

Un libro de derecho del siglo XXV,

Controversia 7

Para comenzar esta reflexión, formulemos una pregunta necesaria: ¿una disposición o afectación legal de la sociedad disminuye el valor de los derechos de propiedad? Tal pregunta provoca el impulso de contestar con un emotivo y contundente «¡Sí!». Sin embargo, la regulación pública de los derechos de propiedad debería suscitar una reflexión más profunda que la que se ha producido hasta ahora.^A Desde nuestra perspectiva, los derechos de propiedad son un instrumento propio de los individuos que viven en sociedad, el que deriva su contenido y significado del hecho de que sirve para que las personas formen las expectativas que permiten mantener racionalmente un trato social.^B Así, el titular de un derecho de propiedad, para actuar de determinada manera o para impedir que los demás restrinjan su acción, opone su resistencia personal: invoca el

^A Cabe resaltar que los derechos de propiedad son aquellos que hemos adquirido en el mercado, como el bien que poseemos y del cual podemos apartar a otros, o las bendiciones de que gozamos, como nuestra libertad y nuestra fuerza de trabajo, de las cuales nadie puede privarnos.

^B Demsetz, Toward a Theory of Property Rights, *The American Economic Review* lib. 57 pág. 347 (1967); Félix Huanca Ayaviri (1964-), *Análisis Económico del Derecho* págs. 8-14 (1995).

refundido para el siglo XXJ

consentimiento de los demás miembros del grupo social, o por último, acude a la tutela de instituciones político-jurídicas. Coase desmonta la lógica del argumento: en el supuesto de que los costes de transacción sean bajos, el mercado opera un reajuste, lo cual es determinante para que los efectos externos de la acción sean interiorizados por el sujeto económico. De tal forma, las externalidades positivas se interiorizarán por el sujeto económico mediante el ejercicio del derecho de propiedad que confiere la posibilidad de excluir a terceros de los beneficios de su actividad. De igual forma, las externalidades negativas quedarán interiorizadas por medio del derecho que ejerce un tercero, el mismo que le confiere la facultad de restringir cualquier acción que le cause un perjuicio. Si esto sucede, la creación o reconocimiento de los derechos de propiedad, en alguna medida, cumpliría la función de interiorizar las externalidades. Al producirse la interiorización de las externalidades, el sujeto económico toma en cuenta en mayor medida los costos y beneficios que resultan de la acción económica y optimiza el uso de los recursos, lo que redundaría en un mayor bienestar social.

Aunque las viejas polémicas en torno a la propiedad privada han decrecido, no han quedado definitivamente olvidadas. Por tanto, resulta pertinente recordar que marcó un hito, en la evolución de los derechos de propiedad, la predicación franciscana de la cristiandad como el evangelio de los

Un libro de derecho del siglo XV^g

pobres. Quienes se entregan *auf die marxistische Ideologiekritik* podrían conducirnos a pensar que dicho concepto ha sido promulgado para la promoción, la defensa y la justificación del orden capitalista, como medio que facilite la explotación del pobre. Sin embargo, el observar la evolución del concepto en la historia del derecho permite una lectura precisamente contraria: éste se fragua con las variadas formas de organización que adoptaron las órdenes mendicantes en el ejercicio de su apostolado.^A Siglos antes de que surgiera un discurso acartonado que vaticinara la hipotética revolución del proletariado y que, como remedio radical, propugnara la abolición violenta de la propiedad privada sobre los medios de producción, la predicación franciscana hizo de la mayor pobreza la más templada de las armas espirituales. De tal suerte que una oleada de comentaristas y polemistas jurídicos comenzaron a indagar la naturaleza y función de los derechos de propiedad, en busca de una conciliación definitiva en torno a la distinción entre *simplex usus*

^A Gilbert Keith Chesterton (1874-1936) pinta, en *St. Francis of Assisi* (1923), un cuadro lúcido y penetrante de este personaje; no cuenta mucho, pero da unas claves esenciales para su comprensión. Hijo de un comerciante de Asís, el Juglar de Dios (1182-1226) utilizó la pobreza evangélica como un argumento para confrontar la avaricia de los mercaderes de su tiempo. «*Fratres nihil sibi approprient... uadant pro eleemosyna confidenter, nec oportet eos uerecundari, quia dominus pro nobis se fecit pauperem in hoc mundo*». *Regula bullata* (1209).

refundido para el siglo XXJ

factus y la verdadera propiedad, a la vez que pusieron en tela de juicio si existe realmente diferencia entre ambos conceptos —incluso en el terreno de los bienes consumibles— Así, Juan XXII (1249-1334) aseguró que «*in rebus quæ usu consumuntur, usum separari non posse ab earum dominio*»^A.

