

CAPÍTULO 64

FILOSOFÍA DE LA PROPIEDAD

Guido PINCIONE*

SUMARIO. I. *El concepto de derecho de propiedad.* II. *Justificaciones de la propiedad.* III. *Reflexiones finales.* IV. *Bibliografía.*

I. EL CONCEPTO DE DERECHO DE PROPIEDAD

Buena parte de la discusión filosófica sobre el derecho de propiedad concierne al concepto de derecho de propiedad. Los filósofos interesados en este problema formulan, por ejemplo, las siguientes preguntas. ¿Qué es el derecho de propiedad? ¿Cuál es la esencia, o naturaleza, del derecho de propiedad? ¿Cómo analizar (en el sentido de brindar condiciones necesarias y suficientes para la verdad de) enunciados de la forma “X es dueño, o propietario, de P”? El sentido preciso de estas preguntas depende a su vez de teorías filosóficas sobre las definiciones y el análisis filosófico, pero en cualquier caso estas preguntas conceptuales son en principio distinguibles de las preguntas normativas que podemos formular sobre el derecho de propiedad, es decir, preguntas que demandan una justificación moral del derecho de propiedad (o de su abolición). Por supuesto, preguntar por la justificación moral del derecho de propiedad presupone que entendemos la expresión “derecho de propiedad”.

Podría pensarse que los problemas conceptuales sobre el derecho de propiedad son ficticios, ya que las soluciones propuestas consistirían en decisiones arbitrarias de usar expresiones como “derecho de propiedad”, “propiedad” y “propietario” de cierta manera. Si la realidad impusiera una única manera de describirla –un único *lenguaje*, si bien expresable en *idiomas* mutuamente traducibles–, no tendríamos margen alguno para decidir cómo usar las palabras. Pero éste no parece ser el caso, como lo sugiere la frecuencia con la que se inventan de un día para otro palabras que luego

* Profesor de Filosofía, Departamento de Filosofía y *Center for the Philosophy of Freedom* (Universidad de Arizona).

pasan a formar parte del lenguaje generalmente aceptado: piénsese, por ejemplo, en “electrón”, “gene” y “zonificación”. Similarmente, a veces un grupo relativamente pequeño de especialistas estipula nuevos significados para términos existentes (como “agua” definido como “hidrógeno dos oxígeno”, “cono” definido como “órgano reproductor de las plantas coníferas” y “amparo” definido como “recurso para proteger derechos y libertades constitucionales”) y esas nuevas definiciones pasan a ser aceptadas en esos contextos especializados. La posibilidad de decidir qué significados tendrán nuestros términos parece apoyar la idea de que las discusiones conceptuales sobre el derecho de propiedad giran alrededor de seudoproblemas que se esfumarían si *decidiéramos* otorgarles un cierto sentido a la expresión “derecho de propiedad”. Una vez tomada esa decisión, estaríamos en condiciones de teorizar sobre lo que realmente vale la pena; por ejemplo, cómo justificar eso que decidimos llamar “derecho de propiedad”. Según esta visión, la reflexión filosófica sobre la propiedad debería concentrarse en las cuestiones normativas, ya que no habría genuinos problemas conceptuales.

Sería un error, sin embargo, extender al derecho el tipo de decisionismo semántico delineado en el párrafo precedente. La interpretación judicial del derecho tiene consecuencias que afectan directamente a las partes de un proceso legal (por ejemplo, obligando al demandado a pagar una deuda, o encarcelando al acusado) e indirectamente a terceros por la vía del precedente. Tales consecuencias requieren una justificación que vaya más allá de invocar la mera decisión de un tribunal de otorgar un cierto significado a los textos legales. Imaginemos, por ejemplo, que la constitución de un país dispone que “la propiedad de los ciudadanos es inviolable”, y que un tribunal tiene que decidir si una ley que impone un control de alquileres viola la constitución. El tribunal puede “decidir” o bien que la libertad contractual, incluyendo la libertad de precios (el alquiler es el precio al que se alquila algo), forma parte del derecho de propiedad, o bien que la libertad contractual no forma parte del derecho de propiedad (ya que, digamos, el tribunal entiende que este derecho se agota en el control exclusivo de ciertas cosas, sin incluir los intercambios de esas cosas). Ambas interpretaciones son compatibles con la pluralidad de significados que la palabra “propiedad” tiene en el lenguaje corriente, pero la interpretación que adopte el tribunal determinará la validez constitucional de la ley de control de alquileres, con las consecuencias legales que ello entraña. Este ejemplo sugiere que la interpretación jurídica no es una mera estipulación terminológica destinada a *comunicarnos* mejor, sino que tiene como rol principal

regular la conducta. Ronald Dworkin desarrolla en detalle esta idea al sostener que los componentes semánticos y normativos de la interpretación jurídica son inseparables, ya que los jueces no pueden justificar la adopción de una de las varias interpretaciones posibles de los “materiales jurídicos” (constitución, leyes, precedentes, etc.) sin comprometerse con teorías morales que justifican una cierta manera de regular la conducta.

Si Dworkin tiene razón, la interpretación jurídica es teoría moral aplicada a las acciones de aplicar normas jurídicas a casos particulares, como sucede en un proceso penal o civil, o de declarar cuál de los significados convencionales de una expresión jurídica es relevante para determinar si una norma jurídica puede ser válidamente aplicada a un caso particular, como sucede en un proceso en el que está en cuestión la constitucionalidad de una ley o la legalidad de una resolución ministerial. Supongamos, por ejemplo, que (i) la mejor teoría moral disponible dice que tenemos una obligación de contribuir a la prosperidad general, y (ii) la libertad contractual contribuye a la prosperidad general. Dados esos supuestos, el tribunal imaginado en el párrafo precedente debería interpretar la garantía constitucional de la propiedad de modo que incluya la libertad contractual. En la visión dworkiniana, pues, la actividad interpretativa tiene un componente filosófico-moral que trasciende los materiales jurídicos. Éstos normalmente limitan el repertorio de interpretaciones admisibles (en nuestro ejemplo, sería inadmisible cualquier interpretación de la expresión “derecho de propiedad” que implique que alguien que carece por completo de la facultad de controlar un objeto es el propietario de ese objeto). Pero normalmente los materiales jurídicos son compatibles con más de una interpretación. Para Dworkin, la justificación para adoptar una u otra interpretación de esos materiales no puede ser sino moral. Debemos entender los materiales jurídicos “a su mejor luz”, y al hacerlo nos comprometemos, aunque más no sea implícitamente, con tesis y argumentos propios de la filosofía moral.¹

Como vimos, para Dworkin la interpretación jurídica no opera en un vacío semántico sino que debe arrojar consecuencias consistentes con *alguna* de los significados que la expresión “derecho de propiedad” tiene en nuestro lenguaje. Pero uno puede estar interesado en una pregunta más fundamental, a saber, ¿debe el derecho reconocer, o conferir, derechos de pro-

¹ Cfr. Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1986, pp. 45-86 y 225-275. Para una discusión de las cuestiones conceptuales y normativas en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana sobre la garantía constitucional de la propiedad, Cfr. Wenar, Leif, “The Concept of Property and the Takings Clause,” *Columbia Law Review*, vol. 97, núm. 6, 1997, pp. 1923-1946. (Vease, además, TEORÍA INTERPRETATIVA DEL DERECHO)

piedad? Uno puede estar interesado, en efecto, en justificar un cierto régimen jurídico de la propiedad: por ejemplo, un régimen que confiera propiedad privada sobre todos los recursos productivos, o un régimen que confiera al estado la propiedad de tales recursos. Cuando la justificación del sistema jurídico mismo, o de una parte de él, está en discusión, las observaciones de los párrafos precedentes acerca de la inseparabilidad de los problemas conceptuales y normativos no se aplican. La justificación moral de una institución (un cierto sistema de propiedad, la pena de muerte, la democracia, por poner algunos ejemplos) sólo es posible si tenemos una idea clara de qué es lo que se trata de justificar. En este caso, la cuestión conceptual precede a la cuestión normativa. Pero sería erróneo concluir que, al no haber aquí límites semánticos provenientes de los materiales jurídicos ya que el contenido mismo de esos materiales es lo que está en cuestión, tenemos el campo libre para estipular cualquier definición para la expresión “derecho de propiedad”. Algunas definiciones son mejores que otras. Permitaseme explicarme.

La justificación moral de una institución a menudo requiere que la definamos con un grado de precisión que es innecesario fuera de contextos justificatorios. El Diccionario de la Real Academia define “propiedad” como “derecho o facultad de poseer alguien algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales”, pero una justificación rigurosa del derecho de propiedad debe ser capaz de arrojar conclusiones completas y consistentes sobre cualquier situación posible dentro de un cierto dominio de acciones. Por ejemplo, ¿qué se entiende por “derecho” en la definición del diccionario? ¿Es sinónimo de “facultad”? ¿Qué significa “disponer” de algo? ¿Qué “límites legales” son compatibles con el derecho de propiedad? Estas preguntas no sugieren una crítica a la definición dada por el diccionario. El propósito del diccionario no es ofrecer definiciones que sirvan de base para justificaciones filosóficas, sino facilitar la comunicación en contextos no-filosóficos; por ejemplo, informándole a un inglés que “propiedad” es el término que se usa en español para designar (aproximadamente) lo que él llama “*ownership*”. Pero una justificación rigurosa del derecho de propiedad aspira a regular inequívocamente la conducta, y para ello es necesario no dejar pendientes de respuesta preguntas como las que la definición del diccionario suscita.

En un influyente artículo publicado en 1961, Tony Honoré ofrece un análisis del concepto de propiedad “plena” o “liberal” (*full or liberal ownership*) que sigue siendo aceptado por muchos autores, independientemente de si

creen que la propiedad está justificada.² Lo que Honoré llama “derecho de propiedad plena” es lo que a veces se designa en español con el término “propiedad privada”. El análisis de Honoré constituye una aplicación al derecho de propiedad de un análisis de la noción general de derecho, en el sentido que los juristas llaman “subjetivo” de la palabra “derecho”. Este sentido está recogido en inglés por la palabra “right” (derecho a algo), y se contrapone al sentido “objetivo” que la palabra “derecho” también tiene (*law*, en inglés), es decir, como sinónimo de “sistema jurídico”. El análisis del concepto de derecho subjetivo que adopta Honoré había sido formulado por Wesley Newcomb Hohfeld en otro influyente artículo, publicado en 1917.³ Hohfeld señala que en el lenguaje jurídico⁴ la palabra “derecho” se usa para denotar varios tipos de relaciones jurídicas entre acciones de diferentes personas. El tipo más básico de relación es la “pretensión” (*claim*): *A* tiene una pretensión de que *B* haga *x* si y sólo si *B* tiene un deber (*duty*) hacia *A* de hacer *x*. Una pretensión es, pues, correlativa de un deber u obligación. En la terminología de Hohfeld, una pretensión es una “relación jurídica” (*jural*). Por ejemplo, yo tengo una pretensión de que *B* me devuelva el dinero que le había prestado, y *B* tiene el deber de devolvérmelo. El privilegio o libertad (*privilege* o *liberty*) es otra relación jurídica denotada por la palabra “derecho”, y es correlativo de la ausencia de pretensión: *A* tiene una libertad respecto de *B* con relación a la acción *x* si y sólo si *A* no le debe *x* a *B*. Por ejemplo, yo tengo la libertad, respecto de cualquier otra persona, de sentarme en cualquier banco de una plaza pública. En otros términos, *A* no está obligado frente a los demás a no sentarse en cualquier banco de una plaza pública. El derecho puede asumir también la forma de un “poder” (*power*), en cuyo caso es correlativo de una “sujeción” (*liability*): *A* tiene un poder sobre *B* con relación a ciertos derechos u obligaciones de *B* si y sólo si *A* está legalmente autorizado a producir cambios en esos derechos u obligaciones. Por ejemplo, las personas tienen el poder de extinguir sus derechos de propiedad sobre ciertas cosas abandonando esas cosas; o, lo que es lo mismo, los propietarios tienen el poder de extinguir las obligaciones de los no-propietarios de no usar las propiedades de aquéllos sin su

² Cfr. Honoré, Tony, “Ownership,” en Guest, Anthony Gordon (comp.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1961. Cfr. también, en una dirección similar a Honoré, Becker, Lawrence C., *Property Rights: Philosophical Foundations*, 2a. ed., London, Routledge, 1981.

³ Hohfeld, Wesley Newcomb, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning”, *Yale Law Journal*, vol. 23, núm. 1, 1913, pp. 16-59.

⁴ Para una extensión del análisis hohfeldiano al lenguaje moral, Cfr. Thomson, Judith Jarvis, *The Realm of Rights*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1990, pp. 37-60.

permiso. Otro ejemplo es el poder de obligar a otros mediante contratos. Finalmente, alguien puede tener un derecho en el sentido de “inmunidad” (*immunity*), que es correlativa de una “incapacidad” (*disability*): *A* tiene una inmunidad frente a *B* respecto a algunos derechos de *A* si y sólo si *B* no tiene un poder con relación a esos derechos. Por ejemplo, la afirmación de que la constitución de un país otorga un derecho a la libertad de expresión podría interpretarse, en lenguaje hohfeldiano, como una inmunidad de los ciudadanos frente a leyes de censura, es decir, como una falta de poder (una incapacidad) del congreso de sancionar esas leyes.

Honoré emplea el análisis hohfeldiano del derecho subjetivo para analizar el derecho de propiedad privada, tal como éste quiso ser consagrado por los redactores de las constituciones liberales clásicas. Los juristas tradicionales veían el derecho de propiedad privada como un control exclusivo que el sistema jurídico confiere a una persona sobre una cosa. Honoré muestra que esa idea de control exclusivo puede expresarse más precisamente en términos de un conjunto de relaciones hohfeldianas. Simplificando mucho, ser dueño o propietario de *x* es, en el análisis de Honoré, tener un conjunto complejo de derechos de diferentes tipos: pretensiones de uso exclusivo de *x*, libertades de usar o no usar *x*, poderes de cambiar los derechos de otros en relación con *x* (por ejemplo, por contrato) e inmisiones relacionadas con *x* (por ejemplo, una inmunidad frente a la confiscación).

II. JUSTIFICACIONES DE LA PROPIEDAD

El análisis del derecho de propiedad privada ofrecido por Honoré, expuesto en la sección I, no prejuzga acerca de si ese derecho está justificado. El análisis puede ser correcto en el sentido de que captura uno de los usos importantes de la expresión “derecho de propiedad” por jueces, legisladores y abogados, pero ello no implica que sea valioso o que moralmente requerido que el sistema jurídico consagre un derecho de propiedad privada así entendido. Las discusiones filosóficas sobre la justificación del derecho de propiedad toman por lo general como blanco los intentos de justificar el derecho de propiedad privada, a veces más brevemente designado como “propiedad privada” o “propiedad”, y usan estas expresiones en un sentido similar al que Honoré captura con su análisis de la expresión “derecho de propiedad plena”. Salvo indicación en contrario, yo también usaré en el resto de este trabajo las expresiones “propiedad privada” y “propiedad” en el sentido de “propiedad plena”, pero usaré de todos modos esta última expresión en contextos en que conviene poner

énfasis en que es esta interpretación del derecho de propiedad la que está en juego.

Esta sección está dedicada a examinar las líneas argumentativas más influyentes en el debate filosófico entre defensores y detractores de la propiedad privada.⁵

1. Trabajo, autopropiedad y apropiación originaria

Las discusiones modernas sobre la justificación de la propiedad privada se inician con el *Segundo Tratado de Gobierno* (1690) del inglés John Locke.⁶ Para Locke, el derecho de propiedad tiene el mismo fundamento que el dominio legítimo que Dios ejerce sobre el mundo creado por Él, a saber, la creación o producción del objeto sobre el cual el derecho recae. La literatura actual sobre el argumento lockeano prescinde de las premisas teológicas que Locke, siguiendo los lineamientos de la época, invocabía. Los componentes seculares del argumento de Locke continúan atrayendo a muchos filósofos y subyacen a la convicción generalizada de que las personas tienen un derecho moral de propiedad sobre el fruto de su trabajo. Locke parte de un supuesto presumiblemente autoevidente: las personas son dueñas de sí mismas, esto es, ejercen un legítimo control exclusivo sobre su cuerpo y su mente. Este derecho de autopropiedad es para Locke un “derecho natural”, es decir, un derecho que es independiente de lo que dispongan las normas jurídicas dictadas por el estado. Un sistema jurídico que consagra la esclavitud viola el derecho de autopropiedad, y por ello es ilegítimo. Locke imagina una sociedad sin gobierno, en la que nadie ha adquirido todavía ningún derecho de propiedad sobre el mundo externo, y afirma que en ese “estado de naturaleza” una persona puede adquirir propiedad privada sobre objetos externos (recordemos que ya tiene propiedad sobre sí misma) incorporando su trabajo a esos objetos, ya que el trabajo es parte de la persona misma. Este derecho de propiedad privada puede, como tal, ser transferido voluntariamente (esto es, por contrato, herencia o donación). La única limitación que Locke impone a la adquisición originaria de propiedad es dejar a los demás “suficiente cantidad de la misma calidad”, limitación que la literatura filosófica convino en denominar “la condición lockeana” (*the Lockean proviso*).

⁵ Para discusiones filosóficas generales sobre el derecho de propiedad, *Cfr.* Becker, Lawrence C., *op. cit.*, nota 2; y Waldron, Jeremy, *The Right to Private Property*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

⁶ Libro II, cap. 5.

Locke imagina que en el estado de naturaleza las personas resuelven sus conflictos civiles y penales contratando tribunales y policías privados. La legitimidad del estado depende, para Locke, de que (a) cuente con el consentimiento de todos los habitantes del territorio sobre el cual el estado reclama jurisdicción (condición que, por lo general, se satisface para Locke tácitamente, con la mera presencia en el territorio y el respeto a las leyes) y (b) respete los derechos de propiedad. Locke cree que ese consentimiento es esperable, dadas las dificultades para proteger derecho de propiedad en el estado de naturaleza (por ejemplo, la falta de certeza sobre la existencia de una violación al derecho de propiedad cuando las partes, y los tribunales privados a los que recurren, están en desacuerdo). Las indeterminaciones jurídicas del estado de naturaleza inducen a los individuos a celebrar un “contrato social” que instituye un estado encargado de hacer cumplir los derechos mediante sentencias judiciales ejecutables coercitivamente. Es importante señalar que, si bien no es claro que Locke crea que los estados emergieron de estados de naturaleza,⁷ su apelación al contrato social es comúnmente interpretada como un recurso analítico, no histórico, destinado a identificar las condiciones bajo las cuales el estado es moralmente justificable.

Como señalé, el argumento lockeano todavía está en el centro de muchas discusiones filosóficas sobre la propiedad. Es un argumento que apela a ideas atractivas sobre la recompensa que merece el productor, la persona que con su trabajo pone la naturaleza al servicio de deseos y necesidades humanas, sean las del propio productor o las de otras personas dispuestas a comprarle sus productos. No obstante, el argumento ha sido objeto de críticas variadas. Una de las críticas más comunes alega que los títulos de propiedad que el argumento lockeano procura justificar son indeterminados. ¿Qué cuenta como trabajo, y cómo medirlo? ¿Qué cuenta como suficiente cantidad de la misma calidad, a los efectos de determinar si la condición lockeano para la apropiación originaria se ha cumplido? ¿Sobre qué parte del mundo otorga títulos el trabajo? Detengámonos un poco en esta última pregunta para apreciar la magnitud de los problemas que enfrenta el argumento lockeano. Locke ciertamente diría que quien ara un terreno carente de dueño adquiere propiedad sobre la porción de tierra por la que pasa el surco dejado por el arado, pero probablemente Locke, y los lockeanos, querían justificar una apropiación más extensa de tierra. ¿Qué extensión? Robert Nozick destaca vívidamente esta indeterminación:

⁷ Sí es claro que Locke creía que en su tiempo había estados de naturaleza, como “los lugares interiores e inhabitados de América” (*Segundo Tratado de Gobierno*, Libro V, cap. 36).

Si soy propietario de una lata de jugo de tomate y lo derramo en el mar, de modo que sus moléculas (marcadas radioactivamente, para que yo pueda verificarlo) se esparzan parejamente a lo largo de todo el mar, ¿me convierto de este modo en el propietario del mar, o dilapidé estúpidamente mi jugo de tomate?⁸

Nozick propone reformular la condición lockeana del siguiente modo: la apropiación originaria es legítima siempre y cuando no empeore la situación de los demás. Nozick define la noción de empeoramiento en términos de preferencias, no (como Locke) en términos de cantidad o calidad de bienes: nadie debe considerar su situación previa a la apropiación preferible a su situación posterior a la apropiación. La inyección de trabajo en el mundo externo deja de ser, entonces, una condición de legitimidad de la apropiación. Nozick cree que su reformulación de la condición lockeana evita las indeterminaciones que producía la referencia al trabajo. También cree que en el estado de naturaleza las apropiaciones satisfacen en general su condición para la validez de apropiaciones originarias, ya que la “privatización” del mundo externo genera incentivos para producir y comerciar que faltarían en una situación en la que, debido a la ausencia de derechos de propiedad, ningún individuo encontraría personalmente beneficioso producir en gran escala o conservar los recursos naturales.⁹ Si bien el punto de partida de Nozick es un estado de naturaleza similar al de Locke, con derechos preestables al estado e independientes de él, su formulación de la condición para la apropiación originaria sugiere que en la base de su sistema operan principios consecuencialistas o de eficiencia. Discutiré esos principios en la sección II. 4.

