

MACONDO: PROPIEDAD Y TRAGEDIAS

MACONDO: PROPERTY AND TRAGEDIES

Guillermo Arribas Irazola*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Ex miembro del Consejo Directivo de THĒMIS

Ex Editor General de THĒMIS-Revista de Derecho

Property involves the possibility for men to control their surroundings. Part of this control involves the exclusion of others from the benefits produced by their controlled goods. The possibility to exclude or not to exclude others allows or prevents an efficient use of goods. So the tragedy of the commons arises when there are no rights of exclusion; and the tragedy of anticommons, where there is an excess of exclusion rights.

In this article, the author makes a complete analysis of the tragedy of commons and anticommons, in relation with property rights, pointing out the differences and similarities between both of them, their presence in everyday life and their relevance in our legal system.

KEY WORDS: *Tragedy of commons; Tragedy of anticommons; property; right of exclusion; Rights in rem.*

La propiedad nace con la posibilidad del hombre de controlar aquello que lo rodea. Parte de este control implica la exclusión de los demás respecto de los provechos que se obtienen del bien controlado. La posibilidad o no de excluir a los demás permite o impide un uso eficiente de los bienes. Así surge la tragedia de comunes cuando no existen derechos de exclusión; y la tragedia de anticomunes, cuando hay un exceso de derechos de exclusión.

En el presente artículo, el autor realiza un completo análisis de la tragedia de comunes y anticomunes en relación al derecho de propiedad, indicando las diferencias y semejanzas entre ambas, su presencia en la vida diaria, y su relevancia en nuestro ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: *Tragedia de comunes; Tragedia de anticomunes; propiedad; derecho de exclusión; Derechos Reales.*

* Abogado. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociado del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez. Contacto: gar@prc.com.pe

I. INTRODUCCIÓN

Las ciudades no fueron siempre ciudades; al inicio, todas fueron Macondo. Tierra vacía y un grupo de personas que comenzó a construir lo que poco a poco tomó forma de ciudad. ¿La razón? Necesidad.

Cuando José Arcadio Buendía, Úrsula y los demás colonos de Macondo se cansaron de buscar el mar y decidieron constituir Macondo, no existía ciudad, no existía Estado y mucho menos Código Civil. Los colonos poseyeron la tierra, la dividieron y organizaron.

Con el tiempo, la posesión se transformó en propiedad, la propiedad se transformó en ley y la ley en Código Civil. El derecho de propiedad no siempre existió entre nosotros, al menos no como el concepto legal y abstracto típicamente estudiado. Éste se fue decantando en la convivencia.

Macondo no fue siempre Macondo, como la propiedad no siempre fue propiedad. No recordar el inicio de la ciudad puede hacer que no se entiendan sus imperfecciones, ni se sepa cómo cubrirlas. Si bien el tiempo y la sociedad occidental ha concluido un derecho de propiedad equivalente al previsto en nuestra Constitución y Código Civil, éste no está exento de tragedias, presentes y vigentes, pero no del todo comprendidas.

II. ORIGEN DE LA PROPIEDAD

¿Dónde nació la propiedad? En la posibilidad del hombre de controlar lo que está a su alrededor. El cazador que capturaba el animal, el agricultor que sembraba la tierra, el primer Buendía que dividió el terreno de Macondo.

La propiedad privada como la conocemos está consagrada tanto en la Constitución como en el Código Civil, pero esto no fue siempre así. La propiedad legal es una abstracción, un derecho. En realidad, la propiedad legal es el resumen de muchos años, un camino en el que sociedades como la nuestra consideraron necesario reconocer y proteger el control del hombre sobre los bienes.

En un inicio todo fue posesión, y no posesión como la prevista en el Código Civil, sino en el sentido real de palabra. Los hombres hacían esfuerzos por controlar la naturaleza y servirse de ella. El grupo de cazadores que tomaba una

presa y consumía su carne estaba ejerciendo control sobre dicho animal. En caso cualquier tercero ajeno al grupo de cazadores hubiera tratado de tomar parte de la carne sin el consentimiento del grupo, los cazadores hubieran repelido al intruso.

El ejemplo de los cazadores muestra los inicios de la propiedad, una propiedad esencial y desnuda, que tenía como centro dos características base: (i) Controlar el bien; y, (ii) defender ese control frente a terceros.

Pero la institucionalización de este control se construyó de a pocos, de distintas maneras y en distintos momentos. Imaginemos dos Macondos; en uno, los animales que transitan por el pueblo son sedentarios y, en el otro, son principalmente nómades. Si los animales son sedentarios, los habitantes de Macondo tendrán los incentivos para delimitar el área del pueblo, porque querrán cuidar de los animales para que estos no se extingan y puedan seguir sirviendo de sustento. En cambio, si los animales son nómades, los habitantes de Macondo no tendrán el mismo interés. Después de todo, las presas que pasan frente a sus casas hoy podrán estar en otro Macondo mañana. Este Macondo existió, en la zona ocupada por los indios del noroeste y suroeste americano.

De acuerdo a los estudios antropológicos realizados por Eleanor Lacock y Frank G. Speak sobre los indios del noroeste americano –zona que hoy ocupa parte de la región de Quebec–, estos desarrollaron una estrecha relación entre la tenencia de la tierra y el comercio de pieles de animales. Este Macondo implementó de manera natural un sistema similar al derecho de propiedad privada, pues era fácilmente identificable cuáles animales pertenecían a la zona. Los indios del noroeste generaron un sistema por el cual la piel de los animales cazados en un territorio determinado era de “propiedad” del titular del terreno.

En contraste, los indios del suroeste no generaron derechos asimilables a la propiedad privada sobre sus tierras. En el suroeste, los animales se desplazaban con facilidad entre los distintos territorios, siendo irrelevante adoptar una regla como la de los indios del noroeste. Lo que generaba también mayor movilidad de las comunidades.

