

UNA CONSIDERACIÓN POSITIVA SOBRE DERECHOS DE PROPIEDAD*

David Friedman**

Cuando alguien invade la propiedad de otra persona el resto de individuos (o por lo menos la mayoría) piensan que el invasor está cometiendo una conducta reprochable y dan por sentado que la víctima cuenta con mecanismos efectivos para resolver su problema, llámense policía, jueces, jurados etc. Sin embargo, son pocas las personas que son concientes de por qué comparten dichas creencias.

¿Por qué está mal que alguien invada la propiedad de otro? Dos son las respuestas que inmediatamente se nos vienen a la mente, habrá quienes digan que la razón radica en la falta de moralidad de esta conducta, y habrá otros que sostengan que se encuentra en el hecho que se trata de una violación de las normas legales. Ante la primera respuesta es menester preguntarse ¿Qué tan cierta es, tomando en cuenta que no todas las personas tienen las mismas consideraciones morales? Y ante la segunda cabe preguntar ¿Por qué es que los individuos creen fehacientemente en que lo correcto es seguir las normas?

En términos más generales podríamos preguntarnos si ¿El respeto por los derechos de otros es una consecuencia de consideraciones morales y legales o hay algo más fuerte detrás? y ¿Cómo llegamos a la actual estructura de derechos? Estas son algunas de las preguntas a las que el autor intenta dar respuesta en el siguiente artículo.

* El presente artículo fue originalmente publicado en el Social Philosophy & Policy Volumen 11, No. 2 bajo el título "A Positive Account of Property Rights". La traducción fue realizada por Michelle Salcedo Teullet, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, bajo la supervisión del doctor Álvaro Salcedo Campodónico, Doctor en Economía, Universidad de Hamburgo.

** Professor of Law, Santa Clara University, School of Law.

Cuando se habla y piensa sobre derechos, incluyendo los de propiedad, resulta natural darle a la discusión un enfoque moral o legal. Desde la perspectiva anterior, los derechos son parte de una descripción acerca de qué acciones son correctas y cuáles no lo son. El hecho que yo tenga derecho de hacer algo determinado es un argumento, aunque no necesariamente argumento suficiente para sostener que alguien que impida que yo haga ese algo actúa de manera incorrecta¹.

Desde el punto de vista legal, los derechos son una descripción ya sea de lo que la ley dice o de la manera en la que ésta es ejecutada. Siguiendo esta última interpretación, la frase "Yo tengo el derecho de hacer X" se traduce como "Si yo hago X, la policía no me va a arrestar; si alguien intenta evitar que yo haga X, la policía va a arrestar a esa persona"². Desde esta posición, uno podría argüir que las personas en Holanda tienen derecho a comprar marihuana y que las personas en Estados Unidos tienen derecho a conducir a 5 millas por hora por encima del límite de velocidad, por más que ambas conductas sean ilegales.

Ambos enfoques presentan serias dificultades si nuestro objetivo es entender el fenómeno de los derechos, y fenómenos asociados, tal como existen verdaderamente en el mundo real. Frecuentemente observamos comportamientos que parecen ser la exigencia y el reconocimiento de derechos, en contextos en los que ni las consideraciones morales ni las legales parecen ser relevantes.

Considérese, por ejemplo, el "derecho" que tiene Gran Bretaña para controlar Hong Kong, Kowloon y los Nuevos Territorios. Resulta difícil explicar la disposición de China Comunista para respetar ese derecho, basándose en fundamentos legales, dado que desde la perspectiva Maoísta, ni el gobierno británico, ni ningún otro gobierno previo, no comunista, con el que hubiese firmado convenios, eran entidades dignas de cualquier respeto moral. Resulta igualmente difícil explicar esto basándose en fundamentos legales, dada la debilidad general del derecho internacional y el hecho que durante parte del período en cuestión, Gran Bretaña (como estado miembro de las Naciones Unidas) se encontraba en estado de guerra con China. Una explicación alternativa, que dice que el gobierno chino creía que la ocupación británica de Hong Kong era en su propio interés, resulta inconsistente tomando en consideración el fracaso chino en su intento de renovar el arrendamiento de los Nuevos Territorios, destinado a expirar en 1997.

Un segundo ejemplo es brindado por la guerra de las Malvinas de 1982. Superficialmente el conflicto parece ser un intento de invasión rechazado. Consideraciones morales y legales parecen irrelevantes, dada la actitud que asume Argentina ante el reclamo británico. A pesar de ello la voluntad del gobierno británico de aceptar costos desproporcionados por mucho al valor del premio en disputa es difícil de explicar, salvo por la teoría que afirma que los británicos sentían que estaban defendiendo su propiedad; lo que levanta la pregunta acerca del significado de ese concepto en un contexto como el descrito.