Consideramos útil y esclarecedor establecer una cierta matización. El punto sobresaliente de la controversia acerca de la pobreza franciscana radica en que constituye una percepción de indiscutible congruencia, pues la renuncia al derecho de propiedad viene acompañada, no casualmente, por la radical denegación de la voluntad del individuo, característica que destaca la importancia del aspecto volitivo en la esencia misma del concepto de derecho de propiedad, tal y como señala el padre Molina, «*eiusmodi ius dependenter semper a voluntate eorum*».^B Las diversas modalidades y categorías de los derechos de propiedad, en sí mismas, son una extensión de la voluntad: la más genuina expresión de la propia personalidad. No hay valor más relevante para el hombre de carne y hueso que el dominio sobre la libertad individual, puesto que llama poderosamente la atención que, a partir de su propia libertad, la persona ejerce la plenitud del dominio

^A Cfr. *Ad conditorem canonum* (1322). Umberto Eco (1932-) utiliza la controversia de trasfondo en una de sus más significativas novelas, *Il nome della rosa* (1980).

^B Cfr. *De iustitia et iure trat. 2 disp. 6*.

Un libro de derecho del siglo XVI

sobre las demás cosas y puede usar y gozar de éstas. «*Nihil enim est homini amabilius libertate propriæ uoluntatis; per hanc enim homo est et aliorum dominus, per hanc aliis uti uel frui potest*». ^A Los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos hacen hincapié en la libertad natural. Por consiguiente, cabe destacar que provocan una transformación radical del propio concepto de derecho de propiedad y su contenido esencial, al expresar que es un poder o una facultad jurídicamente tutelada que corresponde a una persona. «*Quicumque ergo habet facultatem secundum leges, habet ius[-dominium]*». ^B Comparten el criterio de que la propiedad debe ser considerada como una institución del derecho natural secundario o del derecho de gentes primario, y coinciden en advertir la separación entre la esfera de la naturaleza y el nuevo espacio de la innovación humana. La división de los derechos de propiedad surge como herramienta de gran utilidad para el hombre, cuyo ámbito de interacción es en mayor medida resultado del puro artificio humano que de la misma naturaleza. En el contexto aquí evocado, la existencia de derechos de propiedad jurídicamente definidos en cuanto a su alcance, transferencia y sus mecanismos de ejecución

^A Doctor angélico, *De perfectione spiritualis uitæ cap. II* (1269).

^B Vitoria, *Scholia in Secundam Secundæ Sancti Thomæ* pág. 62 I (1535). Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik, Studien zur Wissensziologie der modernen Gesellschaft lib. 2* pág. 56 (1981).

refundido para el siglo XIX

forzosa, publicita la información que poseen los particulares sobre el poder de hecho que son capaces de ejercer sobre las cosas e incentiva una gestión óptima del manejo de recursos naturales al asignarse a los particulares. Por ello, el Doctor Angélico advierte que la propiedad privada es una especie de gestión que atiende fundamentalmente a una necesidad práctica;^A reedita aquel argumento utilizado hace dos mil años por el Estagirita, quien plasmó su manifiesto rechazo a la abolición de la propiedad privada, propugnada por el más dañino de los filósofos, el adalid del engaño Platón. Al decir del Estagirita, lo que es de todos nadie lo cuida, «ἡκιστα γὰρ ἐπιμελείας τυγχάνει τὸ πλείστων κοινόν».^B La propiedad privada llena el vacío provocado por la desidia de la gestión colectiva; se cuida mejor lo propio que lo ajeno, puesto que cada cual deja para otro el trabajo que le corresponde hacer para promover el bien común. Así, el derecho de bienes pasa a ser un sistema de comunicación y de incentivos. Es dable señalar que el derecho romano no estipula cómo el propietario debe cuidar de sus pertenencias. *Per contra*, utiliza la conducta del propietario quien tiene los incentivos y la información —el padre de familia— como principal baremo de la

^A *Summa Theologiæ tertia cuest. 55.*

^B *Πολιτικῶν lib. 2 cap. 1.*

Un libro de derecho del siglo XVIII,

diligencia en el resto del ordenamiento jurídico privado.