Tanto Locke como Nozick admiten, pues, la apropiación originaria cuando ésta no daña a los demás, sea porque éstos quedan con “suficiente cantidad de la misma calidad” o porque no quedan en una situación que les resulta menos preferible. Muchos han visto en esta idea compartida un compromiso con la tesis de que la línea de base relevante para que emergan derechos de propiedad es la ausencia de todo título de propiedad, incluyendo formas colectivas de propiedad: en el estado de naturaleza nada es de nadie, en un sentido que excluye no solamente que alguien sea propietario privado de algo sino también que algunos, o todos, sean propietarios colectivos de algo, o de todo. Esta visión del estado de naturaleza nos pre-dispone a creer que es fácil apropiarse originariamente de algo, ya que ningún otro puede reclamar títulos sobre lo apropiado. Sólo cuando tienen

⁸ Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, p. 175. Traducción mía.

⁹ *Ibidem*, pp. 177 y 182.

lugar raras apropiaciones monopólicas de recursos vitales para los demás (como el único oasis en un inmenso desierto) parece justificable invalidar la apropiación porque daña (tanto en la interpretación de Locke como en la de Nozick) a los demás en relación con una línea de base en la cual todos tenían acceso al recurso (todos podían beber del oasis).

¿Por qué adoptar, sin embargo, el estado de naturaleza lockeano/nozickeano como línea de base para convalidar apropiaciones originarias? G. A. Cohen sostiene que líneas de base alternativas, incluyendo líneas de base igualitarias, son consistentes con el principio de autopropiedad compartido por Locke y Nozick.¹⁰ Cohen da como ejemplo una línea de base en la cual el uso de recursos externos debe contar con aprobación unánime: todos tienen un derecho de veto sobre la utilización de un recurso externo. En este sistema de “propiedad conjunta”, los más talentosos necesitarían el consentimiento de los menos talentosos para producir, consentimiento que obtendrían a cambio de algún tipo de beneficio para los menos talentosos. Éstos no se verían, por consiguiente, perjudicados por hechos que escapan a su control (su menor talento), y los más talentosos no podrían beneficiarse por el mero hecho de tener más capacidad productiva, una capacidad que no merecen ya que no hicieron nada para tenerla.

Para Cohen, el régimen de propiedad conjunta sería compatible con una versión del principio de autopropiedad que subyace a la idea de Nozick de que incluso un “proletario mísero” (la terminología es de Cohen y alude al trabajador que sólo es dueño de su fuerza de trabajo) es libre de vender su fuerza de trabajo en un mercado capitalista, en el sentido de que no lo hace bajo coerción. Así formulado, el principio de autopropiedad simplemente excluye la esclavitud, pero no la miseria proletaria a la que podría dar lugar el capitalismo. Puesto que en el régimen de propiedad conjunta nadie es dueño de nadie, la autopropiedad está, pues, preservada. No es que Cohen esté abogando aquí por un régimen de propiedad conjunta, ya que la necesidad de contar con el consentimiento de los demás para usar cualquier recurso externo restringe la autonomía personal de un

¹⁰ Vimos que el principio de autopropiedad es el punto de partida en el argumento de Locke, basado en el trabajo, para justificar la apropiación originaria. Sin embargo, Cohen, al igual que muchos otros críticos de Nozick, atribuye a Nozick un compromiso con el principio de autopropiedad, si bien el apoyo textual para esa atribución es virtualmente inexistente, y en todo caso es controvertible que el argumento de Nozick en favor del derecho a la propiedad privada y un “estado mínimo” cuya única función es proteger ese derecho dependa de admitir un derecho de autopropiedad. Diré algo más sobre este punto en la sección II.2.

modo que le parece intolerable. Su propósito es mostrar que la autopropiedad, tan valorada por defensores del capitalismo como Nozick, puede coexistir con una forma radical de igualdad, que en el régimen de propiedad conjunta se expresa a través del derecho que todos tienen a vetar el uso de recursos externos: a través de ese derecho de voto, todos ejercen una suerte de propiedad colectiva del mundo externo. Así como el ciudadano del régimen de propiedad conjunta puede verse legalmente impedido de usar cualquier recurso por no contar con la aprobación de los demás, el proletario mísero de un régimen capitalista puede verse legalmente impedido de usar cualquier recurso externo, ya que, por hipótesis, no le pertenece, pese a lo cual Nozick está comprometido a decir, según Cohen, que ese proletario mísero es un autopropietario. Crucialmente, empero, tanto el capitalismo como el régimen de propiedad conjunta son incompatibles con la esclavitud, ya que ambos respetan el principio de autopropiedad, tal como Nozick, según Cohen, lo entiende.

Es importante señalar la naturaleza conceptual, no empírica, de este argumento. Cohen no está afirmando (ni negando) que el capitalismo probablemente generará proletarios míseros. Su punto es que, *si ese fuera el caso*, el teórico lockeano o nozickeano debería decir que la autopropiedad no se habría violado. Cohen subraya que la autopropiedad capitalista es meramente ausencia de esclavitud: el proletario mísero no está a las órdenes de nadie (al menos en el mismo sentido en que un esclavo está a las órdenes de su amo). Esa autopropiedad, invocada por defensores de la propiedad privada como Nozick, no implica un derecho de propiedad privada sobre recursos externos, ya que es una autopropiedad que un régimen de propiedad conjunta también respeta. Las últimas obras de Cohen están orientadas a mostrar que una concepción defendible de la justicia distributiva requiere una redistribución radical de la riqueza, pero cautelosamente señala que las consideraciones de justicia, si bien muy importantes, compiten con consideraciones prácticas a la hora de elegir políticas públicas específicas, razón por la cual muchas veces puede estar moralmente justificado, considerando todas las cosas, convivir con cierto grado de injusticia, que para él es lo mismo que desigualdad no resultante de elecciones (como la elección de trabajar menos).¹¹

¹¹ Cohen insiste largamente en este punto en Cohen, Gerald A., *Rescuing Justice and Equality*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2008, donde propone distinguir entre “principios fundamentales” (por ejemplo, el principio de igualdad que él acepta, según el cual el bienestar de las personas no debería depender de factores ajenos a su voluntad, como su raza o riqueza heredada), y “reglas de regulación”, que son las instituciones y políticas públicas mejor justificadas a la luz de *todos* los principios fundamentales (por ejemplo, debe

Las ideas de Locke y Nozick son ejemplos de la posición conocida como “libertarismo” (*libertarianism*), palabra que en su sentido más general designa la creencia de que un sistema jurídico que otorga derechos de propiedad privada está moralmente justificado. En otras palabras, el libertarismo aboga por los mercados libres.¹² Sin embargo, en años recientes algunos autores libertarios han cuestionado la descripción del estado de naturaleza compartida por Locke y Nozick. Como vimos, en el estado de naturaleza postulado por Locke y Nozick nada tiene dueño. Michael Otsuka y Peter Vallentyne parten, como Cohen, de un estado de naturaleza sujeto a una regla de propiedad colectiva, pero a diferencia de Cohen concluyen que la privatización generalizada del mundo externo está justificada. Otsuka y Vallentyne proponen un mecanismo de apropiación originaria bastante diferente del defendido por Locke y Nozick. Puesto que en el estado de naturaleza de Otsuka y Vallentyne todos son propietarios de todo, quien quiera apropiarse privadamente de algo debe compensar a los demás. En una sociedad real, esta compensación se implementaría cobrándole cada propietario privado un impuesto que refleje el valor de la compensación que habría debido pagarles a todos los demás en el estado de naturaleza por apropiarse privadamente de una parte de la propiedad común. El monto recaudado se destinaría luego a pagarle a cada persona que llega a la mayoría de edad una compensación por haber sido privada de derechos de usar las partes del mundo externo ya apropiadas, que en el mundo actual constituyen la mayoría de los recursos. Obsérvese que en esta variante de libertarismo el impuesto no tiene la función redistributiva que tiene en otras teorías de la justicia distributiva, como las teorías igualitarias, sino que simplemente refleja el precio que las personas habrían exigido en el estado de naturaleza para desprendérse de una parte de su propiedad común. Una vez que los propietarios privados pagaron ese impuesto, quedan totalmente libres para operar en el mercado: cualquier intervención estatal en ese mercado (sea por razones paternalistas, perfeccionistas, o basadas en un

haber un balance adecuado entre el principio de igualdad y el principio de eficiencia) y hechos de la vida social (por ejemplo, que los más ricos producirán menos si se les cobran impuestos altos). Cf. también Cohen, Gerald A., *Why Not Socialism?*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2009.

¹² También es común usar la palabra “libertarismo” para referirse, más específicamente, a aquellas defensas del mercado libre basadas en el derecho de autopropiedad. Locke y (al menos en la interpretación de Cohen) Nozick serían libertarios en este sentido más restringido, mientras que muchos economistas que defienden el mercado libre por su eficiencia o su contribución a la prosperidad general no serían libertarios en este sentido. Discuto el argumento eficientista en favor de la propiedad en la sección II.4.

criterio independiente de justicia distributiva) sería moralmente inadmissible. Es común designar a esta variante de libertarismo como “libertarismo de izquierda” y designar como “libertarismo de derecha” al tipo de libertarismo defendido por Locke y Nozick.¹³ “Izquierda” y “derecha” aluden aquí a la existencia o inexistencia, respectivamente, de un componente igualitario o “socialista” en la caracterización del estado de naturaleza, y por ende en las condiciones que debe satisfacer la apropiación originaria de propiedad. Por supuesto, las instituciones y políticas públicas justificables a la luz de las dos variantes de libertarismo están mediadas por complicadas hipótesis empíricas acerca de las asignaciones de derechos que habrían emergido en un estado de naturaleza y de la forma y extensión de las violaciones subsiguientes de los derechos de propiedad. Por consiguiente, más allá de condenar formas de intervencionismo estatal que no se limiten a cobrar impuestos para financiar la protección judicial y policial de la propiedad privada y (en el caso del libertarismo de izquierda) simular la compensación que los apropiadores originarios habrían debido pagar a los demás, sería apresurado inferir evaluaciones específicas de instituciones y políticas públicas a partir de las teorías libertarias que hemos discutido, si esas evaluaciones no se apoyaran en investigaciones empíricas (en especial, históricas) apropiadas.¹⁴

2. *Libertad y propiedad*

Algunos autores sostienen que la propiedad privada es necesaria para proteger la libertad individual. Un influyente representante de esta posición es Friedrich Hayek, para quien las libertades de expresión, de asociación y de elegir en qué y cuánto trabajar se perderían si las democracias liberales siguieran encaminándose hacia una planificación centralizada de la economía, en detrimento de las decisiones dispersas que los individuos toman en los mercados libres (Hayek escribía esto en 1944).¹⁵ Similarmente, Milton Friedman advierte que la libertad de expresión, y en particular la libertad de criticar al gobierno, desaparecerían si el gobierno controlara, directa

¹³ Cfr. Otsuka, Michael, *Libertarianism without Inequality*, Oxford, Clarendon Press, 2003; y Vallentyne, Peter, "Libertarianism", en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2009, <http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/libertarianism/>.

¹⁴ Nozick (*op. cit.*, nota 8, pp. 230-231) y Otsuka (*op. cit.*, nota 13, pp. 39-40) advierten sobre las complejidades que entrañan esas inferencias. Para una discusión general de esta cuestión, Cfr. Lomasky, Loren, "Libertarianism at Twin Harvard", *Social Philosophy and Policy*, vol. 22, núm. 1, 2005, pp. 178-199.

¹⁵ Cfr. Hayek, Friedrich, *The Road to Serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944.

o indirectamente, los recursos necesarios para expresar esas críticas, como el papel y los canales de radio y televisión (hoy en día podríamos agregar el acceso a Internet). El argumento de Friedman constituye una aplicación al mercado de la comunicación de una proposición más general de la teoría económica: en un mercado libre, el objetivo primario del vendedor es maximizar sus ganancias, no premiar o castigar las opiniones políticas de los consumidores. La propiedad privada de los medios de comunicación y de los insumos que éstos emplean¹⁶ da a los propietarios incentivos económicos, no ideológicos, para difundir una idea: quien emplea criterios ideológicos para otorgar espacios en los medios de comunicación pierde mercados en relación con quien sólo está interesado en llegar al público (y así contar con más publicidad, a su vez guiada por el afán de maximizar ganancias). Para Friedman, un gobierno que controla los medios de comunicación puede ignorar impunemente los costos de difundir ideas contrarias a las demandas del público, ya que, a diferencia del empresario privado, el gobierno puede utilizar la coerción (impuestos o emisión de moneda de curso forzoso) para proveerse de recursos. Por el contrario, en un mercado desregulado de medios de comunicación, las probabilidades de que cualquier idea, incluso las más impopulares, se difunda son mayores, ya que los empresarios maximizan sus ganancias respondiendo a todas las demandas, incluso las de los nichos de mercado más extravagantes. La lógica de este proceso es la misma que la que explica que en un mercado libre la variedad de colores, telas y dibujos de las corbatas sea mayor que en un régimen en el que un burócrata o una mayoría de votantes deciden qué tipos de corbatas se producirán.¹⁷

El pesimismo de Hayek y Friedman sobre el destino de las libertades individuales en economías centralmente planificadas se vio ampliamente confirmado por la opresión, en algunos casos de proporciones genocidas, que caracterizó a los regímenes comunistas.¹⁸ Sin embargo, ese pesimismo

¹⁶ Sobre la importancia para la libertad de expresión de un mercado libre de ondas radiales y televisivas, *Cfr.* Hazlett, Thomas, “The Dual Role of Property Rights in Protecting Broadcast Speech”, *Social Philosophy and Policy*, vol. 15, núm. 2, 1998, pp. 176-208.

¹⁷ *Cfr.* Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, pp. 7-17.

¹⁸ *Cfr.* Courtois, Stéphane; Werth, Nicolas; Panne, Jean-Louis; Paczowski, Andrzej; Bartosek, Karel; y Namolin, Jean-Louis, *The Black Book of Communism: Crimes, Terror, Repression*, trad. al inglés de Kramer, M. y Murphy, J., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999. La correlación positiva entre protección de la propiedad privada y democracia liberal estable está fuertemente sugerida si consideramos qué países poseen más “libertad económica”, según el informe del Fraser Institute (<http://www.freetheworld.com/2011/reports/world/>)

parece exagerado si consideramos el relativamente alto grado de protección de las libertades civiles, el pluralismo político y los procedimientos democráticos exhibidos durante décadas por estados de bienestar y mercados moderadamente regulados tales como Estados Unidos, Canadá y los países de Europa occidental. A la inversa, el optimismo acerca de la relación entre, por un lado, la libertad económica, y, por otro, la libertad política y las libertades individuales parece desautorizado por casos como los de la Inglaterra victoriana, donde altos grados de libertad económica coexistieron con limitaciones importantes al sufragio (aunque no significativamente a la libertad de expresión), y el actual Singapur, donde una gran libertad económica coexiste con restricciones significativas a la libertad de expresión. Los hechos parecen sugerir, pues, que la posición de Hayek y Friedman es más defendible como una tesis acerca del *umbral* de intervencionismo económico pasado el cual los *derechos democráticos*, es decir, los derechos a elegir y a ser elegido en un clima de pluralismo político en el que no existen premios o castigos importantes, directos o indirectos, por expresar opiniones políticas, desaparecen. Los régimenes comunistas claramente pasaron ese umbral, pero no los estados de bienestar predominantes en las democracias liberales desarrolladas. En cuanto a la libertad de expresarse en general, y no meramente en campañas electorales y otras actividades consustanciales a las elecciones libres presupuestadas por todo régimen democrático, los hechos parecen sugerir que la posición de Hayek y Friedman es más defendible como una tesis acerca de la *correlación positiva* entre propiedad privada, especialmente de los medios de comunicación, y las oportunidades de expresar opiniones sin premios o castigos importantes, directos o indirectos. Por ejemplo, en la medida en que un gobierno establece sanciones por difamación y régimenes de licencias que desalientan o impiden la difusión de ciertas ideas, está restringiendo el derecho de propiedad privada sobre los medios de comunicación afectados. Por supuesto, en esta tesis “propiedad privada” quiere decir “propiedad plena”, en el sentido de Honoré (ver sección I), y éste es también el sentido que presumiblemente tienen las expresiones “propiedad privada”, “mercado libre” y “capitalismo” en los argumentos de Hayek y Friedman sobre la conexión entre propiedad privada (o mercados libres, o capitalismo) y libertad individual.

Algunos autores aducen que una combinación entre propiedad privada e intervención estatal podría ser mejor para las libertades individuales y

EFW2011_complete.pdf, consultado el 27/5/12) y qué países garantizan mejor los “derechos políticos y libertades civiles”, según el informe de Freedom House (<http://www.freedomhouse.org/report-types/freedom-world>, consultado el 27/5/12).

políticas que los mercados totalmente libres.¹⁹ Esa combinación sería necesaria para evitar la concentración de poder económico que producirían los mercados totalmente libres, una concentración que haría el ejercicio de esas libertades más vulnerable a las presiones de quienes cuentan con un poder económico desproporcionado. El poder económico podría usarse, por ejemplo, para manipular los mercados laborales en función de las convicciones políticas de los trabajadores, para condicionar los contenidos de la enseñanza comprometiendo la libertad académica, o para acaparar espacios en los medios en detrimento de las posibilidades de usar esos medios para difundir ciertas ideas. Esta línea de argumentación depende de que sea posible evitar la arbitrariedad de las intervenciones estatales destinadas a eliminar esas influencias nocivas del poder económico privado. Pero esta posibilidad ha sido cuestionada por dos razones. En primer lugar, no hay manera de formular las reglas o estándares que esas intervenciones estatales deberían cumplir para que, en la práctica política y judicial el ciudadano no quede a merced de los gobernantes. Si el estado posee amplios poderes tributarios y regulatorios, las puertas quedan abiertas para que los éxitos y fracasos económicos de los ciudadanos dependan de si apoyan o critican a las autoridades políticas, en lugar de reflejar su capacidad de poner productos mejores y más baratos a disposición de los consumidores.

Veamos un ejemplo. Existe considerable desacuerdo entre los economistas sobre cuándo, en un mercado real, una firma es un monopolio. Aun si los legisladores y jueces que tienen que sancionar o aplicar leyes antimonopólicas sólo tomaran decisiones consistentes con las posiciones de los especialistas (una suposición que algunos considerarían heroica), el amplio espectro de posiciones que éstos exhiben otorgaría a legisladores y jueces un alto grado de discrecionalidad. En consecuencia, tanto los grupos económicamente poderosos como el gobierno mismo u organizaciones paragubernamentales (como sindicatos u organizaciones profesionales fuertemente reguladas y financiadas por el estado) predeciblemente invertirán tiempo y dinero para asegurar que la discrecionalidad legislativa o judicial opere en su propio beneficio. La forma específica que asuma esa inversión (votos de trabajadores de industrias reguladas, apoyo económico a campañas electorales, varias formas de corrupción, etc.) depende de los detalles del régimen político, incluyendo las penas por cohecho y las probabilidades de detectar infractores y castigarlos. La teoría económica de la captura de

¹⁹ Un representante de esta posición, con especial referencia a la libertad de expresión, es Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996, pp. 3-4.

los organismos regulatorios, según la cual la regulación tiende a proteger de competidores a las firmas sujetas a regulación ya que éstas por lo general ejercen una influencia desproporcionada en la conformación y decisiones de los organismos regulatorios, brinda apoyo a esta idea de que el uso del poder político para contrarrestar el poder económico es contraproducente si el objetivo es reducir la concentración de poder.²⁰

Otra razón que se ha esgrimido para dudar de que el intervencionismo estatal pueda reducir el poder económico privado sin generar a su vez mayor concentración de poder es que la premisa del argumento intervencionista, a saber, que ciertos mercados privados tienden al monopolio, está lejos de ser obvia. No es fácil encontrar ejemplos de genuinos monopolios en mercados en los que *la entrada de competidores, internos o externos, no esté legalmente obstaculizada*. Pero incluso si hubiera un monopolio, en el sentido de un único proveedor de un cierto bien, ello no implicaría que no compita con *todos los demás bienes* de la economía. Si, por ejemplo, una única firma produjera yates, tendría que ponerles un precio que haga esos yates más atractivos para el potencial consumidor que los automóviles, los viajes en avión, las cenas en restaurantes, y todo lo demás que el consumidor compraría por ese dinero; por encima de ese precio, la firma desaparecería del mercado. En la sección II.4 tendré ocasión de agregar algunas reflexiones sobre los monopolios en el contexto de los argumentos eficientistas en favor o en contra del derecho de propiedad.