Una siguiente dificultad que trae consideraciones morales sobre derechos, particularmente sobre derechos de propiedad, es el grado en el que los derechos de propiedad que la gente realmente respeta parecen depender de factores que son moralmente irrelevantes. Esta dificultad se presenta a sí misma, en consideraciones libertarias de propiedad, como el problema de la adquisición inicial. La manera en la que recursos sin dueño, tales como la tierra, se convierten en propiedad privada está lejos de ser clara, aún como principio. Incluso si uno acepta una consideración como la de Locke, de cómo pudo haberse dado la adquisición inicial de manera justa, dicha consideración proporciona muy poca justificación para el patrón existente de derechos de propiedad, dada la alta probabilidad que cualquier parte de la propiedad haya sido tomada injustamente, por lo menos una vez, desde que fuera denunciada por primera vez. Aún así, billones de personas, ahora y en el pasado, basan gran parte de su comportamiento en el respeto de reclamos de propiedad que parecen ser moralmente arbitrarios o claramente injustos.

Una dificultad adicional con consideraciones legales sobre derechos es el hecho de que éstos son, hasta cierto punto, circulares. Observamos que la policía va a actuar de determinada manera y que sus acciones (y otras acciones relacionadas llevadas a cabo por jueces, jurados etc.) implican que ciertas personas tienen ciertos derechos. Pero el comportamiento de la policía es, en sí mismo, en parte una consecuencia de derechos, tales como el derecho del estado de cobrar impuestos y pagarlos a la policía como sueldos y el derecho de propiedad que consecuentemente tiene la policía sobre ese dinero que ha recibido.

Por todas estas razones, creo que vale la pena intentar una consideración positiva sobre derechos, una consideración que sea tanto amoral como no legal. En la Parte I de este ensayo presento una consideración de este tipo, en la cuál los derechos, particularmente los de propiedad, son consecuencia de un comportamiento

¹ Para una discusión compleja sobre derechos desde el punto de vista de la filosofía moral véase JARVIS THOMPSON, Judith. "The Realm of Rights". Cambridge: Harvard University Press. 1990.

² O el equivalente en términos civiles, no criminales.

estratégico y pueden existir sin ningún tipo de apoyo moral o legal³. La consideración es presentada tanto como una explicación de cómo los derechos pudieron surgir en una anarquía Hobbesiana, así como una explicación de la naturaleza de los derechos tal como los observamos a nuestro alrededor. En la Parte II sugiero formas en las que algo tal como la actual estructura de derechos pudo haber evolucionado.

Un rasgo curioso de los derechos tal como los observamos es el grado en el que las mismas conclusiones parecen ser consecuencia de muy diferentes supuestos. Así, estructuras de derechos básicamente similares pueden ser y son deducidas por filósofos libertarios tratando de mostrar qué conjunto de derechos naturales es justo, y por economistas tratando de mostrar qué conjunto de reglas legales resultaría eficiente. Y las estructuras de derechos que ellos deducen parecen ser similares a aquellas observadas en el comportamiento humano y plasmadas en el derecho consuetudinario. En la Parte III de este ensayo trataré de sugerir al menos explicaciones parciales para esta triple coincidencia; la aparente similitud entre lo que es, lo que es justo, y lo que es eficiente.

I. PUNTOS SCHELLING, CONTRATOS QUE IMPONEN SU PROPIO CUMPLIMIENTO Y LA PARADOJA DEL ORDEN

Varios autores han intentado analizar la transición del estado natural Hobbesiano a un estado de orden civil en términos de una serie de contratos hipotéticos que establecen una distribución inicial de derechos de propiedad basada en una distribución preexistente de poder⁴. Una dificultad que presenta este enfoque es que en la situación inicial no existen instituciones que obliguen al cumplimiento de los contratos. ¿Cómo pueden las personas, en esa situación, cambiarla celebrando contratos que no puedan hacerse cumplir y que, por lo tanto, no tengan ningún efecto⁵?

El mismo problema puede ser visto del otro lado, preguntándonos en qué sentido nosotros, o cualquier sociedad, se encuentra en cualquier momento fuera de un estado natural Hobbesiano. ¿Qué tenemos, qué

hemos creado, qué no existe en la jungla Hobbesiana? El orden civil no está definido por la existencia de objetos físicos; cortes judiciales, uniformes policiales, libros de derecho. Podemos fácilmente imaginar una jungla Hobbesiana en medio de una guerra, dígame coexistiendo con todos los accesorios físicos de la sociedad civil. Y pueblos primitivos, sin cortes judiciales ni libros de derecho que, no obstante, viven en estado de orden civil.

Tampoco basta decir que nos encontramos en un estado de orden civil porque contamos con jueces que interpretan nuestras leyes y una fuerza policial que las hace cumplir. ¿Por qué actúan tales personas de esa manera? Presumiblemente porque hacerlo satisface un interés propio; tal como los criminales potenciales obedecen la ley por la misma razón. Pero esa es la forma como las personas se comportan en la jungla Hobbesiana. Ahí también puede ocurrir que un hombre obligue el cumplimiento de una norma y que otro la obedezca, puesto que cada uno encuentra su propio interés al hacerlo de esa manera. ¿Qué es lo que tenemos, qué no tiene la jungla Hobbesiana, qué hace que las personas tengan un interés personal en comportarse según la ley y de forma pacífica? Decir que la respuesta es "policía, cortes judiciales, gobierno" sólo hace retroceder la pregunta un paso; si el orden civil es impuesto por hombres con armas, ¿qué los controla a ellos?

Existen dos tipos de respuesta a estas preguntas. Una es que la diferencia es una de tipo moral. La gente, de alguna manera acepta una obligación, accede a no comportarse sólo de acuerdo al interés propio, se siente ligada a dicho compromiso y altera su manera de comportarse acordeamente.

