre las partes. La comunicación tiene varios costos, tales como la renta de una sala de conferencias, la contratación de una taquígrafa y el tiempo que se gasta en la discusión. Coase utilizó el término "costos de transacción" para referirse a los costos de la comunicación, así como a una diversidad de otros costos que analizaremos más adelante. En efecto, Coase utilizó el término "costos de transacción" para incluir *todos* los impedimentos de la negociación. Dada esta definición, la negociación *necesariamente* triunfa cuando los costos de transacción son iguales a cero. Podemos resumir este resultado enunciando esta versión del teorema de Coase:

Cuando los costos de transacción son nulos, un uso eficiente de los recursos proviene de la negociación privada, cualquiera que sea la asignación legal de los derechos de propiedad.

Ahora debemos relacionar el teorema de Coase con nuestro proyecto más amplio de desarrollar una teoría económica de la propiedad. El teorema enuncia en abstracto lo que nuestro ejemplo mostró en concreto: si los costos de transacción son nulos, no tenemos que preocuparnos por especificar las reglas legales referentes a la propiedad para alcanzar la eficiencia. La negociación privada se ocupará de cuestiones tales como las cosas que pueden ser objeto de la propiedad, lo que los propietarios pueden o no hacer con su propiedad, etc. Al especificar las circunstancias en las cuales carece de importancia el derecho de la propiedad para el uso eficiente de los recursos, el teorema de Coase espe-

cialmente el propietario del automóvil, no podrá ganarse nada negociando con Adán o cooperando con él. Por lo tanto, el hecho de que Blas sea propietario del automóvil es análogo a los derechos de los ganaderos. En el ejemplo del automóvil, no hay margen para una negociación porque la parte que valúa más el automóvil es ya su propietario; en el ejemplo del ganado y el maíz, no hay margen para una negociación porque la parte que puede cercar al ganado a un costo menor está ya obligada a construir la cerca.

cifica implícitamente cuándo es importante el derecho de la propiedad. Para ser más explícitos, postulamos este corolario del teorema de Coase:

Cuando los costos de transacción son lo suficientemente elevados para impedir la negociación, el uso eficiente de los recursos dependerá de la manera en que se asignen los derechos de propiedad.

Para apreciar el corolario, volvamos al ejemplo del ganadero y el agricultor. La negociación de un acuerdo requiere comunicación. Supongamos que la comunicación es costosa. Específicamente, supongamos que los costos de transacción de la negociación ascienden a \$35. Los costos de transacción deben restarse del excedente a fin de calcular el valor neto de la cooperación. Supongamos que prevalece la primera regla legal (los derechos de los agricultores), de modo que puede obtenerse un excedente de \$25 mediante un acuerdo en el que el ganadero pague al agricultor para que cerque sus campos de maíz. El valor neto de la negociación es el excedente cooperativo menos los costos de transacción: $\$25 - \$35 = -\$10$. Al reconocer que el valor neto de la negociación es negativo, las partes no negociarán. Si las partes no negocian, respetarán la ley en una manera no cooperativa. Específicamente, el agricultor reclamará su derecho a verse libre de las invasiones del ganado, y el ganadero cercará el rancho, lo cual es ineficiente. A fin de evitar esta ineficiencia, la ley tendría que adoptar la segunda regla (los derechos de los ganaderos), en cuyo caso las partes no negociarían y alcanzarían la eficiencia respetando la ley de una manera no cooperativa.

Pregunta IV.4: Supongamos que un ferrocarril corre al lado de un campo donde se cultivan productos comerciales. El ferrocarril es movido por una locomotora de vapor que arroja cenizas calientes por la chimenea. De vez en cuando, tales cenizas caen en los cultivos cercanos a la vía y los queman por completo. Supongamos que el agricultor cuyos cultivos se queman pierde \$3 000 anuales por esa razón, y que el costo anual de instalar y dar mantenimiento a un controlador de chispas que impediría todo daño a los cultivos es de \$1 750 para el ferrocarril. ¿Importará para el uso eficiente de la tierra del agricultor, o para la operación eficiente del ferrocarril, que la ley proteja al agricultor contra la invasión de las chispas o permita que el ferrocarril emita chispas sin ninguna responsabilidad? ¿Por qué sí o por qué no?

El teorema de Coase es tan notable que muchos lo han cuestionado. No podemos discutir aquí esta abundante literatura, pero en las preguntas siguientes hemos incorporado algunos de los puntos más importantes:

Pregunta IV.5: El largo plazo. Algunos comentaristas creen que el teorema de Coase podría ser cierto en el corto plazo, pero no en el largo plazo. En el ejemplo del agricultor y el ganadero, cambiar el uso de los campos requiere cierto tiempo. Por ejemplo, para convertir un campo de pastizales en tierra de cultivo, el agricultor deberá cercar y arar la tierra. La eficiencia del teorema de Coase en el largo plazo depende de la capacidad de la negociación privada para acomodar todos los costos adicionales de alterar el uso de los recursos durante largos periodos, a medida que cambian los precios relativos y los costos de oportunidad. Discuta algunas maneras en que un contrato para la cooperación en el largo plazo entre el ganadero y el agricultor diferirían de un contrato para la cooperación en el corto plazo.

Pregunta IV.6: Invariación. Cuando los costos de transacción son nulos, el agricultor cerca el campo de maíz en lugar de que el ganadero cerque el rancho, independientemente de lo que dicte la ley. Adviértase que en este ejemplo no cambia el uso de los campos en la ganadería y el cultivo de maíz, cualquiera que sea la asignación inicial de los derechos de propiedad. A esta versión del teorema de Coase se le llama la versión de la *invariación* (porque el uso de los recursos es *invariable* en relación con la asignación de los derechos de propiedad). Esta versión resulta ser un caso especial. El caso más general es aquel en el que la asignación de los recursos será *eficiente* (pero no necesariamente idéntica), cualquiera que sea la asignación de los derechos de propiedad. Habrá una asignación de bienes y servicios eficiente en el sentido de Pareto, pero puede ser diferente de la asignación eficiente en el sentido de Pareto que habría resultado de la asignación del mismo derecho a un tercero.

Por ejemplo, supongamos que a los agricultores les gusta comer más maíz y menos carne, mientras que a los ganaderos les gusta comer más carne y menos maíz. Supongamos que agricultores y ganaderos son propietarios de sus tierras, que los costos de transacción son nulos y que la cerca es costosa en relación con sus ingresos. El cambio de "los derechos de los ganaderos" a "los derechos de los agricultores" aumentará el ingreso de los agricultores y disminuirá el ingreso de los ganaderos. En consecuencia, aumentará la demanda de maíz y disminuirá la demanda de carne. La mayor demanda de maíz requiere la siembra y el cercado de más campos de maíz. Por lo tanto, el cambio de la ley provoca la construcción de más cercas. ¿Recuerda la distinción que se establece entre los "efectos precio" y los "efectos ingreso" en la teoría de la demanda? ¿Puede usar dichos conceptos para explicar este ejemplo?¹⁰

¹⁰ Véanse las diversas versiones del teorema de Coase en Robert D. Coase, "The Coase Theorem", *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, 1987. Por lo que toca a los supuestos especiales que se encuentran detrás de la versión de la invariación del teorema de Coase, véase el tratamiento gráfico de Thomas S. Ulen, "Flogging a Dead Pig: Professor Posin on the Coase Theorem", *Wayne Law Review*, vol. 38, 1991, p. 91.

Pregunta IV.7: Efectos de la dotación. Encuestas y experimentos revelan que, para renunciar a algo que ya tienen, los individuos demandan, a veces, mucho más de lo que estarían dispuestos a pagar para adquirirlo. Por ejemplo, compárese una situación en la que los individuos tienen una oportunidad para "vender" a un contaminador el aire limpio que disfrutan ahora, con otra situación en la que los individuos que ahora disfrutan del aire limpio tienen una oportunidad para "comprar" aire limpio a un contaminador. Las pruebas sugieren que los individuos pueden demandar un precio mayor por "vender" un derecho al aire limpio que el que pagarían por "comprar" el mismo derecho. Una "dotación" es una asignación inicial de derechos de propiedad. La divergencia existente entre el precio de compra y el precio de venta recibe el nombre de "efecto de la dotación", porque el precio varía de acuerdo con la asignación inicial de la propiedad.

¿Por qué los agricultores habrían de asignar un valor diferente al derecho de librarse del ganado invasor, dependiendo de que estuviesen vendiendo o comprando ese derecho? ¿Es racional que se asignen valores diferentes a tales derechos? ¿Cómo complican estas variaciones de la valuación relativa un análisis de eficiencia de la asignación de los derechos de propiedad?

Pregunta IV.8: Normas sociales. Las normas sociales evolucionan a menudo para hacer frente a los costos externos, sin necesidad de negociación o de ley. Por ejemplo, una norma social existente en un condado del norte de California establece que los ganaderos serán responsables de controlar su ganado, aunque algunas partes del condado son "praderas abiertas" (es decir, áreas donde la responsabilidad legal corresponde a los agricultores). Además, los ganaderos y los agricultores de este condado aparentemente no realizan la clase de negociaciones que se incluyen en el teorema de Coase. ¿Cuán nocivos son estos hechos para el análisis de Coase? ¿Por qué esperaríamos que los vecinos relacionados desde hace largo tiempo adopten normas eficientes para controlar las externalidades?¹¹

B. Los elementos de los costos de transacción

¿Qué son los costos de transacción? ¿Son siempre realmente insignificantes? No podemos usar el teorema de Coase para entender el derecho sin contestar estas preguntas. Los costos de transacción son los costos del intercambio y éste tiene tres pasos. Primero, debe localizarse un socio para el intercambio, lo cual implica encontrar a alguien que desee comprar lo que se quiere vender, o vender lo que se quiere comprar. Segundo, deberá llegarse a un arreglo entre

¹¹ Véase a Robert Ellickson, *Order without Law*, 1991.

las partes que intercambian. Este arreglo se logra mediante una negociación exitosa, lo que podría incluir la redacción de un convenio. Tercero, una vez celebrado un acuerdo, deberá ejecutarse. La ejecución implica monitorear el cumplimiento de las partes y castigar las violaciones al acuerdo. Podemos llamar a las tres formas de los costos de transacción en correspondencia con estos tres pasos de un intercambio; 1) costos de la búsqueda, 2) costos del arreglo y 3) costos de la ejecución.

Pregunta IV.9: Clasifique cada uno de los ejemplos siguientes como un costo de la búsqueda, del arreglo o de la ejecución de un acuerdo para comprar un Chevrolet modelo 1957:

- Regatear el precio.
- Recolectar los pagos mensuales de la compra del automóvil.
- Dejar de trabajar por un tiempo para que el comprador y el vendedor se reúnan.
- Comprar un espacio en la sección de "anuncios clasificados" del periódico.
- Comprar un periódico para ver la sección de "anuncios clasificados".
- El hecho de que el comprador pregunte al vendedor por el sistema de ignición.

¿Cuándo son los costos de transacción elevados y cuándo son bajos? Consideremos esta pregunta examinando los tres elementos de los costos del intercambio. Los costos de la búsqueda tienden a ser elevados en el caso de los bienes o servicios peculiares, y bajos en el caso de los bienes o servicios estandarizados. Por ejemplo, encontrar a alguien que venda un Chevrolet modelo 1957 es más difícil que encontrar a alguien que venda un refresco embotellado.

Pasando ahora a los costos del arreglo, adviértase que nuestros ejemplos de negociación suponían que ambas partes *conocen* los valores de amenaza de la otra parte y la solución cooperativa. Los teóricos de juegos dicen que la información es "pública" en las negociaciones en las que ambas partes conocen estos valores. En cambio, la información es "privada" cuando una de las partes conoce algunos de estos valores y la otra no los conoce. Si las partes conocen los valores de amenaza y la solución cooperativa, podrán calcular condiciones razonables para la cooperación. En general, la información pública facilita el acuerdo permitiendo que las partes calculen condiciones razonables para la cooperación. En consecuencia, las negociaciones tienden a ser simples y fáciles cuando la información acerca de los valores de amenaza y la solución cooperativa es pública. Por ejemplo, las negociaciones para vender una sándwich son simples porque no hay mucho que saber al respecto.

Por otra parte, las negociaciones tienden a ser complicadas y difíciles cuando la información acerca de los valores de amenaza y la solución cooperativa

es privada. La información privada impide la negociación porque gran parte debe convertirse en información pública antes de que se puedan calcular condiciones razonables para la cooperación. En general, la negociación es costosa cuando es necesario convertir mucha información privada en información pública. Por ejemplo, las negociaciones para la venta de una casa implican muchos problemas de financiamiento, cronología, calidad y precio. El vendedor de una casa sabe mucho más que el comprador acerca los defectos ocultos del inmueble, y el comprador sabe mucho más que el vendedor acerca de su propia capacidad para obtener financiamiento. Cada uno de ellos trata de averiguar estos hechos del otro en el curso de las negociaciones. Hasta cierto punto, las partes pueden estar en disposición de divulgar alguna información. Pero pueden sentirse reacios a divulgarla toda. La participación de cada parte en el excedente cooperativo depende, en parte, de que alguna información se mantenga privada. Pero la celebración del arreglo requiere que alguna información se haga pública. El equilibrio de estos estirones conflictivos es difícil y potencialmente costoso.

Hay una literatura abundante sobre los juegos de negociación, incluido gran número de experimentos cuidadosamente contruidos para verificar el teorema de Coase.¹² Una de las conclusiones más sólidas de estos experimentos es que existe mayor probabilidad de que los negociadores cooperen cuando sus derechos están claros y menor probabilidad de que lo hagan cuando sus derechos son ambiguos. Dicho en términos más formales, los juegos de negociación son más fáciles de resolver cuando los valores de amenaza son de conocimiento público. Los derechos de las partes definen sus valores de amenaza en las disputas legales. Una implicación de este hallazgo es que el derecho de la propiedad debería favorecer criterios para la determinación de la propiedad que sean claros y simples. Por ejemplo, un sistema para el registro público de los derechos de propiedad de la tierra evita muchas disputas y facilita el arreglo de las que surjan. De igual modo, es fácil de confirmar el hecho de que alguien posea o use una propiedad. En consecuencia, la ley pondera la posesión y el uso al determinar la propiedad.

La mayoría de nuestros ejemplos de negociación se refieren a dos partes. La comunicación entre dos partes suele ser barata, sobre todo cuando las partes están cercanas entre sí. Pero muchas negociaciones implican a tres o más partes. La negociación se vuelve más costosa y difícil en tal caso, sobre todo si las partes están dispersas entre sí. Este hecho podría explicar que los tratados entre muchas naciones son difíciles de concluir.

¹² Véase a J. Keith Murnighan, *Bargaining Games*, 1992, donde aparece un resumen muy ameno de esta literatura. Por lo que toca a experimentos específicos sobre el teorema de Coase, véanse a Elizabeth Hoffman y Matthew Spitzer, "The Coase Theorem: Some Experimental Tests", *Journal of Law and Economics*, vol. 25, 1982, p. 73, y Hoffman y Spitzer, "Experimental Tests of the Coase Theorem with Large Bargaining Groups", *Journal of Legal Studies*, vol. 15, 1986, p. 149.

Por último, es posible que las partes deseen que se redacte un acuerdo, lo que podría ser cosotoso porque deberán preverse muchas contingencias que pueden surgir para cambiar el valor de la negociación.

Otro obstáculo para la negociación es la hostilidad. Es posible que las partes en disputa tengan preocupaciones emocionales que interfieran con el acuerdo racional, como ocurre cuando un divorcio se pelea con encono. Quienes se odian disienten a menudo acerca de la división del excedente cooperativo, aunque todos los hechos relevantes sean del conocimiento público. Por ejemplo, muchas jurisdicciones tienen reglas para dividir la propiedad en caso de divorcio que son simples y previsibles para la mayoría de los matrimonios sin hijos. Sin embargo, una porción considerable de estos divorcios se litiga en los tribunales en lugar de arreglarse mediante la negociación. En estas circunstancias, los abogados pueden facilitar las negociaciones interponiéndose entre las partes hostiles.

Pero aun cuando no haya hostilidad, la negociación puede ser costosa porque los negociadores se comporten de modo poco razonable, por ejemplo, presionando demasiado a su favor (lo que los abogados llaman "exageración"). Un aspecto esencial de la negociación es la elaboración de una estrategia. Para hacerlo, cada una de las partes trata de adivinar cuánto estará dispuesta a conceder la otra parte. Si una de ellas calcula mal la determinación de la otra parte, ambas se sorprenderán de ver que la otra parte no cede, de modo que las negociaciones podrían fracasar. Los malos cálculos son probables cuando las partes no se conocen entre sí, cuando las diferencias culturales oscurecen la comunicación o cuando las partes están comprometidas con posiciones morales calificativas acerca de lo que es justo.

Los costos de la ejecución, el tercero y último de los elementos de los costos de transacción, surgen cuando se requiere tiempo para el cumplimiento de un acuerdo. Un acuerdo que se puede cumplir de inmediato no tiene costos de ejecución. Tenemos un ejemplo en el intercambio simultáneo, en el que doy un dólar y recibo una sandía. En el caso de las transacciones complejas, monitorear el comportamiento y castigar las violaciones del acuerdo pueden ser costosos. Por ejemplo, consideremos el caso anterior, en el que Bloggs desca drenar un pantano de su propiedad para desarrollarlo como área residencial. Supongamos que el municipio le permite construir en una pequeña parte del pantano, a condición de que no dañe el resto. Algunos funcionarios deberán vigilarlo para asegurarse de que cumple su promesa. Además, los funcionarios podrían requerir que Bloggs otorgue una fianza, la que será confiscada si daña el resto del pantano y devuelta si completa la construcción sin hacer daño. En general, los costos de la ejecución serán bajos cuando las violaciones del acuerdo puedan observarse fácilmente y la administración del castigo sea barata.