Muchas propuestas para regular monopolios (por ejemplo imponiéndoles un precio máximo) padecen de un defecto lógico, ya que infieren de (a) la afirmación de que una regulación sería eficiente en un mundo que satisface ciertas condiciones teóricas *inmodificables* para que la firma sea un monopolio (b) la afirmación de que esa misma regulación sería eficiente en un mundo en el que esas condiciones teóricas cambian debido a la existencia misma del monopolio (o para ser más precisos, la existencia de una aproximación a lo que en los modelos teóricos se llama “monopolio”). En efecto, como señaló en otro lugar, la existencia misma de un monopolio genera incentivos para alterar las condiciones bajo las cuales no es rentable competir con el monopolio. Si bien la satisfacción de las condiciones teóricas para que haya monopolio implica deductivamente que no es rentable competir con él, es falaz concluir que no es rentable invertir en la alteración de las condiciones teóricas mismas. Por ejemplo, en un régimen jurídico que protege la propiedad intelectual, los programas de computación

²⁰ Cfr. Stigler, George J., “The Theory of Economic Regulation”, 1971, *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, núm. 1, 1971, pp. 3-21.

tienen características monopólicas. Pero son precisamente esas características, y los “altos” precios que ellas permiten cobrar, las que hacen rentable invertir en el desarrollo de programas alternativos, en la esperanza de capturar durante algún tiempo las ganancias extraordinarias de un nuevo monopolio. En general, en un mercado sin restricciones legales a la entrada de competidores, las ganancias extraordinarias que caracterizan a los monopolios alientan el progreso tecnológico que termina por desestabilizarlos.²¹

Los párrafos precedentes examinaron si la propiedad privada limita o concentra el poder económico o político. Los argumentos analizados se basaron en correlaciones empíricas muy generales. Nozick defiende la tesis todavía más general, que podría interpretarse como una tesis más conceptual que empírica, según la cual la propiedad privada es necesaria para la libertad individual. Nozick propone una “teoría intitular” (*entitlement theory*) de la justicia distributiva, que él enuncia del siguiente modo:

1. Una persona que adquiere una propiedad [*holding*] de acuerdo con el principio de justicia en la adquisición [es decir, el principio que exige no empeorar la situación de los demás, expuesto en la sección II.1] es titular de esa propiedad.
2. Una persona que adquiere una propiedad de acuerdo con el principio de justicia en la transferencia [según el cual las transferencias de títulos son legítimas si y sólo si son voluntarias] es titular de esa propiedad.
3. Nadie tiene títulos sobre una propiedad salvo por aplicaciones (repetidas) de 1 y 2.

El principio completo de justicia distributiva simplemente diría que una distribución es justa si cada uno es titular de las propiedades que posee en esa distribución.²²

La teoría intitular propone, en un lenguaje jurídico, de títulos, el tipo de organización social que en el lenguaje económico habitualmente llamamos “mercado libre”. Para formular con precisión su argumento en favor de la teoría intitular, Nozick propone llamar “pauta” (*pattern*) a cualquier regla distributiva que confiera títulos de propiedad en función de ciertas características del propietario (su trabajo, su productividad, su patriotismo, etc.) o en función de las relaciones entre la cantidad y/o calidad de las propiedades de diferentes personas. Las teorías meritocráticas de la justicia son un ejemplo de teoría pautada basada en características de los propietarios (por ejemplo, “A cada cual según su trabajo”), y las teorías igualitarias de la justicia son un ejemplo de teoría pautada relacional donde la relación relev-

²¹ Cfr. Pincione, Guido, “The Constitution of Nondomination,” *Social Philosophy and Policy*, vol. 28, núm. 1, 2011, pp. 261-289. Sobre el ejemplo de “competencia serial” en la industria del software, Cfr. Friedman, David, *Law’s Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2000, p. 259.

²² Nozick, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 151, traducción mía.

vante es algo así como “tener la misma cantidad que los demás, a igual calidad”. Nozick señala que las teorías de la justicia distributiva que avalan restricciones a los mercados libres son pautadas, mientras que la teoría intitular no lo es, ya que los principios 1-3 enunciados más arriba pueden generar cualquier distribución, y por ende no garantizan la satisfacción de ninguna regla distributiva de la forma “A cada cual según su *X*” ni de ninguna regla distributiva relacional.²³

Nozick formula del siguiente modo su crítica a las teorías pautadas. Imaginemos, dice, una sociedad regida por una pauta cualquiera; por ejemplo, una pauta que exige una distribución igualitaria de la riqueza. Imaginemos también que en esa sociedad vive Wilt Chamberlain, el famoso basquetbolista norteamericano que brilló en las décadas de los 60 y los 70. En esa sociedad imaginaria, Chamberlain es, por hipótesis, tan rico (o pobre) como los demás. Imaginemos ahora que Chamberlain se compromete contractualmente a jugar para un club de básquet a cambio de una cuarta parte de las recaudaciones obtenidas cuando el equipo juega en casa. Ese contrato es totalmente voluntario, como también lo son las posteriores compraventas de entradas para ver los partidos en los que juega Chamberlain. Más aún, en todos esos contratos las partes se despojan voluntariamente de recursos de los que eran propietarios en la distribución igualitaria inicial: Chamberlain cede parcialmente su derecho de autopropiedad al obligarse a usar su cuerpo para jugar partidos de básquet en los días y lugares especificados en el contrato, los espectadores entregan al club parte de su dinero a cambio de las entradas, y los propietarios del club permiten usar sus instalaciones a los jugadores y el público durante los partidos. Tras varios partidos en casa, Chamberlain es mucho más rico que la mayoría de los demás.

Nozick señala que la distribución pautada inicial, que imponía una distribución igualitaria de la riqueza, fue “desestabilizada” (*upset*) por la libertad, y concluye que la única manera de preservar una distribución pautada es interfiriendo continuamente con la libertad de las personas. Sólo la teoría intitular es compatible con la libertad individual, ya que la teoría intitular incorpora la libertad individual en su propia formulación: recuérdese el principio de justicia en la transferencia (2), enunciado más arriba. En suma, mientras que todas las teorías pautadas de la justicia distributiva son vulnerables al argumento ilustrado por el ejemplo de Chamberlain, una asignación exhaustiva de derechos de propiedad, y el mercado libre que ello implica, respetan la libertad individual.

²³ *Ibidem*, pp. 155-160.

El argumento de Nozick fue objeto de críticas variadas. Thomas Nagel señala que Nozick ilegítimamente presupone que Chamberlain cuenta con un permiso moral para transferir cosas sobre las cuales tiene “títulos absolutos”. La noción de título absoluto que Nagel usa es muy similar, si no idéntica, a la noción de propiedad plena, en el sentido de Hohfeld (ver sección I). Nagel señala que uno puede ser propietario de una cosa, en un sentido perfectamente natural de la palabra “propietario”, sin tener un título absoluto sobre esa cosa. En otras palabras, un propietario puede tener, en relación con esa cosa, sólo algunos de los incidentes hohfeldianos que definen la propiedad plena. Un propietario (de nuevo, en un sentido muy natural de la palabra “propietario”) puede, por ejemplo, estar sujeto a ciertas restricciones legales a la libertad contractual (por ejemplo, precios mínimos o máximos) o tener obligaciones de pagar impuestos por encima de lo que se requiere para mantener el “estado mínimo” propuesto por Nozick.²⁴ Estas restricciones no le impiden seguir controlando, en un sentido también natural de “controlar”, la cosa en cuestión. Cuando tomamos en serio ese control, advertimos, según Nagel, que una teoría pautada de la justicia distributiva no tiene por qué ser incompatible con la libertad individual. Las personas conservan la libertad de intercambiar sus propiedades, dentro de los límites fijados por el sistema legal, límites que resultan necesarios para preservar la pauta en cuestión; por ejemplo, luego de pagar los impuestos o por debajo de los precios máximos destinados a implementar esa pauta, las personas conservan su libertad contractual. Nagel concluye que los títulos absolutos que Nozick presupone requieren una defensa que Nozick no provee, ya que la libertad, o por lo menos un grado considerable de libertad (entendida a la manera de Nozick, como libertad contractual) puede coexistir con esquemas redistributivos o regulatorios que dejen a los mercados un margen de actuación significativo.

La crítica de Nagel apunta, pues, a un falso dilema entre títulos absolutos, que son compatibles con la libertad, y ausencia de títulos (provocada por las continuas interferencias que, según Nozick, hacen falta para preservar una pauta distributiva). Nagel cree que uno puede escapar de este dilema proponiendo títulos de propiedad más limitados que los que Nozick presupone y que tendrían por objeto implementar una pauta distributiva.

²⁴ Nagel, Thomas, “Libertarianism without Foundations”, en Paul, Jeffrey (comp.), *Reading Nozick*, Totowa, NJ, Rowman and Littlefield, 1981, pp. 191-205. Ver, en la misma dirección, Wenar, Leif, *op. cit.*, nota 1, pp. 201-202; y Nagel, Thomas y Murphy, Liam, *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*, New York, Oxford University Press, 2002, especialmente cap. 2, sección VII.

Es difícil evaluar la crítica de Nagel ya que no es totalmente claro si el concepto de pauta que él tiene en mente es exactamente el mismo que Nozick ataca con el ejemplo de Chamberlain. Nagel parece pensar que al menos ciertas pautas pueden ser implementadas por redistribuciones impositivas y otros mecanismos coercitivos sin que ello importe un abandono de la idea de mercados esencialmente libres. Cuánto mercado y cuánta redistribución son compatibles con un grado aceptable de libertad individual son preguntas que remiten a complejos problemas empíricos y conceptuales; entre estos últimos está el problema de identificar una concepción atractiva de la libertad, problema al que dedicaré la sección siguiente.

Si bien Nagel rechaza la tesis nozickeana de que la única alternativa a la teoría intitular de la justicia es la negación *total* de la libertad, parece concederle a Nozick que las transacciones voluntarias de títulos de propiedad (aunque no necesariamente propiedad plena) constituyen ejercicios permisibles de la libertad individual. Otros autores no están dispuestos a hacer esa concesión. G. A. Cohen escribe que “un socialista puede sostener que [cada compra de una entrada para ver a Chamberlain] no es una negociación que gente informada tendería a hacer en una sociedad igualitaria”, ya que no consentirían que Chamberlain adquiera mucho más poder que los demás como consecuencia de esas transacciones.²⁵ La fuerza de esta crítica depende de dos supuestos: (a) que el mercado tiende a formar monopolios suficientemente grandes y en ramos suficientemente vitales como para explotar a los consumidores o influir desproporcionadamente en las políticas públicas, y (b) que es posible evitar que el poder político necesario para bloquear los efectos indeseables indicados en (a) (por ejemplo, a través de leyes antimonopólicas y regulaciones destinadas a proteger al consumidor) se transforme en una fuente de arbitrariedad y dominación peor que la que ese poder estaba destinado a contrarrestar. En otro lugar he cuestionado ambos supuestos por razones que reseño a continuación.²⁶ El supuesto (a) enfrenta la objeción que expuse anteriormente en esta sección. La idea intuitiva de que el monopolio afecta la libertad porque el consumidor “queda a merced” del monopolista sólo puede tener alguna fuerza cuando el producto ofrecido por el monopolista es vitalmente necesario para el consumidor; el explorador que, tras consumir toda su agua, se topa con el dueño del único oasis en un extenso desierto ilustra esta posibilidad. Pero es virtualmente imposible encontrar monopolios en mercados en los que la entrada de competidores no esté legalmente obstaculizada. Es cierto que

²⁵ Cfr. Cohen, Gerald A., *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 25.

²⁶ Cfr. Pincione, Guido, *op. cit.*, nota 21, pp. 261-289, especialmente pp. 283-286.

los mercados pueden ser más o menos competitivos, y que la libertad de elección del consumidor puede ser en consecuencia mayor o menor. Pero también es cierto, como vimos, que las restricciones más severas a la libertad resultan de políticas públicas que protegen a ciertas firmas de la competencia, más que a una tendencia espontánea de los mercados a crear monopolios *duraderos*.²⁷

Mis reservas sobre el supuesto (b) en el argumento de Cohen, según el cual el poder regulatorio antimonopólico no engendra más dominación que los monopolios mismos, se deben a mi escepticismo sobre la posibilidad de controlar el poder político para que cumpla con esa misión. Ya vimos más arriba en esta sección que la teoría de la captura brinda apoyo a ese escepticismo. Podría pensarse que normas constitucionales que obliguen al gobierno a “garantizar la competencia” o “la libertad de elección”, u otras normas similares, impedirían que el gobierno hiciera mal uso de sus facultades antimonopólicas. Pero es obvio que los conceptos empleados en esas normas se prestan a una amplia gama de interpretaciones, razón por la cual pierden efectividad como límites a la arbitrariedad gubernamental. Por supuesto, es posible imaginar *legislación* bastante precisa y unívoca, pero personas razonables pueden tener opiniones ampliamente divergentes sobre qué legislación precisa y unívoca cumple mejor con esas disposiciones constitucionales. Tribunales guiados por un test de razonabilidad interpretativa no pueden, por consiguiente, declarar inconstitucional ninguna de esas leyes. Pero esto equivale a decir que desaparecen las vallas constitucionales al ejercicio arbitrario de facultades legislativas. Paradójicamente, entonces, la invocación de libertades, derechos y otros conceptos que en la tradición del constitucionalismo liberal clásico perseguían el objetivo de limitar el poder bien pueden incrementarlo. El peligro de arbitrariedad gubernamental es todavía mayor cuando las declaraciones constitucionales de derechos y libertades generan conflictos en su aplicación a casos particulares. Por ejemplo, una constitución que garantiza derechos a la propiedad privada y a la libertad de expresión podría ser invocada para sostener que los propietarios de papel, estudios de televisión y otros medios de expresión ejercen legítimamente sus derechos de propiedad sobre esos recursos cuando impiden que otros los usen para difundir ciertas ideas: el derecho de propiedad prevalece aquí sobre el derecho a expresarse libremente. Pero esa misma constitución podría también ser invocada para obligar a esos

²⁷ Recuérdense mis observaciones, en esta misma sección, sobre el papel de la tecnología en la desestabilización de monopolios.

propietarios a otorgar espacios a terceros para que difundan sus ideas: el derecho de propiedad cede aquí frente el derecho a expresarse libremente. Este ejemplo ilustra el peligro de facilitarle al gobierno una retórica constitucional para justificar permisos o prohibiciones, según la conveniencia política aconseje, para difundir expresiones políticas. Pero el punto puede generalizarse: cualquier intento de controlar el poder gubernamental mediante sistemas de derechos y libertades que pueden estar en conflicto en casos particulares debe otorgar al gobierno una facultad de sopesar en esos casos la importancia relativa de esos derechos y libertades. El ejercicio de esa facultad es necesariamente arbitrario cuando el gobierno puede elegir dentro de la amplia gama de soluciones que satisfacen el estándar de razonabilidad que predeciblemente adoptarán tribunales cuya composición y funcionamiento es fuertemente sensible al peso relativo de las fuerzas políticas que oficialmente deben controlar.²⁸

Es interesante preguntarse si el argumento basado en la historia de Chamberlain muestra que la teoría intitular es la única teoría de la justicia inmune a la objeción de que la libertad desestabiliza las pautas distributivas. Martín Hevia y Ezequiel Spector contestan negativamente esta pregunta. A diferencia de la crítica de Nagel a Nozick, el argumento de Hevia y Spector no depende del dudoso supuesto de que una pauta distributiva que admite un cierto ámbito de libertad contractual no es susceptible de desestabilización por intercambios voluntarios. Hevia y Spector imaginan una teoría (la “teoría estrastralaria [*bizarre*] de la justicia”) idéntica a la teoría intitular salvo por el hecho de que autoriza transferencias de títulos no consentidas, aunque tampoco violentas. Hevia y Spector observan que, a pesar de no ser una teoría pautada (no llena el blanco en la fórmula “A cada cual según su ____” ni es formulable relationalmente), esa teoría es incompatible con la libertad individual, tal como Nozick la entiende.²⁹ En efecto, la teoría habilita continuas interferencias con la libertad de usar y disponer de la propiedad. Hevia y Spector muestran, pues, que el argumento basado en el caso de Chamberlain no selecciona únicamente la teoría intitular. Sin embargo, queda en pie la crítica de Nozick a las teorías

²⁸ Por supuesto, este párrafo plantea problemas de interpretación constitucional e incentivos perversos en la toma de decisiones políticas que requieren elaboración. Para una presentación más detallada, véase Pincione, Guido, *op. cit.*, nota 21. Para una interesante propuesta de un “jurado constitucional” elegido por sorteo entre todos los ciudadanos, y por ende inmune a las presiones políticas usuales, *Cf.* Spector, Horacio, “The Right to a Constitutional Jury”, *Legisprudence*, vol. 3, núm. 1, 2009, pp. 111-123.

²⁹ Hevia, Martín y Spector, Ezequiel, “The Bizarre World of Historical Theories of Justice: Revisiting Nozick’s Argument”, *Social Theory and Practice*, vol. 34, núm. 4, 2008, pp. 533-549.

pautadas: si bien no todas las teorías no-pautadas preservan la libertad, todas las teorías pautadas la eliminan. La concesión de que la teoría intitular no es la única teoría inmune al argumento basado en Chamberlain no parece afectar gravemente a la teoría intitular, si su competidor es una teoría tan poco atractiva, al menos en términos de libertad y eficiencia, como la teoría estrafalaria.

El pensamiento político comúnmente denominado “liberal clásico” ve en la propiedad un ámbito de actuación soberana del propietario, al abrigo de interferencias de otros. La concepción de la libertad que subyace a esta línea de argumentación ha sido llamada “negativa”, esto es, libertad como ausencia de interferencia, para distinguirla de la libertad “positiva”, que en una de sus caracterizaciones usuales consiste en la capacidad efectiva de hacer cosas que el agente desea o valora.³⁰ Las justificaciones de la propiedad privada que apelan al valor de la libertad sostienen por lo general que (a) en un régimen de propiedad privada, un mendigo es libre a pesar de su relativamente escasa libertad positiva (su falta de dinero le impide realizar la mayor parte de las acciones que los demás pueden realizar), y (b) el único valor que un régimen jurídico-político debe promover es la libertad negativa.³¹ Ambas afirmaciones han recibido críticas. A muchos les resulta constraintiva la afirmación (a), ya que la libertad de que goza el mendigo que no está siendo interferido por otros parece mucho menor que la libertad de que dispone la mayoría de la gente. Pero incluso aquellos autores que dirían que ese mendigo es libre verían muy implausible (b), ya que la libertad de que goza ese mendigo parece menos valiosa que la libertad de alguien que, además de no ser interferido por otros, puede hacer muchas cosas que no están al alcance del mendigo. Para esos autores, redistribuir la riqueza, con la reducción en los derechos de propiedad privada que ello entraña (por ejemplo, altos impuestos y regulaciones tales como el salario mínimo), es necesario para incrementar la libertad positiva global, y especialmente la de aquellos más pobres, que carecen de esa libertad.³²

³⁰ La distinction clásica entre libertad negativa y libertad positiva está en Berlin, Isaiah, “Two Concepts of Liberty”, en Berlin, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969. Una nueva edición, con correcciones, es Berlin, Isaiah, *Liberty*, Hardy, H. (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2002.

³¹ Para un valioso y detallado análisis de las dos concepciones de la libertad, Cf. Spector, Horacio, *Autonomy and Rights: The Moral Foundations of Liberalism*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

³² Para una discusión crítica de esta línea argumental, ver Lomasky, Loren, “Reflections on Clashing Liberalisms,” en Pincione, Guido y Spector, Horacio (comps.), *Rights, Equality, and Liberty: Universidad Torcuato Di Tella Law and Philosophy Lectures*, Dordrecht, Kluwer, 2000.