La diferencia entre los Macondo del sureste y noreste americano está en el costo de oponer

su derecho y el interés en hacerlo; es decir, el costo de hacer respetar el control sobre los animales frente a terceros. Si los animales de la zona son sedentarios, los pobladores los pueden proteger o reclamar las pieles a un costo reducido. En cambio, si los animales son principalmente nómades, los pobladores no podrán controlar lo que suceda con ellos a un costo razonable y, por tanto, tampoco podrán oponer este control frente a terceros.

El hombre, de manera natural, ha pretendido controlar lo que se encuentra a su alrededor, como en el caso de los cazadores. Parte de este control implica la exclusión de los demás respecto de los provechos que se obtienen del bien controlado. La posibilidad o no de excluir a los demás, como se explicará en la siguiente sección, permite o impide un uso eficiente de los bienes. Sin embargo, este poder de exclusión, y la existencia de propiedad, solo será eficiente si el contexto permite que los costos de exclusión sean menores a los provechos que el uso del bien genera.

En el ejemplo de los cazadores, el bien controlado es el animal cazado. Como parte de este control, en caso cualquier tercero trate de arrebatar la presa a los cazadores, estos la defenderán, excluyendo al intruso. Sin embargo, en el ejemplo de los indios del noroeste y suroeste americano, el control ya no es sólo sobre un animal individual, sino sobre todos los animales que se encuentren en una determinada área; la propiedad, en este caso, se extiende y se hace más compleja.

En el caso de los indios del noroeste americano, al ser los animales sedentarios, los costos de protección y exclusión de terceros son manejables, porque es posible identificar a los animales. En cambio, para los indios del suroeste americano, donde los animales son nómades, los costos de protección son mucho mayores, por lo que no se generó un sistema similar a lo que hoy conocemos como propiedad sobre los animales de la zona. Para los indios del suroeste americano era más barato cazar los animales que pasaban por su zona cuando lo necesitaban que controlar a todos los animales que estuviesen dentro de su pueblo.

Lo mencionado aparece de manera natural en la convivencia del hombre, pero, ¿por qué es necesario entonces el reconocimiento legal de la propiedad? Al crear el derecho legal de propiedad, la comunidad lo que hace es reconocer, dándole un nuevo nivel de protección, a las relaciones antes mencionadas. El diseño y reconocimiento del derecho de propiedad evita que, por un lado, la fuerza sea la fuente creadora de Derecho y, por otro, que en caso alguien trate de hacerse de provechos de un bien ajeno a la fuerza, el propietario tenga derecho a solicitar protección del Estado.

III. LA PROPIEDAD EN NUESTRO SISTEMA LEGAL

La propiedad otorga a su titular la facultad de servirse del bien como le plazca, permitiéndole excluir a cualquier tercero de los provechos del mismo. La exclusión de cualquier tercero permite al titular del derecho internalizar todos los beneficios y perjuicios del bien. Estas facultades resumen lo mencionado líneas arriba: La posibilidad de controlar el bien y oponer ese control frente a terceros.

En la teoría clásica de derechos reales, se conoce a esta facultad de exclusión como la oponibilidad *erga omnes*. Esta oponibilidad institucionaliza la práctica social: **Cuando un individuo es titular de un bien, la sociedad reconoce y respeta esta titularidad**. Demsetz lo explica del siguiente modo: “La propiedad privada implica que la comunidad reconoce el derecho del propietario a impedir que otros ejerzan los derechos privados de propiedad de ese propietario”¹.

El efecto *erga omnes* no supone que todos los individuos en el planeta sepan que soy propietario de mi auto; sería imposible. Esta característica, más bien, supone que los demás individuos tienen consciencia, primero, de que mi auto no es de su propiedad sin necesariamente saber quién soy; y, segundo, que en caso algún individuo entre indebidamente en contacto con mi auto, a pesar que el invasor no sepa quién soy, podré excluirlo pues el auto es mío. La exclusión, así entendida, es fundamental, siendo uno de los principales medios de defensa del propietario.

¹ DEMSETZ, Harold. “Hacia una teoría general de los derechos de propiedad”. En: The American Economic Review 57. 1967. p. 354.

El derecho de propiedad ha sido recogido en nuestro sistema legal tanto en la Constitución Política del Perú de 1993 como en el Código Civil de 1984. El artículo 2, inciso 16 de la Constitución reconoce la propiedad como un derecho fundamental:

Artículo 2.- “Toda persona tiene derecho: [...] 16. A la **propiedad** y a la herencia” [el énfasis es nuestro].

Asimismo, en el artículo 70 de la Constitución, el Estado garantiza:

Artículo 70.- “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”.

El Código Civil, por su parte, desarrolla el contenido del derecho fundamental a la propiedad:

Artículo 923.- “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”.

El derecho de uso, disfrute y disposición del propietario delinea lo que antes hemos enunciado como el **control que tiene el propietario sobre su bien**. El propietario tiene derecho a usar, disfrutar y disponer de sus bienes de manera libre en base a su derecho de propiedad. Honoré realiza un listado más amplio de estas facultades; estas se pueden derivar también del artículo 923. No obstante, el listado demuestra el control pleno que recibe el titular del derecho de propiedad sobre su bien:

“(1) the right to exclusive possession;
(2) the right to personal use and enjoyment;
(3) the right to manage use by others;

(4) the right to the income from use by others;
(5) the right to the capital value, including alienation, consumption, waste, or destruction;
(6) the right to security (that is, immunity from expropriation);
(7) the power of transmissibility by gift, devise, or descent;
(8) the lack of any term on these rights;
(9) the duty to refrain from using the object in ways that harm others;
(10) the liability to execution for repayment of debts; and
(12) residual rights on the reversion of lapsed ownership rights held by others”².