Resumamos lo que hemos aprendido acerca de los costos de transacción. Las transacciones tienen tres etapas, cada una de las cuales tiene un tipo de

CUADRO IV.3. Factores que afectan los costos de transacción

Costos menores	Costos mayores
1. Bien o servicio estandarizado	1. Bien o servicio peculiar
2. Derechos claros, simples	2. Derechos inciertos, complejos
3. Pocas partes	3. Muchas partes
4. Partes amistosas	4. Partes hostiles
5. Partes que se conocen	5. Partes que no se conocen
6. Comportamiento razonable	6. Comportamiento poco razonable
7. Intercambio instantáneo	7. Intercambio demorado
8. Sin contingencias	8. Numerosas contingencias
9. Bajos costos de monitoreo	9. Altos costos de monitoreo
10. Castigos baratos	10. Castigos costosos

costo especial: costos de la búsqueda, costos del arreglo y costos de la ejecución. Estos costos varían a lo largo de un espectro, desde cero hasta infinitamente grandes, dependiendo de la transacción. En el cuadro IV.3 se resumen las características de las transacciones que afectan sus costos.

Pregunta IV.10: Ordene las seis transacciones siguientes de menor a mayor costo de transacción. Explique su ordenamiento por referencia a los costos de la búsqueda, del arreglo y de la ejecución. (No hay una respuesta correcta única.)

- Contratar matrimonio.
- Comprar una alcachofa.
- Adquirir un permiso para pasar una línea de gas por la propiedad de tu vecino.
- Vender una franquicia de Burger King.
- Ir a la universidad.
- Comprar una garantía para un automóvil nuevo.

C. Nivel de los costos de transacción y la regla legal apropiada

El teorema de Coase sostiene que el uso eficiente de los recursos no depende de la asignación de los derechos de propiedad en situaciones de costos de transacción nulos. Esto implica que la asignación de los derechos de propiedad podría ser crucial para el uso eficiente de los recursos cuando los costos de transacción *no* son nulos (una cuestión de la que nos ocuparemos en la sección siguiente). En la sección anterior dijimos que los costos de transacción se distribuyen a lo largo de un espectro que va de cero a infinitamente grande. Ahora

debemos tratar de llevar este tema a alguna conclusión práctica siendo más específicos acerca de la relación existente entre el nivel de los costos de transacción y la regla legal apropiada.

Supongamos que expresamos primero en forma gráfica el argumento de la sección anterior en el sentido de que los costos de transacción se encuentran en un espectro que va de cero a infinito, como el de la figura IV.1. Podemos asignar cualquier transacción potencial a algún punto del espectro, dependiendo de nuestra evaluación del nivel de los costos de transacción (como lo sugieren los factores del cuadro IV.3). Luego debemos preguntarnos si estos costos son lo suficientemente bajos para dejar que la negociación determine el uso eficiente de los recursos involucrados, o tan elevados que la negociación fracasará, de modo que se requiere alguna alternativa a la negociación.

Habría en el espectro un umbral de los costos de transacción que lo divida en una región donde la negociación funcionará y otra donde no lo hará. La figura IV.1 presenta un ejemplo del punto donde podría trazarse una línea del umbral.

Las personas razonables pueden tener ideas muy diferentes acerca de la ubicación de ese umbral. ¿Qué ocurre cuando los individuos tienen opiniones diferentes acerca de cuándo funcionará la negociación y cuándo fracasará? La figura IV.2 examina esta cuestión. La persona cuyas opiniones se indiquen por arriba del espectro ubica el umbral a un nivel relativamente elevado de los costos de transacción, indicado por la línea *E*. Esta persona cree que la negociación puede triunfar incluso a un nivel relativamente elevado de los costos

FIGURA IV.1. Nivel del umbral de los costos de transacción que distingue las áreas en las que se aplica el teorema de Coase y las áreas en las que no se aplica

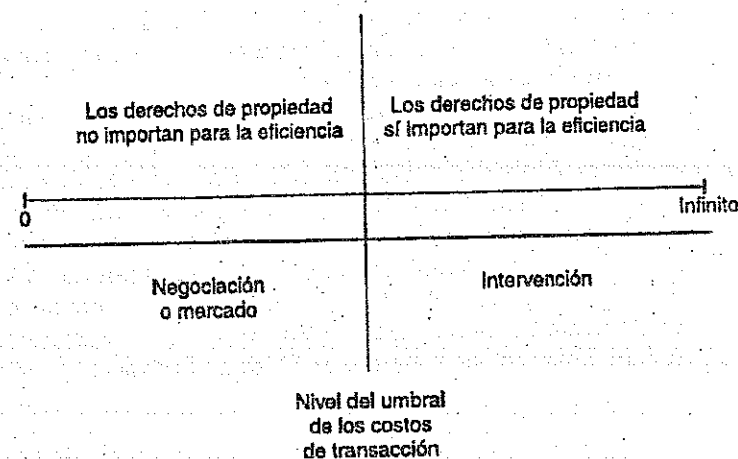
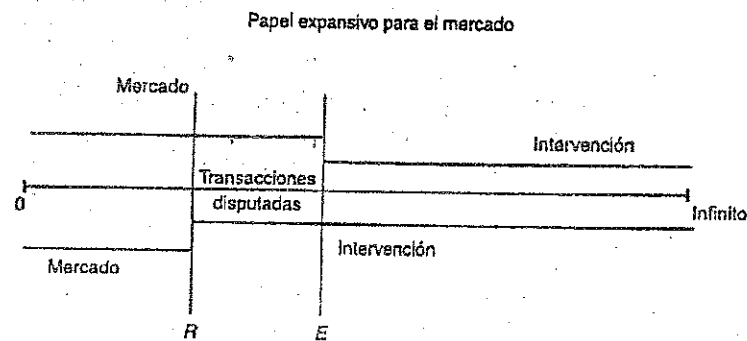


FIGURA IV.2. Diferentes niveles del umbral de los costos de transacción, con diferentes opiniones acerca de la regla legal apropiada en las disputas de la propiedad



de transacción. La persona cuyas opiniones se indiquen por debajo del espectro ubica el umbral a un nivel menor de los costos de transacción, indicado por la línea *R*. Esta persona cree que la negociación triunfará en un número menor de situaciones. Por lo tanto, está dispuesta a intervenir legalmente en más situaciones que la persona cuyas opiniones se indican por encima del espectro. Podríamos caracterizar estos dos puntos de vista como uno que favorece un papel (relativamente) expansivo para la negociación sin obstáculos y otro que favorece un papel (relativamente) restrictivo para la negociación al decidir temas de asignación eficiente de los recursos.

Adviértase que estas dos personas convienen en que la intervención legal mejora la eficiencia en todas las situaciones donde los costos de transacción se encuentran por encima de la línea *E*, y que la negociación sin obstáculos triunfa en todas las situaciones en que los costos de transacción se encuentran por debajo de la línea *R*. No se ponen de acuerdo acerca de si la negociación o la intervención legal es el medio más apropiado para las transacciones que se encuentren entre las dos líneas verticales.

Consideremos un ejemplo. Supongamos que surge una disputa acerca de la regla legal apropiada para el derecho de fumar cigarrillos, puros o pipas en los restaurantes. ¿Deberían decidir por sí mismos los restaurantes si permiten fumar y en qué medida, o debería haber una regulación legal de la cantidad y la clase de lo que se fuma en los restaurantes? Quien crea que la negociación puede triunfar en un conjunto amplio de situaciones podría aceptar que la negociación privada entre fumadores, no fumadores y dueños de restaurantes resuelva el asunto. Los fumadores pueden pagar a los no fumadores para que les permitan fumar en los restaurantes. O los no fumadores pueden pagar a

los fumadores para que no fumen en los restaurantes. De cualquier manera, la actividad más valiosa prevalecerá. Alternativamente, los dueños de restaurantes tienen un incentivo (la maximización de sus beneficios) para distribuir de manera más eficiente su espacio en el restaurante entre fumadores y no fumadores.

Otros podrían creer que los costos de transacción entre fumadores y no fumadores en los restaurantes son tan elevados que impiden una solución negociada para sus intereses en conflicto. Estas personas temen que ocurra un comportamiento desagradable y antisocial entre fumadores y no fumadores. El gobierno no debe delegar la tarea de separar a estas partes potencialmente guerreras en la negociación, ni a los dueños de restaurantes. Más bien, el gobierno debe intervenir y encontrar una solución. Por ejemplo, el gobierno podría exigir que los restaurantes tengan áreas separadas para los no fumadores.

Esta descripción estilizada de la aplicación práctica del teorema de Coase indica la existencia de una fuente común de desacuerdo entre los analistas por lo que toca a las cuestiones de la política pública.

Pregunta IV.11: ¿Se pondrán o no se pondrán de acuerdo los individuos cuyos valores de umbral para los costos de transacción difieran como se muestra en la gráfica IV.2, acerca del método apropiado para asignar derechos de propiedad de fumar o verse libres del humo en las situaciones siguientes?

- Fumar en una residencia privada.
- Fumar en un área pública tal como un centro comercial, una sala de conciertos cerrada o un estadio al aire libre.
- Fumar en los cuartos de un hotel.
- Fumar en los vuelos de aerolíneas comerciales.

¿Cuáles clases de argumentos formularán los dos individuos en favor y en contra de una negociación o de medios más intervencionistas para abordar cada problema?

D. Teoremas normativos de Hobbes y de Coase

Hasta aquí hemos hablado como si la única lección del teorema de Coase para el derecho de la propiedad fuese que la ley debe determinar el nivel de los costos de transacción y reaccionar en consecuencia. Pero podemos ir más allá.

Hasta ahora, hemos señalado los costos de transacción como si fuesen exógenos al sistema legal, es decir, como si fuesen determinados tan sólo por características objetivas de las situaciones de negociación, fuera del dominio

de la ley. No siempre ocurre así. Algunos costos de transacción son *endógenos* al sistema legal en el sentido de que las reglas legales pueden disminuir los obstáculos existentes para la negociación privada. El teorema de Coase sugiere que la ley puede alentar la negociación reduciendo los costos de transacción.

La reducción de los costos de transacción "lubrica" la negociación. Una forma importante en que la ley puede hacer esto es la definición de derechos de propiedad simples y claros. Es más fácil negociar cuando los derechos legales son simples y claros que cuando son complicados e inciertos. Por ejemplo, la regla de "el que es primero en tiempo es primero en derecho" es una forma simple y clara de determinar los derechos de propiedad. De igual modo, el requisito del registro público de los derechos de propiedad vuelve más fácil la determinación de la propiedad. En este libro se muestran muchos ejemplos de otros procedimientos utilizados por la ley para lubricar la negociación. Al hacer esto, la ley permite que las partes privadas intercambien derechos legales, liberando así a los legisladores de la difícil tarea de asignar eficientemente los derechos legales.

Podemos formalizar este principio como el *teorema normativo de Coase*:

Estructurar la ley de tal modo que se eliminen los impedimentos para los acuerdos privados.

El principio es "normativo" porque ofrece una guía a los legisladores. Se inspira en el teorema de Coase porque supone que el intercambio privado puede asignar eficientemente los derechos legales.

Además de estimular la negociación, un sistema legal trata de minimizar los desacuerdos y la falta de cooperación, que son costosos para la sociedad. La importancia de minimizar las pérdidas derivadas de los desacuerdos era especialmente apreciada por Thomas Hobbes, el filósofo inglés del siglo XVII, quien creía que los individuos raras veces serían lo suficientemente racionales para convenir una división del excedente cooperativo, aunque no existiesen impedimentos graves para la negociación.¹³ Su codicia natural los llevaría a pelear, a menos que un tercero más fuerte los obligara a ponerse de acuerdo. Estas consideraciones sugieren el siguiente principio del derecho de la propiedad, el que podemos designar como el *teorema normativo de Hobbes*:

¹³ En virtud de que Hobbes escribió en el siglo XVII, no se expresó exactamente en estos términos, pero esta clase de argumentación impregna su obra clásica, *Leviathan*, 1651.

Estructurar la ley de tal modo que se minimice el daño causado por las fallas de los acuerdos privados.¹⁴

De acuerdo con este principio, la ley debería diseñarse de tal modo que impida las amenazas coercitivas y elimine asimismo la capacidad destructiva del desacuerdo.

Cuando las partes no pueden llegar a un acuerdo privado, pierden el excedente derivado del intercambio. Para minimizar el daño resultante, la ley debería *asignar los derechos de propiedad a la parte que los valúe más*. Al asignar los derechos de propiedad a la parte que los valúe más, la ley vuelve innecesario el intercambio de derechos y así ahorra el costo de una transacción. Por ejemplo, el teorema normativo de Hobbes exige a la ley la creación de "praderas abiertas" (derechos de los ganaderos), antes que "praderas cerradas" (derechos de los agricultores), en situaciones correspondientes a nuestro ejemplo anterior.

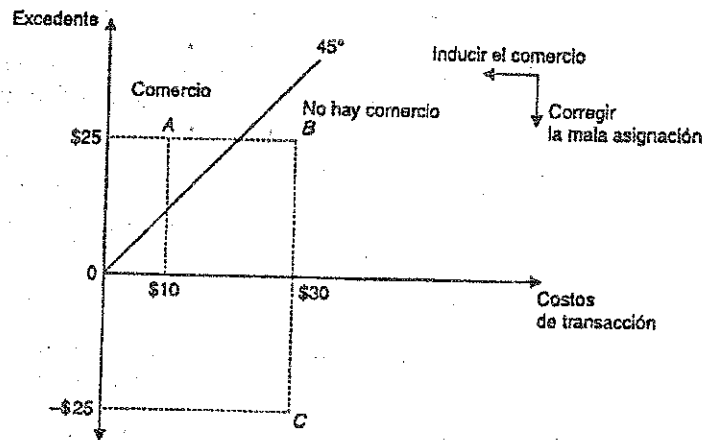
Estos dos principios normativos del derecho de la propiedad —minimizar el daño causado por los desacuerdos privados acerca de la asignación de los recursos (el teorema normativo de Hobbes), y minimizar los obstáculos a los acuerdos privados sobre la asignación de los recursos (el teorema normativo de Coase)— tienen una amplia aplicación en el campo del derecho. En combinación con el teorema de Coase discutido antes y su corolario, estos principios formarán el meollo de nuestro análisis económico del derecho de la propiedad en lo que resta de este capítulo y en el siguiente.

E. Representación gráfica de Coase y de Hobbes

Podemos representar gráficamente estos dos teoremas. En el eje vertical de la gráfica IV.1 se representa el excedente derivado de la transferencia de un derecho legal, de la parte que lo posee ahora a la otra parte. Para ilustrar esto, volvamos a nuestro ejemplo del agricultor y el ganadero, donde la transferencia de la obligación de cercar del ganadero (derechos de los agricultores) al agricultor (derechos de los ganaderos) crea un excedente de \$25. Por ejemplo, "\$25" en el eje vertical indica el excedente derivado del intercambio cuando la regla es la de "los derechos de los agricultores". Invirtamos ahora el ejemplo. En lugar de suponer que el ganadero tiene la obligación de cercar (derechos de los agricultores), supongamos que el agricultor tiene la obligación de cercar (derechos de los ganaderos). La transferencia de la obligación de cercar

¹⁴ Cooter desarrolla esta idea extensamente en "The Cost of Coase", *Journal of Legal Studies*, vol. 11, 1982, p. 1.

GRÁFICA IV.1. Representación gráfica de los teoremas normativos de Coase y de Hobbes



del agricultor (derechos de los ganaderos) al ganadero (derechos de los agricultores) crea un excedente de $-\$25$. Por lo tanto, $-\$25$ en el eje vertical indica el excedente derivado del intercambio cuando la regla es la de "los derechos de los ganaderos".

Existe un excedente positivo en la transferencia de un derecho legal porque el legislador asigna inicialmente el derecho a la parte errada. La asignación "inicial" se refiere a la asignación existente antes de que las partes privadas reasignen los derechos negociando entre sí. La parte "errada" se refiere a alguien que valúa el derecho menos que otra persona. Cuando la ley asigna un derecho a alguna persona que lo valúa menos que otra, las partes pueden obtener un excedente intercambiando el derecho. Y dicho intercambio corrige la mala asignación inicial de los derechos por obra de la ley.

El eje horizontal de la gráfica IV.1 mide los costos de transacción del intercambio privado de un derecho legal. En el mundo ideal del teorema de Coase, los costos de transacción son nulos. En la gráfica IV.1, los costos de transacción son nulos a lo largo del eje vertical. Sin embargo, en realidad, los costos de transacción son positivos, no nulos, para el intercambio privado de los derechos legales. Cuando los costos de transacción son positivos, deberán restarse del excedente para calcular el beneficio neto del intercambio privado. Por ejemplo, si el excedente derivado del intercambio es de $\$25$, y los costos de transacción del intercambio privado son $\$10$, el beneficio neto del intercambio privado del derecho legal es de $\$15$. Estos hechos se representan en la gráfica IV.1 por el punto (25, 10), que se denomina A.

Alternativamente, sea que el beneficio siga siendo de $\$25$, pero que el costo de transacción sea de $\$30$. Ahora las partes obtendrían un beneficio neto de $\$25 - \$30 = -\$5$ de un acuerdo privado. Estos hechos se presentan en la gráfica por el punto (25, 30), que se denomina B.

La eficiencia requiere el intercambio privado del derecho legal siempre que el excedente supere a los costos de transacción. En cualquier punto por encima de la línea de 45° , el excedente supera a los costos de transacción. Por lo tanto, la eficiencia requiere el intercambio privado del derecho legal para todos los puntos por encima de la línea de 45° . Por otra parte, la eficiencia requiere que no se intercambie el derecho legal siempre que los costos de transacción superen al excedente. Por lo tanto, la eficiencia requiere que no haya intercambio privado del derecho legal para todos los puntos por debajo de la línea de 45° grados.

¿Cuándo ocurrirá en efecto el intercambio privado? Si los costos de transacción superan al excedente, el beneficio neto del intercambio privado es negativo. En otras palabras, por lo menos una de las partes perderá por el intercambio privado. Una persona racional no negociará voluntariamente una pérdida. Por lo tanto, no ocurrirá el intercambio entre personas racionales cuando el beneficio neto sea negativo. Este hecho se indica en la gráfica IV.1 por la denominación de "no hay comercio" para los puntos por debajo de la línea de 45° . Por ejemplo, el intercambio privado de derechos legales no ocurrirá en el punto B.