Los supuestos empíricos de esta posición han sido cuestionados. Por ejemplo, la redistribución impositiva como medio de incrementar la riqueza de los más pobres de modo sostenible en el tiempo ha sido atacada por generar incentivos para no trabajar y, más generalmente, para reunir las condiciones requeridas por la ley para beneficiarse de un programa de ayuda a los pobres, con lo cual el número de pobres aumenta en lugar de disminuir. Obviamente, el aumento en el número de pobres hace crecientemente difícil mantener los niveles iniciales de redistribución. A estos efectos adversos hay que agregar que la redistribución desalienta los incentivos para invertir y con ello obtener las ganancias sobre las cuales los impuestos redistributivos recaen.³³

Una posición generalizada entre los filósofos es que privilegiar la libertad positiva sobre la negativa abre la puerta a políticas redistributivas. El defensor de la propiedad privada podría intentar evitar esa conclusión insistiendo en la primacía de la libertad negativa, evitando de este modo que su argumento dependa de las contingencias empíricas indicadas en el párrafo precedente. Sin embargo, Cohen formula una poderosa objeción a la idea misma de que respetar la propiedad privada garantiza la libertad negativa, y que en consecuencia los pobres en un sistema de propiedad privada no carecen de libertad negativa sino, en todo caso, de libertad positiva. Para Cohen, la falta de dinero es falta de libertad negativa, ya que el dinero destraba las potenciales interferencias que los propietarios, o la policía, podrían legalmente poner en marcha contra intentos de usar propiedad ajena.³⁴ El dinero nos permite comprar cosas cuyo uso estaba potencialmente interferido por sus propietarios o por la policía encargada de hacer respetar los derechos de esos propietarios. Por consiguiente, la pobreza (que obviamente es lógicamente compatible con el respeto irrestricto del derecho de propiedad) es, para Cohen, ausencia de libertad negativa: en un mundo de propietarios, el pobre sufrirá continuas interferencias de los propietarios del mundo externo, o de la policía, tan pronto como quiera hacer uso de casi (dependiendo de su nivel de pobreza) cualquier cosa, ya que no tiene el dinero que hace falta para comprarla. Es cierto que el pobre se encuentra enormemente limitado en su repertorio de acciones y en la realización de planes de vida valiosos; en otros términos, en su libertad positiva. Pero su magra libertad positiva resulta de continuas (potenciales)

³³ Cfr., por ejemplo, Gwartney, James D. y Wagner, Richard E., “Public Choice and Constitutional Order,” en Gwartney y Wagner (comps.), *Public Choice and Constitutional Economics*, Londres, Jai Press, 1988, pp. 51-54.

³⁴ Cfr. Cohen, Gerald A., “Freedom and Money”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 1, 2000, http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=4523&id_item_menu=5858.

interferencias con sus (potenciales) usos del mundo externo; en otros términos, de su falta de libertad negativa. Es importante advertir la naturaleza conceptual, no empírica, de estos argumentos: ellos muestran que defender la propiedad privada alegando que ella implica *lógicamente* (como algo distinto de una relación causal o empírica) ausencia de interferencia de los no-propietarios con el uso de cosas por sus propietarios pasa por alto que otra consecuencia *lógica* de la propiedad privada es la autorización de la interferencia de los propietarios (o de la policía) con los usos que los no-propietarios quieran hacer de las propiedades de aquéllos. Por supuesto, como el propio Cohen admite, estas verdades conceptuales, que ponen de manifiesto deficiencias en las defensas puramente conceptuales de la conexión entre propiedad privada y libertad negativa, dejan en pie la posibilidad de que, *por razones empíricas*, un régimen de propiedad privada minimice la interferencia agregada en la sociedad, y en particular la interferencia con los planes de vida de las personas.³⁵

Una manera obvia de defender la tesis empírica de que la propiedad promueve la libertad negativa consiste, en primer lugar, en mostrar que la prosperidad general de una sociedad está positivamente correlacionada con la protección de la propiedad privada. Esa correlación ha sido establecida empíricamente.³⁶ En segundo lugar, es plausible sostener que la prosperidad *general* está directamente relacionada con la libertad negativa total en la sociedad, ya que, como vimos en el párrafo precedente, cuanta más riqueza hay (cosa que puede ser medida por el poder adquisitivo del dinero), menos interferencia hay. Finalmente –y esto es lo más difícil–, habría que mostrar que la correlación positiva entre protección de la propiedad y libertad negativa total se extiende a todo lo largo del espectro que va desde la ausencia completa de propiedad privada a una asignación exhaustiva de derechos de

³⁵ John Gray critica a su vez el uso que hace Cohen de argumentos puramente conceptuales contra la tesis de que el “proletario” (es decir, el trabajador que no posee “medios de producción”) es sin embargo libre. Cf. Gray, John, “Against Cohen on Proletarian Unfreedom”, *Social Philosophy and Policy*, vol. 6, núm. 1, 1988, pp. 77-112.

³⁶ Véanse los índices de libertad económica publicados por Frazer Institute (<http://www.freetheworld.com>) y Heritage Foundation/Wall Street Journal (<http://www.heritage.org/index/default>). Recuérdese, una vez más, que estoy utilizando el concepto de propiedad que Honoré llama “propiedad plena” (ver sección I). Es razonable suponer que los índices presuponen ese concepto de propiedad, ya que cuentan variables tales como los controles de precios y la incidencia tributaria como restricciones a la “libertad económica”, es decir, a lo que llamo en el texto “protección de la propiedad privada”. Para una discusión de la libertad basada en varios índices de libertades económicas y civiles, véase Gaus, Gerald, *The Order of Public Reason*, New York, Cambridge University Press, 2011, pp. 511-521.

propiedad privada. La dificultad de este punto deriva de que no tenemos datos sobre la prosperidad que exhiben sociedades regidas por mercados absolutamente libres, sencillamente porque tales sociedades no existen. Es tentador inferir, por extrapolación, que, si tales sociedades existieran, serían todavía más prósperas que las sociedades más prósperas que conocemos, que según los datos citados anteriormente protegen más la propiedad privada que otras sociedades. Pero los datos son también consistentes con la hipótesis de que algunos de los tipos de intervención en los mercados que se observan en esas sociedades solucionan fallas de mercado que, como veremos en la sección II.4, impedirían que la sociedad sea todo lo próspera que podría ser.

3. El derecho de propiedad como un reflejo del peso relativo de deberes negativos y positivos

Es común en la literatura filosófica distinguir entre “deberes negativos” (deberes de no hacer algo) y “deberes positivos” (deberes de hacer algo). Restricciones morales inmemoriales y aceptadas por todos, como el deber de no matar a una persona inocente y el deber de no robar son, por lo tanto, deberes negativos, mientras que el deber de arrojarle un salvavidas a una persona que se está ahogando es un deber positivo. Intuitivamente, los deberes negativos que tenemos son deberes de no dañar, mientras que nuestros deberes positivos son deberes de ayudar o beneficiar. Como se recordará (sección I), en el análisis hohfeldiano los deberes son correlativos de derechos; por ejemplo, mi deber de no robarle a una persona equivale al derecho de esa persona a que yo no le robe.

Los derechos en los que, según el análisis de Honoré (sección I), puede descomponerse el derecho de propiedad privada no tienen entre sus deberes correlativos ningún deber positivo, salvo aquellos contraídos contractualmente y el deber de pagar los impuestos con los que el estado financia las actividades judiciales y policiales que protegen la propiedad.³⁷ Así en-

³⁷ Algunos autores sostienen que el deber de pagar impuestos es incompatible con el derecho de propiedad. Para esta posición, a veces llamada “anarcocapitalista”, la protección de los derechos de propiedad debería estar a cargo de tribunales y policías privados, es decir, creados por contratos de arbitraje, vigilancia, ejecución de penas, etc. De este modo, el impuesto, con el cual el estado obtiene coercitivamente recursos para financiar la protección de la propiedad, daría paso a un mercado privado de protección. Los anarcocapitalistas tienden a creer, también, que el mercado privado de protección, como cualquier otro mercado, funcionaría más eficientemente, y con menor corrupción, que las maquinarias burocráticas estatales encargadas de proteger la propiedad. Textos representativos de esta

tendido, el derecho de propiedad es incompatible con deberes legales de ayudar a otros, típicamente mediante impuestos destinados a financiar programas para combatir la pobreza y otros infortunios. Algunos filósofos han sostenido que las redistribuciones impositivas ignoran la supremacía de los deberes *morales* negativos sobre los deberes *morales* positivos. En otras palabras, para esos filósofos (a) el sistema jurídico debe reflejar la supremacía de los deberes morales negativos sobre los positivos, y (b) ese objetivo se logra reconociendo derechos legales de propiedad.³⁸

El siguiente caso, imaginado por Judith Jarvis Thomson, parece apoyar la tesis de la asimetría moral entre deberes negativos y positivos:

Trasplante. David es un gran cirujano de trasplantes. Cinco de sus pacientes necesitan nuevos órganos (uno necesita un corazón, y los otros necesitan, respectivamente, un hígado, un estómago, un bazo, y una médula), pero todos pertenecen al mismo, relativamente raro, grupo sanguíneo. Accidentalmente, David se entera de que hay un ejemplar sano que pertenece precisamente a ese grupo sanguíneo. David puede extirparle esos órganos al ejemplar sano, matándolo, e instalarlos en sus pacientes, salván-

posición son Rothbard, Murray, “Society without a State”, <http://www.lewrockwell.com/rothbard/rothbard133.html>; y Friedman, David, *op. cit.*, nota 21, cap. 17. Toda la primera parte de *Anarchy, State, and Utopia*, de Nozick, es un detallado intento de refutar la tesis anarcocapitalista de la incompatibilidad entre el estado mínimo (véase sección II.2) y los derechos de propiedad.

³⁸ Frances Myrna Kamm imagina esta línea de argumentación, si bien su propia teoría moral no se basa en el peso relativo de deberes negativos y positivos, en Kamm, Frances Myrna, *Morality, Mortality*, vol. 2: *Rights, Duties, and Status*, New York, Oxford University Press, 1996, pp. 121-122. Hayek desarrolla *in extenso* la idea de que el *common law* (es decir, el derecho que los jueces van moldeando sobre la base de precedentes, característico de Gran Bretaña, Estados Unidos y otros países de habla inglesa) consiste en “reglas de conducta justa” ampliamente aceptadas: Hayek, Federich, *Law, Legislation, and Liberty*, vol. 1: *Rules and Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1973, pp. 94-123. Tales reglas “son negativas en el sentido de que normalmente no imponen ningún deber positivo a nadie, a menos que haya asumido esos deberes por sus propias acciones” (Hayek, Federich, *Law, Legislation, and Liberty*, vol. 2: *The Mirage of Social Justice*, Chicago, University of Chicago Press, 1976, p. 36). Para Hayek, esas reglas de conducta justa producen en general más prosperidad que las leyes formalmente dictadas por los gobiernos. Otros ejemplos de teorías libertarias (ver sección II.1 para una caracterización general del libertarismo) que proclaman la supremacía de los deberes morales negativos, si bien con argumentos diferentes de los de Nozick y Hayek, pueden encontrarse en Lomasky, Loren, *Persons, Rights, and the Moral Community*, New York, Oxford University Press, 1987, pp. 94-100; Narveson, Jan, *The Libertarian Idea*, Philadelphia, Temple University Press, 1988, pp. 22-31 y 57-61; y Spector, Horacio, *op. cit.*, nota 31, pp. 101-151.

dolos. Como opción, puede abstenerse de extirparle esos órganos al paciente sano, dejando que sus pacientes mueran.³⁹

Thomson señala que este caso sugiere que “si David no puede elegir cortar en pedazos a uno cuando hacerlo salva a *cinco*, ¡seguramente aquellos que dicen ‘matar es peor que dejar morir’ quieren decir algo correcto!” (énfasis de Thomson).⁴⁰ Sin embargo, Thomson advierte que el siguiente caso sugiere una conclusión diferente:

Tranvía. Un tranvía fuera de control circula a toda velocidad. En su camino, sobre las vías, hay cinco personas que morirán si el tranvía las alcanza. Bloggs es un transeúnte que accidentalmente se encuentra junto a las vías, al lado del conmutador; él puede accionar el conmutador, y de ese modo desviar el tranvía hacia un ramal a la derecha. Hay una persona sobre ese ramal a la derecha; esa persona morirá si Bloggs desvía el tranvía.⁴¹

Aquí parece moralmente permisible desviar el tranvía, con lo cual la tesis de la asimetría moral entre matar y dejar morir, que parecía apoyada fuertemente por *Transplante*, se debilita considerablemente: en *Tranvía*, el deber de no matar parece intuitivamente ceder frente al deber, o por lo menos el permiso, de salvar un número mayor de vidas. El par de casos *Trasplante/Tranvía* plantea lo que Thomson llama “el Problema del Tranvía”: “¿Por qué es permisible salvar a cinco en *Tranvía*, pero no en *Trasplante*?”.⁴²

El Problema del Tranvía es un problema serio para el defensor del derecho de propiedad que cree que el sistema jurídico debería reflejar el peso relativo de deberes morales negativos y positivos. *Tranvía* parece autorizar serias infracciones de deberes negativos (a saber, matar a una persona inocente) cuando un bien presumiblemente mayor (la salvación de cinco vidas) está en juego. Esto sugiere que violaciones de un deber negativo que son menos graves que matar a una persona inocente – por ejemplo, afectar el derecho de propiedad de algunos mediante impuestos – están justificadas si producen un beneficio significativamente mayor para otros – por ejemplo, los desempleados que se beneficiarían con un subsidio al desempleo financiado con esos impuestos.⁴³ Esta línea de razonamiento parece llevar a la

³⁹ Traducción mía de Thomson, Judith Jarvis, “Killing, Letting Die, and the Trolley Problem”, en Fischer, John Martin y Ravizza, Mark (comps.), *Ethics: Problems and Principles*, Fort Worth, Harcourt, 1992, p. 70.

⁴⁰ *Idem*. Traducción mía.

⁴¹ Thomson, Judith, *op. cit.*, nota 4, p. 176. Traducción mía.

⁴² Thomson, Judith, “The Trolley Problem”, *The Yale Law Journal*, vol. 94, núm. 6, 1985, pp. 1395-1396. Traducción mía.

⁴³ Cfr. Pincione, Guido, “The Trolley Problem as a Problem for Libertarians”, *Utilitas*, vol. 19, núm. 4, 2011, pp. 407-429, especialmente p. 419.

conclusión de que muchas políticas redistributivas están justificadas por reflejar el peso relativo de deberes morales negativos y positivos.

Conviene detenerse aquí en una cuestión metodológica. Cualquier solución plausible del Problema del Tranvía debe reconocer, como vimos, límites importantes al predominio de los deberes morales negativos sobre los positivos. Esa solución debe ser inmune a contraejemplos, es decir, casos (reales o imaginarios) en los que, cuando todo lo demás es igual (o sea, cuando lo único que varía es si se viola un deber negativo o un deber positivo), el agente debe proceder en contra de lo indicado por la solución propuesta. Por ejemplo, algunos filósofos han propuesto la teoría del doble efecto como solución del Problema del Tranvía. Según la teoría del doble efecto, es moralmente impermisible dañar a otro intencionalmente o como medio para alcanzar un bien mayor, pero está permitido dañar a otro como efecto colateral (es decir, previsto pero no intentado) de un curso acción dirigido a alcanzar un bien mayor. En *Tranvía*, la muerte que resulta de desviar el tranvía es un efecto colateral de una acción (accionar el conmutador) que busca salvar a cinco, por lo cual la teoría del doble efecto parece explicar que sea intuitivamente permisible, o por lo menos disculpable, el desvío del tranvía. En cambio, en *Trasplante* la extracción de órganos del paciente sano, y consiguientemente su muerte, es un medio para salvar a los cinco, por lo cual la teoría del doble efecto, de nuevo en conformidad con nuestras intuiciones pre-teóricas, prohíbe salvar a los cinco de ese modo. Si en todos los casos imaginables la teoría del doble efecto requiriera o prohibiera cursos de acción intuitivamente obligatorios o prohibidos, podríamos afirmar que la teoría es verdadera o válida. Pero más allá de si la teoría del doble efecto es verdadera o no lo es,⁴⁴ el punto que conviene tener presente aquí es que la determinación de su verdad o falsedad sólo puede alcanzarse comparando casos en los que los factores que la teoría considera moralmente relevantes (daño intentado como medio o como efecto colateral, bien mayor como fin último) están presentes, mientras todo lo demás es igual. Si los pares de casos examinados tuvieran otras diferencias que, al menos a primera vista, fueran moralmente relevantes (por ejemplo, diferentes números de personas salvadas o matadas, o diferencias entre los costos personales de salvar al mayor número y los costos personales de no hacerlo), no podríamos estar seguros de si el veredicto intuitivo acerca de lo que el agente debe hacer en esos casos es explicable sobre la

⁴⁴ De hecho, yo rechazo la teoría del doble efecto en *ibidem*, p. 426. Para una crítica detallada de esta teoría, véase Spector, Horacio, *op. cit.*, nota 31, pp. 101-113.

base de esos otros factores o sobre la base de los factores a los que la teoría del doble efecto otorga relevancia exclusiva.

Ahora bien, cierta manera natural de entender la idea de reflejar jurídicamente el peso relativo de deberes morales negativos y positivos encierra una masiva violación de la cláusula “todo lo demás es igual”, cláusula que, como vimos en el párrafo precedente, nos permite poner a prueba teorías sobre el peso relativo de esos deberes. Supongamos, por ejemplo, que, para reflejar en el derecho el hecho de que en *Tranvía* la decisión del transeúnte de accionar el conmutador está moralmente permitida, los legisladores autorizan por ley al gobierno a “redirigir” los efectos de una recesión desde los desempleados hacia los más ricos, pagándoles a los primeros un subsidio al desempleo financiado con un impuesto especial a los segundos. Ahora bien, hay una diferencia crucial entre *Tranvía* y la sociedad regida por el sistema jurídico que estamos imaginando: en *Tranvía*, las únicas diferencias entre las alternativas que tiene el agente (accionar o no accionar el conmutador) son el desvío del tranvía en dirección a una persona, matándola, o su continuación en dirección a cinco personas, matándolas. *Por hipótesis*, éas son las únicas diferencias entre las alternativas, de modo que alegar otras diferencias (por ejemplo, el hecho de que desviar el tranvía puede dar un mal ejemplo a un niño que podría estar mirando la escena, induciéndolo a accionar conmutadores en situaciones en los que no estaría justificado hacerlo) es hablar de *otro* caso. Como vimos, la cláusula “todo lo demás es igual” es necesaria para evaluar el peso relativo de deberes morales negativos y positivos. Pero claramente todo lo demás no es igual cuando lo que está en juego es *autorizar a un gobierno determinado a redirigir recesiones del modo que hemos imaginado*. Aun suponiendo que el gobierno usará lealmente ese permiso para redirigir recesiones (y no, digamos, para clientelismo político), tales medidas tendrán, en condiciones realistas, consecuencias moralmente relevantes, consecuencias que, como vimos, están excluidas por hipótesis en *Tranvía*. Por ejemplo, un subsidio al desempleo podría inducir tanto a desempleados como a contribuyentes a trabajar menos, con lo cual la producción global disminuiría y los riesgos de otras recesiones, con el consiguiente aumento de la pobreza, aumentarían.⁴⁵ Más aún, las normas jurídicas, a

⁴⁵ Dos aclaraciones son necesarias. En primer lugar, el argumento que estoy presentando no depende de que las consecuencias que imagino ocurran; basta con que haya *algún riesgo* de que esas consecuencias ocurran para que la situación sea moralmente diferente de la postulada en *Tranvía*. En segundo lugar, afirmar que tales consecuencias son moralmente relevantes no nos compromete con la posición que los filósofos morales llaman “consecuencialismo”, salvo en un sentido trivial en el que virtualmente toda teoría moral plausible sería consecuencialista. Por ejemplo, la teoría consecuencialista más conocida, el utilitarismo,

diferencia de las morales, son impuestas por la fuerza (lo cual parece requerir una justificación especial) y su aplicación produce costos (policía, tribunales, incluyendo los riesgos de errores o abusos) que en muchos casos las tornan injustificables, aun suponiendo que las normas morales “reflejadas” por esas normas jurídicas son válidas. ¿Cuántas personas que creen (plausiblemente) que hay una obligación moral de donar sangre varias veces por año estarían dispuestas a proponer seriamente que sea legalmente obligatorio hacer tales donaciones?

Parece razonable concluir que el intento de justificar la propiedad con una *mera* apelación al peso relativo de deberes morales negativos y positivos fracasa. La institución jurídica que llamamos “propiedad” tiene, en sí misma o en sus consecuencias causales, rasgos moralmente relevantes que van mucho más allá de la dicotomía “deber moral negativo/deber moral positivo”. Algunos de esos rasgos (la libertad contractual, las libertades individuales) han sido considerados en las secciones precedentes. En la sección siguiente, examinaré la idea de que la propiedad se justifica por generar una asignación de recursos eficiente.

4. Propiedad y eficiencia

Muchos filósofos y economistas sostienen que la principal razón para reconocer o establecer derechos de propiedad es que tales derechos promueven interacciones sociales mutuamente beneficiosas, por oposición a interacciones sociales que benefician a unos en detrimento de otros. Para examinar esta línea de argumentación conviene introducir algunas convenciones terminológicas.