Este tipo de explicación presenta una serie de dificultades. Primero, la observación empírica demuestra que las personas no se sienten comprometidas a obedecer las leyes; muchas, quizá la mayoría, se sienten libres de violar dicha leyes (límites de velocidad, leyes reguladoras del consumo de alcohol, regulaciones de aduanas) con las cuales no están de acuerdo y que piensan poder romper impunemente. Segundo, incluso en el caso en

³ El enfoque presentado aquí es una ampliación de los argumentos presentados en mi reseña de "Further explorations in the Theory of Anarchy". Blacksburg: University Publications. 1974 publicada en Public Choice en 1976. Algunos elementos de esta argumentación aparecen también en FRIEDMAN, David. "Many, Few, One - Social Harmony and the Shrunken Choice Set". En: American Economic Review Vol. 70, No. 1. 1980. pp. 225-232. Un enfoque muy similar es presentado en SUGDEN, Robert. "The Economics of Rights, Co-operation and Welfare". Oxford: Blackwell. 1986. La diferencia primordial entre la presentación de Sugden y la mía es que su argumentación está básicamente formulada en términos de estrategias evolutivamente estables, mientras que la mía está formulada en términos de puntos Schelling. Sugden también proporciona ejemplos interesantes de la misma línea general de argumentación en los trabajos de escritores del siglo XVIII, en particular en los de Hume.

A lo largo de este ensayo casi toda la argumentación se basa en mis propias ideas. Aquellos lectores familiarizados con la literatura pueden sentir, con derecho, que cometo un error al no dejar claro cuánto de lo que digo ha sido dicho antes por otras personas, la mayoría de veces, en términos distintos. He trabajado de esta manera porque estoy intentando encontrar la lógica de un conjunto de ideas, no su historia; y, en parte, porque esta es la forma como en realidad se desarrolló. La mayor parte de lo presentado en la Parte I de este ensayo fue escrito, y algunas partes incluso publicadas, hace más de quince años. Estoy agradecido con los organizadores de esta conferencia por proporcionarme una oportunidad y brindarme incentivos para compilar y ampliar este trabajo.

⁴ Quisiera agradecer a James Buchanan por hacerme notar la existencia de los puntos Schelling y a Gordon Tullock por despertar mi interés en explorarlos más allá. Véase, especialmente, BUSH, Winston. "Individual Welfare in Anarchy". En: Explorations in the Theory of Anarchy. Blacksburg: University Publications. 1973.

⁵ Esto es dicho por TULLOCK, Gordon. "Corruption and Anarchy". En: Tullock. 1974.

que las personas sí se sientan moralmente obligadas a obedecer reglas sociales, resulta difícil derivar ese sentimiento de cualquier variante de la teoría del contrato social. Las variantes tradicionales encuentran la dificultad elocuentemente descrita por Lysander Spooner⁶; dado que no fuimos nosotros los que firmamos el contrato, no estamos obligados por éste.

Las dificultades de derivar obligaciones morales de la suerte de contrato social entre pares propuesta por Winston Bush⁷ son igualmente grandes. Incluso si consideramos que cada uno de nosotros está, en cada instante, vinculado por un contrato implícito con cada uno de nuestros vecinos para respetar un cierto conjunto de derechos acordado, todavía ese contrato, en el modelo de Bush, está basado en la amenaza de coerción. No tiene más legitimidad moral, de acuerdo a ideas morales convencionales, que la obligación de pagar por una extorsión protectora.

Puede resultar posible explicar la diferencia entre un estado natural Hobbesiano y una sociedad civil presentándola como una diferencia moral, pero prefiero la explicación alternativa; que la diferencia esencial no se encuentra en la motivación de los actores sino en la situación estratégica a la cual se enfrentan. Esto levanta la pregunta de cómo el celebrar un acuerdo, en una sociedad sin mecanismos para obligar al cumplimiento de los acuerdos, puede cambiar algo, la situación estratégica incluida.

IA. La herramienta: Puntos Schelling⁸

2, 5, 9, 25, 69, 73, 82, 96, 100, 126, 150

Dos personas son confrontadas por separado con la lista de números mostrada arriba, y se les ofrece un premio si, independientemente, escogen el mismo número. Si ambas son matemáticos es posible que elijan el 2; el único número primo par. Los no matemáticos son propensos a elegir el 100; un número que, para los matemáticos, no resulta más especial que los otros dos cuadrados perfectos. Los analfabetos podrían coincidir en el 69 por su simetría peculiar; este mismo número podrían escogerlo, por razones diferentes, aquellas personas cuyo interés en los números sea más salaz que matemático.

Hay tres cosas dignas de ser tomadas en cuenta acerca de este simple problema sobre coordinación sin comunicación. La primera es que cada pareja de jugadores está buscando un número que sea, de alguna manera, único. Para un matemático, los tres cuadrados perfectos son números especiales, como lo son los tres números primos. Pero si tratan de coincidir en un cuadrado o un primo, sólo tienen una de tres posibilidades de tener éxito; y además, uno puede estar fijando su atención en los primos y el otro en los cuadrados. El 2 es único. Si el conjunto de números no contuviera el 2 pero contuviera sólo un número primo (o sólo un cuadrado, o un número perfecto) los matemáticos elegirían ese número.