En cambio, si el excedente supera a los costos de transacción, el beneficio neto del intercambio privado es positivo. En otras palabras, ambas partes pueden ganar con el intercambio privado. Las personas racionales por lo general comerciarán cuando ambas puedan beneficiarse. En consecuencia, el intercambio privado usualmente ocurrirá entre personas racionales cuando el beneficio neto sea positivo. Este hecho se indica en la gráfica por la denominación de "comercio" para los puntos por encima de la línea de 45° . Por ejemplo, el intercambio privado de derechos legales ocurrirá en el punto A. Adviértase que para todos los puntos por encima de la línea de 45° , las partes comerciarán hasta que el derecho legal quede en manos de la parte que lo valúa más; aunque la ley haya asignado inicialmente el derecho a la parte que lo valuaba menos.

Podemos utilizar la gráfica IV.1 para ilustrar dos formas en que la ley puede aumentar la eficiencia cuando los costos de transacción son positivos. En primer lugar, la ley puede inducir el intercambio privado reduciendo los costos de transacción. Para ilustrar esto con nuestro ejemplo del agricultor y el ganadero, supongamos que la ley asigna la obligación de cercar al ganadero (derechos de los agricultores), de modo que podría obtenerse un excedente de $\$25$ transfiriendo la obligación de cercar del ganadero al agricultor (derechos de los ganaderos). Pero supongamos que los costos de transacción del intercam-

bio privado ascienden a \$35, de modo que la transferencia está bloqueada. Si la ley puede reducir los costos de transacción del intercambio, de \$35 a \$10, los costos de transacción ya no bloquearán el intercambio privado. Cuando éste no está bloqueado, la obligación del ganadero de construir la cerca (derechos de los agricultores) podrá transferirse al agricultor (derechos de los ganaderos), creando así un beneficio neto de \$15. En los términos de la gráfica, suponemos que la situación inicial corresponde a *B*, pero la ley induce el intercambio y cambia la situación a *A*. En general, el estímulo de la ley corresponde a un movimiento de derecha a izquierda en la gráfica IV.1. Cuando la ley induce el intercambio privado en medida suficiente para cruzar la línea de 45° desde abajo, la ley permite que ocurra un intercambio de derechos legales que de otro modo no ocurriría.

En segundo lugar, la ley puede asignar derechos a la parte que los valúe más. Para ilustrar esto con nuestro ejemplo del agricultor y el ganadero, supongamos, como antes, que la ley asigna la obligación de cercar al ganadero (derechos de los agricultores), de modo que podría obtenerse un excedente de \$25 transfiriendo la obligación de cercar del ganadero al agricultor (derechos de los ganaderos). Supongamos, también como antes, que los costos de transacción del intercambio privado ascienden a \$35, de modo que la transferencia está bloqueada. Por último, supongamos que la ley no puede reducir los costos de transacción del intercambio. El otro remedio posible consiste en cambiar la ley y asignar la obligación de cercar al agricultor (derechos de los ganaderos) y no al ganadero (derechos de los agricultores). Si el agricultor tiene la obligación de cercar, los derechos legales se asignan eficientemente. Cuando el derecho ya se ha asignado de manera eficiente, el intercambio del derecho produciría un excedente negativo. En nuestro ejemplo, el excedente negativo asciende a -\$25, lo que corresponde al punto *C* en la gráfica IV.1. En consecuencia, el cambio de la ley, de los derechos de los agricultores a los derechos de los ganaderos, corresponde a un movimiento de *B* a *C* en la gráfica. En general, el cambio de la ley para reasignar los derechos legales, de la parte que los valúa menos a la parte que los valúa más, corresponde a un movimiento hacia abajo en la gráfica IV.1. Cuando la ley reasigna los derechos legales en medida suficiente para cruzar el eje horizontal desde arriba, la ley vuelve innecesario el intercambio privado.

La gráfica IV.1 ilustra que, al asignar los derechos inicialmente a la parte que los valúa más, los legisladores ahorran a la sociedad el costo de transacción del intercambio de los derechos. Pero a menudo los legisladores no saben quién valúa más los derechos, y descubrirlo puede resultar muy difícil. Por ejemplo, consideremos el problema de discernir el costo de la cerca de los cultivos del agricultor. Cuando declara en el tribunal, el agricultor tiene un incentivo para exagerar tales costos. Conociendo este hecho, el juez y el jurado no saben con seguridad si deben creerle al agricultor. Como otro ejemplo,

supongamos que los tribunales deben compensar a los dueños de Blackacre, que ha sido propiedad de la familia Gascoyne-Stubbs durante 15 generaciones. Blackacre tiene un valor de mercado de \$1 millón. Su actual propietario, Brewster Gascoyne-Stubbs, debe valorarlo en más de \$1 millón, porque de otro modo ya lo habría vendido. ¿Pero cuánto más? Los tribunales y los legisladores no lo pueden saber, sobre todo porque, cuando se le interroga al respecto, el señor Gascoyne-Stubbs tiene incentivos para exagerar.

Los legisladores eficientes afrontan, aparentemente, un dilema entre los costos de transacción y los costos de información. Siguiendo estrictamente el precedente, los tribunales evitan los costos de información necesarios para determinar quién valúa más un derecho y dejan a las partes los costos de transacción del intercambio de derechos legales que puedan existir. Al determinar quién valúa más un derecho legal, los tribunales liberan a las partes de los costos de transacción de los derechos legales, pero incurren en los costos de información para determinar quién valúa más un derecho. La eficiencia requiere que los tribunales hagan lo que sea más barato. Para formalizar este enunciado, sea que *CI* denote el costo de información que debe asumir un tribunal para determinar quién valúa más un derecho legal. Sea que *CT* indique el costo de transacción del intercambio de derechos legales. Los tribunales eficientes seguirían la siguiente regla:

$$\begin{aligned} CI < CT &\Rightarrow \text{asignar el derecho legal inicialmente} \\ &\quad \text{a la persona que lo valúe más;} \\ CT < CI &\Rightarrow \text{seguir estrictamente el precedente.} \end{aligned}$$

Pregunta IV.12:

- Quando los costos de transacción son lo suficientemente bajos, se dará la asignación eficiente de los recursos independientemente de la asignación particular de los derechos de propiedad. Cuando los costos de transacción son lo suficientemente elevados, la asignación eficiente de los recursos requiere que se asignen los derechos de propiedad a la parte que los valúe más. ¿Cómo se indica este umbral en la gráfica IV.1?
- Para alcanzar la eficiencia cuando los costos de transacción son elevados, los tribunales deben asignar el derecho legal a la parte que lo valúe más. Utilice la gráfica IV.1 para explicar esta proposición.
- ¿Puede usted utilizar el teorema normativo de Hobbes para justificar la legislación reguladora del proceso de negociación colectiva entre los empleadores y los sindicatos?
- Quando los individuos disienten fuertemente, pueden tratar de hacerse daño entre sí, o pueden abandonar un intercambio potencialmente rentable. ¿Qué respuesta sugiere el teorema normativo de Hobbes que debería dar la ley a estas dos posibilidades?

5. ¿CÓMO SE PROTEGEN LOS DERECHOS DE PROPIEDAD?

Ahora tenemos los elementos necesarios para contestar una de las cuatro preguntas fundamentales acerca del derecho de la propiedad que formulamos al inicio de este capítulo: "¿Qué remedios existen para la violación de los derechos de propiedad?" Esta pregunta se refiere a la forma en que debería de responder un tribunal cuando una persona o el gobierno interfieren con los derechos de propiedad de alguien. Nuestra discusión en este capítulo se concentrará en la interferencia de parte de una persona. En el capítulo siguiente consideraremos la interferencia gubernamental.

A. Pago de daños y mandatos judiciales

Antes que nada, necesitamos ciertos antecedentes. Los remedios de que dispone un tribunal del derecho común son *legales* o *equitativos*. El principal remedio legal es el pago de *daños monetarios compensatorios* que el demandado debe hacer al demandante. Esos daños son una suma de dinero que compensa al demandante por los perjuicios que le ha infligido el demandado. El tribunal determina la suma de dinero apropiada que, como suele decirse, "sanará al demandante". La medición de esta suma es un tema complejo en sí mismo, del que nos ocuparemos más adelante.¹⁵ El remedio *equitativo* es una orden expedida por el tribunal para que el demandado realice un acto o se abstenga de actuar en una forma particular. Esta orden asume con frecuencia la forma de un *mandato* que "prohíbe" al demandado hacer o abstenerse de un acto específico.¹⁶

Adviértase que el remedio legal "mira hacia atrás" en el sentido de que compensa a un demandante por un daño que ya ha sufrido, mientras que el remedio equitativo "mira hacia adelante" en el sentido de que impide que un demandado cause un daño al demandante en el futuro. Por lo tanto, un tribunal puede combinar las dos formas de remedio, otorgando la compensación de los daños monetarios provocados por acciones pasadas y prohibiendo los actos que puedan causar daño en el futuro.

¹⁵ Hay otras dos cosas que usted debe saber. Primero, si un demandado no paga los daños a que lo condena un tribunal, su propiedad podrá ser embargada y vendida para ejecutar el fallo. Segundo, los daños compensatorios deben distinguirse de los *daños punitivos*, que son daños monetarios por encima de los daños compensatorios a cuyo pago se condena al demandado. El propósito de los daños punitivos es el de castigar al demandando, no el de compensar al demandante. En el capítulo IX discutiremos los daños punitivos.

¹⁶ Las consecuencias para un demandado que viole un decreto equitativo son mucho más graves que las de dejar de pagar una condena monetaria. El hecho de que un demandado no cumpla un mandato judicial no sólo causa una pérdida para el demandante, sino que también constituye un insulto para la autoridad del tribunal. Un demandado que no cumpla con una orden equitativa puede ser declarado en rebeldía contra el tribunal y encarcelado hasta que acepte cumplir la orden.

El pago de daños constituye el remedio habitual para el incumplimiento de promesas y los accidentes, mientras que el mandato es el remedio habitual para los actos de apropiación, invasión o interferencia con la propiedad de otro. En otras palabras, el pago de daños es el remedio habitual en el derecho de los contratos y los ilícitos culposos, mientras que el mandato es el remedio habitual en el derecho de la propiedad. Por ejemplo, el agricultor tendrá que pagar daños al ganadero por el incumplimiento de un contrato que lo obliga a entregar heno o por haber disparado accidentalmente a la vaca del ganadero cuando andaba cazando. Pero si el ganado invade los cultivos del agricultor (y si los agricultores tienen derecho a quedar libres de las depredaciones del ganado descarriado), es probable que el tribunal conceda el pago de daños por los perjuicios del pasado y mande al ganadero que controle su ganado en el futuro.

B. La lavandería y la compañía de electricidad: un ejemplo

Un mandato podría aparecer como la proscripción absoluta de un acto. Por ejemplo, si el tribunal condenara la invasión futura de los campos de maíz del agricultor por el ganado del ganadero, podríamos interpretar que esto significa que el ganadero tendrá que erigir una cerca. Esto es un error. El remedio por mandato no impide que el ganado del ganadero invada la propiedad del agricultor, sino tan sólo que ocurra sin el consentimiento del agricultor. El agricultor queda en libertad para celebrar un contrato por el que prometa *no* aplicar el mandato. Así, el agricultor podría comprometerse a no aplicar el mandato a cambio de que el ganadero le pague cierta suma de dinero.

Dados estos hechos, el derecho a un mandato debería considerarse como una clara asignación de un derecho de propiedad. Una vez que el derecho de propiedad está claramente asignado, su propietario podrá negociar su venta. Por ejemplo, si el tribunal prohibió al ganadero que su ganado invadiera las tierras del agricultor en el futuro, esto podría verse como una declaración de que el agricultor tiene el derecho legalmente exigible a verse libre de la invasión del ganado. Si el valor que el ganadero le asigna al hecho de que se le permita invadir la propiedad del agricultor es mayor que el valor que el agricultor le asigna al hecho de quedar liberado de la invasión, entonces habrá lugar para una negociación en la que el ganadero compre el derecho al agricultor.

La mayoría de las disputas legales se arreglan mediante una negociación entre las partes, sin acudir a un juicio, pero los términos de la negociación se ven afectados por el remedio de que se dispondría en el juicio.¹⁷ Específicamente, los términos de la negociación son diferentes dependiendo de que

¹⁷ Aquí se habla de "negociar a la sombra de la ley".

el remedio sea el pago de daños o un mandato. Un ejemplo tomado del capítulo 1 le ayudará a entender la relación existente entre los remedios y las negociaciones.

Los hechos: La Compañía Eléctrica *E* emite humo que ensucia la ropa de la Lavandería *L*. Nadie más se ve afectado porque *E* y *L* están cerca una de otra y lejos de todos los demás. *E* puede abatir este costo externo instalando limpiadores en sus chimeneas, mientras que *L* puede reducir el daño instalando filtros en su sistema de ventilación. La instalación de cepillos por *E*, o de filtros por *L*, elimina por completo el daño causado por la contaminación. El cuadro IV.4 muestra los beneficios de cada compañía, dependiendo de la acción que se realice para reducir la contaminación. (Los beneficios que se muestran en la matriz excluyen toda compensación que pudiera pagarse o recibirse a resultas de una disputa legal.)

Las cifras del cuadro IV.4 pueden explicarse de la manera siguiente. Cuando *E* no instala limpiadores, sus beneficios son 1 000 (independientemente de lo que haga la lavandería). Cuando *L* no instala filtros y no sufre daños por la contaminación (porque *E* ha instalado limpiadores), los beneficios de *L* son 300. La contaminación destruye 200 de los beneficios de *L*, la cual puede evitar esto instalando filtros a un costo de 100, o *E* puede evitarlo instalando limpiadores a un costo de 500. Verifique si puede utilizar estos hechos para explicar las cifras del cuadro.

Por definición, el resultado más eficiente es una situación en la que los beneficios totales para las dos partes, llamados los "beneficios conjuntos", son los más altos posibles. Los beneficios conjuntos se calculan sumando las dos cifras de cada celda del cuadro. Los beneficios conjuntos se maximizan en la celda noreste, donde se alcanzan 1 200 cuando *E* no instala limpiadores y *L* instala filtros.

El daño causado por la contaminación representa una fuente de disputa entre *E* y *L*, quienes pueden arreglar su desacuerdo y cooperar entre sí, o pueden dejar de cooperar y litigar su disputa. Nos interesa determinar aquí cómo el remedio disponible en un tribunal puede inducir a las partes a alcanzar la solución eficiente y así minimizar el daño de la contaminación.

Supongamos que *E* y *L* litigan su desacuerdo. Tres reglas de la ley podrían aplicarse en el evento de un juicio:

1. *E* está en libertad para contaminar.
2. *L* tiene derecho a obtener de *E* el pago de daños. (El pago de daños es una suma de dinero que *E* paga a *L* para compensar la reducción de los beneficios de *L* por causa de la contaminación de *E*.)

CUADRO IV.4. Beneficios antes de la acción legal

		Lavandería	
		Sin filtro	Con filtro
Compañía eléctrica	Sin limpiadores	100; 1 000	200; 1 000
	Con limpiadores	300; 500	200; 500

NOTA: Los beneficios de la lavandería aparecen primero en cada celda; los beneficios de la compañía eléctrica aparecen en segundo término en cada celda.

3. *L* tiene derecho a que se expida un mandato que prohíba a *E* contaminar. (Un mandato es una orden expedida por un tribunal para que *E* deje de contaminar.)

Determinemos el valor de la solución no cooperativa de acuerdo con cada una de estas reglas.

Principiando con la regla 1, si *E* está en libertad de contaminar, la acción más rentable para *E* consiste en abstenerse de instalar limpiadores y ganar beneficios de 1 000. La respuesta más rentable para *L* consiste en instalar filtros y ganar beneficios de 200. Por lo tanto, el valor no cooperativo de la regla de la libertad para contaminar es 1 200. Ésta es la solución eficiente, que se encuentra en la celda noreste del cuadro.

Pasando a la regla 2, si *E* debe pagar daños a *L* por contaminar, entonces *L* no se molestará en instalar filtros. *E* tendrá que pagar a *L* daños iguales a la diferencia existente entre los beneficios que gana *L* cuando no hay contaminación, 300, y los beneficios que gana *L* cuando hay contaminación, 100. *E* puede elegir entre la instalación de limpiadores y el pago de daños a *L* por la suma de 200. La alternativa más rentable consiste en que *E* no instale los limpiadores: inicialmente obtiene 1 000 en beneficios, de los que debe restar 200 para pagar los daños, de modo que *E* se queda con beneficios netos de 800. *L* obtiene beneficios netos de 300 (100 de sus operaciones más 200 de *E*). El valor no cooperativo según la regla 2 (una regla de responsabilidad por el pago de los daños) es entonces $1\ 100 = 300 + 800$. Éste es el valor que aparece en la celda noroeste del cuadro.

Pasando ahora a la regla 3, si se ordena a *E* que se abstenga de contaminar y responda instalando limpiadores, obtendrá 500 de beneficios. Cuando *E* instala limpiadores, *L* no se molestará en instalar filtros, de modo que obtendrá 300 de beneficios. Por lo tanto, el valor no cooperativo de acuerdo con la regla que prohíbe la contaminación es $800 = 500 + 300$, que corresponde a la celda suroeste del cuadro.

Bajo el supuesto pesimista de que *E* y *L* no pueden cooperar, sólo una de las reglas legales produce un resultado eficiente: la regla 1. En lugar de for-

mular el supuesto pesimista de que las partes no podrán cooperar, supongamos que formulamos el supuesto optimista de que las partes pueden arreglar su desacuerdo de manera cooperativa. (Estamos suponiendo que los costos de transacción son muy bajos.) Cuando *E* y *L* cooperan, su mejor estrategia consiste en maximizar los beneficios conjuntos de ambas empresas, y los beneficios se maximizan cuando las partes toman el curso de acción eficiente, el cual en este caso es que *L* instale filtros y *E* no instale limpiadores, con lo que se obtienen beneficios conjuntos de 1 200. Ésta es la solución eficiente de la celda noreste.