Los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos dejan en claro que emanan un sinnúmero de beneficios de la propiedad privada. Cabe destacar que Vázquez de Menchaca contribuye aportando una novedosa reflexión sobre el agotamiento de los recursos comunitarios, a causa del acceso irrestricto.^A Dentro de este contexto, compara la pesca de alta mar con la explotación indiscriminada propiciada por la caza en un exuberante bosque o la pesca en un río virgen: con el creciente número de pobladores proclives al uso del bosque o del río, el resultado será la sobreexplotación de pescado o la acelerada destrucción de fauna silvestre. Nos enfrentamos ante una situación de inexistencia de incentivos para el manejo racional de estos recursos, mientras que existen amplios incentivos para su explotación. Los derechos de propiedad exclusivos para la explotación del bosque o del río, condiciona a los propietarios de estos recursos con un marcado interés en el mantenimiento y preservación de los mismos. El jurista vallisoletano

^A Los comentaristas del país del norte del análisis económico del derecho parecen haber olvidado por completo, que la tragedia de las comunas constituye, correlativamente, un tópico elemental del *ius commune*. Desde ningún punto de vista es original Garrett Hardin (1915-2003), en *The Tragedy of the Commons*, *Science lib.* 162 pág. 1243 (1968).

refundido para el siglo XXJ

esclarece, «*si multi uenentur aut piscentur in terra uel flumine, facile nemus feris, et flumen piscibus euacuatum redditur, id quod in mari non est ita*».^A Remontándonos a la realidad imperante en el siglo XVI, cabe precisar que el océano parecía no estar sujeto al potencial peligro de una acelerada destrucción de sus recursos, incluso hasta el punto de que se pudiera considerar la desaparición de los mismos de continuar con ese frenético ritmo. Vázquez de Menchaca señala que existía una cantidad de recursos piscícolas en el océano de tal grado, que en apariencia no ameritaba un esfuerzo encaminado a crear un sistema de manejo racional de los mismos.

Cabe puntualizar que ha llegado el momento de retomar una tradición de liberalismo de la herencia cultural propia: los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos formulan una teoría limitativa del estado al ampliar la definición de los derechos de propiedad. Estos doctores comparten la opinión de que los derechos de propiedad son independientes del estado. La discusión sobre la (in)dependencia del estado de los derechos de propiedad nos permite sostener que, si son independientes, el estado debe justificar la regulación pública;^B al contrario, si fuesen

^A *Controuersiarum illustrium aliarumque usu frequentium lib. 2 tit. 89.*

^B Véanse de David Friedman(1945-), Private Creation and Enforcement of Law: An Historical Case en *The Journal of*
161

Un libro de derecho del siglo XV^o

dependientes o si hubiesen sido transferidos, la capacidad de regular la propiedad privada por parte del estado sería simplemente absoluta.

En esa tradición filosófica del hipotético *pactum societatis*, en virtud del cual los ciudadanos pactaron libremente constituirse en estado, los legistas del medioevo se abocaron constantemente en despejar el interrogante de si la *Lex regia* importaba una transferencia definitiva de los derechos de propiedad en favor del Príncipe. Azón pensaba que el pueblo no abdicaba de la totalidad de sus derechos y poderes, «*dicitur enim translata, id est concessa, non quod populus omnino a se abdicauerit*». ^A Baldo de Ubaldi (1327-1400), por su parte, apelaba a la lectura literal y sacaba una conclusión diametralmente opuesta: «*Et nota uerbum, <dedit>; ergo populus perdidit*». ^B En este sentido, el canonista Segovia ha proporcionado el más contundente argumento, que el pueblo no abdicaba de la totalidad de sus derechos y poderes, los cuales son en todo caso intransferibles, irrenunciables e inalienables: «*nunquam sibi abdicat propterea, quod inseparabilis est ab ea*». El pueblo es el único sujeto al que se le debe

Legal Studies lib. 8 pág. 399 (1979) y Efficient Institutions for the Private Enforcement of Law en *The Journal of Legal Studies* lib. 13 pág. 375 (1984).