En primer lugar, usaré las expresiones “sistema (régimen, etc.) de propiedad privada” y “mercado libre”, o simplemente “mercado”, como sinónimos. Esta sinonimia refleja un uso bastante extendido de esas expresio-

afirma que debemos maximizar la felicidad global. En la medida en que la felicidad global está positivamente correlacionada con la producción global, el subsidio al desempleo sería condenado por el utilitarismo si tuviera las consecuencias que señalo en el texto. Sin embargo, otras teorías morales muy diferentes del utilitarismo y (tal vez por ello) usualmente consideradas no-consecuencialistas también condenarían subsidios al desempleo que tuvieran esas consecuencias; por ejemplo, una teoría que afirmara, o implicara, que debemos minimizar la pobreza, independientemente de si ello contribuye a la felicidad global. John Rawls defendió una versión de esta última teoría en su influyente libro *A Theory of Justice*, Cambridge, MA., Harvard University Press, 1971, edición revisada en 1999, que explícitamente critica al utilitarismo y propone una teoría moral usualmente considerada no-consecuencialista.

nes, especialmente si seguimos la estipulación de usar “propiedad privada” en el sentido especificado por el análisis de Honoré (sección I), es decir, como un conjunto de derechos y obligaciones asociados a las ideas de uso exclusivo e intercambios voluntarios. En efecto, ese uso de la expresión “propiedad privada” está implícito en caracterizaciones habituales del mercado como un conjunto de intercambios voluntarios, donde los objetos intercambiados son en realidad derechos de uso exclusivo de ciertas cosas y de intercambiar o ceder total o parcialmente tales derechos mediante contratos, donaciones y legados.

En segundo lugar, debemos introducir el concepto de eficiencia, tal como es usado en la teoría económica. Se dice que una asignación de recursos es eficiente si, y sólo si, ninguna reasignación incrementa el bienestar de algunos sin disminuir el bienestar de otros. En la teoría económica, el término “bienestar” tiene a su vez una definición técnica, que para nuestros propósitos puede simplificarse diciendo que “bienestar” significa “satisfacción de preferencias”, entendidas como la disposición a elegir un curso de acción cuando otros cursos de acción están disponibles. Se sigue de estas definiciones que si fuera posible satisfacer las preferencias de algunos sin frustrar la satisfacción de preferencias de otros (es decir, si fuera posible incrementar el bienestar de unos sin reducir el bienestar de otros), la asignación de recursos no sería eficiente. La reasignación de recursos que haría posible la satisfacción de las preferencias de algunos sin frustrar las preferencias de otros recibe el nombre de “mejoramiento paretiano”, en referencia al economista italiano Vilfredo Pareto (1848-1923), que introdujo la anterior definición de “eficiencia”. Finalmente, si una reasignación de recursos aumenta el bienestar de algunos y disminuye el bienestar de otros, se dice que la reasignación es “Pareto-incomparable”.

Armados con estas definiciones, podemos ahora exponer un argumento clásico en favor del mercado. Imaginemos un mundo compuesto por personas que poseen las siguientes características: (i) son racionales, en el sentido de que utilizan los medios que les resultan menos costosos para alcanzar sus fines, cualesquiera sean; (ii) no tienen relaciones afectivas fuertes entre sí, salvo respecto de un círculo muy reducido de amigos, familiares y amantes; y (iii) son vulnerables a ataques de otros, pero pueden muchas veces repeler eficazmente, por sí solas o en grupos, esos ataques. Supongamos también que en ese mundo los recursos son escasos (es decir, es inevitable que algunos deseos se frustren) y que no existe ninguna protección jurídica de derechos de propiedad: no hay jueces ni policías a quienes recurrir para hacer respetar esos derechos. El filósofo inglés Thomas Hobbes

(1588-1679) imagina este mundo anárquico en su libro *Leviathan* (1651), uno de las obras más influyentes en la historia de la filosofía política.

En ese mundo, que Hobbes llama “estado de naturaleza” (término que, como vimos en la sección II.1, Locke utilizaría después para describir una situación hipotética preestatal más benigna, caracterizada por un reconocimiento, si bien imperfecto, de derechos de propiedad), las opciones que enfrenta cada persona pueden describirse del siguiente modo:

		B	
		Producir y comerciar	Saquear
A		Producir y comerciar	II, II
	Saquear		IV, I
		I, IV	III, III

Figura 1. El dilema social

A y B son dos habitantes cualesquiera del estado de naturaleza hobbesiano. Cada uno de ellos enfrenta la opción entre producir, por ejemplo plantando y cosechando, y vender el excedente a otros a cambio del excedente que éstos a su vez producen. (Estas transacciones podrían facilitarse mucho si hubiera dinero, pero no hace falta introducir esta complicación en este contexto). Esos intercambios son mutuamente beneficiosos, especialmente bajo el supuesto realista de que las personas tienen habilidades, preferencias y recursos diferentes, y por consiguiente pueden especializarse en la producción de diferentes cosas. Si cada uno tiene asegurado el control sobre ciertos recursos y lo que pueda producir con ellos, tendrá incentivos para especializarse en cierta línea de producción, y en consecuencia producir más y beneficiarse de los potenciales intercambios voluntarios con personas que podrían ofrecerle productos que a su vez se especializaron en producir.⁴⁶ La alternativa, “saquear”, consiste en robar, en un sentido amplio que incluye toda apropiación del producto del trabajo ajeno.

Hobbes sostiene que en el estado de naturaleza todos optaría por saquear. La figura 1 permite reconstruir su argumento usando la teoría de los juegos, una disciplina que estudia formalmente las interacciones estratégicas.

⁴⁶ El argumento clásico para mostrar cómo la especialización y la división del trabajo fomentan la productividad se encuentra en Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), usualmente citado como *The Wealth of Nations*, Libro 5, cap. 1.

cas, es decir, aquellas en las que las elecciones de las personas tienen resultados que dependen en parte de las elecciones de otras personas. (La teoría de los juegos es muy posterior a Hobbes, si bien, como lo muestra su análisis del estado de naturaleza, Hobbes sin duda anticipó algunas de sus aplicaciones). Si A produce y comercia, su ganancia (*payoff*, en la terminología de la teoría de los juegos) dependerá de lo que haga B: si B saquea a A, éste quedará en la peor posición posible, ya que se tomó el trabajo de producir a cambio de nada, y B en la mejor posición posible, ya que sin trabajar terminó poseyendo lo que A había producido. Las respectivas ganancias están reflejadas en la Figura 1 en los números romanos “IV, I” del casillero nordeste de la matriz. (Las ganancias están ordinalmente representadas por números romanos, donde “I” es la ganancia más alta y “IV” la más baja. Adopto la convención, vigente en teoría de los juegos, de escribir primero la ganancia del agente cuyo nombre aparece a la izquierda de la matriz, y luego, después de una coma, la ganancia del agente cuyo nombre aparece arriba de la matriz). El resultado que A y B alcanzan si sus elecciones se invierten (es decir, A saquea y B produce y comercia) está reflejado en el casillero sudoeste: “I, IV”. Si ambos producen y comercian, ambos obtienen mayores ganancias que si son saqueados (“II, II” y “III, III”, respectivamente), pero las ganancias de producir y comerciar son menores que las que cada uno obtendría si no se tomara el trabajo de producir y saqueara lo que el otro produce. Finalmente, si ambos saquean sin producir nada (debemos suponer aquí, entonces, que lo saqueado es algo que la víctima del saqueo no produjo sino que encontró o a su vez obtuvo saqueando al otro), parece razonable suponer que ambos obtienen ganancias netas mayores que las que obtendrían si se tomaran el trabajo de producir algo que les será robado (III en lugar de IV), pero no tan altas como las que obtendrían si ambos produjeran y comerciaran (I).

Analicemos ahora la situación desde el punto de vista de A. Si B produce y comercia, A obtiene, como indica la Figura 1, una ganancia mayor si saquea. Si B saquea, A, de nuevo, obtiene una ganancia mayor si también saquea. En consecuencia, haga lo que haga B, A (dados los supuestos de racionalidad y autointerés adoptados tres párrafos más arriba) decide saquear. En la teoría de los juegos se dice que una “estrategia” (es decir, una elección en un contexto de interacción estratégica) es “dominante” cuando el agente (“jugador”) gana más adoptando esa estrategia que adoptando cualquier otra estrategia, haga lo que haga el otro jugador. En el dilema social presentado en la Figura 1, saquear es la estrategia dominante para A. Haciendo un razonamiento similar, B concluye que su estrategia dominante también es saquear. Por consiguiente, en este “juego” A y B se saquean

mutuamente. Se dice que este resultado es un “equilibrio”, ya que ninguno de los jugadores tiene incentivos para abandonar su estrategia; si lo hicieran, sus respectivas ganancias pasarían de III a IV. En este equilibrio, ambos jugadores obtienen ganancias inferiores a las que habrían alcanzado produciendo y comerciando (ambos, por hipótesis, prefieren II a III). En la terminología de la teoría de los juegos, se trata de un equilibrio “subóptimo” o “ineficiente”, ya que si bien habría una mejora paretiana si A y B produjeran y comerciaran (ambos ganarían II en lugar de III), la perversa estructura de incentivos a la que están sujetos les impide generar esa mejora. Una manera de describir esta situación es diciendo que la racionalidad individual está disociada aquí de la racionalidad colectiva, siempre y cuando esta referencia a la racionalidad colectiva no nos haga perder de vista el hecho de que, *dados la racionalidad de los jugadores, el lugar que ocupa cada resultado en sus respectivos órdenes de preferencias y las estrategias disponibles, el equilibrio subóptimo es inevitable.*

El dilema social ilustra un tipo de interacción conocido en teoría de los juegos como “dilema del prisionero”, ya que fue inicialmente ilustrado con un ejemplo protagonizado por dos prisioneros interrogados por un fiscal. La Figura 2 representa el dilema del prisionero en su forma general.

		B	
		Cooperar	Desertar
A	Cooperar	II, II	IV, I
	Desertar ⁴⁷	I, IV	III, III

Figura 2. El dilema del prisionero

“Cooperar” es el término que se usa para describir la estrategia que, de ser adoptada por ambos jugadores, los dejaría mejor que la otra estrategia, llamada “desertar”. Por las razones que vimos, “desertar” es el equilibrio, y este equilibrio es subóptimo.

Hobbes sostiene que los habitantes del estado de naturaleza saldrían del equilibrio subóptimo en el que se encuentran si acordaran designar a un

⁴⁷ El verbo comúnmente usado en inglés para la estrategia no-cooperativa es *to defect*.

soberano absoluto que castigara la agresión física y el robo. De esta manera, Hobbes ofrece la primera justificación contractualista sistemática del estado. Al castigar la agresión física y el robo, el estado altera las ganancias del dilema del prisionero en el que todos vivían en el estado de naturaleza. Producir y comerciar le resulta ahora a cada uno más redituable que saquear, y esta nueva estructura de incentivos da lugar a una mejora paretiana respecto del estado de naturaleza.⁴⁸

Esta argumentación eficientista para justificar derechos de propiedad ha sido refinada en las últimas décadas. David Schmidtz, por ejemplo, examina la estructura de incentivos que lleva a personas moderadamente autointeresadas (no hace falta suponer que sean tan egoístas como los habitantes de un estado de naturaleza hobbesiano) a agotar los recursos naturales cuando no existen derechos de propiedad.⁴⁹ El argumento de Schmidtz descansa en la falta de seguridad de que otros contribuirán al mantenimiento de un nivel aceptable de recursos naturales para todos: dado que es improbable que mi renuncia a sobreexplotar o sobreconsumir recursos tenga como contrapartida una renuncia similar de todos los demás, más vale que yo explote los recursos necesarios para asegurar durante el mayor tiempo posible mi propio consumo y el del pequeño círculo de personas por las que tengo un afecto especial. Por consiguiente, incluso individuos dispuestos a contribuir a un esquema de cooperación no contribuirán si no están seguros de que los demás también lo harán: contribuir sólo serviría para permitirles a esos otros individuos estar lo mejor posible en ese contexto sin que tengan que dar nada a cambio. La estructura de esta situación explica fenómenos aparentemente tan distintos como el sobreconsumo de tierras carentes de dueño (nadie se dedica a sembrar y cosechar rotativamente para maximizar el potencial productivo del suelo a lo largo del tiempo), la pesca excesiva en ciertos mares y la contaminación. En ausencia de derechos de propiedad sobre tierras, mares y aire, ningún individuo racional contribuirá a un esquema de producción agropecuaria o ictícola mutuamente beneficioso, o al mantenimiento de niveles de contaminación cuyos costos totales (producidos por los tratamientos de enfermedades causadas por la contaminación, la disminución del turismo, etc.) sean menores

⁴⁸ Mi análisis del dilema social siguió en líneas generales el análisis ofrecido en Gwartney, James D. y Wagner, Richard E., *op. cit.*, nota 33, pp. 30-33. Ejemplos de análisis más detallados son Kavka, Gregory S., *Hobbesian Moral and Political Theory*, Princeton, Princeton University Press, 1986; y Hardin, Russell, *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, New York, Oxford University Press, 2003.

⁴⁹ Cfr. Schmidtz, David, "The Institution of Property," en Schmidtz, David (comp.), *Creating Wealth: Ethical and Economic Perspectives*, San Diego, Cognella, 2011.

que los beneficios totales derivados de las actividades productivas que tienen como efecto colateral esa contaminación.

En estas situaciones, una asignación exhaustiva de derechos de propiedad daría incentivos a contribuir a niveles eficientes de producción. En el caso de la tierra, la implementación de esta idea es bastante obvia: bastaría con privatizarla. En el caso de los mares, la solución sería, en teoría, la misma, si bien tendría dificultades de implementación debido a reglas de derecho internacional que tratan mares y océanos como bienes sin dueño y no privatizables. La presente línea de argumentación sugiere, entonces, la revisión de esas reglas. El caso del aire es más complicado, ya que sería difícil determinar cuándo se produjo una invasión de zonas privadas del espacio aéreo (*¿cuántas partículas del humo emitido por mi chimenea deben entrar en el espacio aéreo de otras personas para que ello constituya una violación de su derecho de propiedad, y cómo probar que tales violaciones de derechos tuvieron lugar?*). De aquí que en la literatura sobre economía ambiental se hayan propuesto regulaciones que induzcan a las personas a comportarse como lo harían si todo el espacio aéreo hubiera sido privatizado y fuera factible hacer respetar esos derechos de propiedad sin altos costos judiciales o administrativos. Una de las propuestas más conocidas en esta dirección son los permisos de contaminación comercializables. Según esta propuesta, que se ha implementado en algunos países, el gobierno determina el nivel eficiente de contaminación, es decir, el nivel en el cual agregar contaminación produce para la sociedad en su conjunto más costos que los beneficios derivados de las actividades productivas que causan esa contaminación. (Adviértase que el nivel eficiente de contaminación no es cero: el mundo en el que vivimos es una mejora paretiana respecto del mundo en el que viviríamos si toda contaminación estuviera prohibida, ya que en este último mundo virtualmente todas las actividades productivas habrían sido erradicadas y en consecuencia el bienestar agregado neto habría disminuido drásticamente.) A renglón seguido, el gobierno reparte permisos para generar una cierta cantidad de contaminación, permisos que se pueden vender libremente. Quienes creen que podrían obtener ganancias mayores que sus costos de producción, incluyendo la suma de todos los precios que tendrían que pagar por los permisos para generar el nivel de contaminación causado por esa producción, tienen obviamente un incentivo para comprar esos permisos. Inversamente, quienes no saben cómo obtener esas ganancias netas, o por cualquier otra razón no quieren invertir en las actividades que las generan, tienen incentivos para vender sus permisos de contaminación. Por consiguiente, los permisos de contaminación

terminan en las manos de los individuos y firmas capaces de producir más a menores costos. El esquema de permisos comercializables imita al mercado que habría en un mundo en el que fuera técnicamente posible asignar derechos de propiedad sobre aire, ríos y mares, y hacer respetar a bajo costo esos derechos.⁵⁰

Los argumentos precedentes apelan, en última instancia, a la idea de que la propiedad privada facilita las mejoras paretianas: propiedad implica eficiencia. Sin embargo, a veces el ejercicio de derechos de propiedad beneficia o perjudica a personas que no son parte en ninguna transacción de mercado. Los economistas llaman a estos efectos “externalidades” o “costos externos”. Si la externalidad es un beneficio, se dice que es “positiva”; si es un perjuicio, se dice que es “negativa”. Imaginemos, por ejemplo, que Pedro planta hermosas flores en su jardín y las riega todos los días; de este modo, Pedro beneficia a muchos transeúntes que se deleitan contemplando la belleza de su jardín. Pedro no les puede pedir nada a cambio, ya que, siendo la acera pública, no puede exigirles a los transeúntes un precio por contemplar su jardín. En este ejemplo, el beneficio que los transeúntes obtienen por contemplar el jardín es una externalidad positiva de los trabajos de jardinería de Pedro. Podemos normalmente inferir que a Pedro también le gusta contemplar su jardín; también puede suceder que le gusta que otros admiren su jardín. Estos beneficios explican que se tome el trabajo de plantarlo y cuidarlo. Parecería, entonces, que la presencia de externalidades positivas es una buena noticia desde el punto de la eficiencia: Pedro se beneficia ejerciendo su derecho de propiedad sobre el jardín, y con ello también beneficia a otros.

Sin embargo, el análisis económico estándar de esta situación arroja una conclusión menos halagüeña. Imaginemos que el jardín podría ser todavía más bello si las flores fueran más variadas. Ahora bien, Pedro no está dispuesto a asumir los costos en tiempo, trabajo y dinero que le insumiría esa mejora de su jardín. Por hipótesis, Pedro está dispuesto a asumir los costos del jardín que tiene ahora, pero cualquier mejoramiento del jardín le traería más costos que beneficios; en la terminología de los economistas, el costo marginal de mejorar el jardín le resulta mayor que el beneficio marginal. Una proposición central de la teoría económica es que toda persona inte-

⁵⁰ Un texto representativo de la literatura sobre permisos intercambiables para contaminar es Revesz, Richard L., “Rehabilitating Inter-State Competition: Rethinking the ‘Race-to-the-Bottom’ Rationale for Federal Environmental Regulation,” *New York University Law Review*, vol. 67, 1992, pp. 1210-1254. Cf. también Mitchell, William C. y Simmons, Randy T., *Beyond Politics: Markets, Welfare, and the Failure of Bureaucracy*, Boulder, Westview, 1994, parte III.

rrumpe una actividad cuando el costo marginal de esa actividad (es decir, el costo de continuar realizando la actividad) supera a su beneficio marginal. En otras palabras, los costos y beneficios marginales determinan la conducta, no los costos y beneficios totales, que en este caso son los costos y beneficios de la inversión ya hecha en el jardín y la que se podría agregar. El ejemplo del jardín plantea, entonces, un problema para la idea de que los derechos de propiedad asignan eficientemente los recursos. En efecto, hemos supuesto que muchos transeúntes se beneficiarían contemplando un jardín todavía más bello, a tal punto que estarían dispuestos a pagarle a Pedro para que lo mejore; y también podemos suponer que Pedro estaría dispuesto a incurrir en los costos adicionales que le traerían esas mejoras si pudiera cobrarles una cierta cantidad de dinero a quienes contemplan su jardín. Si bien cada transeúnte pagaría un cierto precio por ver un jardín más bello, prefiere aún más especular con la posibilidad de que otros transeúntes reúnan la suma que Pedro pediría para mejorar su jardín, ya que así ese transeúnte podría disfrutar gratuitamente del jardín mejorado. Esta dificultad para reunir la suma que induciría a Pedro a mejorar el jardín se agrava si suponemos, como parece realista suponer, que los transeúntes no están dispuestos a incurrir en los costos de organizarse de manera efectiva para inducir a todos los que pasan frecuentemente por esa acera a que pongan su parte en la recaudación de la suma requerida por Pedro para mejorar el jardín (por ejemplo, publicando en un blog los nombres de los que se negaron a pagar, para dañar su reputación). En esta historia, todos están ejerciendo sus derechos de propiedad (Pedro sobre el jardín, los transeúntes sobre su dinero), y sin embargo no tienen incentivos para acordar un precio por un jardín más bello que, por hipótesis, dejaría a todos mejor (recordemos: “X está mejor” en este contexto quiere decir “X satisface más sus preferencias”, en este caso la preferencia por ver el jardín mejorado, aun pagando el precio, en lugar de ver el jardín en su estado actual, aun sin pagar nada). En conclusión, los derechos de propiedad no parecen conducir aquí a una asignación eficiente de recursos. Como en el dilema del prisionero, el comportamiento racional produce un resultado subóptimo.