Así pues, hay dos procedimientos para alcanzar la solución eficiente. Un procedimiento consiste en que la ley adopte la regla para la cual es eficiente la solución no cooperativa. Esta solución es recomendada por el teorema normativo de Hobbes. En nuestro ejemplo (pero no necesariamente para otros ejemplos de contaminación), la solución no cooperativa es eficiente según la regla 1, que otorga a *E* libertad para contaminar. El otro procedimiento para alcanzar la eficiencia consiste en que las partes cooperen. La solución cooperativa es eficiente bajo las tres leyes posibles. De acuerdo con el teorema de Coase, las asignaciones ineficientes de los derechos legales por leyes como las reglas 2 y 3 serán remediadas mediante acuerdos privados, a condición de que la negociación tenga éxito.

Si los costos de transacción son nulos y la negociación exitosa puede corregir a las leyes ineficientes, ¿para qué sirve la ley? Una respuesta es que la ley afecta la distribución del producto cooperativo, lo que a su vez afecta a la negociación. Para ilustrar este punto acerca de la distribución, recordemos cómo afecta la estructura de la ley —como las reglas 1, 2 y 3— a los valores de amenaza de las partes. Una solución de negociación razonable consiste en que cada parte reciba su valor de amenaza más una porción igual del excedente cooperativo. Cada parte de una negociación preferiría la regla de la ley que le otorgue el valor de amenaza mayor. Específicamente, el valor de amenaza del demandante, en una disputa de la propiedad, es por lo menos tan grande cuando el remedio para el daño futuro es un mandato judicial como cuando el remedio es el pago de daños. En consecuencia, el demandante prefiere el remedio del mandato para el daño futuro o, mejor aún, el remedio del mandato para el daño futuro más el pago de los daños pasados. En cambio, el demandado prefiere el remedio de los daños futuros o, mejor aún, ningún remedio.

El efecto de la regla de la ley sobre la distribución del producto cooperativo puede calcularse precisamente para *E* y *L*. Imaginemos que *E* y *L* celebran negociaciones y, para mantener la aritmética simple, supongamos que la negociación de un arreglo o la litigación de un juicio no cuesta nada para ninguna de las partes. (¡Algo difícil de creer!) Las ganancias no cooperativas —es decir, los beneficios que las partes pueden obtener por sí mismas si las nego-

CUADRO IV.5. Beneficios de la negociación según las tres reglas legales

	Sin cooperación		Excedente	Con cooperación	
	<i>E</i>	<i>L</i>		<i>E</i>	<i>L</i>
Regla 1	1 000	200	0	1 000	200
Regla 2	800	300	100	850	350
Regla 3	500	300	400	700	500

ciaciones fracasan— aparecen en el cuadro IV.5 bajo cada una de las tres reglas. El excedente cooperativo, que es igual a la diferencia entre los beneficios conjuntos derivados de la cooperación y los valores de amenaza, aparece en la columna del centro. Una solución de negociación razonable consiste en que cada parte reciba su valor de amenaza más la mitad del excedente derivado de la cooperación. Las ganancias de las dos partes, derivadas de la cooperación, aparecen en las dos columnas del lado derecho del cuadro. Adviértase que en todos los casos las ganancias cooperativas suman 1 200, pero que *L* recibe la mayor participación bajo la regla del mandato judicial (regla 3), una participación intermedia bajo la regla del pago de daños (regla 2), y la participación menor cuando *E* tiene libertad para contaminar (regla 1).

Pregunta IV.13: ¿Por qué el costo para el demandado de cumplir un mandato para que se elimine la interferencia futura es por lo menos tan grande como el pago de daños de la interferencia futura? ¿Es este hecho generalmente cierto, o sólo una característica especial del ejemplo?

C. Remedios eficientes

Dijimos antes que el mandato judicial es por lo general el remedio para la violación de un derecho de propiedad. Nos gustaría explicar esta generalización, así como sus excepciones, en términos de la eficiencia. El ejemplo anterior demostró que el pago de daños y los mandatos judiciales son remedios igualmente eficientes cuando los costos de transacción son nulos. En consecuencia, las diferencias en cuanto a su eficiencia deben depender de los costos de transacción. Para explicar por qué el mandato judicial es un remedio eficiente para la violación de un derecho de propiedad, debemos discutir la conexión entre los derechos de propiedad y los costos de transacción.

Ya antes señalamos que la negociación es más exitosa cuando los derechos legales de las partes son claros y simples. El mandato judicial es a menudo más

claro y simple que el pago de daños. El mandato judicial es más claro y simple porque la determinación de los daños por parte de los tribunales puede resultar impredecible. Por ejemplo, a un tribunal le resulta difícil asignar un valor monetario al daño causado por el satélite de Windsong que se acerca a la órbita del satélite de Orbitcom en el ejemplo IV.2. De igual modo, a un tribunal le resulta difícil asignar un valor monetario al daño causado por la intrusión de la casa de Pérez que invade medio metro del terreno de González en el ejemplo IV.5. En cambio, el derecho a un mandato otorga a las partes una posición clara para negociar. En el curso de la negociación, pueden establecer por sí mismas el valor del daño.

Estos hechos sugieren que el remedio del mandato judicial puede ser más eficiente que el pago de daños cuando las partes pueden negociar entre sí. En otras palabras, la mejor política es que la ley procure la negociación definiendo derechos claros y simples cuando los costos de transacción ya son bajos.

Pero si los costos de transacción son tan elevados que impiden la negociación, definir derechos claros y simples contribuye poco a la eficiencia. Por ejemplo, supongamos que cada uno de los propietarios de las casas afectadas por la pestilencia proveniente del comedero en el ejemplo IV.3, al principio del capítulo, tenía el derecho legal de obtener un mandato judicial para que el comedero se abstenga de contaminar. A fin de continuar funcionando, el comedero tendría que negociar un acuerdo con cada uno de los propietarios para no tener que cumplir el mandato judicial. Los costos de transacción impiden negociar tantos acuerdos. Por otra parte, si cada uno de los afectados tuviera derecho a exigir el pago de daños monetario, el tribunal podría ordenar la compensación de acuerdo con una fórmula simple de "mayoreo", de modo que el comedero pueda pagar los daños y continuar funcionando. Estos hechos sugieren que el pago de daños puede ser un remedio más eficiente cuando los costos de transacción son elevados.

Hemos llegado a la conclusión de un artículo famoso del profesor (ahora juez) Guido Calabresi y de A. Douglas Melamed,¹⁸ quienes propusieron las reglas siguientes para determinar el mejor remedio a la violación de un derecho legal:

Quando haya obstáculos para la cooperación (es decir, elevados costos de transacción), el remedio más eficiente es el pago de daños monetarios compensatorios.

¹⁸ Calabresi y Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, p. 1089. Como lo indica el título, los autores consideran un tercer método para estimular el uso eficiente de la propiedad: la inalienabilidad; es decir, la prohibición de una solución de negociación para el uso de un derecho de propiedad. En el capítulo siguiente discutiremos brevemente la eficiencia de ese método.

Quando haya pocos obstáculos para la cooperación (es decir, bajos costos de transacción), el remedio más eficiente es un mandato judicial contra la interferencia del demandado con la propiedad del demandante.

Estas dos proposiciones tienen una interpretación simple en términos de la gráfica IV.1. En la zona de "no hay comercio" vemos que, integrada por los puntos *debajo* de la línea de 45°, el remedio más eficiente es el pago de daños. En la zona de "comercio", integrada por los puntos *encima* de la línea de 45°, el remedio más eficiente es un mandato judicial.

Para ilustrar estas reglas, consideremos una modificación del ejemplo de la lavandería y la compañía de electricidad. En lugar de suponer que los costos de negociación son nulos, supongamos que son tan elevados que impiden la negociación. En consecuencia, el resultado que prevalecerá es la solución "sin cooperación" del cuadro IV.5. Bajo la regla del pago de daños, la solución sin cooperación genera beneficios conjuntos de 1100, mientras que bajo la regla del mandato judicial genera beneficios conjuntos de 800. Así pues, el ejemplo ilustra el hecho de que el remedio de pago de daños es por lo menos tan eficiente como el remedio del mandato judicial cuando los costos de transacción impiden la negociación.

Este ejemplo nos permite entender fácilmente la razón de que el pago de daños sea más eficiente que el mandato judicial cuando los costos de transacción impiden la negociación. Si el pago de daños compensa perfectamente a la lavandería, sus beneficios serán iguales (específicamente 300), sin importar que la compañía de electricidad contamine o no. Por lo tanto, la lavandería es indiferente entre el remedio del pago de daños y el del mandato judicial (suponiendo que no hay negociación). Según el remedio del pago de daños, la compañía de electricidad puede contaminar y pagar daños, o puede abatir su contaminación y no pagar daños. Sus beneficios aumentan de 500 a 800 cuando, en lugar de abatir su contaminación, contamina y paga daños. En cambio, un mandato judicial (sin negociación) elimina esta opción. De manera específica, el mandato judicial obliga a la compañía de electricidad a abatir su contaminación, en cuyo caso sus beneficios son 500. En general, cuando los costos de transacción impiden la negociación, cambiar del remedio del mandato judicial al del pago de daños compensatorios no empeora la situación de la víctima, mientras que el victimario puede encontrarse en mejor situación y no puede ver empeorar su situación.

Hemos ilustrado la superioridad del remedio de pago de daños cuando los costos de transacción son elevados. Ahora modificaremos el ejemplo para ilustrar la superioridad del remedio del mandato judicial cuando los costos de transacción son bajos. Supongamos que los costos de la negociación (o la

transacción) son positivos pero, en virtud de que un mandato es tan simple y claro, estos costos de negociación son menores de acuerdo con el remedio del mandato judicial que según el remedio del pago de daños. Específicamente, supongamos que los costos de transacción son 150 bajo la regla de los daños y 50 bajo la regla del mandato. Como se indica en el cuadro IV.5, el excedente derivado de la cooperación bajo la regla del pago de daños es 100, de modo que el beneficio neto de la cooperación es $-50 (= 100 - 150)$. En virtud de que la cooperación genera beneficios netos negativos, las partes no tienen ningún margen para negociar bajo la regla del pago de daños. En lugar de negociar, la compañía de electricidad contaminará y pagará los daños, lo que genera beneficios netos de 800 para *E* y 300 para *L*, de modo que los beneficios conjuntos ascienden a 1100 ($= 800 + 300$).

En cambio, el excedente derivado de la cooperación bajo la regla del mandato asciende a 400, mientras que los costos de la negociación ascienden a 50, de tal modo que el beneficio neto derivado de la cooperación asciende a 350 ($= 400 - 50$). En virtud de que la cooperación genera beneficios netos positivos, las partes tienen un margen para negociar. Un acuerdo razonable daría a cada compañía su valor de amenaza más la mitad de los beneficios netos derivados de la cooperación. Específicamente, un acuerdo razonable genera beneficios netos de 675 para *E* y 475 para *L*, de modo que los beneficios conjuntos ascienden a 1150. En este ejemplo, el remedio del mandato es más eficiente porque estimula la negociación privada lo suficiente para inducir la cooperación.

Cuando se aplican en la práctica estas dos reglas, el remedio legal preferido depende en gran medida del número de partes que deban participar en un arreglo. La mayoría de nuestros ejemplos de negociación se refieren a dos partes. La comunicación entre dos partes suele ser barata, sobre todo cuando están próximas entre sí. De igual modo, muchas disputas sobre la propiedad involucran con frecuencia a un número pequeño de propietarios de terrenos contiguos. Los obstáculos para la cooperación suelen ser pocos en las disputas que involucran a un número pequeño de personas geográficamente concentradas que se conocen bien entre sí. En tales circunstancias, los costos de la comunicación son obviamente bajos; las partes pueden monitorear el acuerdo a un costo bajo porque cada persona puede observar lo que ocurre en su propio terreno; por último, los costos estratégicos son bajos si la propiedad de la tierra es estable y los propietarios contiguos se conocen bien entre sí. En estas circunstancias, la negociación tenderá a triunfar y, en consecuencia, el remedio que resulta más eficiente para la resolución de la mayoría de las disputas de propiedad es el mandato judicial.¹⁹

¹⁹ Esto explica la caracterización que hacen Calabresi y Melamed de los remedios equitativos como "reglas de la propiedad".

Sin embargo, muchas negociaciones involucran a tres o más partes. Entre mayor sea el número de las personas involucradas y más alejadas se encuentren entre sí, mayores serán los costos de su comunicación. Es improbable que triunfe la negociación privada en las disputas que involucran a gran número de extraños geográficamente dispersos porque los costos de la comunicación son elevados, el monitoreo es costoso y es probable que surja un comportamiento estratégico. Gran número de terratenientes por lo general se ven afectados por molestias tales como la contaminación del aire o la pestilencia proveniente del comedero en el ejemplo IV.3. En estos casos, el pago de daños es preferible al mandato judicial.

Pregunta IV.14: Utilice la teoría de los costos de transacción para explicar si los derechos siguientes deberían estar protegidos por el mandato judicial o por el pago de daños:

- El derecho de un terrateniente para excluir de su propiedad la línea de gas de un vecino.
- El derecho del propietario de un automóvil nuevo de lograr que el vendedor cambie la transmisión defectuosa del automóvil.
- El derecho del propietario de una casa a quedar libre de la contaminación del aire provocada por una fábrica cercana.
- El derecho de un cónyuge a obtener la mitad de la casa tras un divorcio.

Pregunta IV.15: Supongamos que dos personas optan por litigar una disputa. ¿Debería presuponer la ley que, si dos partes están dispuestas a litigar, los costos de transacción deben de ser elevados, de modo que el tribunal debería optar por el pago de daños como remedio y no por el mandato judicial?

6. ¿QUÉ PUEDE SER OBJETO DE LA PROPIEDAD PRIVADA?

En esta sección abordaremos otra cuestión fundamental del derecho de la propiedad: ¿los derechos de propiedad deberían ser privados o colectivos? En primer lugar, utilizaremos la distinción económica entre bienes públicos y bienes privados (desarrollada en el capítulo II) para diferenciar los recursos que se usarán con mayor eficiencia si son éstos de propiedad privada, de los recursos que se usarán con mayor eficiencia si son de propiedad pública. En segundo lugar examinaremos los derechos de propiedad en el campo de la información como un ejemplo para distinguir entre la eficiencia de la propiedad privada y la de la propiedad pública.

A. Bienes públicos y bienes privados²⁰

La mayoría de los ejemplos de la propiedad que hemos discutido hasta ahora en este libro son lo que los economistas llaman "bienes privados". Los bienes que describen como puramente privados tienen la característica de que el uso de una persona impide el uso por parte de otra: por ejemplo, cuando una persona se come una manzana, otras personas no pueden comérsela; unos pantalones pueden ser usados sólo por una persona a la vez; un automóvil no puede avanzar en dos direcciones diferentes al mismo tiempo; etc. Estos hechos se resumen a veces diciendo que hay rivalidad en el consumo de los bienes privados.

Lo opuesto es un bien puramente público, para el que no hay rivalidad en el consumo. Un ejemplo convencional de un bien público es el de la seguridad militar en la era nuclear. El hecho de proveer a un ciudadano de protección contra un ataque nuclear no disminuye la cantidad de protección que se ofrezca a otros ciudadanos. En el caso de un bien puramente público, no hay rivalidad en el consumo.

Existe otro atributo que también distingue a los bienes privados de los bienes públicos. Una vez definidos los derechos de propiedad sobre los bienes privados, su ejecución resulta (relativamente) barata. En lo específico, el propietario puede excluir a otros del uso de tales bienes a un costo bajo. Por ejemplo, una granja puede cercarse a un costo relativamente bajo para evitar la invasión de ganado. Pero en el caso de los bienes públicos, resulta costoso excluir a cualquiera de su disfrute. Por ejemplo, resulta virtualmente imposible ofrecer cantidades diferentes de protección contra un ataque nuclear a distintos ciudadanos.

Habiendo explicado la distinción de lo público y lo privado en la economía y en el derecho, ahora podremos relacionarlos entre sí. La relación es muy sencilla: la eficiencia exige que los bienes privados sean de propiedad privada y los bienes públicos sean de propiedad pública. En otras palabras, la eficiencia requiere que los bienes rivales y excluibles sean controlados por individuos o por pequeños grupos de personas, mientras que los bienes no rivales y no excluibles sean controlados por un grupo grande de personas tal como el Estado. Por lo tanto, la distinción entre bienes privados y bienes públicos debería guiar la elaboración de reglas de propiedad para contestar a la pregunta: "¿Qué puede ser objeto de la propiedad privada?"

Podemos explicar la idea central, no los detalles, de esta prescripción. Ya que son rivales, los bienes privados deben ser usados y consumidos por individuos, no disfrutados igualmente por todos. La eficiencia requiere que la parte que lo valúe más use y consuma cada bien privado. En un mercado libre,

²⁰ Antes de leer esta sección quizá resulte útil revisar el material del capítulo II respecto a los bienes públicos.

ocurren intercambios hasta que cada bien queda en manos de la parte que lo valúe más. Por lo tanto, la ley puede lograr la asignación eficiente de los bienes privados; por ejemplo, reduciendo los costos de negociación mediante la asignación de derechos de propiedad claros y simples. Así, una vez que el Estado reconoce los derechos de propiedad privados, el dueño de un bien privado podrá excluir a otros del uso o consumo de ese derecho, excepto con el consentimiento del dueño. La facultad del dueño para excluir canaliza el uso o consumo de los bienes privados hacia el intercambio voluntario, lo que promueve el uso eficiente de tales bienes. Éste es un ejemplo de la "negociación inducida".