La segunda cuestión a tomarse en cuenta es que no existe una única respuesta correcta; el número escogido por uno de los jugadores y, por lo tanto, el número que debe ser elegido por el otro jugador, depende de las categorías que la persona que escoge utilice para clasificar las alternativas. La estrategia correcta es encontrar alguna clasificación en términos de la cual haya un número único y luego escoger ese número; una estrategia cuya implementación depende de las clasificaciones particulares que esa pareja de jugadores utilice. Así, la respuesta correcta depende de las características subjetivas de los jugadores.

El tercer punto, que se desprende del anterior, es que es posible tener éxito en el juego debido a, y no a pesar de, la racionalidad unida de los jugadores. Para una mente lo suficientemente amplia cualquier número es único⁹. Es sólo porque los jugadores están limitados a una cantidad reducida de esquemas de clasificación posibles para los números, y porque ambos jugadores pueden estar limitados a los mismos esquemas, que una elección correcta puede existir. Al respecto la teoría de este juego es radicalmente distinta de la teoría de juegos convencional, la cual asume jugadores con una habilidad ilimitada para examinar las alternativas y, de esa manera abstraer toda característica subjetiva a los jugadores excepto aquellas plasmadas en sus funciones utilitarias¹⁰.

Considérese ahora dos jugadores jugando el juego llamado monopolio bilateral. Tienen un dólar para dividirlo entre ambos, siempre y cuando se puedan poner de acuerdo en cómo dividirlo. A primera vista no exis-

⁶ SPOONER, Lysander. "No Treason: No. VI., The Constitution of No Authority". Larkspur, CO: Pine Tree Press. 1966.

⁷ BUSH, Winston. "Individual Welfare in Anarchy". En: Tullock. 1973.

⁸ SCHELLING, Thomas C. "The Strategy of Conflict". Oxford: Oxford University Press. 1960. Si bien estoy utilizando el concepto de Schelling, mi análisis de éste, particularmente mis razones para aplicarlo a juegos de comunicación, es algo diferente del de él.

⁹ Hay un teorema semiserio según el cual todos los números enteros son interesantes. La prueba es por inducción. Si algunos números enteros positivos no son interesantes, entonces, en esta categoría, debe haber un número que sea el más pequeño. Pero esta característica única hace que este número sea interesante. Entonces, no puede existir un número que sea el más pequeño de los enteros positivos no interesantes, y, por lo tanto, no pueden haber números enteros positivos no interesantes. El mismo *mutatis mutandis* se aplica para números enteros negativos.

¹⁰ En la práctica, la teoría de juegos a veces hace entrar, de contrabando, características subjetivas a la argumentación, en el proceso de elección de un conjunto particular de estrategias. Un ejemplo famoso de este problema es el análisis de oligopolios. La asunción que la estrategia de una empresa se define como una elección de cantidad y la asunción que se define como una elección de precio llevan a conclusiones muy diferentes. Véase FRIEDMAN, David. "Price Theory: An Intermediate Text". Cincinnati: South-Western Publishing Co. 1990.

te ninguna similitud entre este juego y el discutido anteriormente; los jugadores son libres de hablar entre ellos todo lo que quieran.

Pero, mientras que por un lado pueden hablar libremente, existe un sentido en el que no pueden comunicarse en lo absoluto. A mí me interesa convencerlo a usted que yo solo estaré satisfecho si recibo una fracción grande del dólar; si realmente no estoy dispuesto a aceptar nada menos de 90 centavos, usted estará mejor aceptando quedarse con 10 centavos que intentando obtener más y quedándose sin nada. Dado que es de interés de cada uno de nosotros persuadir al otro de su resolución, todos los argumentos para producir ese efecto serán ignorados dado que serían igualmente formulados sean los mismos verdad o no. Lo que cada jugador debe hacer es adivinar cuál es la demanda real del oponente, cuál es la fracción del dólar sin la cual este se negará a llegar a algún acuerdo. Eso no puede ser comunicado, simplemente porque cada jugador va a mentir sobre el tema. La situación es, por lo tanto, similar a la del juego anterior; los jugadores deben coordinar sus demandas (de tal manera que éstas sumen un dólar) sin comunicación. Lo más probable es que lo hagan dividiendo el dólar a mitades.

Los mismos puntos resaltados en el juego anterior se aplican acá, aunque de manera menos obvia. Los jugadores están buscando una solución única; si yo decido que la división natural es un tercio-dos tercios, y tú estas de acuerdo, los dos razonando bajo el impulso de una creencia mística en el significado del número tres, sigue existiendo el riesgo que ambos creamos que tenemos el derecho a recibir los dos tercios.

Para percibir que la solución depende de las categorías particulares utilizadas por los jugadores, imagine que ambos han sido convencidos que es la utilidad, no el dinero, lo que de verdad importa, y suponga además que ambos creen que la utilidad marginal de un dólar es inversamente proporcional al ingreso de quien lo recibe. En ese caso, la solución al juego no es una partición cincuenta-cincuenta del dinero, sino una división cincuenta-cincuenta de la utilidad; implicando ello una división del dólar en partes proporcionales al ingreso de los dos jugadores¹¹.