Cooter y Ulen explican cómo el derecho de propiedad debe incluir la facultad de control interno referida y, además, la posibilidad de oponer ese control frente a terceros. “Desde el punto de vista legal, la propiedad es un conjunto de derechos, los cuales describen lo que los individuos pueden o no hacer con los recursos de su propiedad: La medida en que pueden poseer, usar, transformar, transferir o excluir a otros de su propiedad. [...] Así pues, el concepto legal de la propiedad es el de un conjunto de derechos sobre los recursos que el propietario puede ejercer con libertad y cuyo ejercicio está protegido contra la interferencia de otros”³.

El control del bien y la posibilidad de oponer este control frente a terceros son dos caras de una misma moneda. En base a estas dos características, si Juan es propietario de su casa, internaliza todos los beneficios y perjuicios que se puedan gozar o sufrir respecto de la casa. Esto hará que Juan invierta o no en el bien con total libertad; finalmente, él será el único afectado con las bondades o males de su casa.

Michael Heller, por su parte, define el derecho de propiedad haciendo precisiones adicionales: “First, private property can be defined in terms of a core bundle of rights chosen from the infinite relations that may exist among people with respect to a scarce resource. Second, ownership of private property includes the possibility that an individual can control all or most of the core bundle, such that the owner’s decision on inclusion or exclusion will

² HONORÉ, Anthony. En: Oxford Essays in Jurisprudence 107. p. 28. Citado por: HELLER, Michael. “The tragedy of the Anticommons: Property in the transition from Marx to Markets”. En: Harvard Law Review 111. 1998. p. 663.

³ COOTER, Robert y Thomas ULEN. “Derecho y economía”. Segunda edición. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. 2008. p. 104.

be treated as relatively final by society. Third, owners may break up the core bundle, subject to constraints on decomposition that keep objects available for productive use, in an alienable form, and with a clear hierarchy of decision making authority among owners. Fourth, owners of private property may not break up the core bundle by granting too many privileges of inclusion or rights of exclusion in an object for too long a time”⁴.

En primer lugar, la propiedad privada se dará sobre bienes limitados. Si existe un bien de uso ilimitado, no tendría sentido establecer derechos de propiedad sobre este. Esto guarda relación con lo que se conoce en teoría económica de propiedad como **bienes de uso rival**. Un bien escaso no podrá ser utilizado por dos personas a la vez. Dos personas no pueden beber la integridad del contenido de una misma botella de agua. En cambio, dos personas si podrán leer el mismo libro a la vez por internet.

En segundo lugar, mediante la propiedad privada, se deben centralizar las decisiones del bien en su propietario. Si es que existen demasiados propietarios sobre un mismo bien, o distintos tipos de derechos que permiten bloquear la decisión del propietario, la propiedad privada se verá altamente afectada.

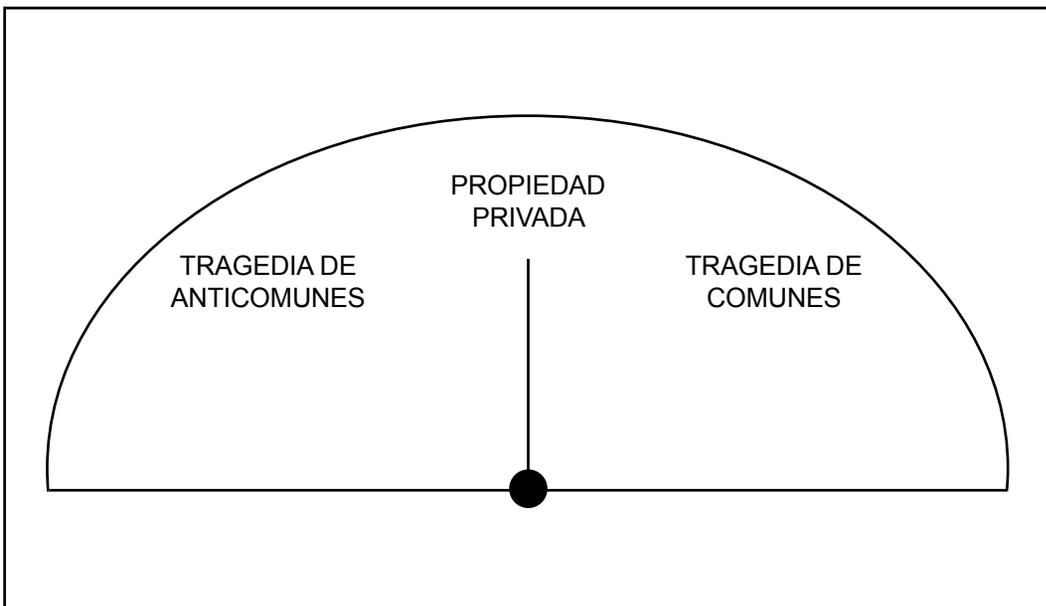
En tercer lugar, el propietario está habilitado a desmembrar su derecho y repartirlo entre distintos individuos. Esto cabe dentro del poder de disposición del derecho de propiedad. No obstante, este poder de disposición se verá limitado por el sistema legal para no generar divisiones ineficientes. Esta característica está presente también en nuestro Código Civil, pues si bien el propietario puede desmembrar su derecho de propiedad, caso del derecho de usufructo o uso, está limitado, en tanto los derechos reales siguen la consigna del *numerus clausus* o lista cerrada.

La propiedad privada se encuentra en el centro de la teoría de propiedad. Se podría decir que es el modelo más logrado porque permite a su titular interiorizar todos los beneficios o perjuicios del bien, generando un uso más eficiente de los mismos. Ver Gráfico 1.