En cambio, el carácter técnico de los bienes públicos impide el uso de la negociación para el logro de la eficiencia. Por ejemplo, supongamos que cierta manzana de la ciudad está plagada de delincuentes, de modo que algunos residentes proponen contratar a un guardia privado. Muchos residentes contribuirán voluntariamente al sueldo del guardia, pero supongamos que algunos se niegan a contribuir. Los residentes que pagan podrían instruir al guardia para que no ayude a quienes no pagan en el evento de un asalto. Aun así, la presencia del guardia en la calle la hará más segura para todos, porque es improbable que los asaltantes sepan quién ha pagado y quién no ha pagado los servicios del guardia. En estas circunstancias, no hay mucho que puedan hacer quienes pagan para obligar a contribuir a quienes no lo hacen.

Se le llama "gorrones" (*free riders*) a quienes no pagan su consumo de un bien público. Para entender este concepto, imaginemos que un tranvía tiene instalado un medidor eléctrico y que, para hacer que el tranvía se mueva, los pasajeros deben depositar dinero en el medidor. Los pasajeros advertirán que quienquiera que pague proveerá un viaje gratis a todos los demás. Es posible que algunos pasajeros depositen en el medidor todo el dinero necesario, algunos depositarán algo de dinero, pero no el total, y algunos no depositarán nada. Debido a los "gorrones", no se depositará suficiente dinero en el medidor, de modo que la compañía de tranvías proveerá menos tranvías que los requeridos por la eficiencia. En general, los mercados proveen demasiado poco de un bien público porque el proveedor privado no puede excluir a los usuarios que no paguen su porción de los costos.

Hemos explicado que los bienes privados, que exhiben rivalidad y exclusión, deberían ser de propiedad privada; y que los bienes públicos, que exhiben no rivalidad y no exclusión, deberían ser de propiedad pública. Ilustraremos esta proporción en relación con la tierra. Algunos usos eficientes de la tierra se realizan en un área pequeña y afectan a un pequeño grupo de personas, como ocurre con la construcción de una casa o con el cultivo de maíz. "Vivienda" y "maíz" son bienes rivales con costos de exclusión bajos, de modo que los mercados se forman con facilidad para la vivienda y el maíz. Otros usos eficientes de la tierra se realizan en un área grande y afectan a un gran

número de personas. Por ejemplo, el uso de un espacio aéreo no congestionado por los aviones, o el uso de los mares profundos por los barcos no son rivales y la exclusión es costosa. Por lo tanto, el espacio aéreo y los mares profundos son bienes públicos. A medida que el congestionamiento aumenta por el incremento de aviones y barcos, los gobiernos imponen reglas al uso del espacio aéreo y el mar.

Éstos son ejemplos de bienes privados de propiedad privada y bienes públicos de propiedad pública, tal como lo requiere la eficiencia. Sin embargo, hay muchos ejemplos de bienes privados de propiedad pública. La propiedad pública de un bien privado por lo general conduce a una mala asignación, es decir, que el bien privado lo usa o consume alguien distinto de la persona que lo valúa más. Por ejemplo, los arrendamientos para que el ganado pascie en tierras públicas pueden otorgarse a los amigos de los políticos. De igual modo, los funcionarios que administran los arrendamientos pueden dejar de vigilar el cumplimiento para impedir la explotación excesiva, y los ganaderos que explotan en exceso la tierra pueden erosionarla. Gran parte del impulso de la "desregulación" ha provenido de la toma de conciencia de que gran parte de la actividad gubernamental se ejerce sobre bienes privados cuyos mercados deberían ser inducidos, en lugar de que el gobierno intervenga directamente en el proceso de asignación. Por ejemplo, la conciencia de que la transportación por ferrocarril, avión y barco es un servicio privado que deberían proveer los mercados libres, ha conducido al desmantelamiento de la Comisión de Comercio Interestatal, la Junta de Aeronáutica Civil y otras agencias reguladoras en los Estados Unidos.

Podemos contrastar la propiedad privada y la propiedad pública en términos de los costos de transacción. La propiedad privada impone varios costos de transacción en la ejecución y el intercambio privados. La propiedad pública impone costos de transacción en el área de la administración pública y la toma de decisiones colectivas. Para ilustrar la diferencia, consideremos dos procedimientos posibles para controlar la contaminación del aire generada por una fábrica. El enfoque de la propiedad privada consiste en otorgar a cada propietario el derecho a disfrutar de aire limpio, protegido por el remedio del pago de daños compensatorios. Este método ocasionará que muchos terratenientes demanden por el pago de daños o negocien un arreglo extrajudicial. En cambio, el enfoque de la propiedad pública declararía que el aire limpio es un bien público y asignaría la tarea de controlar la calidad del aire a una agencia gubernamental. Este método conducirá a la negociación política y las regulaciones, así como a la mala asignación de los recursos. Desde esta perspectiva, la elección entre propiedad privada y propiedad pública debería depender de que los costos de la ejecución y el intercambio privados sean mayores o menores que los costos de la administración pública, la negociación política y la mala asignación de los recursos.

En el capítulo siguiente continuaremos desarrollando estos temas mediante la discusión de dos interrogantes importantes: ¿para cuáles recursos específicos es más eficiente la propiedad privada que la propiedad pública o comunal, y viceversa?, y ¿en cuáles circunstancias debería permitirse que el gobierno tome la propiedad privada de los ciudadanos?²¹

Pregunta IV.16: Si todos tienen acceso gratuito a una playa pública, ¿quién tiene el poder de controlar el uso de este recurso?

B. Ejemplo de un bien público: los derechos de propiedad en la información

La información es un ejemplo de un bien público que se ha vuelto cada vez más importante en la sociedad moderna. ¿Cuáles problemas especiales existen para definir los derechos de propiedad en el campo de la información? Del lado de la demanda, los consumidores no están seguros de la utilidad de la información porque resulta difícil determinar su valor mientras no se tenga en las manos. Pero los consumidores no pueden tener la información antes de pagarla. Sin embargo, no pueden saber cuánto deberán pagar por la información mientras no hayan determinado su utilidad porque ya la tienen en sus manos. No hay un camino fácil para salir de este círculo. Los problemas del lado de la demanda son igualmente formidables. La producción de información es costosa, mientras que su transmisión cuesta relativamente poco. Por lo tanto, a quienquiera que haya dedicado recursos a la producción de información le resulta muy difícil apropiarse su valor mediante la venta de esa información. Esto es así porque, en el instante en que el productor vende la información a un consumidor, éste se convierte en un competidor potencial del productor original, dado el bajo costo de transmitir la información.²² Los consumidores desean convertirse en "gorriones" de la información, no pagando más que el costo de la transmisión del bien. (¿Alguna vez ha copiado usted gratuitamente un programa de computadora, o grabado la cinta de un amigo o un concierto televisado?)

²¹ Por supuesto, no estamos sugiriendo que la actual división de la responsabilidad entre los proveedores públicos y privados de bienes y servicios sigue las reglas que acabamos de establecer. Es decir, hay ahora algunos ejemplos de la provisión o el subsidio gubernamentales de bienes privados y de la provisión privada (insuficiente) de bienes públicos. El grado en que existen estas anomalías, y la razón de su persistencia, son dos de los intereses centrales de la rama de la teoría microeconomía llamada "teoría de la elección pública".

²² En la literatura de la economía de la información con frecuencia se le llama a este problema, de la imposibilidad de la aprobación.

Estas consideraciones sugieren que el mercado no regulado producirá cantidades de información menores que el óptimo, como ocurre con los inventos y las obras creativas tales como los libros, las pinturas y la música. Y esto sugiere, a su vez, la necesidad de una intervención gubernamental en el mercado de la información. Esta intervención gubernamental puede asumir una de dos formas generales: 1) la provisión gubernamental de la información, o 2) el subsidio gubernamental de la provisión privada de información (de manera directa con las recaudaciones gubernamentales generales, o indirecta mediante el sistema tributario). En efecto, el gobierno hace ambas cosas. Un ejemplo de la producción y difusión de la información por parte del gobierno es el servicio de pronóstico del estado del tiempo que ofrecen el gobierno federal y los gobiernos estatales. Algunos ejemplos del subsidio gubernamental a la provisión privada de información son el financiamiento gubernamental de la investigación básica en los campos de las ciencias, las humanidades y las artes, y el otorgamiento de derechos monopólicos a los creadores de información mediante los sistemas de patentes, derechos de autor y marcas comerciales. En el capítulo siguiente exploraremos la economía de la propiedad intelectual.

7. ¿QUÉ PUEDEN HACER LOS DUEÑOS CON SU PROPIEDAD?

Ya antes utilizamos la teoría de los bienes privados y los bienes públicos para contestar esta pregunta: "¿Qué puede ser objeto de la propiedad privada?" Muy relacionada con la teoría de los bienes públicos se encuentra la teoría de las externalidades que analizamos en el capítulo II. Ahora volveremos a utilizar esa teoría para contestar la siguiente pregunta: "¿Qué pueden hacer los dueños con su propiedad?"

La legislación impone muchas restricciones a lo que una persona puede hacer con su propiedad. Pero en el derecho común hay relativamente pocas restricciones, pues la regla general es que se permite cualquier uso que no interfiera con la propiedad o con los derechos de otros. En efecto, podríamos decir que el derecho común se aproxima a un sistema legal de *máxima libertad*, lo que permite que los dueños hagan con su propiedad cualquier cosa que no interfiera con la propiedad o los derechos de otras personas. La restricción de la no interferencia encuentra su justificación en el concepto económico del *costo externo*. Recuerdese que los costos externos son los costos que una persona impone a otra involuntariamente. En virtud de que las transacciones de mercado son voluntarias, las externalidades quedan fuera del sistema de intercambio de mercado, y de ahí su nombre. Por ejemplo, una fábrica que emita humos espesos, pesados, sobre una colonia residencial, estará generando una externalidad. En el ejemplo IV.3, al principio de este capítulo, la pestilencia proveniente del comedero de ganado es una externalidad que interfiere

con que Foster disfrute de su casa. En el ejemplo IV.4, el hecho de que Bloggs drene el pantano interferirá con que parte del pueblo disfrute de sus ríos y corrientes. Adviértase que estos tipos de interferencias se parecen a un bien público por cuanto afectan a muchos propietarios. Por decirlo así, no hay rivalidad o exclusión de oler la pestilencia del comedero entre Foster y sus vecinos. Estas formas de interferencia son, por tanto, como un bien público, excepto que son malas antes que buenas.

Ya hemos explicado por qué no pueden surgir mercados para la provisión eficiente de bienes públicos. El mismo conjunto de consideraciones explica que la negociación privada no pueda resolver el problema de las externalidades, o de los males públicos, como los llamamos en una sección anterior. Por ejemplo, supongamos que Foster tiene suficiente dinero para pagarle al dueño del comedero a cambio de que deje de emitir su pestilencia. Si Foster hiciera este arreglo privado con él, todos sus vecinos se beneficiarían también pero sin tener que pagar por ese beneficio. Esto sugiere que Foster no ha de pagar al comedero para que suspenda sus actividades pestilentes. Dicho de manera más general, el problema del gorrón impide las soluciones de la negociación privada para el problema de las externalidades o los males públicos. Se requiere alguna forma de intervención legal. Una posibilidad sería una regla que prohíba la invasión involuntaria, apoyada por la disposición de remedios en el caso de que ocurra esa invasión. Ya hemos visto cómo la teoría de la negociación puede ayudar a diseñar un procedimiento para ese remedio: el pago de daños monetarios compensatorios. Otro remedio que consideraremos en el capítulo siguiente es que una oficina administrativa regule el mal público o la actividad generadora de un costo externo.

En cambio, los males *privados* pueden corregirse mediante acuerdos privados (recuérdese el ejemplo del ganadero y el agricultor), de modo que quizá no haya necesidad de una solución legal intrusa. Por el contrario, los tribunales pueden estar preparados para expedir un mandato judicial, confiando en que raras veces tendrán que hacerlo.

8. LA DISTRIBUCIÓN

Hemos elaborado una teoría económica de la propiedad basada en la propiedad eficiente. Sin embargo, algunos críticos de la economía creen que el derecho de la propiedad debería basarse en la distribución y no en la eficiencia. Para ilustrar con nuestro ejemplo del agricultor y el ganadero, antes vimos que diversas reglas legales son igualmente eficientes cuando los costos de transacción son nulos, pero que distribuyen los costos de modo diferente; esto es, el agricultor prefiere que el ganadero pague los costos de la cerca, mientras que el ganadero prefiere que pague el agricultor. Al igual que al agricultor y al

ganadero, a todos les interesa la distribución de la riqueza. En efecto, muchos creen que la distribución de la riqueza es más importante para la política pública que la asignación eficiente de los recursos. En general, un derecho de propiedad es valioso y la persona a quien se le asigna se vuelve más rica.

Cuando los costos de transacción son nulos, la asignación de los derechos legales afecta la distribución pero no la eficiencia. Por tanto, ¿por qué no debería la ley asignar los derechos de propiedad explícitamente tomando en cuenta la distribución de la riqueza?

Algunos creen que el gobierno debería redistribuir la riqueza de los ricos a los pobres en aras de la justicia social, mientras que otros creen que el gobierno debería abstenerse de redistribuir la riqueza. Como el resto de la población, los economistas no se ponen de acuerdo sobre los *finés* o las *metas* de la distribución. Sin embargo, en general sí están de acuerdo por lo que toca a los *medios* de la redistribución. Muchos economistas creen que las metas de la redistribución pueden alcanzarse mejor en los estados modernos, mediante la tributación progresiva, que redistribuyendo los derechos de propiedad. Si los economistas tienen razón, quienes creen que el gobierno debería redistribuir la riqueza en aras de la justicia social no deberían aconsejar el uso del derecho de la propiedad para este propósito.

Existen muchas razones para que la tributación sea superior al derecho de la propiedad como un medio para la redistribución. Primero, el impuesto al ingreso ataca precisamente la desigualdad, mientras que el derecho de la propiedad utiliza promedios imprecisos. Por ejemplo, supongamos que la regla de derecho en un condado particular de Montana es la de "los derechos de los ganaderos". Si, en promedio, los ganaderos son más ricos que los agricultores en este condado, cambiar la regla a "los derechos de los agricultores" redistribuiría la riqueza hacia una mayor igualdad. Sin embargo, aunque los ganaderos son más ricos que los agricultores *en promedio*, algunos agricultores son indudablemente más ricos que algunos ganaderos. El cambio de los derechos de propiedad para favorecer a los agricultores frente a los ganaderos agravará la desigualdad entre los agricultores ricos y los ganaderos pobres. En cambio, la tributación progresiva aliviará la desigualdad de los ingresos.

Otra objeción dice que la redistribución de los derechos de propiedad podría no tener realmente los efectos distributivos esperados. Por ejemplo, supongamos que tanto los agricultores como los ganaderos rentan su tierra a propietarios ausentes. Si el derecho de la propiedad desplaza el costo de las cercas, de los agricultores a los ganaderos, la competencia entre los terratenientes podría llevarlos a ajustar las rentas para contrarrestar el cambio ocurrido en los costos. Específicamente, los terratenientes propietarios de tierras agrícolas aumentarán la renta que cobran a los agricultores, y los terratenientes propietarios de tierras ganaderas disminuirán la renta que cobran a

los ganaderos. En consecuencia, la redistribución de los derechos de propiedad no afectará la distribución de la riqueza entre agricultores y ganaderos. Por el contrario, los terratenientes propietarios de tierras agrícolas ganarán y los terratenientes propietarios de tierras ganaderas perderán. En general, todo cambio del valor de la tierra se "capitaliza" en forma de rentas. En consecuencia, los efectos de riqueza de redistribuir la propiedad en un mundo donde los costos de transacción son nulos tenderán a recaer sobre los propietarios de la tierra, no sobre sus usuarios.²³

Hasta ahora hemos discutido el caso de la redistribución mediante los derechos de propiedad en un mundo en el que los costos de transacción son nulos. En ese mundo, los derechos de propiedad pueden modificarse para perseguir metas distributivas sin ningún costo de eficiencia. En realidad, los costos de transacción son positivos, y la modificación de los derechos de propiedad en aras de la redistribución tiene costos de eficiencia. Por cada peso transferido de un grupo a otro, una fracción se gasta por lo general en la realización de la transferencia.

Un ejemplo vívido le ayudará a apreciar los costos de redistribución.²⁴ Supongamos que hay dos oasis en el desierto, uno de los cuales tiene helados mientras que el otro no tiene nada. El Estado declara que la justicia requiere que el primer oasis comparta sus helados con el segundo. Se llena un gran tazón con nieve en el primer oasis y un joven empieza a correr por el desierto para llevar el tazón al segundo oasis. El ardiente sol derrite parte del helado, de modo que el primer oasis pierde más nieve que la que recibe el segundo oasis. La nieve derretida representa el costo de la redistribución. Entre más rápido corra el joven, menos nieve se derretirá. La redistribución eficiente requiere elegir al corredor más rápido para transportar la nieve.

Cuando se transfiere un peso de un grupo a otro, la fracción que se gasta es mucho mayor en las transferencias realizadas mediante el derecho de la propiedad que en las transferencias realizadas mediante el impuesto al ingreso. La redistribución mediante el derecho de la propiedad, y no mediante la tributación progresiva del ingreso, equivaldrá a escoger a uno de los jóvenes más lentos para que lleve el helado. La ejecución de derechos legales requiere la utilización de abogados. En los Estados Unidos, el abogado de un demandante por lo general cobra una tercera parte de lo que se recupere. En cambio, el honorario pagado a un contador que elabora la declaración del impuesto al ingreso de un cliente es una fracción pequeña del total a pagar.

²³ El profesor Coase formula este argumento en "Notes on the Problem of Social Cost", *The Firm, the Market, and the Law*, 1988. En general, los impuestos y otras gabelas gubernamentales recaen finalmente sobre los factores de oferta relativamente fijos, como la tierra.

²⁴ Este ejemplo fue elaborado por el profesor George Stigler, de la Universidad de Chicago, laureado con el Premio Nobel de Economía.