^A *Summa Codicis* lib. 1, tit. 14 (1482).

^B *Lectura super prima et secunda parte Digesti uetiris* lib. 1 tit. 2 (1498).

refundido para el siglo XIX

imputar estos derechos y poderes, sin mediación alguna, «*que propterea, quod unicum subiectum est ac immediatum potestatis ipsius*».^A Así, Vázquez de Menchaca apuesta por una interpretación *Legis regis* por su propia naturaleza y por la materia sobre la cual versa, y no literal, «*Sique qualis est natura principatus, talis esse debet illorum uerborum utcunque gerenalium interpretatio*»;^B reitera, una y otra vez, en su magistral tratado sobre el derecho de bienes, que el estado se constituye para la utilidad del pueblo, y jamás debería permitirse interpretación alguna en sentido contrario, «*ad utilia tantum, non etiam quod ad contraria*».^C Esta utilidad consiste específicamente, según Suárez, en los bienes públicos —que se ordenan inmediatamente al uso y usufructo de toda la comunidad, «*sed totius communitatis, ad ciuis usum, uel usumfructum immediate ordinatur*»—, y en los bienes objeto de propiedad privada e intereses de particulares —«*Aliud uero est bonum commune solum secundario, et quasi per*

^A *Historia actorum generalis synodi Basiliensis lib. 17 tit. 42.*

^B *Controuersiarum illustrium aliarumque usu frequentium lib. 1 tit. 43.*

^C Puede constatarse la deuda intelectual de Vázquez de Menchaca para con Segovia, desde el momento en que éste sitúa su obra en el concilio de Trento (1545-1563) paralelamente al trabajo de Segovia, que, a su vez, también refleja su participación en el concilio de Basilea (1431-1445).

Un libro de derecho del siglo XVII

redundantiam; immediate autem bonum priuatum est, quia sub dominio priuatæ personæ»^A—.

John Locke (1632-1704) pretende justificar la propiedad privada, apoyándose en un fundamento que, por así decirlo, aparece como una versión menos precisa de la doctrina formulada por los doctores de la segunda escolástica, la cual a su vez encontraba su basamento en los postulados de la libertad natural; el fundador del liberalismo inglés, quien vino a legitimar la revolución que acababa de poner fin al absolutismo de los Estuardo, pensaba que la propiedad privada se justificaba por el trabajo del individuo, «*it has by this labour something annexed to it that excludes the common right of other men*».^B Es exactamente la tesis que, en cuanto a su contenido, fue reproducida en el siglo XVIII por el padre de la economía y el profeta de la libre empresa, Adam Smith (1723-1790):^C «*the property which every man has in his own labour, as it is the original foundation of all other property, so it is the most sacred and*

^A *Tractatus de Legibus et Legislatore Deo lib. 1 tit. 7.*

^B *Second Treatise of Civil Government lib. 5 cap. 17 (1690).*

^C Smith *passé communément pour le père fondateur de l'économie politique: l'Écossais ne cite jamais ses sources. Par exemple, la fabrique d'épingles, qui illustre ses réflexions sur la division du travail, a été copiée de l'article Épingles de l'Encyclopédie de 1755. Un demi-siècle avant, Bernard Mandeville (1670-1733) affirme la notion de main invisible, sinon le termine, The fable of the bees (1729).*

refundido para el siglo XXJ

inviolable».^A Se produce, en aquel momento, el fenómeno de la objetivación del trabajo,^B que lejos de desembocar en la defensa irrestricta de la propiedad privada, coadyuvará abiertamente en el pensamiento del sucesor más conocido de Smith: Marx. Examinemos lo que Marx llamaba la <descarada plusvalía>, que supone apropiarse del trabajo de otros: la misma tiene ya detrás de sí la objetivación del trabajo. Modernamente, la objetivación del trabajo conduce al filósofo estadounidense Robert Nozick (1938-2002) a que arriesgue explicar el sentido de la propiedad privada con una doctrina que se apega a principios tan rígidos e irrenunciables que impide cualquier aclaración.^C Los doctores de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos, poseedores de un amplio conocimiento del derecho romano^D y

^A *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* lib. I cap. 10 (1776).