Un resultado de este tipo, elegido por ser único, es llamado un punto *Schelling*, llamado así por Thomas Schelling quien originalmente concibió esta idea. El punto *Schelling* proporciona una solución posible al problema de coordinación sin comunicación. Como lo muestra este ejemplo, es relevante tanto para situaciones en las que la comunicación es físicamente im-

posible, como para situaciones en las que la comunicación es imposible porque no hay forma que cada parte pueda proporcionar a la otra una razón para creer que lo que dice es cierto.

Incluso si es imposible para los jugadores, en un juego como éste, comunicar sus verdaderas demandas, sí les puede ser posible afectar el resultado con lo que dicen. Podrían hacer esto, no comunicando directamente sus estrategias (una declaración de este tipo no sería creída por el oponente), sino alterando las categorías del otro jugador, las maneras en las que éste organiza las alternativas del juego, y cambiando así los puntos *Schelling* que dependen de esas categorías.

En el ejemplo que acabamos de discutir, por ejemplo, un jugador (presumiblemente el más rico) puede recordar a su oponente sobre la creencia, compartida por ambos, acerca de la importancia de la utilidad para asegurar que el punto *Schelling* igualdad de utilidad fuera el elegido. Si en el primer juego que describí, se hubiese permitido a los jugadores hablar entre ellos antes de ver los números, una conversación acerca de las interesantes propiedades de los números primos o la particularidad del número más pequeño de una serie numérica hubiese podido alterar el punto *Schelling* y, con ello, el resultado del juego. Bajo este enfoque se puede interpretar un buen intento de comportamiento negociador como el intento de una de las partes en hacer que la otra parte vea la situación de una manera tal que se genere un punto *Schelling* favorable para la primera parte.

Un modo ligeramente distinto de conceptuar el proceso de coincidencia en un punto *Schelling* radica, en términos de costos de negociación, en un contexto de negociación continua¹². Considere una situación en la que el número de resultados posibles es muy amplio. Suponga que el proceso de negociación es en sí mismo costoso, ya sea porque consume tiempo o porque cada jugador enfrenta costos (como los de estar de huelga) al tratar de validar sus amenazas. Mientras los jugadores se enfrenten a una elección entre una vasta cantidad de alternativas comparables, es probable que cada propuesta que haga un jugador vaya a provocar una propuesta competitiva por parte de otro, inclina da un poco más a satisfacer su propio interés.

Pero suponga que hay una solución que sea contemplada como única. Un jugador que proponga tal resultado podría ser percibido como ofreciendo, no una elección entre ese resultado y otro ligeramente distinto y otro más distinto aún... sino una elección entre ese resultado y una negociación continua. Un jugador

¹¹ he discutido este punto y el juego de monopolio bilateral de manera muy amplia en FRIEDMAN, David "Bilateral Monopoly: A Solution". Fels Discussion Paper #52. University of Pennsylvania. 1974. (no publicado, disponible a través del autor).

¹² Este enfoque es discutido en FRIEDMAN, David. "Many, Few, One...". Op. cit.

que diga que insiste en el resultado único y que no va a conformarse con nada menos que eso, podría ser creíble, mientras que una afirmación similar sobre un resultado distinto no lo sería. Él puede convincentemente argumentar que se mantendrá firme en el resultado propuesto por él porque, una vez que renuncie a él, no tendrá idea de en qué posición terminará o que tan altos serán los costos de llegar ahí.

Para que un punto *Schelling* pueda proveer una solución pacífica a un conflicto de intereses, ambas partes deben conceptualizar las alternativas de maneras similares; lo suficientemente similares como para ponerse de acuerdo acerca de qué resultados posibles son únicos y, por lo tanto, atractivos como puntos *Schelling*. De esta manera una implicación interesante del argumento es el hecho de que un conflicto violento podría especialmente ocurrir en las fronteras entre culturas, donde personas, con visiones muy distintas del mundo, interactúan.

IB. Hacia arriba desde Hobbes

Dos personas viven en un estado natural Hobbesiano. Cada una puede lastimar a la otra o robarle, asumiendo cierto costo, y cada una puede invertir recursos en su propia defensa. Dado que el conflicto consume recursos, ambas podrían beneficiarse si se pusieran de acuerdo en lo que le pertenece a cada uno y, de ahí en adelante, en respetar la propiedad del otro. El beneficio compartido podría dividirse de maneras distintas, de acuerdo con un conjunto particular de derechos de propiedad sobre el que las partes estén de acuerdo; qué propiedad le pertenece a quién, y si es que alguno tiene un derecho de propiedad sobre un tributo que debe ser pagado por el otro. Este es un caso especial del juego monopolio bilateral, anteriormente descrito.

Por supuesto que cada jugador amenazaré con negarse a llegar a un acuerdo de este tipo salvo que reciba la división que quiere. Cada jugador va a dudar de la mayoría de las amenazas de la contraparte. Si su habilidad de coerción y defensa es más o menos equivalente, y si existe algún tipo de división natural de la propiedad en disputa (tales como una corriente de agua entre sus granjas) es posible que las partes encuentren un punto *Schelling* en la forma de un acuerdo de aceptar esa división, respetar los derechos de cada uno, y no pagar tributos.