Además, existe otra razón que explica la relativa ineficiencia de la redistribución mediante el derecho de la propiedad. Esa redistribución distorsiona la economía en mayor medida que la tributación progresiva en el largo plazo. Por ejemplo, si el derecho de la propiedad favorece a los agricultores frente a los ganaderos, algunos ganaderos ricos podrían cambiarse a la agricultura para ganar valiosos derechos legales. En cambio, un impuesto amplio al ingreso impide que los individuos reduzcan su carga fiscal cambiando la fuente de su ingreso.²⁵ Por estas y otras razones, los economistas que están a favor de la redistribución y los que no lo están bien pueden convenir en que el derecho de la propiedad es, por lo general, el camino errado para buscar la justicia distributiva. Desafortunadamente, estos hechos no son apreciados por muchos abogados que no han estudiado economía.

CONCLUSIÓN

Examinamos el derecho de la propiedad como un instrumento para facilitar la negociación privada y minimizar el daño resultante de la incapacidad para llegar a acuerdos privados. El derecho de la propiedad crea, protege y fortalece la estructura transaccional de los intercambios voluntarios. El intercambio voluntario transfiere derechos de propiedad de una persona a otra. Desarrollamos la distinción entre bienes privados y bienes públicos para responder a esta interrogante: "¿Qué puede ser objeto de la propiedad privada?" Concluimos que la propiedad privada es apropiada cuando hay rivalidad y exclusión en el uso de los bienes. Luego desarrollamos el concepto económico de una externalidad para contestar a la pregunta: "¿Qué pueden hacer los dueños con su propiedad?" Demostramos la existencia de un ajuste estrecho entre el análisis económico y el principio del derecho común que permite a los dueños hacer con su propiedad cualquier cosa que no interfiera con otros. Por último, nos preguntamos cómo se protegen los derechos de propiedad. Concluimos que los propietarios deberían ser protegidos mediante mandatos judiciales cuando ello genere bajos costos de transacción en la negociación privada, en tanto que deberían ser protegidos mediante el pago de daños cuando los costos de transacción elevados impidan la negociación privada. Específicamente, concluimos que los propietarios deberían ser protegidos contra las externalidades del tipo de males privados mediante remedios de mandatos judiciales y que deberían ser pro-

²⁵ Un principio fundamental de las finanzas públicas dice que los impuestos distorsionan menos cuando se aplican a una base amplia en lugar de a una base estrecha. La distorsión disminuye con la amplitud de la base porque la demanda se vuelve menos elástica. Por ejemplo, la demanda de alimentos es menos elástica que la demanda de vegetales, y la demanda de vegetales es menos elástica que la demanda de zanahorias. El ingreso tiene una base muy amplia.

tegidos contra externalidades del tipo de males públicos mediante el pago de daños compensatorios.

APÉNDICE. EL CONCEPTO FILOSÓFICO DE LA PROPIEDAD

En general, los filósofos perciben a la propiedad como un instrumento para la realización de valores fundamentales. Algunos filósofos de la propiedad se han concentrado en su capacidad para promover valores tales como la utilidad, la justicia, la autoexpresión y la evolución social. Estas tradiciones del pensamiento han influido sobre el derecho. Este apéndice introduce al lector a cuatro de tales tradiciones y las relaciona con el análisis económico de la propiedad.

I. EL UTILITARISMO

Los utilitarios miden el valor de un bien o un acto por el placer o la satisfacción que crea en términos netos. Para los utilitarios, el propósito de la institución de la propiedad es la maximización del placer o la satisfacción totales que se obtienen de los recursos materiales y de otras clases. En consecuencia, Bentham define a la propiedad como una esperanza de utilidad: "La propiedad no es más que una base de esperanza; la esperanza de obtener ventajas de una cosa, que decimos poseer, en consecuencia de la relación en la que nos encontramos respecto de ella".²⁶ El objetivo de maximizar la utilidad total constituye un criterio para la evaluación de las reglas de la propiedad. En nuestros ejemplos al principio del capítulo, cada una de las disputas podría resolverse con argumentos utilitarios estableciendo una regla legal que trate de maximizar la suma de las utilidades o del placer de la sociedad en conjunto.

El enfoque utilitario vuelve tentador el derecho de propiedad de una persona. En principio se le puede arrebatar si los beneficiarios de la expropiación ganan una utilidad mayor que la que pierde el propietario. Supongamos, por ejemplo, que un hijo joven vive con sus padres ancianos en su casa. Por razones utilitarias, el hijo podría ser excusado si arroja de la casa a los padres porque la pérdida de utilidad de los padres despojados es menor que la ganancia de utilidad del hijo que se queda con la casa. Los críticos del utilitarismo se han preguntado a menudo si la teoría no vuelve a la propiedad demasiado tentadora. ¿No es la propiedad algo más que una esperanza? ¿Creemos realmente que una persona podría verse justamente privada de su propiedad porque la pérdida se compensa con creces por la ganancia de otros?

²⁶ Jeremy Bentham, *Theory of Legislation: Principles of the Code*, edición de Hildreth, 1931, p. 111-113.

Esta objeción contra la teoría utilitaria de la propiedad se aplica con igual vigor a la teoría económica convencional que sostiene que el propósito de la propiedad es la maximización de la riqueza. ¿No es la propiedad algo más que un derecho a una corriente de ingresos? ¿Creemos realmente que una persona podría ser justamente privada de su propiedad sólo porque la pérdida de riqueza es contrarrestada con creces por el aumento de la riqueza de otros?

2. LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Otro enfoque filosófico para el derecho de la propiedad destaca la capacidad de tal derecho para alcanzar la justicia distributiva, antes que el placer o la satisfacción. Por ejemplo, Aristóteles sostuvo que un concepto de justicia distributiva está implícito en diversas formas de la organización social. Para Aristóteles, el principio de la justicia es distinto en sociedades diferentes, pero es apropiado que cada tipo de sociedad promueva su propio concepto de justicia distributiva mediante su Constitución y sus leyes, incluida su noción de los derechos de propiedad. Sostenía que una democracia favorecerá una distribución igualitaria de la riqueza, mientras que una aristocracia (la forma preferida por Aristóteles) favorecerá la distribución de la riqueza de acuerdo con las virtudes de las diversas clases. En el concepto de Aristóteles, es justo que los aristócratas reciban una porción desigual de la riqueza porque la utilizan para fines más meritorios que otros individuos.

A partir del concepto aristotélico de la igualdad democrática, podríamos inferir una política pública de justicia redistributiva mediante la cual se redistribuyan periódicamente los activos valiosos de la sociedad para alcanzar una distribución aproximadamente igualitaria. En general, esta clase de redistribución favorecería a los pobres y perjudicaría a los ricos. Por otra parte, de la justificación aristotélica de la desigualdad aristocrática, podríamos inferir la política pública totalmente contraria de la justicia redistributiva mediante la cual se redistribuirían periódicamente los activos de la sociedad en favor de los aristócratas. En tanto la aristocracia y la riqueza se encuentran en el mismo grupo, esta redistribución de la propiedad favorecería a los ricos y castigaría a los pobres. En cualquier caso, estas nociones de la justicia distributiva consideran a los derechos de propiedad tan tentadores como lo eran bajo el utilitarismo y, por lo tanto, son susceptibles de las mismas críticas.

Otra escuela del pensamiento filosófico referente a la justicia distributiva y la propiedad destaca un *proceso* justo para definir y ejecutar los derechos de propiedad, antes que un *resultado* o fin justo en la distribución de la riqueza mediante la propiedad.²⁷ De acuerdo con una versión de esta teoría, cualquier

²⁷ La presentación moderna más vigorosa de este concepto se encuentra en R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, 1974.

distribución de la riqueza es justa a condición de que parta de una distribución inicial justa de los recursos y alcance la distribución final mediante el intercambio voluntario. En la práctica, esto significa que el proceso del intercambio voluntario en el mercado es justo y que los derechos de propiedad se establecen y aplican con mayor justicia en un mercado libre donde haya una competencia libre y perfecta. Nozick reformuló memorablemente el lema de Marx: "De cada quien como escoja; a cada quien como lo escojan". Cualquier distribución de la riqueza que derive de este proceso justo será también justa. Por lo tanto, de acuerdo con esta teoría, es injusta la redistribución de la propiedad para diluir los efectos de la competencia.

Se han formulado varias críticas contra esta noción de la justicia distributiva. La más aguda de tales críticas dice que el proceso competitivo puede generar una multitud de resultados distributivos, desde uno en el que cada individuo tenga una participación igual hasta otro en el que un individuo tenga 99% de la propiedad y todos los demás se dividan el restante 1%. Todos los resultados son eficientes. Pero queda claro que no todos son equitativos o justos. La noción del proceso competitivo como justicia distributiva no es una guía suficiente para el diseño de las reglas del derecho de la propiedad. Por lo menos, debería de haber un criterio adicional independiente para evaluar las diversas dotaciones iniciales de la propiedad.

3. LA LIBERTAD Y LA AUTOEXPRESIÓN

Además de la utilidad y la justicia distributiva, otro valor que puede encontrarse detrás del derecho de la propiedad es el de la libertad. La propiedad privada es una condición necesaria para los mercados, los cuales constituyen un mecanismo descentralizado para la asignación de los recursos. La mayoría de los mercados operan sin gran interferencia o supervisión gubernamentales. La alternativa práctica para los mercados en la economía moderna, es alguna forma de la planeación gubernamental. La planeación gubernamental implica que el poder sobre cuestiones económicas se centralice en manos de funcionarios estatales. El control de la vida económica otorga a los funcionarios una palanca que puede usarse para controlar otros aspectos de la vida, mientras que la propiedad privada crea una zona de discreción dentro de la cual los individuos no tienen que rendir cuentas a los funcionarios gubernamentales. En consecuencia, algunos filósofos han considerado a la propiedad privada como un baluarte contra la autoridad dictatorial de los gobiernos.²⁸ Por ejemplo, se ha sostenido que el capitalismo fue inventado deliberadamente para

²⁸ Éste es un tema de *The Federalist Papers*, 1786, y de la obra del finado Friedrich Hayek (véase, por ejemplo, *The Constitution of Liberty*, 1972).

destruir el absolutismo privando al rey de poder económico. Es probable que la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica se haya redactado teniendo esta idea en mente.

Otra conexión entre la propiedad y la libertad se concentra en la autoexpresión individual. Hegel destacó la idea de que los individuos, con sus obras, transforman la naturaleza en una expresión de la personalidad, y al hacerlo así perfeccionan al mundo natural. Un pintor toma materiales sin ningún orden particular y los reordena en una obra de arte. Invirtiendo su personalidad en la obra, el artista transforma objetos naturales y los convierte en objetos del propio artista. Resulta difícil imaginar un sistema de derecho de la propiedad que no reconociera este hecho. Por lo tanto, a fin de alentar la autoexpresión, el Estado debe reconocer los derechos de propiedad de los creadores sobre sus creaciones. Adviértase que esta proposición se extiende más allá del arte, a la mayoría de las obras de los seres humanos.

4. EL CONSERVADURISMO Y EL ORIGEN DE LA PROPIEDAD

Las teorías filosóficas discutidas hasta ahora tienden a considerar la institución de la propiedad al servicio de valores máximos tales como la utilidad, la justicia distributiva o la libertad. Otra tradición filosófica no se concentra en los propósitos de la propiedad sino en su origen. Por ejemplo, en la época medieval había muchos obstáculos y restricciones al uso y la venta de tierras. El derecho común de la propiedad privada surgió del feudalismo y adquirió su carácter moderno desmenuzando estos obstáculos mediante el mercado de la propiedad real. Algunos conservadores políticos como Burke y Hayek idealizaron formas del orden social que, como el derecho común de la propiedad, evolucionan a través del tiempo en una forma muy similar a la de las numerosísimas especies de la vida. Al igual que los organismos, las formas sociales están sujetas, en esta concepción, a las reglas de la selección natural. Los filósofos conservadores condenan las instituciones que nos imponen los planeadores, los ingenieros, los políticos y otros tomadores de decisiones sociales por razones muy similares a las que esgrimen los ambientalistas para condenar las acciones que interfieren con el ambiente de un área.

LECTURAS SUGERIDAS

- Ackerman, Bruce (comp.), *The Economic Foundations of Property Law*, 1976.
 Barzel, Yoram, *The Economics of Property Rights*, 1988.
 Becker, Lawrence, *Property Rights: Philosophical Foundations*, 1977.

- Cribbet, John, *Principles of the Law of Property*, 2a. ed., 1975.
 Dukeminier, Jesse y James Krier, *Property*, 1981.
 Epstein, Richard, "Possession as the Root of Title", *Georgia Law Review*, vol. 13, 1979, p. 1221.
 Furubotn, E., y S. Pejovich (comps.), *The Economics of Property Rights*, 1974.
 Manne, Henry (comp.), *The Economics of Legal Relations: Readings in the Theory of Property Rights*, 1975.
 Munzer, Stephen R., *A Theory of Property*, 1990.
 Polinsky, A. Mitchell, "Resolving Nuisance Disputes: The Simple, Economics of Injunctive and Damage Remedies", *Stanford Law Review*, vol. 32, 1980, p. 1075.
 Rose, Carol M., "Possession as the Origin of Property", *University of Chicago Law Review*, vol. 52, 1985, p. 73.

EL TEOREMA DE COASE

- Hay una vasta literatura sobre el teorema de Coase, parte de la cual ha sido citada en el texto. He aquí algunas otras obras:
 Calabresi, Guido, "The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further", *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, p. 1043.
 Coursey, Dan, Elizabeth Hoffman y Matthew Spitzer, "Fear and Loathing in the Coase Theorem: Experimental Tests Involving Physical Discomfort", *Journal of Legal Studies*, vol. 16, 1987, p. 217.
 Donohue, John J., III, "Diverting the Coasca River: Incentive Schemes to Reduce Unemployment Spells", *Yale Law Journal*, vol. 99, 1989, p. 549.
 Ellickson, Robert, "The Case for Coase and Against 'Coaseanism'", *Yale Law Journal*, vol. 99, 1989, p. 611.
 ———, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, 1991.
 Hovenkamp, Herbert, "Marginal Utility and the Coase Theorem", *Cornell Law Review*, vol. 75, 1990, p. 783.
 Schlag, Pierre, "An Appreciative Comment on Coase's. The Problem of Social Cost: A View from the Left", *Wisconsin Law Review*, 1986, p. 919.
 ———, "The Problem of Transaction Costs", *South California Law Review*, vol. 62, 1989, p. 1661.

CAPÍTULO II

Harold Demsetz HACIA UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

Harold Demsetz nació en Chicago en 1930 y es en la actualidad catedrático de Economía de la Universidad de California en Los Ángeles. Especializado en el estudio de los mercados y la organización industrial, es uno de los primeros expertos en la moderna teoría económica de los derechos de propiedad.

Esta teoría ha cobrado gran importancia en la ciencia económica contemporánea y constituye uno de los núcleos del análisis económico del derecho. De acuerdo con ella, las actuaciones de los agentes económicos tienen como objetivo la creación e intercambio de derechos de propiedad, y por ello es preciso que exista un marco legal que los haya definido previamente. Estas definiciones y delimitación son muy importantes, ya que la mayor o menor eficiencia con las que se hayan llevado a cabo influirá en el funcionamiento de todo el sistema económico y, por tanto, el bienestar de la sociedad.

En este artículo H. Demsetz estudia la naturaleza y el origen de los derechos de propiedad, ofreciendo algunos ejemplos históricos interesantes que ayudan a entender cómo, desde las sociedades más primitivas, se ha intentado dar respuesta a estos problemas.

Cuando tiene lugar una transacción en el mercado, se intercambian dos conjuntos de derechos de propiedad. Normalmente, uno de ellos va ligado a un bien o a un servicio, pero es el valor lo que se intercambia. Las cuestiones relativas a la aparición e incorporación de los componentes del conjunto de derechos son previas a aquellas que normalmente se plantean los economistas. Éstos consideran, por lo general, el conjunto de derechos de propiedad como un dato y buscan una explicación sobre los factores que determinan el precio y el número de unidades del bien al cual van unidos estos derechos.

Intento exponer aquí algunos de los elementos de una teoría económica sobre los derechos de la propiedad. Este artículo está dividido en tres partes. La primera analiza brevemente el concepto y el papel de los derechos de propiedad en los diferentes sistemas sociales. La segunda ofrece algunas normas para investigar cómo surgen los derechos de propiedad. La tercera expone algunos principios significativos sobre la fusión de los derechos de propiedad en conjuntos particulares y sobre la determinación de la estructura de la propiedad relativa a estos conjuntos de derechos.

EL CONCEPTO Y LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

En el mundo de Robinson Crusoe los derechos de propiedad eran innecesarios. Los derechos de propiedad son un instrumento creado por la sociedad y su significado deriva de que contribuyen a que todo hombre prevea lo que puede esperar, razonablemente, de sus relaciones con los demás. Estas previsiones se establecen basándose en leyes, costumbres y usos de la sociedad. El titular de derechos de propiedad cuenta con el consentimiento de sus semejantes para actuar de una determinada manera y, así, espera que la comunidad impida que otros interfirieran en sus acciones siempre que las mismas no estén prohibidas concretamente en los derechos que él posee.

Es importante tener en cuenta que los derechos de propiedad suponen el derecho a que el titular u otra persona obtengan un beneficio o resulten perjudicados. Puede estar permitido perjudicar a un competidor produciendo mejores mercancías, pero no expulsándole del mercado. O puede permitirse que un individuo obtenga un beneficio expulsando del mercado a un intruso, pero que tenga prohibido vender por debajo de un precio mínimo. Así pues, los derechos de propiedad especifican en qué forma las personas pueden obtener beneficios o pérdidas y, por tanto, quién debe pagar a quién para que unas personas cambien su modo de actuación. Cuando se reconoce este principio se deduce fácilmente que existe una estrecha relación entre derechos de propiedad y efectos externos.

El concepto de efecto externo es ambiguo. Para nuestros fines incluye los costes y los beneficios externos, así como elementos externos pecuniarios y no pecuniarios. Para el mundo en su totalidad no hay efectos externos. Siempre hay alguien que experimente dichos efectos. Lo que da carácter externo a un efecto beneficioso o perjudicial es el hecho de que el coste que supone su participación en la toma de decisión de uno o más sujetos es tan elevado que no merece la pena tenerlo en cuenta; en este sentido lo empleamos aquí. Internalizar tales efectos supone un proceso —normalmente un cambio en los derechos de la propiedad— que permite a estos efectos participar (en un mayor grado) en las decisiones de las personas implicadas.