IV. TRAGEDIA DE COMUNES

La tragedia de comunes es una patología que aparece en el derecho de propiedad cuando las facultades de exclusión son mínimas, o no existen, generando una sobreexplotación del bien. El término fue acuñado por Garrett Hardin en su artículo “The tragedy of the commons”, publicado en 1968. Él explica lo mencionado de la siguiente manera: “Therein is

Gráfico 1



⁴ HELLER, Michael. “The tragedy of the Anticommons: property in the transition from Marx to Markets”. En: Harvard Law Review 111. 1998. pp. 666 y 667.

the tragedy. Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit –in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all”⁵.

Si es que no existe derecho de exclusión, si es que el bien está a disposición de todos, lo que hará un hombre razonable es utilizar el bien sin límites. El problema surge cuando estamos ante un bien escaso, como es el caso de la mayoría de bienes. En ese instante, la explotación continua y desordenada de los sujetos generará la sobreexplotación del recurso, la misma que podrá terminar extinguiendo el bien.

Esta es una de las antítesis de la propiedad privada en los términos que ha sido explicada. Los individuos no invertirán en el bien porque sus logros beneficiarán a todos, no sólo a ellos. Por el contrario, todos utilizarán el bien porque no tendrán que asumir costos para servirse del recurso. Se genera un uso ineficiente de la propiedad. Ver Gráfico 2.

A pesar que el artículo de Garrett Hardin fue publicado en 1968, en 1967, Demsetz, al comentar los ya referidos estudios antropológi-

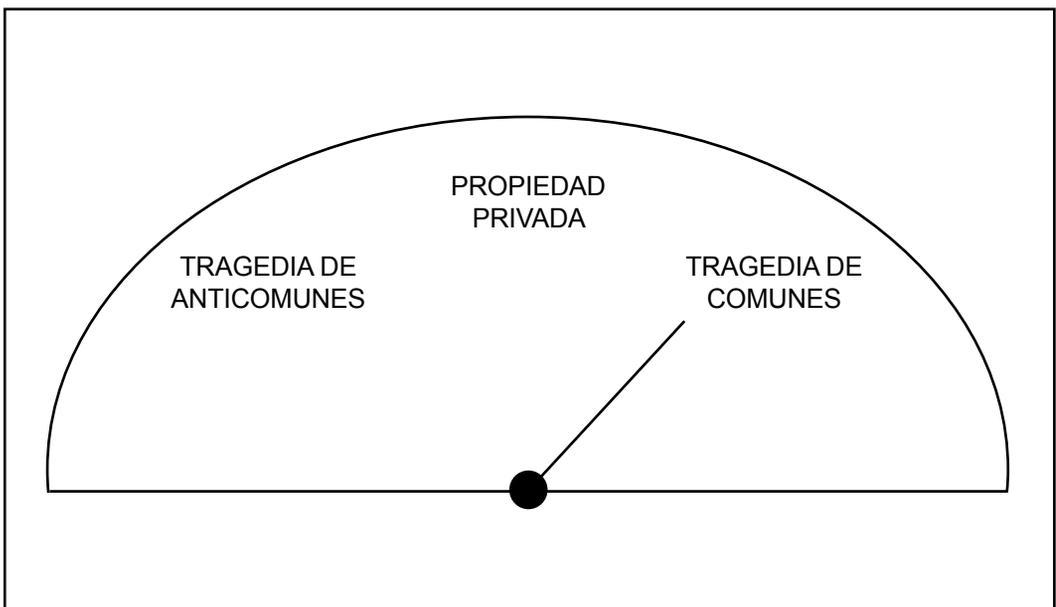
cos realizados por Eleanor Lacock y Frank G. Speak sobre los indios del noroeste y suroeste americano, se aproxima de manera precisa al concepto de tragedia de comunes.

“Lo mejor es que comencemos considerando un ejemplo concreto que nos centre el problema de la propiedad de la tierra. Toda persona tiene derecho a cazar, a labrar el campo y a explotar sus minas. Esta forma de propiedad no asigna el coste asociado al ejercicio por cualquier persona de sus derechos comunales de propiedad a esa persona. Si un individuo persigue que el valor de sus derechos comunales sea el máximo posible, tenderá a labrar o cazar en forma intensiva debido a que parte de los costes que ello implica serán soportados por otros. De esta forma, las reservas de caza y la fertilidad del suelo disminuirán rápidamente”⁶.

La falta de derechos de exclusión genera una sobreexplotación de los recursos, una caza desmedida en el ejemplo planteado. Pero la tragedia está no sólo en la extinción del recurso para los cazadores presentes; el problema se agrava si se toma en cuenta a los cazadores futuros.

Demsetz continúa diciendo que el “ejemplo de la propiedad de la tierra nos enfrenta in-

Gráfico 2



⁵ HARDIN, Garrett. “The tragedy of the commons”. 1968. p. 2.

⁶ DEMSETZ, Harold. Óp. cit. Loc. cit.

mediatamente con una gran desventaja de la propiedad comunal. No se tienen en cuenta los efectos de las actividades de una persona sobre sus vecinos y sobre las generaciones venideras”⁷.

En la misma línea, sostiene que “[P]or consiguiente, una caza abundante impone unos costos externos para los cazadores futuros, costos que no son plenamente tomados en cuenta al determinar el grado en que se va a casar y el índice de reproducción de los animales”⁸.

La situación descrita, y con ella la tragedia de comunes, es dramática por tres razones: (i) El recurso afectado podrá desaparecer; (ii) las generaciones futuras se verán perjudicadas con esta pérdida; y, (iii) las generaciones futuras no pueden hacer nada al respecto pues simplemente aún no existen. Sin embargo, como no se impone ningún límite al uso del bien, todos los usuarios abusarán de él porque en el fondo estarán trasladando parte de su costo a todos los otros usuarios. El problema es que como todos los individuos llegaran a esa racional conclusión, todos ellos pretenderán hacerse con parte de los beneficios sin asumir los costos.