^B *Die Arbeit als Form der Hegelschen Entäußerung vermittelt gleichzeitig die Selbstverwirklichung und die Entfremdung der menschlichen Persönlichkeit.*

^C Cfr. *Anarchy, State and Utopia* págs. 152-153 (1974).

^D Vázquez de Menchaca enfatiza que casi toda la propiedad tiene su origen bien en la usucapión, bien en la prescripción del *ius commune*, mediante una posesión continua en el tiempo, transformando una situación de hecho en una situación de derecho, cuyos antecedentes los encontramos en el derecho romano, y no así en la legitimadora mítica de un primer poseedor que fascinaría tanto a los ilustrados.

Un libro de derecho del siglo XVIII,

consagrados a la defensa de los derechos de los pueblos aborígenes, jamás hubieran propuesto la devolución de tierras que consideran suyas tras cinco siglos de usurpación, sin más precisión, tal como lo impone el sistema de Nozick, quien escasamente abandona su visión filosófica, lo cual dificulta el esclarecimiento doctrinal desde el enfoque de la *common law* en este ámbito. Cabe destacar que la tendencia a la objetivación del trabajo se orienta siguiendo los rasgos generales del racionalismo, que representa ese decisivo cambio de mentalidad experimentada por la sociedad europea durante el período de la Ilustración —y que no refleja el mito calvinista del valor del trabajo^A—. Las falsas ideas de la filosofía racionalista alimentan un círculo perverso y provocador: se justifica la despersonificación, o sea, la pérdida de todos los rasgos y características individuales y concretos de la existencia genuina, para hacer desaparecer todo lo que en el hombre de carne y hueso es verdaderamente propio e intransferible; a la vez, se personifica al ente abstracto del estado. Asimismo, fracasó el intento de fundamentar la libertad o la autonomía en una Razón universal y atemporal, que anda por ahí susurrando imperativos categóricos e incondicionados, donde

^A Emil Leopold Ferdinand Kauder (1901-), *The Retarded Acceptance of the Marginal Utility Theory*, *Quarterly Journal of Economics* lib. 67 pág. 564 (1953); Murray Newton Rothbard (1926-1995), *An Austrian Perspective on the History of Economic Thought* lib. 2 (1995).

refundido para el siglo XXI

Kant, tal vez, bastante ingenuamente, había creído cimentar *der Respekt vor der Persönlichkeit*.^A Y Hegel, por su parte, intenta concebir al autodespliegue del Espíritu Objetivo ciertamente más allá de la individualidad de quienes lo conforman. En la obra de Margaret Jane Radin (1941-) perdura la evocación de la personalidad —en sentido hegeliano, naturalmente—, con esa aura de incompreensión que rodea todo ideal personificado: el individuo se convierte en un sujeto que queda atrapado en la abstracción, lo cual asegura su verdadera autodeterminación, no como persona, sino sólo en la medida que se es miembro de un estado corporativo.^B Destacamos que el hombre no es un ente abstracto o un

^A El estudio del intelecto ha sido una obsesión del pensamiento occidental. Desde el siglo V, podemos observar que san Agustín ya había dicho todo lo necesario para comprender la racionalidad limitada. Ante todo, había señalado la necesidad de la constitución de una esfera de heteronomía, con un argumento tan proverbial como el refrán de que el camino al infierno está empedrado de buenas intenciones. *De ciuitate Dei contra paganos lib. 22*.