Una de las funciones primordiales de los derechos de propiedad es la de crear incentivos para dar un mayor carácter interno a los efectos externos. Cada coste o beneficio ligado a interrelaciones sociales constituye un efecto externo en potencia. Una condición es necesaria para que los costes y beneficios tengan carácter externo. El coste del intercambio de derechos entre las personas (darle carácter interno) debe ser superior a los beneficios que proporciona el que adquiera ese carácter interno. En general, los costes del intercambio pueden ser mayores que los beneficios que proporciona debido bien a dificultades «naturales» del intercambio o bien a razones legales. En un estado de derecho la prohibición de entablar negociaciones voluntarias puede hacer que los costes de las transacciones sean infinitos. Las personas que utilizan recursos económicos no tienen en cuenta algunos costes o beneficios cuando existen efectos externos, pero las transacciones aumentan el grado en que esos efectos adquieren el carácter de internos. Por ejemplo, cabe pensar que

una empresa que utilizase mano de obra esclava no tendría en cuenta el coste de la misma, ya que se limitaría a pagar salarios de subsistencia. No sucedería así si hubiera negociaciones en virtud de las cuales los esclavos pudieran comprar su libertad. El coste de la mano de obra esclava adquiriría entonces carácter interno y sería tenido en cuenta en los cálculos de la empresa. La conversión de los siervos en hombres libres en la Europa feudal constituye un ejemplo de este proceso.

Quizá uno de los casos más típicos de un efecto externo sea la conscripción en el ejército. El contribuyente se beneficia no pagando el coste total de proveer de personal a los servicios militares. Los costes de que se libera son las cantidades adicionales que serían necesarias para reclutar soldados voluntarios o las cantidades que serían ofrecidas por los conscriptos para que se les eximiera del servicio militar. Con el reclutamiento voluntario u otros sistemas semejantes el coste total lo soportan los contribuyentes. Siempre me ha parecido inexplicable que tantos economistas descubran la existencia de un efecto de carácter externo cuando ven el humo, pero no cuando ven las brasas. El humo sería un coste tan elevado (porque intervienen muchos sujetos en la negociación) que hiciera el que no mereciera la pena el dar carácter interno a los efectos. Las brasas serían los efectos de carácter externo que se mantienen porque toda negociación está prohibida.

Puede aclararse el papel que juegan los derechos de propiedad en dar carácter interno a los efectos externos en el caso de los ejemplos anteriores. Una ley que establezca el derecho de una persona a ser libre necesitaría de un pago por parte de una empresa o de los contribuyentes que sea suficiente para cubrir el coste de utilizar el trabajo de esa persona si se quiere emplear sus servicios. De esta forma el coste del factor trabajo adquiere carácter interno en las decisiones de la empresa o del contribuyente. Alternativamente, una ley que dé a la empresa o al contribuyente acceso a la mano de obra esclava necesitaría que el poseedor de esclavos tuviese en cuenta las sumas que éstos están dispuestos a pagar por su libertad. De esta forma estos costes adquieren carácter interno en las decisiones, aunque los ingresos se distribuyen de forma distinta en cada caso. Lo que se requiere en ambos casos para que ese efecto tome carácter interno es que exista un derecho de propiedad que incluya un derecho de venta. Lo que impide que costes y beneficios pasen de ser un efecto externo a serlo interno es la prohibición de unos derechos de propiedad regulados y la prohibición de que exista un título de propiedad que pueda ser traspasado.

Hay dos implicaciones notables en este proceso que son ciertas en un mundo en el que no existen costes de intercambio. La estructura de la producción que resulta si se permite el intercambio de derechos de propiedad es eficiente e independiente de a quién se asigne esa propiedad (excepto que diferentes distribuciones de la riqueza pueden dar lugar a diferentes demandas)¹. Por ejemplo, la eficiente combinación entre los aspectos civil y militar resultará

¹ Estas consecuencias las ha obtenido Coase.

de un derecho de propiedad transferible independientemente de que los contribuyentes contraten voluntarios para el servicio militar o de que los conscriptos paguen a los contribuyentes para verse libres del mismo. Los contribuyentes contratarán sólo a aquellos militares (bajo el sistema de derechos de propiedad «compra la participación») que no pagarán para verse exentos (bajo el sistema de «compra la exclusión»). El mejor postor bajo el sistema de derechos de propiedad basado en «comprar la exclusión» será precisamente el último en prestarse voluntario bajo el de «comprar la participación»².

Más tarde nos referiremos a algunos de estos puntos. Por ahora contamos con elementos suficientes para facilitar el estudio de los dos apartados siguientes:

LA APARICIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

Si la principal función de los derechos de propiedad consiste en dar carácter interno a los beneficios y a los efectos negativos, puede comprenderse mejor la aparición de los derechos de propiedad por su asociación con la aparición de beneficios o pérdidas nuevos o diferentes.

Cuando hay cambios en el nivel de conocimientos se producen cambios en las funciones de producción, en los valores y en los gustos. La aparición de nuevas técnicas, nuevas formas de fabricar los mismos bienes y de nuevos bienes produce efectos positivos o negativos a los que no estaba acostumbrada la sociedad. Mi tesis es que tiene lugar la aparición de nuevos derechos de propiedad en respuesta a los deseos de las personas implicadas en el ajuste a nuevas posibilidades beneficio-coste.

Esta tesis puede ser expuesta más claramente en una forma ligeramente diferente: los derechos de propiedad fomentan el dar carácter interno a los efectos externos siempre que los beneficios de este proceso sean superiores a su coste. En esencia el mismo es consecuencia de cambios en las evaluaciones económicas, cambios que tienen su origen en el desarrollo de una nueva tecnología y en la apertura de nuevos mercados, modificaciones para las cuales los viejos derechos de propiedad son poco aptos. Una interpretación más

² Si la demanda civil no se ve afectada por la redistribución de la riqueza, la afirmación hecha es correcta tal como se ha formulado. Sin embargo, cuando se pasa del sistema de «compra la participación» al sistema de «compra la exclusión» la redistribución de riqueza resultante a partir de los conscriptos puede afectar significativamente su demanda en la vida civil; la validez de esta afirmación requiere, pues, algo que la compense. Un cambio que compense la riqueza no será necesario en el caso del beneficio máximo empresarial. Consideremos el caso del agricultor y del ganadero mencionado por Coase. La sociedad puede dar al agricultor el derecho a cultivar maíz sin que lo dificulte el ganado o puede dar al ganadero el derecho a que su ganado invada los cultivos. Contrariamente al ejemplo de Coase, supongamos que si al agricultor se le da este derecho deja de trabajar, es decir, con el derecho a ser compensado por los estragos que le cause el ganado su tierra tiene el carácter de marginal. Si se transfiere el derecho al ganadero, el agricultor, no contando con ninguna renta, no tendrá con qué pagar al ganadero para que reduzca el número de cabezas que cría. Sin embargo, en este caso será conveniente para el ganadero comprar la granja, dedicándose al cultivo y a la cría de ganado. Su interés le llevará a tener en cuenta los efectos del ganado sobre el maíz.

adecuada de esta afirmación requiere que sean tenidas en cuenta las preferencias de la comunidad por lo que se refiere a la propiedad privada. Algunas comunidades tienen sistemas de propiedad privada no muy bien desarrollados y sistemas de propiedad pública muy avanzados. Pero dadas las preferencias de una comunidad sobre esta materia, la aparición de nuevos derechos de propiedad privados o públicos es consecuencia de las variaciones en la tecnología y en los precios relativos.

No quiere decir que sostenga o que niegue que los ajustes que van a realizarse en los derechos de propiedad vayan a ser el resultado de un esfuerzo consciente para abordar los problemas de los nuevos efectos externos. En las sociedades del mundo occidental estos ajustes se han debido principalmente a cambios graduales en las costumbres sociales y en el derecho común precedente. Es improbable que en cada etapa de este proceso de ajuste los factores externos *per se* fueran conscientemente relacionados con la cuestión que se trataba de resolver. Estos experimentos legales y morales pueden ser, en cierto modo, procedimientos irreflexivos, pero en una sociedad que tiene muy en cuenta los resultados de la eficiencia, su viabilidad a largo plazo dependerá de cómo modifiquen el comportamiento para que se acomode a los efectos externos asociados a cambios importantes en la tecnología o en los valores de mercado.

Sería preciso un amplio y detallado trabajo empírico para tener una prueba rigurosa de esta afirmación. Pueden citarse una amplia gama de ejemplos consistentes con ella: el desarrollo de los derechos al espacio aéreo, los derechos de los arrendatarios, las normas sobre responsabilidad en los accidentes de automóvil, etc. En esta parte del estudio expondré con algún detalle un conjunto de estos ejemplos. Se refieren al desarrollo de los derechos de propiedad privada sobre la tierra entre los indios americanos. Estos ejemplos son muy variados y están muy relacionados con lo que podría llamarse en el campo de la antropología una evidencia convincente.

La cuestión de la propiedad privada del suelo entre los aborígenes ha fascinado a los antropólogos. Ha sido una de las controversias intelectuales en el intento de determinar la «verdadera naturaleza» del hombre no coaccionado por los «elementos artificiales» de la civilización. Como consecuencia de esta polémica se ha presentado información que se refiere directamente al punto de vista que ahora nos interesa. La memoria de Eleanor Leacock sobre *El territorio de caza de los Montagnes y el comercio de pieles* (1954) es considerada como una obra clásica y fundamental sobre esta materia. Las investigaciones de Leacock siguieron a las de Frank G. Speck, quien descubrió que los indios de la península del Labrador tenían una tradición hacía mucho tiempo establecida en lo que concierne a la propiedad de la tierra. Este descubrimiento fue sorprendente dado lo que se conocía sobre los indios del Sudoeste americano e impulsó el estudio de Leacock relativo a los Montagnes que habitaban grandes zonas en la región de Quebec.

Leacock estableció, sin lugar a dudas, que existía una estrecha relación, tanto histórica como geográficamente, entre el desarrollo de los derechos de propiedad del suelo y el del comercio de las pieles. La base empírica de esta

correlación es indiscutible. Sin embargo, hasta donde yo sé no se ha articulado aún ninguna teoría que relacione la propiedad privada de la tierra y el comercio de las pieles. El material experimental expuesto por Speck y Leacock concuerda con la tesis sostenida en este artículo y, por tanto, pone claramente de manifiesto el papel que juegan los ajustes en los derechos de propiedad al considerar lo que los economistas han citado frecuentemente como ejemplo de factor externo: el esquilmar los terrenos de caza.

Debido a la falta de control sobre la caza, nadie está interesado en invertir para incrementar o mantener la reserva de caza. Además, ésta se practica de forma intensiva. Por consiguiente, una caza abundante impone unos costes externos para los cazadores futuros, costes que no son plenamente tomados en cuenta al determinar el grado en que se va a cazar y el índice de reproducción de los animales.

Antes de que surgiera el comercio de pieles la caza tenía el carácter de una actividad primaria desarrollada para proporcionar alimento y las escasas pieles que necesitaba la familia del cazador. Aparecía, pues, claramente el efecto externo. La caza podía practicarse sin restricciones y se realizaba sin que dejara sentir su impacto sobre otros cazadores. Estos efectos externos eran de tan escaso significado que no merecía la pena que nadie los tuviera en cuenta. No existía nada semejante a la propiedad privada del suelo. Leacock no encuentra ninguna evidencia de que existiera la propiedad privada del suelo en las *Relaciones de los jesuitas*, en las que Le Jeune describe el invierno que pasó entre los Montagnes en 1633-34 y el padre Druilletes en 1647-48. En ambos relatos no aparece ninguna evidencia que indique una organización socio-económica en la que estén bien desarrollados los derechos privados al suelo.

Podemos suponer, sin miedo a equivocarnos, que la aparición del comercio de pieles tuvo dos consecuencias inmediatas. La primera fue el considerable aumento del valor de las pieles para los indios. La segunda —consecuencia de la anterior—, el que el aumento de la caza subiera en vertical. Ambas consecuencias incrementaron considerablemente la importancia de los factores externos asociados a la caza. El sistema de derechos de propiedad comenzó a cambiar en la dirección que imponía los importantes efectos económicos del comercio de pieles. Los datos geográficos y de distribución de la propiedad recogidos por Leacock indican una evidente correlación entre los primitivos centros del comercio de pieles y el desarrollo de los primeros territorios de caza privados.

«No ofrece dudas que a principios del siglo XVII comenzaron a realizarse acuerdos entre las distintas familias sobre los territorios de caza de los alrededores de Quebec... Las primeras referencias a tales acuerdos se refieren a una parcelación puramente temporal de tales territorios. Los indios Algonkians y los Iroquis se constituyeron en diversos grupos a fin de cazar con más efectividad. Según su costumbre..., se apropiaban de parcelas de unas dos leguas cuadradas donde cada grupo cazaba en exclusiva. Se había establecido ya la propiedad de las madrigueras de los castores y cuando las mismas eran descubiertas se las marcaba para saber a quién pertenecían. Un indio ham-

briento podía matar y comer un castor perteneciente a otro grupo siempre que dejase la piel y la cola» (p. 15).

El paso siguiente, por lo que se refiere a los territorios de caza, fue, probablemente, el sistema de parcelación estacional. Un relato anónimo escrito en 1723 indica que «los indios seguían el principio de delimitar los terrenos de caza seleccionados por ellos marcando a fuego los árboles de forma que nunca pudiesen penetrar los unos en el territorio de los otros... Hacia mediados de siglo estos territorios parcelados eran relativamente estables» (Leacock, 1954, p. 15).

El principio que subyace tras los derechos de propiedad cambia con nuevas situaciones y la revaluación de los viejos efectos beneficiosos o dañinos sugiere en este ejemplo que el comercio de pieles llevó a que fuera económico la preservación de los animales de pieles. Ello requiere la suficiente capacidad para evitar la caza furtiva, y esto, a su vez, impone la realización de cambios socio-económicos en la propiedad de los territorios de caza. Este conjunto de razonamientos es consistente con lo expuesto anteriormente. Pero ¿es inconsistente con la ausencia de derechos de propiedad similares entre los indios del Sudoeste?

Dos factores indican que también es consistente con este hecho. El primero es que en las llanuras en que habitaban no había animales de importancia comercial comparable a los animales de pieles de los bosques, al menos mientras no llegó el ganado vacuno llevado por los europeos. El segundo es que los animales de las llanuras eran animales fundamentalmente herbívoros que tenían por hábito moverse continuamente de un lugar a otro. De esta forma el valor de establecer límites territoriales a la caza se veía reducido por el coste relativamente alto que suponía impedir que los animales se desplazaran a la parcela adyacente. Por consiguiente, tanto el resultado como el coste de establecer en el Sudoeste territorios privados de caza eran tales que cabía esperar pocos progresos en ese sentido. El efecto externo no merecía ser tomado en cuenta.

Los territorios de la Península del Labrador acogen animales de los bosques cuyos hábitos son considerablemente diferentes a los de los animales de las llanuras. Los animales de los bosques limitan su territorio a áreas relativamente pequeñas, de forma que el coste de convertir en internos los efectos de preservar estos animales es muy reducido. Ello unido a su valor comercial mucho mayor hizo productivo establecer territorios privados de caza. Frank G. Speck indica que los derechos de propiedad de la familia entre los indios de la Península incluían las represalias contra los que traspasaran los límites de su territorio. Los recursos animales eran preservados. A veces las prácticas de conservación tenían carácter extensivo. Los territorios de caza de la familia eran divididos en partes y cada año la familia cazaba, alternativamente, en una de estas partes dejando una zona en el centro como una especie de reserva en la que no se cazaba a menos que la caza fuese escasa en la parte correspondiente.

Concluyendo nuestra consideración sobre el fenómeno de los derechos de propiedad privados a la tierra entre los indios americanos, vamos a dar una

nueva prueba de su evidencia. Entre los indios del Noroeste surgieron también derechos de propiedad privados de la familia a territorios de caza, derechos que llegaban a ser hereditarios. Encontramos aquí predominancia de los animales de pieles de los bosques y también el hecho de que la costa del Oeste era frecuentada por goletas con el propósito principal de comerciar en pieles³.

LA INCORPORACIÓN Y TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

He indicado que los derechos de propiedad surgen cuando se hace económico para aquellos afectados por efectos de carácter externo internalizar beneficios y costes. Pero aún no hemos examinado las fuerzas que gobiernan la forma concreta que adoptan los derechos de propiedad. Comenzaremos distinguiendo varias formas ideales de propiedad. Son la propiedad comunal, la propiedad privada y la propiedad estatal.