El ejemplo clásico de la tragedia de comunes es el de un pastizal público. Todas las personas que desean pueden llevar a sus animales a pastar allí. Los interesados, como seres racionales, acudirán lo más que puedan al pastizal pues, primero, no les cuesta nada utilizarlo, y, segundo, quieren que sus animales estén bien alimentados para poder beneficiarse de ellos. El resultado es que el pastizal sea depredado.

Al ser el pastizal un recurso escaso, limitado, y los individuos se niegan a aportar a su manutención, el pastizal tenderá a desaparecer. Es lógico que los usuarios, de modo independiente, no quieran asumir los costos de mantenimiento del pastizal; si todos los usuarios no aportan por igual, los que no aporten, o aportan menos, estarían trasladando su costo de uso a los que sí lo hacen. Aquellos que no aportan serían subsidiados por los que sí lo hacen.

Lo mismo sucede en la copropiedad. El artículo 975 del Código Civil señala que todos los copropietarios tienen derecho a utilizar el bien, no pudiendo a estos efectos excluir a los demás copropietarios del uso. Si todos los copropietarios pueden utilizar el bien sin ser excluidos, todos los copropietarios querrán extraer el máximo beneficio de él.

Otro ejemplo de tragedia de comunes está en el pago de impuestos en nuestro país. Es conocido que en el Perú existe un porcentaje importante de personas que no pagan sus tributos o pagan montos menores a los que deberían, manteniéndose total o parcialmente en la informalidad. La tragedia de comunes es una explicación al problema: El dinero que las personas aportan no tiene un efecto directo en los aportantes.

Si la inversión que realizo no tiene un efecto en mí, sino más bien cubre los costos generales del sistema, no tengo un incentivo para pagar mis impuestos. El caso de nuestro país, que es el mismo de aquellos países que tienen Estados con muchas necesidades, se contrasta, por ejemplo, con lo que puede pasar en los Estados de bienestar, donde si bien las tasas de impuestos son más altas, el pago de los mismos permite el acceso de cada individuo a sistemas de salud altamente sofisticados y eficientes. Como en este segundo caso el pago de los impuestos sí tiene una materialización concreta en el aportante, es posible individualizar el beneficio; la mayoría está dispuesta a pagar sus impuestos.

La tragedia de comunes puede aparecer en un régimen de propiedad común, o en un régimen de propiedad privada distorsionado. Esto sucede cuando el diseño del derecho de propiedad privada no tiene el suficiente respaldo institucional como para poder excluir a terceros. Si un propietario no puede excluir de manera eficiente a terceros invasores, estos terceros no tendrán problema en utilizar el bien del propietario. La propiedad privada, así, se convertirá de facto en una propiedad común a pesar de su nombre.

Hardin llega a esta conclusión al evaluar el caso de un ladrón de bancos⁹. A pesar que los ban-

⁷ Ibid. p. 355.

⁸ Ibid. p. 351.

⁹ Específicamente, Hardin señala: “Consider bank-robbing. The man who takes money from a bank acts as if the bank were a commons”. En: HARDIN, Garrett. Op. cit. p. 5.

cos están sujetos a una compleja mezcla de propiedad privada, cuando el ladrón ingresa y toma el dinero ajeno, está transformándolo en una especie de propiedad común. Si el sistema no sancionará este hecho, la propiedad privada quedaría vaciada de contenido.

La tragedia de comunes no se da siempre extrayendo un determinado provecho de un bien, sino también colocando en el bien una carga adicional. Lo que sucede aquí es que se genera una sobreutilización. Hardin comenta al respecto, para el caso de la contaminación: "In a reverse way, the tragedy of the commons reappears in problems of pollution. **Here it is not a question of taking something out of the commons, but of putting something in**—sewage, or chemical, radioactive, and heat wastes into water; noxious and dangerous fumes into the air; and distracting and unpleasant advertising signs in to the line of sight"¹⁰ [el énfasis es nuestro].

Este tipo de tragedia de comunes ocurre, por ejemplo, en el caso del tráfico automovilístico. El parque automotriz crece cada vez más en el Perú, y con él, el tráfico se vuelve un mayor problema. A más tráfico, más tiempo perdido en trasladarnos de un lugar a otro.

Las pistas son de todos, y por esto nadie puede impedir que se utilicen. Esto genera que todos los individuos tengan incentivos para sacar mayor provecho a la pista, utilizándola sin restricción alguna, sin invertir en ella, porque saben que su inversión beneficiaría también a aquellos que utilizan la pista sin asumir su mantenimiento.

La solución a la tragedia de comunes está, en la mayoría de los casos, en la propiedad privada. Como se explicó, por medio de la propiedad se internalizan todos los beneficios y perjuicios respecto del bien. La inversión del propietario le beneficia a él y su descuido también.

Al respecto, Demsetz afirma que: "La propiedad privada de la tierra así resultante dará carácter interno a muchos de los costes externos asociados con la propiedad comunal, ya que ahora un propietario, en virtud de su poder de excluir a otros, puede contar con que logrará el beneficio que lleva consigo la preservación de la casa y la fertilidad creciente de su tierra. Esta concentración de beneficios y costes sobre los propietarios crea incentivos para utilizar los recursos de manera más eficaz"¹¹.

V. TRAGEDIA DE ANTICOMUNES

La tragedia de anticomunes es otra patología presente en teoría de propiedad. El problema consiste en la existencia de varios titulares con la posibilidad de bloquear las decisiones de sus pares respecto de un determinado bien. A diferencia de la tragedia de comunes, la tragedia de anticomunes genera una explotación insuficiente del bien¹², ocasionando también resultados ineficientes. Ver Gráfico 3.