^B Property and Personhood, *Stanford Law Review* lib. 34 pág. 957 (1982); Market-Inalienability, *Harvard Law Review* lib. 100 pág. 1849 (1987); The Liberal Conception of Property: Cross Currents in the Jurisprudence of Takings, *The Columbia Law Review* lib. 88 pág. 1667 (1988); The Colin Ruagh Thomas O'Fallon Memorial Lecture on Reconsidering Personhood, *Oregon Law Review* lib. 74 pág. 423 (1995); *Reinterpreting Property* (1993); *Contested Commodities* (1996).

Un libro de derecho del siglo XVIII,

espantajo colectivo, sino un ser *de carne y hueso* en un sentido real —bestial—. La propiedad privada tiene una función que a menudo no se comprende. Basta la atinada observación de que las propiedades privadas están mucho mejor mantenidas que las que pertenecen a la comunidad, para esclarecer el asunto práctico, no filosófico, que está en el fondo de la cuestión.

C'est seulement a partir de 1870 que, avec l'Ecole autrichienne, la theorie de l'utilité subjective pourra refaire surface et s'imposer a nouveau. Y no será sino hasta la década de los años treinta cuando se logre abordar el estudio económico de las instituciones jurídicas, que da lugar al análisis económico del derecho.^A Como hemos explicado, la revolución ordinalista refleja la aplicación al ámbito de la economía de las enseñanzas de los positivistas lógicos del Círculo de Viena,^B quienes coinciden en la necesidad de hacer una distinción tajante entre el nexo de causalidad y de la racionalidad: *causa siue ratio*; estos componentes se han confundido entre sí con mucha frecuencia en el pensamiento occidental y es incontestable que tal confusión se hace maraña a partir de la Ilustración. El filósofo inglés

^A Knight, Some Fallacies in the Interpretation of Social Cost, *Quarterly Journal of Economics* lib. 38 pág. 582 (1924); Scott Gordon (1924-), The Economics of a Common Property Resource: The Fishery, *Journal of Political Economy* lib. 62 pág. 124 (1954).

^B *Wissenschaftliche Weltauffassung: Der Wiener Kreis* (1929).

refundido para el siglo XXJ

Alfred Jules Ayer (1910-1989) reflexiona del siguiente modo acerca de este hecho: «*propositions and questions which are really linguistic are often expressed in such a way that they appear to be factual*». ^A Los cuestionamientos epistemológicos están, por consiguiente, en la base del cambio de la economía de un concepto inverificable, como el <nivel de bienestar>, a un concepto positivo, como la <preferencia revelada del individuo>. La reafirmación de la teoría subjetiva del valor tiene que ver no sólo con la reformulación de sistemas conceptuales, sino que resulta explicativa para el derecho romano, que es eminentemente práctico, como la plomería.

Marquemos la diferencia entre el dominio público y privado, temática que nos fue legada por el brevario compilado por órdenes del emperador Justiniano (483-565). «*Publicum ius est, quod ad statum rei Romanæ spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem*». ^B Según nuestra comprensión, el gobierno actúa sobre diversas actividades, al permitir que algunas se realicen y desaprobando otras. La propiedad

^A *Language, Truth and Logic* pág. 57 (1936); Ayer abre esta obra con una frase apretada que lo dice casi todo acerca de la filosofía: «*The traditional disputes of philosophy are, for the most part, as unwarranted as they are unfruitful*».

^B Inst. *De iustitia et iure* l. IV. Antonio Pichardo Vinuesa, *Commentariorum in Quatuor Institutionem Iustinianærum Libros lib. I* (1657).

Un libro de derecho del siglo XVII

privada, en gran medida, abarca la libertad de hacer lo que se desea dentro de ciertos dominios. En boca de Vázquez de Menchaca, «*est enim naturalis fucultas eius, quod facere libet*».^A Como ya hemos referido anteriormente, los doctores de la escolástica barroca se mostraron partidarios de definir el concepto de los derechos de propiedad, puntualmente, sobre la base de la libertad natural del hombre.^B