Una réplica común a este argumento consiste en cuestionar la descripción de la situación. Es cierto que Pedro, en ejercicio de su derecho de propiedad sobre el jardín, puede negarse a mejorarlo a menos que se le pague por ello un precio que le resulte aceptable. Pero este incentivo pecuniario está ausente por la *falta* de derechos de propiedad (privada) sobre la acera desde la cual los transeúntes podrían contemplar el jardín. Recordemos que habíamos supuesto que las aceras son públicas, no privadas. Si Pedro

fuerá propietario de la parte de la acera desde la cual los transeúntes podrían contemplar su jardín, Pedro estaría legalmente facultado a cobrarles un precio a los transeúntes que desearan usar esa parte de la acera. Al igual que un jardín botánico privado, Pedro tendría incentivos para vender entradas y realizar las mejoras necesarias para igualar sus costos y beneficios marginales en un punto en el que todos estarían mejor que en el régimen de aceras públicas. Por consiguiente, la objeción de que las externalidades positivas resultantes de ejercer derechos de propiedad asignan ineficientemente los recursos sólo tiene fuerza cuando la asignación de derechos de propiedad privada no es exhaustiva: en el ejemplo del jardín, las aceras no están privatizadas. Irónicamente, la objeción no logra identificar una desarmonía entre propiedad y eficiencia; antes bien, llama nuestra atención sobre la necesidad de privatizar, si la eficiencia es nuestra preocupación central. O, para decirlo más exactamente, el argumento sugiere privatizaciones o regulaciones que, como vimos en el caso de los permisos de contaminación comercializables, simulen los resultados a los que se llegaría mediante mecanismos de mercado si los costos de transacción fueran mucho menores. Reglas que impongan a los vecinos ciertas obligaciones de mantenimiento de sus jardines son un ejemplo de los instrumentos legales que podrían en teoría alcanzar ese objetivo. Cuál de los dos mecanismos, las privatizaciones o las regulaciones, es más eficiente es una cuestión compleja en la que los costos de *autorizar* al gobierno a regular deben, en virtud de la teoría de la elección pública (a la que haré referencia más adelante en esta misma sección y en la sección III), tenerse presentes.

Las externalidades negativas también producen ineficiencias cuando los derechos de propiedad no han sido asignados exhaustivamente. El razonamiento es estructuralmente similar al que, como vimos, lleva a concluir que las externalidades positivas asignan recursos ineficientemente. El humo que emiten las chimeneas de una fábrica afea las paredes de los vecinos y deteriora la salud pública. Ahora bien, es difícil para cada individuo calcular el valor monetario del daño que sufre como consecuencia de esos factores, y en todo caso ese daño es por lo general muy pequeño como para que ese individuo tenga incentivos para accionar judicialmente en busca de compensación. Nótese, sin embargo, que esa falta de incentivos depende, de nuevo, de la asignación de derechos de propiedad y de lo que los economistas llaman “costos de transacción”, que en el presente caso incluyen los costos de calcular la posible indemnización, identificar a los contaminadores y acordar con ellos un cierto nivel de contaminación a cambio de un cierto precio. Si el aire fuera privado, y no, como supusimos, público, y no hubiera costos de transacción, los niveles de contaminación y producción totales

serían eficientes, ya que los contaminadores y las personas cuyos derechos de propiedad (incluyendo su autopropiedad) serían afectados por la contaminación podrían acordar niveles de contaminación y precios mutuamente beneficiosos con niveles de producción óptimos. Algunos párrafos atrás vimos que una manera de reflejar este resultado es otorgar permisos de contaminación comercializables. Pero también podemos imaginar otros métodos para arribar al mismo resultado. Por ejemplo, Nozick conjectura que si se admitieran demandas judiciales colectivas por daño, es decir, demandas en nombre de todos los afectados, y si los abogados tuvieran personería procesal para iniciar esas acciones y estuvieran autorizados a retener las indemnizaciones no reclamadas por sus representados, los abogados tendrían incentivos para iniciar esas demandas, ya que pocos representados tendrían a su vez incentivos para reclamar sumas de dinero muy pequeñas.⁵¹ Este esquema persigue lo que los economistas llaman “internalización de externalidades”, es decir, la situación en la que los costos y beneficios *totales* de una acción recaen sobre el agente. En el presente caso, la internalización de externalidades resultaría de una asignación exhaustiva de derechos de propiedad y bajos costos de transacción. El argumento eficientista en favor de una asignación exhaustiva de derechos de propiedad se basa, pues, en que tal asignación internaliza por completo las externalidades.

Ronald Coase presenta en su forma más general la idea, ilustrada por los ejemplos presentados en los párrafos precedentes, de que una asignación exhaustiva de derechos de propiedad internaliza las externalidades que se producirían cuando tales asignaciones son incompletas o borrosas, y por ende produce una asignación eficiente de recursos. Coase imagina el caso de un ferrocarril que arroja chispas que dañan cultivos privados adyacentes a las vías. Podría pensarse que, si el agricultor no está legalmente habilitado a accionar contra el ferrocarril por daños y perjuicios, el análisis anterior de las externalidades negativas conduce, también aquí, a una asignación ineficiente de recursos, ya que la firma ferroviaria no tendría incentivos para reducir la frecuencia de sus trenes en esa zona de modo que refleje no sólo los beneficios totales (por ejemplo, por la venta de pasajes o por contratos de transporte de carga) de su actividad sino también los costos totales, incluyendo los costos externos (el daño a los cultivos). Pero ésta sería una conclusión apresurada, como lo muestra el análisis de los incentivos que generarían dos asignaciones posibles de derechos de propiedad en ese contexto. Si el ferrocarril tiene un derecho de propiedad que comprende

⁵¹ Cfr. Nozick, Robert, *op. cit.*, nota 8, pp. 79-81.

de la tierra adyacente, entonces tiene incentivos para reducir la frecuencia o velocidad de los trenes, de modo de maximizar los beneficios *conjuntos* de su actividad ferroviaria y de su producción agrícola. Esto es, la empresa ferroviaria elegirá una combinación de transporte y producción agrícola que iguale sus costos y beneficios marginales, que en la situación que imaginamos no incluyen costos externos ya que las chispas dañan el cultivo que pertenece a la propia empresa ferroviaria. En consecuencia, la asignación de recursos es eficiente. Si, en cambio, es el agricultor quien tiene un derecho de propiedad sobre las tierras adyacentes a las vías, entonces le vendrá a la empresa ferroviaria ofrecerle al agricultor una suma de dinero inferior al beneficio que la empresa ferroviaria obtendría por hacer circular los trenes con una cierta frecuencia y velocidad a cambio de que el agricultor le permita dañar su cultivo, y el agricultor tendrá a su vez un incentivo para aceptar cualquier suma de dinero superior a las ganancias perdidas como resultado de las chispas emitidas por el ferrocarril. En pocas palabras, ambas partes se embarcarán en una negociación mutuamente beneficiosa que internaliza todas las externalidades. La conclusión general es que una asignación exhaustiva de derechos de propiedad, no importa quiénes sean los propietarios de qué cosa, conduce a cantidades y combinaciones de producción eficientes, siempre que no haya costos de transacción. Esta conclusión es conocida como “teorema de Coase”.⁵² (La presencia de costos de transacción prohibitivos marca una diferencia crucial entre el caso de la contaminación atmosférica, examinado en los párrafos precedentes, y el caso de la empresa ferroviaria y el agricultor. De aquí que los mecanismos de mercado, que sólo pueden funcionar indirectamente en el caso de la contaminación a través de los permisos de contaminación comercializables, puedan funcionar directamente en el caso del ferrocarril.)

El defensor de la propiedad puede apelar al teorema de Coase. Consideremos algunas recetas tradicionales para eliminar externalidades. Una de estas recetas consiste en prohibir ciertas externalidades negativas. En el caso de la contaminación, esta receta se expresa en regulaciones que prohíben utilizar procesos de producción contaminantes y/o obligan a las firmas a reciclar los residuos que dejan sus procesos productivos. El teorema de Coase sugiere otra solución: la asignación exhaustiva de derechos de propiedad, o al menos algún mecanismo de mercado, como los permisos de contaminación comercializables que discutimos más arriba, que imite con razonable aproximación los resultados que produciría esa asignación ideal.

⁵² El artículo clásico de Coase al respecto es Coase, Ronald, “The Problem of Social Cost,” *Journal of Law and Economics*, vol. 3, núm. 1, 1960, pp. 1-44.

El teorema resalta el papel de la propiedad en la promoción de la eficiencia, incluso en presencia de costos que serían externos si los derechos de propiedad no estuvieran bien delimitados y/o no hubiera métodos efectivos para obtener compensación por daños, y relativiza la necesidad de recurrir al poder regulatorio del estado para reducir externalidades. Pero el teorema sugiere también una importante limitación a la conexión entre eficiencia y propiedad, ya que en muchas situaciones realistas nadie tiene incentivos para internalizar externalidades debido a que los costos de transacción son significativos; en tales casos, el resultado predecible es, como vimos, sobreproducción (externalidades negativas) o subproducción (externalidades positivas). Pero es importante insistir en que esta limitación no justifica automáticamente intervenciones regulatorias tradicionales, ya que queda la opción de intervenciones basadas en el propio mercado, como los permisos de contaminación comercializables o la habilitación de demandas en nombre de grupos afectados, que evitan la burocracia y la discrecionalidad administrativa que suelen acompañar a las soluciones regulatorias tradicionales.

Las externalidades no son las únicas fuentes de ineficiencia. La teoría económica define como “falla de mercado” a las condiciones que llevan a equilibrios subóptimos. Recordemos que un equilibrio es una interacción en la que los agentes no tienen incentivos para cambiar sus cursos de acción. Es posible probar que, bajo ciertas condiciones, los mercados alcanzarán equilibrios subóptimos. Estas condiciones son, además de las externalidades, la posibilidad de producir de bienes públicos, los monopolios y las asimetrías de información. Ya definimos las externalidades, de modo que podemos ahora definir las otras tres fallas de mercado.

Los bienes públicos son bienes que satisfacen dos condiciones que los economistas llaman, a partir de un influyente artículo de Paul A. Samuelson, “consumo no-rival” y “no-excluibilidad”.⁵³ Un bien tiene consumo no-rival cuando el hecho de que alguien lo consume, no importa cuánto, no afecta el consumo de otros. Un bien es no-excluible cuando el costo de impedir que lo consuman quienes no están dispuestos a pagar por ese consumo es prohibitivo. Un ejemplo clásico de bien público es el aire puro: no importa cuánto lo respiremos, otros pueden respirarlo cuanto quieran (consumo no-rival), y (al menos normalmente) es prohibitivamente costoso impedir que lo respiren quienes no paguen un precio por ello. Estas condiciones se dan en diferentes grados en diferentes bienes, pero en la medida en

⁵³ Cfr. Samuelson, Paul A., “The Pure Theory of Public Expenditure,” *Review of Economics and Statistics*, vol. 36, núm. 4, 1954, pp. 387-389.

que ellas estén presentes, la teoría económica predice una subproducción del bien en cuestión. La base de esta predicción es el incentivo para comportarse como un “pasajero sin cargo” (*free rider*) en la producción del bien: a cada uno le conviene que otros carguen con los costos de producción del bien, ya que, una vez producido, cualquiera podrá consumirlo gratuitamente. Dado que a todos les conviene ser pasajeros sin cargo, el bien no es producido, a pesar de que cada uno prefiere la situación en la que todos contribuyen a producir el bien antes que la situación en la que el bien no es producido. Nótese la conexión entre las nociones de bien público y de externalidad. La explicación estándar del hecho de que, en ausencia de regulaciones apropiadas, haya más humo que la que habría en una asignación eficiente de recursos es que un aire menos contaminado es un bien público consistente en la eliminación de externalidades negativas dispersas y cuyos efectos acumulativos son considerablemente dañinos para un gran número de personas, si bien los daños producidos por cada contaminador es insignificante. Dicho de modo más general, los bienes públicos son externalidades positivas que recaen sobre un gran número de personas, y por ende su producción será menor a la producción óptima. Dejo para unos pocos párrafos más adelante una reflexión sobre el papel del estado en la producción de bienes públicos.

En la sección II.2 hice algunas consideraciones sobre los monopolios, en el contexto de un análisis de la relación entre propiedad y eficiencia. En el presente contexto, los monopolios interesan como fallas de mercado, ya que éstas son habitualmente invocadas para justificar interferencias gubernamentales con los derechos de propiedad. Recordemos que los monopolios son firmas con las cuales no es redituable competir, y por ende son las únicas que ofrecen el tipo de bienes que producen. Vimos también que es posible probar que mercados que satisfacen ciertas condiciones formales tienen equilibrios monopólicos, y que esos equilibrios son ineficientes ya que el monopolista maximiza sus ganancias fijando un precio superior al precio de equilibrio en un mercado competitivo, con lo cual tanto el consumo como la producción del bien producido por el monopolista serán menores, y el bienestar agregado⁵⁴ también. Ahora bien, no es fácil identi-

⁵⁴ El argumento no presupone comparaciones interpersonales de utilidad; decir que el bienestar agregado es menor en condiciones de producción monopólica sólo significa que en competencia perfecta algunos consumidores podrían estar mejor aun después de pagarle al productor monopólico una cierta suma de dinero para compensarlo por sus menores ganancias, sin que empeore la situación de alguien. La noción de eficiencia empleada en este contexto es, por consiguiente, más débil que la noción paretiana de eficiencia que veníamos empleando. La noción más débil permite decir que situaciones contrafácticas en las que los

ficar ejemplos incontrovertibles de monopolios en los mercados reales. Podría pensarse que el ferrocarril es un buen ejemplo, especialmente bajo el supuesto de que hay lugar para un solo par de vías en un cierto trayecto. Pero, como varios economistas han señalado, el ferrocarril compite con autobuses y camiones para el transporte de personas y carga. En un plano más fundamental, vimos en la sección II.2 que el consumidor elige permanentemente entre *todos* los productos de una economía. En consecuencia, todo producto monopólico, *en el sentido de que sólo una firma encuentra rentable producir ese producto, definido por ciertas características físicas y funciones*, está sujeto a competencia con cualquier otro producto, *en el sentido de que los precios y calidades de estos últimos dejan al monopolista con poco margen para fijar sus propios precios.*⁵⁵ Una vez que advertimos que todos los productos de una economía compiten por el dinero del consumidor, las razones para imponer controles de precios dirigidos a evitar la “explotación” o el “abuso” por parte de firmas monopólicas se debilitan considerablemente.

Finalmente, las asimetrías de información consisten en diferencias entre las cantidades de información que las partes de un contrato poseen sobre las prestaciones que son objeto de ese contrato. Estas asimetrías desalientan contratos que la gente estaría dispuesta a celebrar si tuviera mayor información. Para usar un ejemplo habitual, las empresas aseguradoras cuentan con menos información que el potencial asegurado sobre el estado de salud de este último, su propensión a conducir ebrio, o cualquier otro riesgo contra el cual esa persona quiere asegurarse. Debido a que a la empresa aseguradora le resulta difícil adquirir esa información, el asegurado tiene un incentivo para declarar que su situación es menos riesgosa que lo que realmente es. Como la firma aseguradora a su vez anticipa esta distorsión, tenderá a cubrirse por eventuales riesgos cobrando indiscriminadamente primas por encima de las que, dada información confiable sobre riesgos, cobraría a muchos clientes. El resultado es que muchos contratos de seguro no se celebrarán, o se celebrarán a precios mayores que los que regirían en un mercado transparente. Esta situación es ineficiente ya que impide la realización de transacciones mutuamente beneficiosas. De nuevo, sin embargo, podría resultar apresurado intentar superar estas fallas de mercado

perdedores son compensados son eficientes. Esta noción de eficiencia es conocida como “eficiencia Kaldor-Hicks”, en homenaje a Nicholas Kaldor y John Hicks, los economistas que la propusieron para permitir comparaciones entre distribuciones de bienestar que serían incomparables a la luz del concepto paretiano de eficiencia.

⁵⁵ Cfr. Rothbard, Murray, *Man, Economy, and State*, 2a. ed., Auburn, Ludwig von Mises Institute, 2004, originalmente publicado en 1993, pp. 629-754, especialmente pp. 675-676.

por vía regulatoria (por ejemplo, obligando a las compañías de seguros a cubrir los riesgos de todo el mundo a cambio de ciertas primas consideradas “razonables”, y subsidiando a esas compañías o a los asegurados por el monto que fuera necesario para alcanzar ese nivel de cobertura). El hecho mismo de que un mercado de seguros es, mirado estáticamente, subóptimo promueve dinámicamente contratos óptimos de seguro, ya que, a menos que haya restricciones legales para entrar al mercado, las firmas aseguradoras enfrentarán presiones competitivas para afinar sus métodos de recolección de información confiable sobre los riesgos a los que están sujetos sus clientes, y para reajustar las primas en función de los siniestros que ellos sufran.

Estas últimas ilustraciones de mecanismos de mercado capaces de superar fallas debidas a monopolios y asimetrías de información relativizan, por cierto, las razones eficientistas esgrimidas para lidiar con esas fallas mediante intervenciones gubernamentales tales los controles de precios y la producción estatal de ciertos bienes y servicios. Pero queda aún por contestar el argumento de los bienes públicos. Este argumento ha sido empleado para justificar intervenciones del estado destinadas a eliminar el problema del pasajero sin cargo y alentar la cooperación en la producción de bienes públicos. El cobro de impuestos para financiar la producción del bien y/o la obligación legal de cooperar figuran entre las recetas tradicionales para alcanzar niveles eficientes de producción de bienes públicos. La aparente ubicuidad de estos bienes explica, pues, la proliferación de variadas formas de intervencionismo estatal. En efecto, los bienes públicos no parecen limitarse a los clásicos ejemplos de los libros de texto, como los faros, la defensa exterior y un aire menos cargado de humo. Consideremos, a modo de ilustración, la práctica de grupos de compañeros de colegio o de trabajo de realizar cenas de fin de año en restaurantes. Supongamos que los integrantes de uno de esos grupos acuerdan (no importa aquí si explícita o implícitamente) elegir los platos a la carta y compartir los gastos por igual. Cada comensal clasifica los platos que aparecen en la carta en dos categorías mutuamente excluyentes: platos exquisitos y platos regulares. Asimismo, cada comensal prefiere platos más baratos a igualdad de calidad, y también prefiere un plato regular antes que un plato exquisito a los precios que el restaurante cobra por cada uno de esos platos. Las preferencias de los comensales son entonces las siguientes, en orden decreciente:

- I. Platos exquisitos para mí y regulares para los demás
- II. Platos regulares para todos
- III. Platos exquisitos para todos
- IV. Platos regulares para mí y exquisitos para los demás

Dadas estas preferencias, los comensales se encuentran en una versión generalizada a n personas (donde n es el número de comensales) del siguiente dilema del prisionero:

		Comensal A	
		Barato	Caro
		Barato	II, II
Comensal B	Barato	IV, I	
	Caro	I, IV	III, III

Figura 3. El dilema de los comensales

Asumiendo que los comensales son racionales, ellos alcanzarán un resultado inferior, en términos de sus propias preferencias, al resultado que podrían haber alcanzado si no fueran racionales (*Figura 2*): todos terminarán comiendo platos caros, si bien hubieran preferido platos baratos para todos. El “bien público” (platos baratos para todos) no se produce. Escribo aquí “bien público” entre comillas porque el sentido en el que las condiciones de no-excluibilidad y consumo no-rival (ver más arriba en esta sección) se cumplen requiere aclaraciones que no parecen necesarias en los casos de bienes públicos más “tangibles”, como el aire puro y la defensa nacional. Pero el punto central se mantiene: individuos racionales adoptan estrategias que los dejan peor en términos de sus propias preferencias.

El dilema de los comensales sugiere que las perversas estructuras de incentivos que caracterizan la producción de bienes públicos afectan a una amplia gama de interacciones sociales. De aquí que muchos autores propongan un amplio intervencionismo estatal (mediante regulaciones, impuestos o subsidios) para promover la cooperación en la producción de bienes públicos. Si a esto agregamos los argumentos pro-intervencionistas para superar las otras fallas de mercado que comentamos, parece que la fuerza combinada de esos argumentos es formidable. Ciertamente, las leyes *antitrust*, los controles de calidad para proteger al consumidor, las regulaciones ambientales, y en general el moderno estado regulatorio han sido defendidos sobre la base de esta línea de argumentación. Ya hice algunas reflexiones sobre las limitaciones de algunos de esos argumentos, y excedería los límites de este trabajo una evaluación cuidadosa de cada uno de ellos. De todos modos, ofreceré a continuación una reflexión muy general sobre el argumento de los bienes públicos.