Michael Heller acuñó este término en su artículo "The tragedy of the Anticommons: Property in the transition from Marx to Markets", publicado en 1980, al analizar las distintas particularidades que presentaban los derechos de propiedad privada en la Unión Soviética, en su transición del socialismo a los mercados. En concreto, el autor desarrolló la siguiente definición: "In an anticommons, by my definition, multiple owners are each endowed with the right to exclude others from a scarce resource, and no one has an effective privilege of use. When there are too many owners holding rights of exclusion, the resource is prone to underuse -a tragedy of the anticommons"¹³.

A diferencia de la tragedia de comunes, donde no existían derechos de exclusión, el exceso de derechos de exclusión es la causa de la tragedia de anticomunes. Ésta patología puede surgir de dos maneras: (i) Por una subdivisión

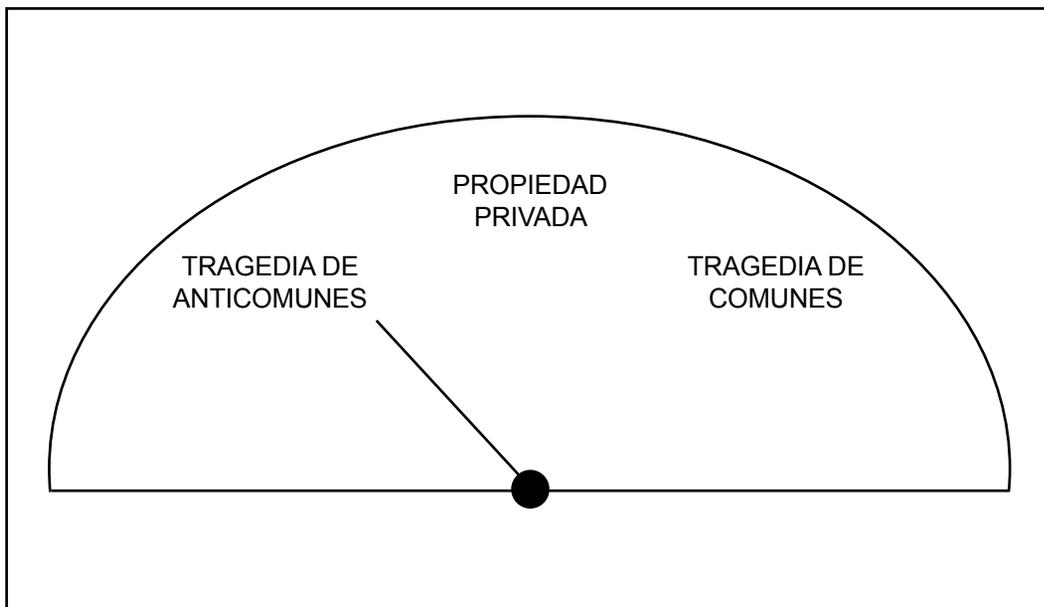
¹⁰ Ibid. p. 3.

¹¹ DEMSETZ, Harold. Op. cit. p. 355.

¹² Michael Heller distingue la tragedia de comunes de la tragedia de anticomunes de la siguiente manera: "A tragedy of the commons can occur when too many individuals have privileges of use in a scarce resource. The tragedy is that rational individuals, acting separately, may collectively over consume scarce resources. Each individual finds that she benefits by consumption, even though she imposes larger costs on the community. Using my definition, the anticommons is prone to the inverse tragedy. A tragedy of the anticommons can occur when too many individuals have rights of exclusion in a scarce resource. The tragedy is that rational individuals, acting separately, may collectively waste the resource by under consuming it compared with a social optimum". En: HELLER, Michael. "The tragedy of the Anticommons: property in the transition from Marx to Markets". En: Harvard Law Review 111. 1998. p. 677.

¹³ Ibid. p. 624.

Gráfico 3



excesiva del área de un bien; o, (ii) por el diseño legal del derecho de propiedad. El autor distingue estas dos clases en anticomunes espaciales y legales. “In spatial anticommons, an owner may have a relatively standard bundle of rights, but too little space for ordinary use. By contrast, in legal anticommons, substandard bundles of rights are allocated to competing owners in a normal amount of space, such as a storefront”¹⁴.

En la tragedia de anticomunes espacial existe un correcto diseño interno del derecho de propiedad; sin embargo, se habrá subdividido de tal manera el bien que el ejercicio de los derechos será sumamente complejo. Imaginemos, por ejemplo, una parcela que se subdivide en terrenos de un metro cada uno. Cuando se quiera vender la totalidad de la parcela, se necesitará el consentimiento de todos los propietarios. Esto generaría altos costos de transacción, haciendo que el cierre del negocio sea poco probable.

En cambio, en la tragedia de anticomunes legal, el problema está en el diseño interno del derecho de propiedad. El paquete de prerrogativas que otorga el Derecho constituye un

derecho de propiedad de difícil ejercicio. Un ejemplo claro de este tipo de anticomunes es el derecho de copropiedad en nuestro sistema. El artículo 971¹⁵ del Código Civil manda que para poder disponer de un bien que se mantiene en copropiedad, deberán estar de acuerdo todos los copropietarios; es necesaria la unanimidad. Si se tiene un número considerable de copropietarios, o, lo que es común, existen pugnas familiares entre ellos, el bien sujeto a copropiedad quedará inmovilizado. Por esta vía, cada uno de los copropietarios tendrá poder de veto respecto a la disposición del bien.