Si una de las partes (siendo tal vez ligeramente más poderosa que la otra) intenta insistir en un tributo pequeño, argumentando que la otra parte seguirá estando en mejores condiciones a las que enfrentaría de seguir en conflicto, la otra parte podría creíblemente rehusarse, arguyendo que una vez que acepte pagar cualquier tributo no existirá un límite natural a lo que el otro pueda demandar. Aceptar los tributos cuesta a la víctima no sólo el monto del tributo sino también el

único punto *Schelling* disponible. El costo esperado para ella, de un acuerdo como este, incluye tanto el posible costo de pagar tributos más altos en el futuro, como el riesgo de futuros conflictos si más adelante se niega a satisfacer la demanda por el pago de tributos más altos. Ese costo puede resultar lo suficientemente elevado como para hacer creíble su insistencia de que preferirá seguir en conflicto a pagar un tributo por más pequeño que éste sea.

Hasta aquí hemos considerado el punto *Schelling* que genera un acuerdo. Pero el acuerdo en sí mismo, ya sea generado por un punto *Schelling* o de cualquier otra forma, es desde ese momento un punto *Schelling* en sí mismo. Es un resultado único del cual ambos jugadores son concientes. Una vez hecho, una política de "si tu no cumples con el acuerdo yo emplearé el uso de la fuerza, por más que la violación sea mínima comparada con los costos del conflicto" es creíble por exactamente la misma razón que la negativa a pagar tributos, o cualquier otra insistencia de parte de un negociador en un punto *Schelling* es creíble. La firma de un contrato establece un nuevo punto *Schelling* y altera, de esta forma, la situación estratégica. El contrato impone su propio cumplimiento.

Esto se aplica no sólo al contrato social entre pares inicial, sino también a contratos subsecuentes. Suponga que usted tiene un manzano y yo una hacha. Luego de ponernos de acuerdo respecto de nuestros derechos de propiedad, usted me ofrece una cantidad de manzanas si yo corto un árbol que está haciendo sombra sobre su manzano. Yo corto el árbol como acordamos, pero usted se niega a darme las manzanas ¿Qué pasa entonces?

En lo que concierne a nuestra situación física, yo no soy más capaz ahora de obligarlo a usted a darme las manzanas, de lo que estaba antes de que usted me hiciera la oferta y yo cortara el árbol; nuestros recursos materiales, nuestra habilidad para dañarnos mutuamente y defendernos son las mismas que antes. Sin embargo, mi amenaza de cortar todo su manzano si no me paga, es mucho más creíble ahora de lo que hubiese sido antes, tanto porque yo tengo más razones para hacerlo, como porque usted tiene menos razones para resistirse. Antes, el intento de obtener una cantidad de manzanas de usted hubiese sido un intento de moverlo lejos del punto *Schelling* establecido por el contrato inicial. Ahora es un intento de restaurar el punto *Schelling* establecido por nuestro acuerdo subsecuente.

Una explicación un tanto más convencional de esto es que la razón, por la cual es de su interés entregarme las manzanas una vez que ha accedido a hacerlo, es su deseo de formarse una reputación de cumplidor de sus promesas, y que la razón, por la cual yo tengo interés en castigarlo si usted no cumple con entregarme las

manzanas, es porque deseo que se me conozca como una persona que hace cumplir los contratos que se celebran conmigo. Mientras puede que esto sea cierto, existen dos razones por las cuales esto no puede ser una explicación completa. Primero, depende de una percepción particular de un comportamiento consistente; de acuerdo a la lógica pura no hay más razón para pensar en "imponer siempre el cumplimiento" como un comportamiento más consistente que "retroceder la primera, tercera, quinta... vez y pelear la segunda, cuarta...". Ambas describen posibles estrategias individuales. La diferencia importante entre ellas es que la primera es un punto *Schelling* y la siguiente no lo es; un hecho que no trata acerca de las estrategias pero sí lo hace acerca de la forma en la que las clasificamos.

Un segundo problema, que además está relacionado con la consideración convencional, es que yo puedo estar igualmente deseoso de crearme una reputación de "llevar a cabo demandas extorsionadoras". Necesitamos una manera de explicar porqué yo corto el árbol que hace sombra primero, en lugar de simplemente comprometerme a demandar la entrega de las manzanas. Si el primer patrón crea un punto *Schelling* de cumplimiento de contrato y el posterior no lo hace, esto provee una explicación posible.

Creo haber resuelto la aparente paradoja de contratar en medio de la jungla Hobbesiana. El proceso de contratación cambia la situación porque establece nuevos puntos *Schelling*, que a su vez afectan la situación estratégica y su resultado. El mismo análisis puede ser usado por otro lado para explicar qué es lo que constituye la sociedad civil. Las leyes y costumbres de la sociedad civil son una red elaborada de puntos *Schelling*. Si mi vecino me molesta cultivando flores feas, yo no hago nada. Si bota su basura en mi jardín, yo tomo represalias; posiblemente de la misma índole. Si me amenaza con botar basura en mi jardín o con tocar la trompeta a las 3 de la madrugada, cada mañana, a menos que le pague un tributo modesto, yo me rehúso, por más que esté convencido que la defensa legal disponible es más costosa que el tributo que él está pidiendo.