En primer lugar, decir que un bien satisface las condiciones de consumo no-rival y no-excluibilidad, junto a los supuestos generales de la teoría económica (por ejemplo, la transitividad de las preferencias), y por ende es un bien público en el sentido técnico de la teoría económica, *implica lógicamente* que el bien será subproducido; en otros términos, la afirmación de que el bien será subproducido *se deduce* de tales supuestos. Ahora bien, a menudo bienes que parecen públicos en este sentido técnico no lo son, y por ende no se puede concluir que serán subproducidos. Por ejemplo, es habitual explicar el comportamiento cooperativo de los miembros de muchos grupos aduciendo que los beneficios de una buena reputación o la facilidad con que puede detectarse la falta de cooperación hacen atractivo cooperar. Similarmente, se puede probar que en un “dilema del prisionero” que los jugadores prevén que se va a repetir con el mismo oponente un número indefinido de veces el comportamiento racional es cooperar siempre, y esto es de hecho lo que sucede en dilemas del prisionero reiterados.⁵⁶ La estructura de incentivos modelizada en el dilema del prisionero no-reiterado no representa los incentivos que gobiernan la conducta de los jugadores de un dilema del prisionero reiterado, ya que éstos tendrán en cuenta no sólo las ganancias posibles en una interacción única (que es lo que por hipótesis hacen en un genuino dilema del prisionero) sino las ganancias posibles en *series* de interacciones con el mismo jugador. Por consiguiente, ni la demostración formal de que es racional cooperar en un dilema del prisionero reiterado ni el hecho de que existe una tendencia a cooperar en situaciones que *parecen* satisfacer las condiciones formales para la existencia de tales dilemas revelan algún error en el argumento *formal* para sostener que en un dilema del prisionero no-reiterado los jugadores no cooperarán; antes bien, ofrecen un marco teórico, empíricamente confirmado, para explicar por qué la *hipótesis fáctica* de que una cierta interacción era un dilema del prisionero no-reiterado (o, *mutatis mutandis*, un dilema de producción de bienes públicos) fue refutada por observaciones de comportamiento cooperativo. En otras palabras, afirmar o negar que una interacción es un dilema del prisionero no-reiterado es una hipótesis empírica que, como tal, puede ser refutada por observaciones, pero esas refutaciones son irrelevantes para cuestionar la validez formal del análisis de tales dilemas en la teoría económica o para dejar de recurrir a tales análisis formales como herramientas heurísticasamente valiosas para generar predicciones exitosas en el mundo real.

La utilidad predictiva del dilema del prisionero no-reiterado y su extensión a bienes públicos parecen cuestionadas por situaciones experimentales

⁵⁶ Cfr. Axelrod, Robert, *The Evolution of Cooperation*, New York, Basic Books, 1984.

en las que agentes provistos de incentivos similares a los del dilema ideal desarrollan comportamientos más cooperativos que los predichos bajo el supuesto de que tales situaciones ejemplifican el dilema en su formal no-reiterada.⁵⁷ Podría pensarse que es posible atribuir estos resultados a una suerte de preferencia inercial por adquirir reputación de persona cooperativa, preferencia que, como vimos, se expresa en la tendencia a cooperar en dilemas del prisionero reiterados. Pero esta explicación no parece adecuada cuando los experimentos buscan neutralizar el efecto reputación mediante el anonimato de los participantes. Una explicación alternativa es que los sujetos experimentales no ven claramente lo que la racionalidad demanda en esas situaciones. Esa confusión sería un “error racional”, ya que en general las personas no tienen incentivos para invertir en información sobre dilemas del prisionero, bienes públicos y racionalidad económica. Esta explicación tiene el mérito de ser consistente con el hecho de que los estudiantes avanzados de economía tienden a ser menos cooperativos en dilemas del prisionero experimentales: los estudiantes avanzados de economía tienen incentivos obvios para estudiar lo que es racional hacer en esas situaciones (evitar ser reprobado en un examen de teoría de los juegos, por ejemplo).⁵⁸ Pero sea cual fuere la explicación adecuada de esas aparentes anomalías predictivas, lo cierto es que ellas arrojan dudas sobre la apela-

⁵⁷ Para un análisis de estos experimentos, véase Schmidtz, David, *The Limits of Government: An Essay on the Public Goods Argument*, Boulder, Westview, 1991.

⁵⁸ Cf. Frank, Robert H.; Gilovich, Thomas; y Regan, Dennis T., “Does Studying Economics Inhibit Cooperation?”, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 7, núm. 2, 1993, pp. 159-171. Los autores concluyen que la exposición al “modelo del autointerés” prevaleciente en la teoría económica (y no, como sugiero yo, una mejor comprensión de lo que la racionalidad demanda en esas situaciones, aplicable a su vez sobre la base de los costos y beneficios personales de obtener información sobre teoría de la racionalidad) explica el comportamiento de los estudiantes avanzados de economía en dilemas del prisionero experimentales. Obsérvese, sin embargo, que ciertas formas de caridad son bienes públicos para individuos altruistas, y por ende serán subproduccidos. En tales casos, sospecho que estudiantes avanzados de economía que derivan cierto monto (no necesariamente mucho) de utilidad de ayudar a otros *no* cooperarán (o por lo menos cooperarán significativamente menos que no-economistas igualmente altruistas) en la producción del bien en cuestión, incluso si se les diera una cierta suma de dinero que deben destinar a ayudar a otros. Esto es, dado su altruismo, destinarán ese dinero a ayudar a otros de formas subóptimas. Si esto es así, la racionalidad es responsable de la subproducción del bien, y no, por hipótesis, el autointerés. Para una argumentación similar, si bien basada en la suposición de que los individuos no confían en que una cantidad suficiente de individuos cooperará en la producción de la forma más eficiente de ayuda, que a su vez constituye un bien público para esos individuos, Cf. Buchanan, Allen, *Ethics, Efficiency, and the Market*, Totowa, Rowman and Littlefield, 1985, pp. 71-75.

ción a los bienes públicos para justificar intervenciones estatales destinadas a forzar a las personas a contribuir (por ejemplo, mediante impuestos) a la producción óptima del bien.

En segundo lugar, en las aproximaciones a bienes públicos que encontramos *en el mundo real* no siempre los agentes exhiben los comportamientos propios de un dilema ideal de producción de bienes públicos. Por ejemplo, durante bastante tiempo los economistas creyeron que los faros eran bienes públicos, ya que parecían satisfacer las condiciones samuelsonianas: no es (prácticamente) posible excluir del servicio que brinda el faro a navegantes que no pagan por él, y el uso del faro por un navegante no priva a los demás navegantes de posibilidades de usarlo. Como vimos más arriba en esta sección, uno debería esperar, pues, que nadie produzca faros en los mercados privados. Sin embargo, se han encontrado casos de faros privatamente financiados.⁵⁹ Además, es posible imaginar tecnologías alternativas para brindar el mismo servicio en condiciones de excluibilidad y consumo rival, lo cual garantiza que el servicio no es un bien público, y por ende su producción por los mercados privados será eficiente: por ejemplo, alarmas comercializables que alertan al navegante cuando se encuentra a cierta distancia de la costa.⁶⁰ Este ejemplo sugiere que la detección misma de (algo parecido a) un bien público hace rentable invertir en tecnología que desaliente a los pasajeros sin cargo. Es dudoso, entonces, que apelaciones a los bienes públicos justifiquen la intervención gubernamental en los mercados, en lugar de dejar que mercados no intervenidos generen los incentivos para eliminar las condiciones bajo las cuales, en cierta etapa del desarrollo tecnológico, algo es un bien público. La estructura de esta situación es la misma que (como vimos más arriba en esta sección) la que desestabiliza a los monopolios.

Finalmente, el mercado mismo puede ser visto como un bien público.⁶¹ Un mercado libre, que implica una prohibición de saquear (como se recordará, saquear es la estrategia dominante en el estado de naturaleza en el dilema social descrito en la Figura 1) alienta la producción y el intercambio, con lo cual se produce una mejora paretiana respecto del estado de naturaleza. El reconocimiento de derechos de propiedad hace que la estrategia

⁵⁹ El trabajo clásico para esta línea de argumentación es Coase, Ronald H., "The Light-house in Economics," *Journal of Law and Economics*, vol. 17, núm. 2, 1974, pp. 357-376. Una defensa reciente de la idea de que existieron faros privados es provista por Barnett, William y Block, Walter, "Coase and Van Zandt on Lighthouses", *Public Finance Review*, vol. 35, núm. 6, 2007, pp. 710-733.

⁶⁰ Tomo el ejemplo de Rothbard, Murray R., *op. cit.*, nota 37.

⁶¹ Un ejemplo de esta idea es Gwartney, James D. y Wagner, Richard E., *op. cit.*, nota 33.

“saquear” deje de ser atractiva. Comparado con el estado de naturaleza, el mercado libre es, pues, un bien público, ya que nadie puede (consistentemente con las reglas propias del mercado) excluir de su “consumo” (que en este contexto incluye comprar, vender, alquilar, y cualquier otro ejercicio de derechos de propiedad) a ningún otro, y cualquier cantidad de “consumo” del mercado no va en detrimento de similar actividad por parte de los demás. Por consiguiente, es previsible una “subproducción” de mercado libre: todos tienen incentivos para ser pasajeros sin cargo en la prosperidad general que el mercado libre produce. Es de esperar, por lo tanto, que muchos quieran utilizar los poderes del estado para reconfigurar en su favor los derechos de propiedad. Por ejemplo, grupos pequeños y bien organizados tienen ventajas competitivas en la obtención de legislación favorable a sus intereses, típicamente a través de subsidios o regulaciones que los protegen de competidores.⁶² Para los miembros de estos grupos es rentable invertir tiempo y dinero (por ejemplo, contribuyendo a campañas electorales) en la obtención de beneficios legislativos sectoriales, y la rentabilidad será tanto mayor cuanto más pequeños sean esos grupos, ya que los beneficios individuales de sus miembros tenderán a ser mayores, mientras que los costos de organización tenderán a ser menores. Estas ganancias obtenidas en mercados políticos, denominadas “rentas”, por oposición a las ganancias obtenidas en los mercados privados, consisten en redistribuciones vía impuestos, subsidios y regulaciones. Estas redistribuciones son incompatibles con derechos de propiedad plena o liberal, en el sentido explicado en la sección I. Muchas constituciones de países en los que la búsqueda agregada de rentas es relativamente alta protegen la “propiedad privada”, pero la interpretación del alcance de esta protección está a cargo de jueces elegidos según procedimientos sensibles a coaliciones políticas cuyo éxito electoral está atado al otorgamiento o promesa de beneficios sectoriales.⁶³

La teoría de la elección pública predice, por consiguiente, una erosión de la protección constitucional de los derechos de propiedad. Esta teoría extiende al comportamiento político el supuesto de autointerés adoptado por la teoría económica: votantes, políticos y burócratas actúan en función de sus costos y beneficios personales,⁶⁴ incluyendo costos no monetarios,

⁶² El desarrollo riguroso de esta idea está en el influyente libro de Olson, Mancur, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1965.

⁶³ Cfr. Gwartney, James D. y Wagner, Richard E., *op. cit.*, nota 33.

⁶⁴ Nótese que decir que un agente es sensible a costos y beneficios personales no es lo mismo que decir que es egoísta. El postulado de autointerés implica, por ejemplo, que un

como la pérdida de poder político o el tiempo que lleva obtener información política. El supuesto de autointerés, en conjunción con información sobre el sistema político (sistema electoral, reglas de votación en la legislatura, etc.), arrojan predicciones testeables, como la predicción de que el estado intervendrá crecientemente en los mercados privados para otorgar beneficios sectoriales, en lugar de producir bienes públicos.⁶⁵ Contribuyentes y consumidores son los perdedores sistemáticos en estos procesos redistributivos, ya que esos grupos resultan víctimas de las alzas de impuestos o de la emisión monetaria (y consiguiente inflación) necesarias para financiar esas redistribuciones, y en todo caso deben pagar precios mayores a los que habría en mercados no afectados por las restricciones a la competencia que resultan de la búsqueda de rentas. Debido a su número, consumidores y contribuyentes enfrentan altos costos de organización para contrarrestar la búsqueda de rentas de grupos menos numerosos. Otro factor que contribuye a la apatía política de consumidores y contribuyentes son los altos costos individuales de informarse sobre cómo los benefician o perjudican las políticas públicas. Por último, cada contribuyente o consumidor tiene poco que perder (por ejemplo, como consecuencia de un pequeño aumento de impuestos o de la inflación) cada vez que se otorga un beneficio sectorial. Como indiqué en el párrafo precedente, los grupos pequeños tienen, por el contrario, menores costos de organización y sus miembros tienen mucho que ganar individualmente como consecuencia de legislación favorable al grupo al que pertenece; su incentivo para movilizarse en pro de esa legislación es fuerte. En este modelo, el estado se ha transformado en una especie de arma institucional para saquear, reinstalando el estado de naturaleza hobbesiano.

Como en todo problema de subproducción de bienes públicos (en este contexto, recordemos, el bien público es el mercado libre), la solución reside en alterar la estructura de incentivos que da lugar a la “subproducción” de mercados libres insita en la discriminación fiscal y las regulaciones anticompetitivas. Otra manera de formular la idea es diciendo que la búsqueda de rentas, que conduce a la discriminación fiscal y a las regulaciones anticompetitivas, sólo puede ser desalentada con un cambio en las reglas de juego; el juego de la redistribución debe ser reemplazado por el juego de la

altruista elegirá los medios que le resulten menos costosos (dadas sus creencias) para otorgar un cierto monto de beneficios a los demás. El altruista satisface su interés al menor costo personal posible, dadas sus creencias.

⁶⁵ La obra considerada fundacional de esta rama de la teoría económica es Buchanan, James M. y Tullock, Gordon, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1962.

producción y el comercio. Las constituciones liberales clásicas pueden ser interpretadas como intentos de resolver este problema mediante solemnes garantías de la inviolabilidad de la propiedad privada y exigencias de que los impuestos sean destinados a obras o servicios de interés común, en lugar de beneficiar a subgrupos de la población a expensas de otros subgrupos. Parece claro, sin embargo, que estas estrategias constitucionales no impidieron la búsqueda de rentas. De aquí que algunos autores propongan reformas constitucionales que no sean vulnerables a lo que podríamos llamar “búsqueda de rentas constitucional”, es decir, presiones para lograr interpretaciones interesadas de los derechos consagrados en la constitución y de los objetivos que debe perseguir la política tributaria. En lugar de garantizar la propiedad explícitamente, lo cual abriría las puertas a la búsqueda de rentas constitucional disfrazada de “interpretaciones” del derecho de propiedad, la propuesta es garantizar indirectamente este derecho estableciendo *procedimientos* de elección de autoridades y de votación de leyes, y *jurisdicciones* territoriales para la toma de decisiones.⁶⁶ Supongamos, por ejemplo, que la constitución requiriera votación unánime en el Congreso para sancionar una ley, y que los legisladores son muchos y fueron elegidos por un sistema de representación proporcional que refleja bien los intereses de todos los ciudadanos. En estas condiciones, el costo de la búsqueda de rentas sería prohibitivo, ya que los afectados podrían vetar cualquier redistribución que los perjudicara. James M. Buchanan y Gordon Tullock desarrollan en detalle la idea de que la regla de unanimidad, debidamente atenuada (por ejemplo, requiriendo un setenta y cinco por ciento de votos) para disminuir los costos de transacción y los vetos puramente estratégicos para obtener ganancias especiales, conduce en general a la adopción de normas constitucionales, y en ciertos casos leyes, eficientes.⁶⁷

Así como la teoría de las fallas de mercado indica las condiciones bajo las cuales los mercados no asignan recursos eficientemente, la teoría de la elección pública indica las condiciones bajo las cuales los gobiernos, incluyendo democracias liberales relativamente prósperas, tampoco asignan recursos eficientemente. Es tentador pensar que las fallas de gobierno pueden ser corregidas mediante organismos de control, como tribunales independientes o agencias reguladoras sujetas a reglas no-manipulables. Sin

⁶⁶ Para un relevamiento de propuestas de reforma constitucional en esta dirección, *Cfr.* Gwartney, James D. y Wagner, Richard E., *op. cit.*, nota 33. *Cfr.* también Mueller, Dennis, *Constitutional Democracy*, New York, Oxford University Press, 1996; y Cooter, Robert, *The Strategic Constitution*, Princeton: Princeton University Press, 2000.

⁶⁷ Véase nota 65.

embargo, un corolario de la teoría de la elección pública es que tales organismos de control difícilmente tomarán las medidas conducentes a los objetivos que oficialmente tienen asignados. La razón principal por la cual los controles intragubernamentales de las fallas de gobierno son ineficaces no es la complejidad, lentitud, falta de información o insuficiente patriotismo de los funcionarios o jueces encargados de ese control, sino su falta de incentivos adecuados. Quienes siguen esta línea de razonamiento suelen poner énfasis en el contraste entre las estructuras de incentivos que gobiernan la toma de decisiones en el sector público y las que gobiernan la toma de decisiones en los mercados privados. Mientras que los incentivos políticos promueven, como vimos, comportamientos rentísticos que se manifiestan en la proliferación de la legislación favorable a intereses sectoriales en detrimento de la eficiencia global, los mercados privados premian a quienes producen bienes mejores y más baratos y a quienes encuentran correcciones a eventuales fallas de esos mercados (recuérdese, sobre este último punto, el ejemplo de las alarmas sustitutivas de los faros, discutido más arriba en esta sección). En resumen, esta línea argumental sostiene que, a diferencia de los mercados privados, los mercados políticos carecen de mecanismos autocorrectivos, y que insistir en mecanismos intragubernamentales de control revela una incomprensión de la naturaleza del problema.

En este punto, una movida habitual del defensor del papel del estado en la solución de fallas del mercado es apelar a los controles democráticos. La idea es que el voto mayoritario, especialmente si es precedido por una robusta deliberación pública, pone un freno a las fallas gubernamentales, incluyendo las fallas de los mecanismos de control intragubernamentales.⁶⁸ Desgraciadamente, este argumento pasa por alto, irónicamente, un tipo de falla de gobierno que afecta específicamente a los procedimientos democráticos. En un influyente libro publicado en 1957, Anthony Downs propuso la hipótesis de “ignorancia racional” para explicar la adquisición de información política. Un votante sensible a los costos y beneficios personales de sus decisiones (es decir, un votante racional en el sentido ya explicado) no invertirá en información política con el objetivo de influir mediante su voto

⁶⁸ Por supuesto, el argumento democrático es usado muchas veces para justificar políticas públicas por razones diferentes de la eficiencia, tales como la promoción de la igualdad o la exigencia de que las políticas públicas gocen del consenso de la población. La evaluación de esos argumentos nos llevaría mucho más allá del presente punto, que es la utilización del argumento democrático para autorizar al gobierno a intervenir en los mercados por razones eficientistas. De todos modos, como veremos a continuación en este mismo párrafo, las razones por las que no es esperable que los controles democráticos aseguren la eficiencia apoyan también una perspectiva escéptica sobre las chances de que esos controles contribuyan a implementar cualquier ideal político atractivo.

en las políticas públicas. Esta afirmación vale cualesquiera sean las razones que llevan a un votante a preferir una cierta política: disminuir la pobreza, reducir los impuestos, conseguir un trabajo, disminuir el desempleo en general, corregir fallas de mercado, etc. En efecto, la probabilidad de que un voto individual afecte el resultado de una elección es ínfima, razón por la cual el beneficio personal *esperado* de votar por un cierto candidato o política (es decir, el beneficio que el votante obtendría si su candidato o política preferida ganaran, descontado por la probabilidad de que su voto desempate la votación) es despreciable, mientras que el costo personal esperado de averiguar cuál es el candidato o política que producirá los efectos deseados es enorme (piénsese, por ejemplo, cuánto tiempo tendría que invertir en averiguar cuál es la teoría económica que mejor predice qué política reducirá la pobreza, y quién es el candidato que, dados sus conocimientos e historia personal, más probablemente aplicará esa política). Este modelo de comportamiento electoral predice, pues, que el votante se mantendrá políticamente desinformado.⁶⁹ Estudios empíricos han confirmado ampliamente esta predicción.⁷⁰ En estas condiciones, no es esperable que los controles democráticos produzcan decisiones políticas eficientes; en rigor, en condiciones de ignorancia racional generalizada, tampoco es esperable que tales controles contribuyan a implementar cualquier otro ideal político por el que el votante pueda sentirse atraído, como la igualdad, la libertad, la disminución de la pobreza o la disminución del crimen.⁷¹ Por otro lado, y como muestra abrumadoramente la historia universal, la esperanza de que sistemas no-democráticos promuevan la eficiencia o cualquier otro ideal político atractivo es aun más ilusoria, especialmente si esos sistemas concultan las libertades individuales.⁷² Esta línea de argumentación parece apoyar, entonces, la propuesta, esbozada más arriba, de garantías constitucionales procedimentales de la propiedad como el mecanismo más

⁶⁹ Cfr. Downs, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, New York, Harper, 1957, especialmente Parte III, pp. 207-276.