El ejemplo concreto lleva a Heller a concluir en este concepto parte de la Rusia post régimen socialista. En esta proliferaban los kioscos en las calles; sin embargo, las tiendas y centros comerciales construidos se encontraban vacíos. Tras indagar la causa de este fenómeno, Heller descubre que si bien se había adoptado un régimen basado en la propiedad, se habían respetado las titularidades del antiguo régimen. El efecto de esta decisión fue que en cada local comercial existieran muchos titulares, todos con la posibilidad de vetar cualquier decisión de los demás.

¹⁴ Ibid. p. 651.

¹⁵ “Las decisiones sobre el bien común se adoptarán por:
1. Unanimidad, para disponer, gravar o arrendar el bien, darlo en comodato o introducir modificaciones en él.
2. Mayoría absoluta, para los actos de administración ordinaria. Los votos se computan por el valor de las cuotas. En caso de empate, decide el juez por la vía incidental”.

Heller explica al respecto: “This Article argues that, even if the initial endowment of property rights were clearly defined, corruption held in check, and the rule of law respected, storefronts would remain empty because of the way governments are creating property rights. [...] In a typical Moscow storefront, one owner may be endowed initially with the right to sell, another to receive sale revenue, and still others to lease, receive lease revenue, occupy, and determine use. Each owner can block the others from using the space as a storefront. No one can set up shop without collecting the consent of all of the other owners. Empty Moscow storefronts are a stark example of anticommons property, a type of property regime that may result when initial endowments are created as disaggregated rights rather than as coherent bundles of rights in scarce resources”¹⁶.

Lo que el gobierno hizo en esta transición fue violar una de las características esenciales de la propiedad privada: La existencia de un límite a la desmembración del derecho. Como explica Heller, la subdivisión excesiva de derechos era la fuente del uso ineficiente de los locales. La causa no estaba en la asignación de derechos, ni en sus normas de conflicto; estaba en el propio diseño interno del derecho de propiedad.

El autor continúa sobre el mismo supuesto: “Because multiple parties may hold the same right, almost any use of the storefront requires the agreement of multiple parties. Even if only one party opposes the use, that party may be able to block others from exercising their rights. (...). The tragedy of the storefront anticommons is that owners waste the resource when they fail to agree on a use”¹⁷.

Otro ejemplo utilizado por el autor es el de la reconstrucción de edificios en la ciudad de Kobe, Japón, luego del terremoto que ésta sufrió en 1994¹⁸. El desastre natural ocasionó serios daños a la infraestructura de la ciudad; muchas de las construcciones fueron totalmente destruidas o quedaron en ruinas. Años después de este suceso, siete de cada diez edificios se mantenían en un estado deplorable¹⁹.

A pesar de existir proyectos de reconstrucción de las infraestructuras, el sinnúmero de propietarios de los antiguos departamentos no podía llegar a un acuerdo. Los propietarios bloqueaban la decisión.

Antes del terremoto de Kobe, los edificios contaban con áreas de propiedad exclusiva, cada departamento por ejemplo, y áreas de propiedad común, el suelo sobre el que se construyó la estructura. Cuando este régimen estaba vigente, la decisión de los propietarios no afectaba sustancialmente a los demás porque cada uno tenía delimitado su derecho de propiedad sobre un área específica. El derecho de propiedad exclusiva de cien propietarios coexistía sin ningún obstáculo.

Luego del terremoto de Kobe, sin embargo, los propietarios que coexistían pacíficamente en los edificios perdieron sus secciones de propiedad exclusiva. De los antiguos edificios de la ciudad de Kobe sólo quedó el suelo o, en el mejor de los casos, ruinas de la infraestructura. Ahora el único bien que tenían los cien propietarios era el suelo sobre el que se construyó el edificio.

Por esto, a pesar que existieran proyectos de reconstrucción, era necesario primero obtener el consentimiento de los hipotéticos cien propietarios. Es decir, la excesiva subdivisión del derecho de propiedad sobre el terreno hacía extremadamente difícil que se adoptará un plan de recuperación.

Richard Posner ofrece otro ejemplo preciso de una tragedia de anticomunes: “Si 50 personas son usufructuarios conjuntos de un pedazo de tierra, la venta de la propiedad requerirá que todos convengan en el precio y en su división entre ellos; habrá problemas de comportamiento socarrón. Las complicadas redes de parentesco de las sociedades primitivas obstruyeron el surgimiento de derechos de propiedad en tales sociedades. La eficiencia requiere que los derechos de propiedad sean transferibles, y si muchas personas tienen un derecho sobre cada pedazo de tierra, las transferencias serán difíciles de arreglar”²⁰.

¹⁶ HELLER, Michael. Óp.cit. p. 623.

¹⁷ Ibid. p. 639.

¹⁸ Ibid. p. 684.

¹⁹ Ibid. p. 685.

²⁰ POSNER, Richard. “El análisis económico del Derecho”. Segunda edición. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. 2007. p. 79.

En este caso, también nos encontramos ante un exceso de derechos de exclusión, y, al igual que en los ejemplos desarrollados por Heller, la consecuencia es la no explotación del bien. A diferencia de lo que sucede normalmente en la propiedad privada, donde existe una clara división y asignación de derechos que permiten internalizar sus efectos, en la tragedia de anticomunes los derechos de propiedad se superponen sobre el bien²¹. Los altos costos de transacción y la falta de acuerdo bloquean el uso eficiente del bien.

El Perú no es ajeno a este fenómeno. Un ejemplo emblemático es el del Centro Comercial Camino Real, ubicado en el distrito de San Isidro, Lima. Este fue uno de los primeros centros comerciales de la ciudad de Lima, inaugurado el 25 de noviembre de 1980. El sistema utilizado para el funcionamiento del centro comercial fue el de venta de locales.