Por propiedad comunal entendemos un derecho que puede ser ejercido por todos los miembros de la comunidad. Es frecuente que los derechos a cultivar la tierra y a cazar hayan sido comunales. El derecho a pasear por las aceras de una ciudad es comunal. La propiedad comunal significa que la comunidad niega al Estado o a los individuos el derecho a que interfieran en el ejercicio por cualquier persona de los derechos que pertenecen a la comunidad. La propiedad privada implica que la comunidad reconoce el derecho del propietario a impedir que otros ejerzan los derechos privados de propiedad de ese propietario. La propiedad estatal supone que el Estado siga procedimientos políticos aceptados para determinar quién puede no usar propiedades

³ La tesis es consistente con el desarrollo de otros tipos de derechos privados. Entre los pueblos nómadas primitivos el coste de controlar la propiedad es relativamente bajo para objetos muy transportables. La familia propietaria puede proteger tales objetos llevándolos consigo en sus actividades diarias. Si además son muy útiles, los derechos de propiedad aparecerán frecuentemente de forma que adquieran carácter interno los beneficios y costes de su uso. Normalmente entre las comunidades más primitivas, las armas y utensilios domésticos, tales como objetos de cerámica, se consideran como propiedad privada. Ambos tipos de artículos son transportables y su producción requiere una inversión de tiempo. Entre los pueblos agrícolas orientales, debido a su localización relativamente estable, la transportabilidad juega un papel menos importante en la determinación de la propiedad. La distinción se ve más claramente comparando la propiedad del suelo entre las sociedades más primitivas que desconocen la rotación de cultivos y la utilización de fertilizantes o donde la fertilidad del suelo es muy pobre, con la propiedad del suelo entre pueblos primitivos que están más adelantados en estos aspectos o que poseen tierra más fértil. Cuando el cultivo se realiza por las sociedades más primitivas hay que dejar descansar el campo durante varios años para que recobre su productividad. Los derechos de propiedad al suelo entre los pueblos requieren unos costes de control durante los varios años en que no existe producción apreciable. Como para mantenerse estos pueblos tienen que emigrar a otras tierras, para que el derecho de propiedad tenga valor para ellos debe ir asociado con algún objeto transportable. Es frecuente encontrar entre estos pueblos un derecho de propiedad a las cosechas que son transportables después de la recolección, pero no al suelo. A medida que progresan las sociedades primitivas basadas en la agricultura permanecen por períodos más largos afincadas en un determinado lugar y entonces aparece el derecho de propiedad al suelo igual que a las cosechas.

que le pertenecen. No voy a examinar con detalle la alternativa a la propiedad estatal. El objeto del análisis que sigue es descubrir algunos principios generales que gobiernan el desarrollo de los derechos de propiedad en comunidades orientadas hacia la propiedad privada.

Lo mejor es que comencemos considerando un ejemplo concreto que nos centre el problema de la propiedad de la tierra. Toda persona tiene derecho a cazar, a labrar el campo y a explotar sus minas. Esta forma de propiedad no asigna el coste asociado al ejercicio por cualquier persona de sus derechos comunales de propiedad a esa persona. Si un individuo persigue que el valor de sus derechos comunales sea el máximo posible tenderá a labrar o cazar en forma intensiva debido a que parte de los costes que ello implica serán soportados por otros. De esta forma las reservas de caza y la fertilidad del suelo disminuirán rápidamente. Es concebible que los propietarios de estos derechos, es decir, cada miembro de la comunidad, esté dispuesto a disminuir el ritmo al que explota la tierra si es cero el coste de emprender o mejorar una política en tal sentido. Cada uno estará dispuesto a limitar sus derechos. Evidentemente, el coste de alcanzar tal acuerdo no será cero. Lo que no está tan claro es cuál pueda ser ese coste.

El coste de estas negociaciones será elevado, ya que al intervenir muchos es difícil alcanzar un acuerdo que satisfaga a todos, especialmente cuando cada uno sostiene que tiene un derecho a explotar la tierra tan intensamente como quiera. Incluso, aunque se llegue a un acuerdo entre las partes, es preciso tener en cuenta que el coste de controlar su cumplimiento puede ser también elevado. Una vez que el acuerdo se ha alcanzado, nadie tendrá el derecho a explotar privadamente la tierra; todos pueden hacerlo, pero ateniéndose al menor número de horas por semana acordado. Los costes de la negociación aumentan aún más debido a que bajo este sistema no es posible asignar a los usuarios actuales la totalidad de los beneficios y costes esperados que corresponden a las generaciones futuras.

Si la propiedad del campo pertenece a una sola persona, ésta intentará maximizar su valor actual teniendo en cuenta corrientes futuras alternativas de costes y beneficios y seleccionando aquella que cree que hará máximo el valor actual de sus derechos de propiedad privada a la tierra. Sabemos que esto implica que intentará tener en cuenta las condiciones de oferta y demanda que piensa existirán después de su muerte. Es muy difícil que los propietarios de los derechos comunales alcancen un acuerdo en el que se tengan en cuenta éstos costes.

En efecto, el propietario de derechos privados al uso de la tierra actúa como un corredor, cuyos ingresos dependen de cómo tenga en cuenta las demandas concurrentes actuales y futuras. Pero en el caso de los derechos comunales no se trata de un corredor, y las demandas de la generación presente tendrán mucho peso —antieconómico— al determinar la intensidad con que se explotará la tierra. Las generaciones futuras podrían desear pagar a la generación presente lo bastante para cambiar la intensidad con que está haciendo uso de la tierra. Pero no disponen de un agente vivo que haga esta propuesta. Bajo un sistema de propiedad comunal, si existiese una persona

viva que pagase a otros por disminuir el ritmo al que se trabaja la tierra, no obtendrían ningún aumento de valor sus esfuerzos. Propiedad comunal significa que las generaciones futuras deben hablar por sí mismas. Nadie ha estimado aún los costes de llevar a cabo tal negociación.

El ejemplo de la propiedad de la tierra nos enfrenta inmediatamente con una gran desventaja de la propiedad comunal. No se tienen en cuenta los efectos de las actividades de una persona sobre sus vecinos y sobre las generaciones venideras. La propiedad comunal lleva consigo un gran número de factores externos. El coste total de las actividades de un poseedor de derechos de propiedad comunales no recae directamente sobre él, ni cabe que les preste atención fácilmente debido a que otros están dispuestos a pagar la cantidad adecuada. La propiedad comunal establece un sistema de «paga para hacer uso de la propiedad» y los elevados costes de negociación hacen ineficaz un sistema de «págale para no hacer uso del derecho de propiedad».

Permitiendo la propiedad privada de parcelas a pequeños grupos de personas con intereses similares, el Estado, los tribunales o los líderes de la comunidad intentaron dar carácter interno a los costes externos que resultan de la propiedad comunal. El individuo y la familia constituyen el grupo lógico con intereses análogos. Continuando con nuestro ejemplo del uso de la propiedad privada de la tierra, distribuyamos inicialmente al azar entre individuos los títulos a la misma y, posteriormente, incluyamos en cada título así distribuido la extensión de la tierra correspondiente.

La propiedad privada de la tierra así resultante dará carácter interno a muchos de los costes externos asociados con la propiedad comunal, ya que ahora un propietario, en virtud de su poder para excluir a otros, puede contar con que logrará el beneficio que lleva consigo la preservación de la caza y la fertilidad creciente de su tierra. Esta concentración de beneficios y costes sobre los propietarios crea incentivos para utilizar los recursos de manera más eficaz.

Pero tenemos aún que ocuparnos de los efectos externos. Bajo el sistema de propiedad comunal el lograr que los derechos de propiedad comunal sean máximos se conseguirá sin tener en cuenta muchos costes, ya que el poseedor de un derecho comunal no puede excluir a otros de que gocen del fruto de sus esfuerzos y debido a que los costes de negociación son demasiado elevados para que todos lleguen a un acuerdo conjunto sobre un comportamiento óptimo. El desarrollo de los derechos privados permite a su poseedor economizar en el uso de aquellos recursos sobre los que tiene el derecho de excluir a otros. De esta forma, muchos efectos adquieren carácter interno. Pero el poseedor de derechos privados a una parcela no tiene derechos sobre la parcela de otro sector privado. Como él no puede excluir a otros de su derecho privado a la tierra, no tiene ningún incentivo directo (a falta de negociaciones) para economizar en el uso de su tierra en forma tal que tenga en cuenta los efectos que este hecho produce sobre los derechos a la tierra de otros. Si construye una presa en su terreno, no tiene ningún incentivo directo para tener en cuenta que bajará el nivel de las aguas del río en la tierra de su vecino.

Exactamente se trata de la misma clase de efecto externo que hemos encontrado en los derechos de propiedad comunal, pero que aparece aquí en un grado menor. Nadie tenía incentivo para almacenar agua en cualquier terreno de propiedad comunal; los propietarios privados pueden ahora considerar los beneficios y costes que tendrá para su tierra el almacenamiento de agua. Pero no se tendrán en cuenta directamente los efectos que tendrá sobre la tierra de los otros.

La concentración parcial de beneficios y costes que lleva consigo la propiedad privada es sólo parte de las ventajas que ofrece el sistema. La otra parte, y quizá la más importante, escapa a nuestro análisis. El coste de negociación de los restantes efectos externos se reducirá grandemente. Los derechos de propiedad comunal permiten el uso de la tierra a cualquiera. Bajo este sistema es indispensable llegar a un acuerdo sobre su utilización. Pero los factores externos que acompañan a la propiedad privada no afectan a todos los propietarios y será necesario sólo para unos pocos alcanzar un acuerdo que tenga en cuenta estos factores. El coste de negociar, el dar carácter interno a los mismos, se ve, pues, notablemente reducido. La materia es suficientemente importante como para discutirla.

Supongamos que un propietario de un derecho comunal al suelo y que está cultivando una parcela de tierra observa que un segundo propietario comunal está construyendo una presa en un campo adyacente. El agricultor prefiere tener el arroyo tal como está y, por consiguiente, ordena al constructor que suspenda la construcción. El constructor dice: «Págame por hacerlo». El agricultor dice: «Estoy dispuesto a hacerlo, pero ¿qué me garantizas tú a cambio?». El constructor responde: «Te garantizo que no continuaré construyendo la presa, pero no puedo garantizarte que no reemprenda el trabajo otro constructor, ya que se trata de una propiedad comunal y yo no puedo impedirselo». Lo que sería una simple negociación entre dos personas bajo un sistema de propiedad privada se convierte en una negociación bastante compleja entre el agricultor y todos los demás. Yo creo que ésta es la explicación básica para la existencia de propietarios únicos en lugar de múltiples. En efecto, un incremento en el número de propietarios es un incremento en la propiedad comunal y lleva, generalmente, a un aumento en los costes de internalización.

Debido a la disminución en los costes de negociación que acompaña a los derechos privados y prescindiendo de otros elementos, la mayor parte de los efectos externos pueden internalizarse a un coste bastante bajo. Aquellos para los que no sucede así van asociados a actividades que generan efectos externos que afectan a mucha gente. La carbonilla procedente del humo afecta a muchos propietarios de viviendas, ninguno de los cuales está dispuesto a pagar lo bastante a la fábrica como para que su propietario disminuya la salida de humos. El conjunto de propietarios de casas puede que estuviera dispuesto a pagarle lo necesario, pero el coste de lograr este acuerdo puede ser lo suficientemente elevado como para desanimar la consecución de un convenio efectivo en este sentido. El problema de la negociación se complica todavía más si el humo procede no de una sola chimenea, sino de las de todo un

distrito industrial. En tales casos puede ser demasiado costoso internalizar estos efectos a través del mercado.

Volviendo a nuestro ejemplo de la propiedad del suelo, debemos recordar que el mismo era distribuido en parcelas de cierto tamaño, elegidas al azar, entre propietarios también seleccionados al azar. Estos propietarios negocian entre sí para dar carácter interno a los efectos externos que quedan. Dos opciones se presentan a los negociadores. La primera consiste simplemente en llegar a un acuerdo contractual entre los propietarios a los que afectan directamente estos efectos externos. La segunda, en que algunos propietarios comprenden los derechos de otros modificando así el tamaño de la parcela que poseen. La opción elegida será, normalmente, la más barata. Nos encontramos ante el problema económico típico de elección de la solución óptima. Cuando los beneficios son constantes para las parcelas de diferente tamaño será indiferente recurrir al sistema de la compra o al del acuerdo, si un único acuerdo —fácil de controlar— permite dar carácter interno a los factores externos. Pero si existen varios factores externos de forma que es preciso negociar varios contratos o si los acuerdos a los que se llegue son difíciles de controlar, entonces será el sistema de la compra al que se prefiere recurrir.

Cuanto mayores sean las deseconomías de escala en relación con la propiedad de la tierra, más se recurrirá a los acuerdos contractuales para fijar las diferencias entre vecinos. Se compararán los costes de negociación y control con los costes que dependen del tamaño de la propiedad y las parcelas tenderán a tener la superficie que minimice la suma de estos costes⁴.

Las interrelaciones entre las economías de escala, los costes de negociación, los efectos externos y la modificación de los derechos de propiedad pueden analizarse en el marco de una de las más notables «excepciones» a la afirmación de que la propiedad tiende a tener carácter individual: la sociedad anónima. Suponemos que son una realidad las economías de escala en las grandes corporaciones y también que la necesidad de suscripción de acciones puede ser satisfecha de forma más barata consiguiendo el capital de las personas dispuestas a comprar acciones. Mientras que en la actuación de estas empresas existen las economías de escala, éstas no operan en la adquisición de capital. Por tanto, muchos «propietarios» encuentran ventajoso formar una sociedad anónima.

Pero si todos los propietarios participan en cada decisión que tenga que tomarse en la sociedad, las economías de escala logradas por la misma se verán rápidamente sobrepasadas por los elevados costes de la negociación. Por tanto, tiene lugar una delegación de autoridad para la mayor parte de las decisiones y un pequeño grupo de gerentes se convierte de hecho en el propietario. La propiedad efectiva, o sea, el control efectivo de la propiedad, pasa legalmente a manos de los gerentes. Ésta es la primera modificación legal y tiene lugar como consecuencia de los elevados costes de negociación que, de otro modo, habría que pagar.

⁴ Comparar esto con las razones similares dadas por R. H. COASE en *The Nature of Firm* (1937, pp. 386-405) para explicar la empresa. Véase el capítulo VI de este libro

Sin embargo, la estructura de la propiedad crea algunas dificultades de carácter externo bajo la ley de sociedades. Si la sociedad quiebra, esta ley hace responsable a cada accionista de las deudas de la sociedad hasta el límite de su capacidad financiera. Por consiguiente, la propiedad que de hecho ostentan los gerentes puede tener considerables efectos externos para los accionistas. Si los derechos de propiedad no se modifican, este factor externo hará que sea muy difícil para los empresarios conseguir que suscriban acciones los individuos que pueden hacerlo (aunque estos individuos puedan recurrir a que otras personas les reembolsen de sus pérdidas, los costes del litigio serán muy altos). Para reducir las consecuencias de este efecto externo ha tenido lugar una segunda modificación: la responsabilidad limitada⁵. De hecho, la propiedad por parte de los gerentes y la responsabilidad limitada se combinan para hacer mínimo el coste total de operar grandes empresas. Los accionistas son esencialmente prestamistas de capital en acciones y no propietarios, aunque participen en decisiones tan infrecuentes como puede ser la fusión con otra sociedad. De lo que los accionistas son realmente propietarios es de sus acciones y no de la sociedad. La propiedad, en el sentido de control, se convierte así en una materia puramente individual. Los accionistas poseen sus acciones, y el presidente de la sociedad y, posiblemente, unos pocos altos cargos, tienen el control de la sociedad.

Para mitigar el impacto sobre los accionistas de las decisiones de los gerentes, es decir, para minimizar el impacto de los efectos externos bajo esta forma de propiedad, se requiere una nueva modificación legal de los derechos. Según la regulación que establece la ley sobre participación, un accionista puede vender sus acciones sin obtener primero el permiso de los otros accionistas y sin necesidad de que la sociedad se disuelva. Para él es fácil retirarse si sus puntos de vista no coinciden con los de la gerencia. Esta «válvula de escape» es muy importante y ha dado lugar al mercado organizado de valores. La creciente armonización entre los puntos de vista de gerentes y accionistas provocada por este hecho y por la competencia de otros grupos directivos contribuye a minimizar los efectos externos asociados a la estructura de la propiedad de las sociedades. Finalmente, la responsabilidad limitada reduce considerablemente el coste de vender las acciones al no necesitar el comprador examinar con gran detalle el pasivo de la sociedad ni el activo de los otros accionistas; ambos factores pueden afectar adversamente al comprador sólo por lo que se refiere a la cotización de las acciones.

En el ejemplo de la propiedad del suelo aparece claramente esta doble tendencia de la misma a quedar en manos individuales y de la propiedad individual a actuar de forma que todos los costes sean mínimos. Hemos extendido la aplicabilidad de este ejemplo a las sociedades. Pero puede que en él no esté aún claro el ámbito de aplicación. Consideremos el problema de los derechos de autor y de las patentes. Si todos pueden apropiarse libremente de una nueva idea, si existen derechos comunales a las mismas, no habrá

⁵ HENRY G. MANNE estudia este punto en un próximo libro sobre el sistema de sociedades americano.

incentivos para desarrollarlas. Los beneficios que proporcionan estas nuevas ideas no se concentrarán en su creador. Si al mismo se le conceden unos ciertos derechos de propiedad, las ideas surgirán rápidamente. Pero la existencia de derechos privados no significa que sus efectos sobre la propiedad de otros haya de ser considerada de una forma directa. Una nueva idea puede hacer que otra anterior quede anticuada, mientras que otra, también anterior, puede convertirse en más valiosa. Estos efectos no serán tenidos directamente en cuenta, pero pueden dar lugar a que el creador de la nueva idea inicie negociaciones con los de las otras. Todos los problemas de los factores externos son muy análogos a los que se plantean en el ejemplo de la propiedad del suelo. Las variables características son idénticas.

En este artículo he planteado un enfoque de los problemas de los derechos de la propiedad. Pero contiene algo más que eso. Indica también una forma diferente de abordar los problemas tradicionales. Al elaborar este enfoque espero que se aclaren un gran número de problemas socioeconómicos.

[H. Demsetz, «Hacia una teoría de los derechos de propiedad», *American Economic Review*, mayo 1968. Traducción de Francisco Fernández Córdoba. Por cortesía de H. Demsetz, American Economic Association e *Información Comercial Española*]

CUESTIONES DE DEBATE

1. Distinga entre el concepto de derecho de propiedad que utiliza Demsetz en su artículo y el de nuestro Derecho civil. Intente definir en términos jurídicos el concepto de Demsetz.
2. A lo largo de la historia se ha afirmado en numerosas ocasiones que «la propiedad es un robo». Supongamos que tal afirmación fuera cierta: ¿quedarían sin valor los argumentos desarrollados en este artículo?
3. Intente señalar las diferencias que existen entre la estructura de los derechos de propiedad de una sociedad primitiva, de una sociedad capitalista desarrollada y de un país socialista.
4. ¿Con qué criterios económicos podría justificarse una limitación de los derechos de propiedad individuales?