⁷⁰ Cfr., por ejemplo, Bennett, Stephen Earl, "Is the Public's Ignorance of Politics Trivial?", *Critical Review*, vol. 15, núm. 3-4, 2003, pp. 307-337.

⁷¹ La idea de que individuos que son no solamente racionales tanto económico como epistémicamente (es decir, según la concepción de la racionalidad examinada más arriba en esta sección) como confiables, dada la evidencia disponible) no solamente serán políticamente ignorantes sino que también tendrán creencias equivocadas sobre los fenómenos sociales y las leyes que los regulan está desarrollada en Pincione, Guido y Tesón, Fernando R., *Rational Choice and Democratic Deliberation*, New York, Cambridge University Press, 2006.

⁷² Cfr. Sen, Amartya, *Development as Freedom*, New York, Knopf, 1999.

prometedor para minimizar tanto las fallas de mercado como las fallas de gobierno.⁷³

5. La justificación epistémica de la propiedad

Como vimos en la sección precedente, la idea de que el derecho de propiedad promueve la prosperidad de una sociedad está implícita en los argumentos eficientistas. Hayek propone una variante de esa idea que, por su gran influencia y sus rasgos distintivos, merece un tratamiento separado.

En “The Use of Knowledge in Society” (“El uso del conocimiento en la sociedad”), un influyente artículo publicado en 1944,⁷⁴ Hayek sostiene que los precios de un mercado libre transmiten información que permite satisfacer necesidades y deseos mucho mejor que cualquier plan económico estatal. Conviene aquí recordar algunas estipulaciones terminológicas. Como señalé en ocasión de la discusión de la teoría intitular de Nozick (sección II.2), la vigencia plena de los derechos de propiedad equivale a lo que, en una terminología económica, solemos denominar “mercado libre”. Los precios son las obligaciones de dar dinero a las que se comprometen las partes de un contrato, y el poder de contratar es, en la terminología de Hohfeld-Honoré (sección I) un incidente del derecho de propiedad liberal o plena, también comúnmente llamada “propiedad privada”. La tesis de Hayek de que sólo un mercado libre, y en particular los precios que se forman en él, permiten utilizar toda la información dispersa en la sociedad para asignar eficientemente los recursos puede ser entendida, entonces, como una defensa epistémica de la propiedad.

Hayek distingue dos tipos de conocimiento. Por un lado, hay un conocimiento científico, articulable en generalizaciones y por ende susceptible de ser comunicado a otros. Incluso en disciplinas científicas muy especializadas, sólo un número relativamente insignificante de expertos conoce la totalidad de las generalizaciones pertinentes a esa disciplina. Hayek subraya, de todos modos, que la mayor parte del conocimiento que hace falta para que haya prosperidad no consiste en generalizaciones explícitas sino que se expresa en decisiones tomadas sobre la base de circunstancias cambiantes a las que el agente tiene un acceso directo que les está vedado a otros. Este segundo tipo de conocimiento, conocimiento de “circunstancias de tiempo y lugar”, no es articulable, y por ende no puede ser comunicado

⁷³ Ver nota 66 y el texto principal correspondiente.

⁷⁴ Hayek, Friedrich, “The Use of Knowledge in Society”, *American Economic Review*, vol. 35, núm. 4, 1944, pp. 519-530.

a otros. Los precios libres son el vehículo a través del cual se transmite este conocimiento de circunstancias de tiempo y lugar.

Hayek ve en la función informacional de los precios un obstáculo insuperable para los intentos gubernamentales de planificar las actividades económicas. Adviértase, sin embargo, que Hayek no niega las bondades de la planificación económica; su punto es que tal planificación sólo es posible en la forma descentralizada que tiene lugar en un régimen de precios libres, que presupone derechos de propiedad plena.⁷⁵ Aun suponiendo, heroicamente, que el planificador pudiera *procesar* toda la información relevante para asignar eficientemente los recursos, no puede *obtener* esa información. Y ésta no es una dificultad meramente técnica, quizás provisoria, de los métodos de recolección de información: como vimos, esa información no es ni siquiera articulable de un modo que pueda ser comunicada. Hayek parece aludir aquí a un tipo de conocimiento que el filósofo Gilbert Ryle llama “saber cómo”, por oposición a “saber qué”.⁷⁶ Ryle acepta el análisis tradicional del conocimiento, según el cual decimos que una persona conoce el estado de cosas al que se refiere la proposición *p* cuando esa persona cree justificadamente *p*; en tal caso, decimos que esa persona “sabe que *p*”. Ryle señala, sin embargo, que a veces atribuimos conocimiento a alguien sin que ese conocimiento esté ligado a ninguna proposición o creencia definida. Esto sucede cuando la personas en cuestión puede realizar bien una cierta tarea; decimos entonces que la persona “sabe cómo” realizar esa tarea. El primer tipo de conocimiento es proposicional; el segundo, práctico. Un ejemplo de conocimiento práctico es saber andar en bicicleta: nadie que no sepa andar en bicicleta adquiere esa habilidad leyendo algún conjunto, por grande que sea, de oraciones que expresan proposiciones verdaderas sobre los movimientos propios de un buen ciclista. Hayek parece apuntar a esta distinción entre “saber que” y “saber cómo” cuando escribe que las ganancias obtenidas en el mercado dependen crucialmente de información sobre “circunstancias de tiempo y lugar”. Los vendedores de emparedados a la salida de un partido de fútbol toman sus decisiones (qué ingredientes poner entre las rebanadas de pan, qué tipo de pan utilizar, a qué precio vender cada emparedado, dónde y cuándo instalar el kiosco, qué bebidas ofrecer y a qué precio, etc.) que descansan en experiencias

⁷⁵ Thomas Sowell pone de relieve este punto en su análisis, de inspiración hayekiana, de la planificación económica. Cf. Sowell, Thomas, *Knowledge and Decisions*, 2a. ed., New York, Basic Books, 1996, pp. 213-228, especialmente pp. 213-214.

⁷⁶ Cf. Ryle, Gilbert, “Knowing How and Knowing That”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 46, 1946, pp. 1-16.

pasadas, conjeturas sobre las preferencias de los asistentes a un partido, información sobre precios de insumos, etc. que no pueden ser expresadas exhaustivamente por ningún conjunto de proposiciones. *Mutatis mutandis*, esta observación vale para cualquier otro participante en transacciones de mercado. Las hipótesis de un agente de mercado sobre la rentabilidad de métodos alternativos para satisfacer las preferencias de los consumidores son fácilmente comprobables a través de las ganancias y pérdidas que ese agente experimenta. La función epistémica de los derechos de propiedad tiene, pues, dos caras. Por un lado, ganancias y pérdidas totales constituyen información fácilmente accesible sobre el grado en que una persona o una firma están utilizando recursos que podrían satisfacer preferencias más fuertes o más extendidas por usos alternativos; se trata, por lo demás, de información que el agente de mercado tiene obviamente interés en tomar en cuenta.⁷⁷ Por otro lado, las innumerables transacciones que dan lugar a esas ganancias y pérdidas totales aprovechan al máximo, del modo explicado por Hayek, la enorme masa de información dispersa que transmiten los precios.

III. REFLEXIONES FINALES

Por supuesto, mostrar que un régimen de propiedad privada promueve algo valioso, como la libertad o la prosperidad, no constituye un argumento decisivo en favor de ese régimen, ya que éste podría, también, frustrar algún otro valor. Si éste es el caso, para alcanzar un veredicto final sobre la propiedad (es decir, un veredicto que resulta de considerar todos los factores relevantes, incluyendo las razones que militan en contra de tal régimen) hay que determinar cuál de los dos valores en conflicto es más importante y en qué grado la propiedad los promueve o frustra. Un ejemplo clásico de esta situación argumentativa es la controversia entre libertarios e igualitarios sobre la importancia relativa de la libertad y la igualdad, y las consecuencias que de ello se derivan para el régimen de propiedad. Si Pedro cree que la libertad es más importante que la igualdad, que libertad e igualdad son las únicas consideraciones relevantes para justificar instituciones, y que la propiedad privada promueve la suma ponderada de libertad e igualdad (es decir, la suma de libertad e igualdad, considerando sus pesos relativos),

⁷⁷ Para un examen, ilustrado con muchos ejemplos, del rol informacional de las ganancias y pérdidas, Cfr. Sowell, Thomas, *Basic Economics: A Common Sense Guide to the Economy*, 3a. ed., New York, Basic Books, 2007, pp. 108-137.

entonces Pedro, como ser racional, está comprometido a defender un régimen de propiedad privada. Pero incluso si Pedro creyera que la abolición del derecho de propiedad privada y su reemplazo por algún sistema de propiedad colectiva o comunal promovería la suma ponderada de libertad e igualdad, no se seguiría que Pedro estaría racionalmente comprometido a apoyar el otorgamiento al gobierno del *poder* que haría falta para implementar ese régimen de propiedad colectiva o comunal. Esto sólo se seguiría si pudiéramos estar seguros, o al menos esperar dentro de ciertos márgenes de probabilidad, que el gobierno usará ese poder para implementar ese régimen; semejante optimismo requiere una justificación independiente, que entre otras cosas tiene que mostrar por qué la teoría de la elección pública es falsa o implausible. En particular, habría que mostrar que el poder político no sólo querrá implementar esos valores sino que también sabrá cómo hacerlo, en lugar de responder a los intereses de grupos pequeños, bien organizados y capaces de influir mediante el dinero en las políticas públicas; remito aquí a las observaciones que hice sobre la búsqueda de rentas en la sección II.2.

Estas reflexiones apuntan a la centralidad de la teoría de la elección pública en la justificación de regímenes de propiedad. Supongamos que una teoría predice con bastante confiabilidad que en varias dimensiones moralmente relevantes *M* (digamos, autopropiedad, libertad y eficiencia) un régimen de propiedad *P* tendrá resultados superiores a regímenes alternativos, pero que también predice que otro régimen de propiedad *P'* obtendrá resultados mejores que *P* a lo largo de otras dimensiones moralmente relevantes *M'* (digamos, igualdad y fomento de sentimientos de solidaridad).⁷⁸ Supongamos también que un cierto tipo de constitución, *C*, inducirá a los actores políticos (legisladores, jueces, etc.) a implementar *P* de un modo estable. (Un ejemplo de cómo una constitución puede hacer esto es la constitución procedimental que esbocé en la sección II.4. Nótese que, por ser procedimental, esa constitución no hace mención de las dimensiones *M*.) Agreguemos ahora la suposición de que una versión apropiada de la teoría de la elección pública predice que un gobierno constitucionalmente autorizado a implementar *P'*, o a promover los principios o valores *M'*, producirá resultados inferiores, en *todas* las dimensiones moralmente relevantes, incluyendo *M'*, a la constitución procedimental protectora de *P*. Estas suposiciones nos dan razones muy fuertes para adoptar la constitu-

⁷⁸ Para una exploración muy tentativa de regímenes de propiedad no-plena (“socialista”) que promoverían la “igualdad”, la “reciprocidad” y un sentimiento de “comunidad”, *Cfr.* Cohen, Gerald A., *Why Not Socialism?*, *op. cit.*, nota 11.

ción C , y esas razones no serían invalidadas por cualquier razón que tuviéramos para creer que, *si fuera posible* inducir al gobierno a implementar el régimen de propiedad P' , la sociedad estaría mejor en términos de las dimensiones M' . Por supuesto, la posibilidad lógica de que un gobierno tome decisiones que tendrían consecuencias causales buenas no implica que el gobierno tomará, de hecho, esas decisiones, incluso si estuviera constitucionalmente autorizado a tomarlas. Como vimos, la teoría de la elección pública nos dice por qué muchas veces es ilusorio esperar que los gobiernos usen su poder de esa manera. Por consiguiente, no puede descartarse que, comparada con cualquier otro régimen constitucional, la protección constitucional de la propiedad privada sea preferible en términos de *todos* los ideales políticos que atraen a mucha gente, incluyendo ideales comúnmente invocados para restringir o abolir el derecho de propiedad. La reseña de argumentos presentada en este artículo sugiere, creo, que esta posibilidad es lo suficientemente plausible como para merecer exploración.⁷⁹

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AXELROD, Robert, *The Evolution of Cooperation*, New York, Basic Books, 1984.
- BARNETT, William y BLOCK, Walter, “Coase and Van Zandt on Lighthouses”, *Public Finance Review*, vol. 35, núm. 6, 2007.
- BECKER, Lawrence C., *Property Rights: Philosophical Foundations*, 2a. ed., London, Routledge, 1981.
- BENNETT, Stephen Earl, “Is the Public’s Ignorance of Politics Trivial?”, *Critical Review*, vol. 15, núm. 3-4, 2003.
- BERLIN, Isaiah, “Two Concepts of Liberty”, en Berlin, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969.
- BERLIN, Isaiah, *Liberty*, Hardy, H. (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2002.

⁷⁹ La idea de que los mercados libres promueven mejor que el estado de bienestar/regulatorio los ideales que llevan a muchos a proponer este último tipo de estado está defendida filosófica y empíricamente por Shapiro, Daniel, *Is the Welfare State Justified?*, New York, Cambridge University Press, 2007. Similarmente, para una sugerencia de que todas las teorías influyentes de la justicia distributiva convergen en apoyar una economía de mercado, Cf. Schmidt, David, *The Elements of Justice*, New York, Cambridge University Press, 2006. En “The Constitution of Nondomination”, yo defiendo la idea de que una constitución procedural protectora de la propiedad es la mejor opción para promover los ideales de libertad negativa, libertad positiva, igualdad y ausencia de dominación de unas personas por otras. Pincione, Guido, *op. cit.*, nota 21.

- BUCHANAN, Allen, *Ethics, Efficiency, and the Market*, Totowa, Rowman and Littlefield, 1985.
- BUCHANAN, James M. y TULLOCK, Gordon, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1962.
- COASE, Ronald H., "The Lighthouse in Economics," *Journal of Law and Economics*, vol. 17, núm. 2, 1974.
- _____, "The Problem of Social Cost," *Journal of Law and Economics*, vol. 3, núm. 1, 1960.
- COHEN, Gerald A., "Freedom and Money", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 1, 2000, http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=4523&id_item_menu=5858.
- _____, *Rescuing Justice and Equality*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2008.
- _____, *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- _____, *Why Not Socialism?*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2009.
- COOTER, Robert, *The Strategic Constitution*, Princeton: Princeton University Press, 2000.
- COURTOIS, Stéphane, et al. *The Black Book of Communism: Crimes, Terror, Repression*, trad. al inglés de Kramer, M. y Murphy, J., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999
- DOWNS, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, New York, Harper, 1957,
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1986.
- FISS, Owen, *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996.
- FRANK, Robert H.; GILOVICH, Thomas; y REGAN, Dennis T., "Does Studying Economics Inhibit Cooperation?", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 7, núm. 2, 1993.
- FRIEDMAN, David, *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2000.
- FRIEDMAN, Milton, *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962.
- GAUS, Gerald, *The Order of Public Reason*, New York, Cambridge University Press, 2011.

- GRAY, John, "Against Cohen on Proletarian Unfreedom", *Social Philosophy and Policy*, vol. 6, núm. 1, 1988.
- GWARTNEY, James D. y WAGNER, Richard E., "Public Choice and Constitutional Order," en Gwartney y Wagner (comps.), *Public Choice and Constitutional Economics*, Londres, Jai Press, 1988.
- HARDIN, Russell, *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, New York, Oxford University Press, 2003.
- HAYEK, Federich, *Law, Legislation, and Liberty*, vol. 1: *Rules and Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1973.
- _____, *Law, Legislation, and Liberty*, vol. 2: *The Mirage of Social Justice*, Chicago, University of Chicago Press, 1976.
- _____, "The Use of Knowledge in Society", *American Economic Review*, vol. 35, núm. 4, 1944.
- _____, *The Road to Serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944.
- HAZLETT, Thomas, "The Dual Role of Property Rights in Protecting Broadcast Speech", *Social Philosophy and Policy*, vol. 15, núm. 2, 1998.
- HEVIA, Martín y SPECTOR, Ezequiel, "The Bizarre World of Historical Theories of Justice: Revisiting Nozick's Argument," *Social Theory and Practice*, vol. 34, núm. 4, 2008.
- HOHFELD, Wesley Newcomb, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning", *Yale Law Journal*, vol. 23, núm. 1, 1913.
- HONORÉ, Tony, "Ownership," en Guest, Anthony Gordon (comp.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- KAMM, Frances Myrna, *Morality, Mortality*, vol. 2: *Rights, Duties, and Status*, New York, Oxford University Press, 1996.
- KAVKA, Gregory S., *Hobbesian Moral and Political Theory*, Princeton, Princeton University Press, 1986.
- LOMASKY, Loren, "Libertarianism at Twin Harvard", *Social Philosophy and Policy*, vol. 22, núm. 1, 2005.
- LOMASKY, Loren, "Reflections on Clashing Liberalisms," en Pincione, Guido y Spector, Horacio (comps.), *Rights, Equality, and Liberty: Universidad Torcuato Di Tella Law and Philosophy Lectures*, Dordrecht, Kluwer, 2000.
- _____, *Persons, Rights, and the Moral Community*, New York, Oxford University Press, 1987.
- MITCHELL, William C. y SIMMONS, Randy T., *Beyond Politics: Markets, Welfare, and the Failure of Bureaucracy*, Boulder, Westview, 1994, parte III.

- MUELLER, Dennis, *Constitutional Democracy*, New York, Oxford University Press, 1996.
- NAGEL, Thomas y MURPHY, Liam, *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*, New York, Oxford University Press, 2002.
- NAGEL, Thomas, “Libertarianism without Foundations”, en Paul, Jeffrey (comp.), *Reading Nozick*, Totowa, NJ, Rowman and Littlefield, 1981.
- NARVESON, Jan, *The Libertarian Idea*, Philadelphia, Temple University Press, 1988.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974.
- OLSON, Mancur, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1965.
- OTSUKA, Michael, *Libertarianism without Inequality*, Oxford, Clarendon Press, 2003.
- PINCIONE, Guido y TESÓN, Fernando R., *Rational Choice and Democratic Deliberation*, New York, Cambridge University Press, 2006.
- PINCIONE, Guido, “The Constitution of Nondomination,” *Social Philosophy and Policy*, vol. 28, núm. 1, 2011.
- _____, “The Trolley Problem as a Problem for Libertarians”, *Utilitas*, vol. 19, núm. 4, 2011.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA., Harvard University Press, 1971.
- REVESZ, Richard L., “Rehabilitating Inter-State Competition: Rethinking the ‘Race-to-the-Bottom’ Rationale for Federal Environmental Regulation,” *New York University Law Review*, vol. 67, 1992.
- ROTHBARD, Murray, “Society without a State”, <http://www.lewrockwell.com/rothbard/rothbard133.html>.
- _____, *Man, Economy, and State*, 2a. ed., Auburn, Ludwig von Mises Institute, 2004 [1993].
- RYLE, Gilbert, “Knowing How and Knowing That”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 46, 1946.
- SAMUELSON, Paul A., “The Pure Theory of Public Expenditure,” *Review of Economics and Statistics*, vol. 36, núm. 4, 1954.
- SCHMIDTZ, David, “The Institution of Property,” en Schmidtz, David (comp.), *Creating Wealth: Ethical and Economic Perspectives*, San Diego, Cognella, 2011.
- _____, *The Elements of Justice*, New York, Cambridge University Press, 2006.
- _____, *The Limits of Government: An Essay on the Public Goods Argument*, Boulder, Westview, 1991.

- SEN, Amartya, *Development as Freedom*, New York, Knopf, 1999.
- SHAPIRO, Daniel, *Is the Welfare State Justified?*, New York, Cambridge University Press, 2007.
- SOWELL, Thomas, *Basic Economics: A Common Sense Guide to the Economy*, 3a. ed., New York, Basic Books, 2007.
- _____, *Knowledge and Decisions*, 2a. ed., New York, Basic Books, 1996.
- SPECTOR, Horacio, "The Right to a Constitutional Jury", *Legisprudence*, vol. 3, núm. 1, 2009.
- _____, *Autonomy and Rights: The Moral Foundations of Liberalism*, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- STIGLER, George J., "The Theory of Economic Regulation", 1971, *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, núm. 1, 1971.
- THOMSON, Judith Jarvis, "Killing, Letting Die, and the Trolley Problem", en Fischer, John Martin y Ravizza, Mark (comps.), *Ethics: Problems and Principles*, Fort Worth, Harcourt, 1992.
- _____, *The Realm of Rights*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1990.
- _____, "The Trolley Problem", *The Yale Law Journal*, vol. 94, núm. 6, 1985.
- VALLENTYNE, Peter, "Libertarianism", en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2009, <http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/libertarianism/>.
- WALDRON, Jeremy, *The Right to Private Property*, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- WENAR, Leif, "The Concept of Property and the Takings Clause," *Columbia Law Review*, vol. 97, núm. 6, 1997.