Entonces el gobierno y los derechos de propiedad están destinados a entrar en conflicto. Coase elude el análisis de este tema, es decir, cuándo respetamos el dominio privado, en el que la persona hace lo que le parece, o cuándo transgredimos el derecho de hacer o no hacer algo dentro de ese dominio. Nosotros vislumbramos una forma de decidir cuándo se van a respetar los derechos de propiedad para actuar de forma libre dentro de un cierto dominio, o bien, cuándo se va a permitir que sea la sociedad quien juzgue lo que puede hacerse y lo que no debe hacerse, cosa que coarta el uso de ese dominio. Esta respuesta tiene que ver con el supuesto de que los costos, habitualmente, están más dispersos que los beneficios, por las propiedades —externalidades negativas—. Si

^A *Controuersiarum illustrium aliarumque usu frequentium lib. I tit. 17.*

^B «*Et libertas quidem est, ex qua etiam liberi uocantur, naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut ui aut iure prohibeatur,*» Inst. *De iure personarum l. I.*

refundido para el siglo XXJ

los beneficios estuviesen más dispersos, dejaríamos de excluir al prójimo, o los correspondientes efectos de sus actividades, de nuestros dominios, como en el caso, que nuestro vecino cultivase un huerto cuyos frutos apetecibles cayesen en nuestra propiedad^A y que los pudiésemos disfrutar —externalidades positivas—. Sin embargo, excluimos a otros porque los costos están más dispersos. Las personas —los terceros— por lo general no permiten que se realice ninguna actividad que arrastre externalidades negativas en su propiedad a no ser que, aun de forma indirecta, puedan obtener beneficios.^B Sin embargo, algunas veces sucede que las personas —sujetos económicos— aprehenden, mediante una actividad productiva, beneficios concentrados que son mayores que los costos dispersos en que se incurre. Por consiguiente, en el supuesto de costes de transacción elevados, limitar los derechos de propiedad de algunos, su capacidad de excluir costos de sus dominios, al dejar que otros continúen la

^A Cfr. *ff. De Glande legenda l. I*; es dable señalar que el derecho romano permitía, en este caso, al vecino entrar a nuestra propiedad en días alternos para recogerlos.

^B Demsetz propone que los derechos de propiedad se crean para interiorizar las externalidades «*when the gains of internalisation become larger than the cost of internalisation*», *Toward a Theory of Property Rights* en pág. 350; Alchian and Demsetz, *The Property Right Paradigm*, *Journal of Economic History* lib. 33 pág. 16 (1973).

Un libro de derecho del siglo XVIII

actividad, reportaría utilidades a todos.^A En vista de que a las demás personas se les impide excluir costos de sus dominios, el valor de sus derechos de propiedad se ve disminuido. Esto no conduce a la paz social; como dice el Doctor Angélico «*magis pacificus status hominum conseruatur, dum unusquisque re sua contentus est*».^B Aun fuere éste el caso, aquellos que aprehenden los beneficios, que son más cuantiosos que todos los costos dispersos, poseen dinero suficiente para compensar al grupo cuya propiedad sufre el costo de dicha actividad. Una vez que la redistribución ha sido efectuada, todos quedan satisfechos, y por medio de la acción del gobierno, el grupo multiplica su riqueza.^C

Para recapitular, en el supuesto de costes de transacción elevados, toda vez que emprendemos cierta actividad en la cual los beneficios concentrados

^A Joel Franklin Brenner (1947-) apunta que, en Inglaterra, durante la revolución industrial, la doctrina del «*nuissance*» en la *common law* —cercana al «abuso del derecho» del derecho civil— dejó de aplicarse a las actividades que reportaban beneficios netos a la comunidad, *Nuisance Law and the Industrial Revolution*, *The Journal of Legal Studies* lib. 3 págs. 403, 412-15 (1974).

^B *Summa Theologiae tertiae quest. 55.*

^C Damos por sentado que ellos pueden enajenar los beneficios. Luego echaremos por tierra esta suposición. En las transacciones políticas no la requerimos, pues ahí la compensación puede ser otorgada en otras formas.

refundido para el siglo XX

que aprehendemos son mayores que los costos dispersos, pagamos por los perjuicios que otros sufren y nos enriquecemos por medio de la transacción que se efectúa mediante la intervención del estado: la regulación pública de los derechos de propiedad.