A pesar que el Centro Comercial Camino Real está ubicado en una de las zonas más exclusivas de la ciudad de Lima, a la fecha se encuentra en muy mal estado. La causa de este fenómeno es la cantidad de propietarios dentro del centro comercial. Este hecho hace que la toma de decisiones tenga costos de transacción extremadamente altos.

A diferencia de lo que podría suceder en un edificio de vivienda, las áreas comunes en los centros comerciales son esenciales para el funcionamiento de los negocios que se encuentran en el centro comercial. En tanto las decisiones de las áreas comunes tienen que ser tomadas por los titulares de los locales comerciales, el resultado es el descuido de éstas. El Centro Comercial Camino Real es víctima también de la infra explotación de la tragedia de anticomunes.

En la línea de lo hasta aquí señalado, Heller concluye distinguiendo la tragedia de anticomunes de la propiedad privada y la tragedia de comunes de la siguiente manera: “This Article distinguishes anticommons property from private and commons property along four dimensions. First, anticommons property is a property regime in which multiple owners hold effective rights of exclusion to a scarce resource. Second, ownership of anticommons property includes the ability by each owner to prevent other owners from obtaining a core bundle of rights in an object. Third, keeping most objects of value in anticommons ownership means that the objects may not be readily alienable, may not be available for productive use, and may not be subject to a clear hierarchy of decision making authority among owners. Fourth, non-private property may be analyzed either as anticommons property if rights of exclusion dominate use, or as commons property if privileges of inclusion dominate”²².

A pesar que no muchos conozcan de la tragedia de anticomunes en el Perú, resulta sumamente interesante que existan varios remedios para evitar que esta aparezca. Entre otros tenemos: (i) La prohibición del pacto de no enajenar del artículo 882²³ del Código Civil para evitar supuestos como el de las **manos muertas**²⁴; (ii) la imposición de los regímenes de mayorías para los acuerdos de juntas de propietarios en la propiedad horizontal para evitar que la decisión de un propietario bloquee la decisión sobre el destino de los bienes comunes; (iii) en el comentado ejemplo de la copropiedad, la posibilidad de solicitar la partición del bien por cualquiera de los copropietarios extinguiendo la propiedad común; (iv) una lista cerrada o *numerus clausus* de derechos reales para impedir una sobre desmembración de las prerrogativas del derecho de propiedad; (v) normas registrales con áreas mínimas de subdivisión para evitar una tragedia de anticomunes espacial.

Dichas gratas coincidencias son esenciales para el desarrollo de nuestro país, tal como ha

²¹ HELLER, Michael. Óp. cit. p. 670. Al respecto, Heller señala: “Private property usually breaks up the material world ‘vertically’, with each owner controlling a core bundle of rights in a single object, subject to allowable forms of decomposition, up to the skies and down to the depths. By contrast, anticommons property creates ‘horizontal’ relations among competing owners of overlapping rights in an object”.

²² Ibid. p. 673.

²³ Artículo 882.- “No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”.

²⁴ Esto sucedía durante la vigencia del Código Civil de 1936. Muchas veces se donaba un inmueble a la Iglesia, pero se le prohibía disponer del bien por siempre. Ello, indudablemente, sacaba el bien del mercado pero, además, generaba una subdivisión ineficiente del derecho de propiedad. Si bien la iglesia era formalmente la nueva propietaria, los antiguos propietarios mantenían el poder de veto respecto a la disposición del bien.

señalado Heller: “Bundling property rights to avoid anticommons property is one element that may determine whether countries progress to First World prosperity or spiral downward to Third World despond”²⁵.

VI. PUNTO COMÚN

A pesar de lo expuesto, se debe tener presente un punto común entre la tragedia de anticomunes y la tragedia de comunes: **En ambos casos se toma el bien como un bien común.** La diferencia está en que en uno se sobre utiliza el bien porque no se necesita acuerdo y en el otro no se utiliza porque es necesario el acuerdo de todos los cotitulares.

Tomemos, por ejemplo, el caso de la copropiedad, las alícuotas de cada copropietario los hace titulares de cada centímetro del predio en ese porcentaje. Es decir, se es propietario de todo el bien en un porcentaje, o, lo que es lo mismo, no se es propietario efectivo del bien material. El bien material es una especie de bien común de los copropietarios. Esta conclusión hace que las dos tragedias aparezcan en el régimen.

En cuanto a la disposición, habrá una tragedia de anticomunes porque será necesaria la unanimidad de los copropietarios²⁶ para tomar la decisión. Pero en cuanto al solo uso, todos los copropietarios podrán servirse del bien, con la única limitación de no excluir a los demás copropietarios²⁷. En este segundo aspecto no hay derechos de exclusión y, por tanto, estamos también ante una tragedia de comunes.

VII. CONCLUSIÓN

Como Macondo, el derecho de propiedad fue en principio sólo tierra. Las distintas necesidades de la sociedad construyeron la ciudad, teniendo hoy un derecho institucionalizado, reconocido y consagrado en la Constitución y la Ley.

Como todas las ciudades, el derecho de propiedad también puede tener problemas, y para encontrar la solución es necesario encontrar la raíz. Las tragedias de comunes y anticomunes deben ser cabalmente comprendidas para esculpir y perfeccionar el derecho de propiedad. Tras treinta años de vigencia del Código Civil comienza a ser momento que la solución a estas tragedias se busque de manera consciente, no casual.

²⁵ HELLER, Michael. Óp. cit. p. 659.

²⁶ Artículo 971.- “Las decisiones sobre el bien común se adoptarán por:
1.- Unanimidad, para disponer, gravar o arrendar el bien, darlo en comodato o introducir modificaciones en él [...]”.

²⁷ Artículo 975.- “El copropietario que usa el bien parcial o totalmente con exclusión de los demás, debe indemnizarles en las proporciones que les corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo 731”.