Si un policía me arresta, incluso por un crimen que no cometí, yo voy con él pacíficamente. Si él intenta entrar a mi casa a robar, yo peleo por más que el costo de hacerlo sea mayor al de dejarlo llevarse lo que quiera. Cada uno de nosotros sabe qué comportamiento realizado por otros está dentro de las reglas y qué comportamiento implica demandas ilimitadas, la violación del

punto *Schelling*, y finalmente el retorno a la jungla Hobbesiana. El comportamiento posterior es prevenido por la amenaza de conflicto incluso si (como en la defensa británica de las Malvinas) el costo directo de rendirse es mucho menor al costo directo del conflicto.

Una pregunta que esto genera es cómo logramos comprometernos a no dar marcha atrás en tales situaciones. Una respuesta ya ha sido sugerida. Es de mi interés en el largo plazo no retroceder, porque si lo hago me pongo en la posición de recibir más demandas: "si alguna vez le has pagado el tributo al Danés, nunca te librarás del Danés"¹³.

Esta explicación no es enteramente adecuada. En algunas situaciones el agresor puede ser capaz de comprometerse a mantener tu rendición en secreto y a limitar sus propias demandas. En otras, los costos de resistencia en el corto plazo pueden ser mayores a los costos de rendirse en el largo plazo.

La gente (y las naciones) a veces se rinden ante tales demandas. Si lo hacen menos frecuentemente que lo que podría predecir un simple cálculo de los costos y beneficios, la explicación puede posiblemente ser encontrada en la clase de argumentos dados por Robert Frank y otros¹⁴.

La visión interna central de dichos argumentos es que incluso si la rendición es, a veces, de mi propio interés, ser el tipo de persona que se rinde cuando está en su propio interés hacerlo, puede no serlo, ya que si es sabido que no voy a rendirme, no tiene sentido hacer la demanda inicial¹⁵. Mi primera mejor opción es aparentar ser rudo, con la esperanza que la demanda no sea hecha, mientras reservo la opción de rendición para el caso en que mi engaño sea descubierto. Si, sin embargo, los seres humanos son imperfectamente capaces de mentirse mutuamente acerca de qué tipo de persona son, como parece ser el caso, entonces la mejor opción disponible puede ser resultar realmente rudo, a pesar del riesgo que ocasionalmente me vea obligado a pelear cuando me convendría más rendirme.

Ninguno de estos argumentos depende de sanciones morales. Yo puedo (de hecho lo hago) creer que el recolector de impuestos es moralmente equivalente a un ladrón. Acepto a uno y peleo contra el otro debido a mis creencias acerca del comportamiento de otras personas; por lo que ellas van o no a pelear; y porque existen creencias sobre mi comportamiento que deseo que otros mantengan. Estamos ligados por un conjunto de expectativas estratégicas de reforzamiento mutuo.

¹³ KIPLING, Rudyard. "Danegeld". En: Rudyard Kipling's Verse. Garden City: Doubleday. 1940. pp. 716-717.

¹⁴ FRANK, Robert. "Passions Within Reason: The Strategic Role of the Emotions". Nueva York: Norton. 1988. Véase también FRIEDMAN, David. "Price Theory...". Op. cit. pp. 288-290, que lidia con la misma estrategia vista desde el agresor, obligándose a sí mismo a cumplir su amenaza incluso cuando hacer esto no es de su interés inmediato.

¹⁵ Danegeld como existió en realidad no encajaba completamente en el patrón de comportamiento que estoy describiendo acá. Las invasiones danesas iniciales fueron por tierras y botines. Al acceder a los ejércitos invasores pueden haber estado renunciando a la oportunidad de hacer algo que en realidad querían hacer.

II. DOS RUTAS DESDE HOBBS HASTA AQUÍ

Mi argumentación hasta ahora ha lidiado con dos extremos de un largo proceso. Empecé con una explicación de cómo era posible, en un mundo de dos personas, dar los primeros pasos hacia la negociación en el medio de un estado natural Hobbesiano. Terminé con una explicación de cómo la misma lógica mantiene el orden civil tal y como lo conocemos. Falta todo tipo de explicación de los pasos intermedios mediante los cuales el complejo y funcional orden en el que vivimos pudo haber sido construido.

Una posibilidad es la legislación. Si una parte importante de la forma en la que las personas clasifican las acciones es "legal/ilegal", entonces el hecho de un cambio legal, ya sea hecho por un rey, por una asamblea legislativa, o por un sistema de cortes, cambia la manera en la cual los individuos clasifican las alternativas, lo que a su vez hace variar el conjunto de puntos *Schelling*. Si la corte ha reconocido derechos de propiedad sobre el agua pero no sobre el aire, yo clasifico la contaminación en mi sector del río como una agresión y la combato con medios legales, sociales, e incluso ilegales. Yo clasifico la contaminación de mi aire que realiza la fábrica de jabón de mi vecino como un *nuisance* o estorbo inconveniente y o lo aguanto o trato de pagarle para que deje de hacerlo. Bajo estas circunstancias la legislación es, hasta cierto punto, considerablemente auto-impositiva; el patrón de derechos de propiedad puede tranquilamente sobrevivir incluso si el brazo ejecutor del estado desaparece o se vuelve impotente.

Mientras que esto puede ser parte de la explicación para el orden civil, no puede ser toda la explicación debido a por lo menos tres razones. Primero, algunos derechos no tienen normas legales asociadas a ellos. Segundo, muchas, tal vez la mayoría de personas, son selectivas respecto a qué normas legales toman en serio; como puede ser observado con facilidad en cualquier autopista estadounidense. Y, finalmente, existen situaciones bien documentadas en las cuales los derechos de propiedad existen y son respetados a pesar que son inconsistentes con los derechos legales relevantes.

Este último punto trae a la luz una segunda posible explicación de cómo el patrón de expectativas puede haber nacido; esto es, no a través de la creación de leyes sino a través de la evolución de normas. Robert Ellickson, en un libro reciente, describe cómo funcionan las relaciones entre vecinos en Shasta County California¹⁶. Una de sus observaciones más impactantes fue que, en muchas ocasiones, incluyendo en las de conflicto debido a invasiones cometidas por animales

y la asignación del costo de construir cercas entre vecinos, los habitantes ignoran las leyes relevantes y actúan en su lugar de acuerdo a bien entendidas normas no legales. Ellickson no ofrece ninguna consideración adecuada de cómo se desarrollan tales normas, ni de porqué proporcionan, en algunos contextos, pero no en todos, reglas por lo menos un tanto eficientes. Una posible respuesta a este enigma nos lleva de regreso al contrato social entre dos individuos discutido en la sección previa¹⁷.

Uno puede tratar de explicar las normas funcionales por medio de la evolución. Tal vez, a lo largo del tiempo, las sociedades con mejores normas conquistan, absorben, o son imitadas por sociedades con peores normas, produciendo así un mundo de sociedades bien diseñadas. El problema con esa explicación es que un proceso de ese tipo debiera tardar siglos, si no milenios; cosa que no encaja con los hechos como los reporta Ellickson. Las normas que regularon la pesca de ballenas durante el siglo XIX, por ejemplo, parecen haberse ajustado rápidamente a los cambios en las especies pescadas.

Tal vez lo que está ocurriendo es una evolución, pero una evolución que involucra a grupos mucho más pequeños y fluidos de lo que son sociedades enteras. Considere una norma, como la honestidad, que puede lucrativamente ser seguida por pequeños grupos en una sociedad, y que sea aplicable sólo dentro del grupo. Los grupos con normas eficientes prosperarán y crecerán mediante el reclutamiento. Otros los imitarán. Los grupos con normas similares tenderán a fusionarse, para poder obtener los mismos beneficios a mayor escala. Si un sistema de normas funciona mejor que sus competidores, eventualmente contagiará a la sociedad entera. Cuando las circunstancias cambian y surgen nuevos problemas, el proceso puede repetirse a menor escala, generando normas modificadas para lidiar con los nuevos problemas. En efecto, lo que nosotros tenemos es la contratación entre pares en el medio del camino para salir del estado natural Hobbesiano, repetido muchas veces entre pares y dentro de pequeños grupos.

Esta conjetura acerca de cómo las normas surgen y cambian sugiere una predicción: incluso si una norma es eficiente, no surgirá si sus beneficios dependen de que sea adoptada de manera general. Suponga que definimos una norma como localmente eficiente si, respecto de dos individuos cualesquiera que siguen la norma, no existe otra norma tal en la que al menos uno estaría en mejor condición y el otro no estaría en peor condición, si ambos se cambiaran a ser regidos por esa norma. Una norma es globalmente eficiente

¹⁶ ELLICKSON, Robert. "Order Without Law". Cambridge: Harvard University Press. 1991.

¹⁷ Véase mi reseña de Ellickson: FRIEDMAN, David. "Less Law than Meets the Eye". Michigan Law Review, Vol. 90 No. 6. pp. 1444-1452.

siempre que no exista una norma diferente tal que por lo menos una persona se encontraría en una mejor situación y ninguna persona en una peor, si todos decidieran obedecerla¹⁸.

Considere las normas sobre la pesca de ballenas sobre las que Ellickson disertó. A cualquier par de capitanes le interesa llegar a un acuerdo previo sobre una norma eficiente que regule lo que ocurre cuando una ballena es arponeada por un barco y llevada a tierra por otro, así como le interesa a un par de individuos el acordar ser honestos el uno con el otro. Pero una norma para mantener reducido el número total de ballenas matadas como para conservar la población de ballenas, es útil solo si casi todos la siguen. El primer tipo de norma existió, el posterior no; con el resultado de que en el siglo XIX los pescadores de ballenas hicieron un eficiente trabajo pescando una especie de ballenas tras otra llevándolas casi a la extinción¹⁹.

Así, la evolución de las normas proporciona una segunda consideración de cómo llegamos de Hobbes a aquí. Donde el reconocimiento de derechos, entre dos personas como dos vecinos, o entre los integrantes de un pequeño grupo, proporciona beneficios mutuos, le interesa a las partes concernidas el reconocer tales derechos²⁰. Al hacerlo así cambian el patrón de puntos *Schelling*, que determina el equilibrio de su interacción, en una manera que proporciona (alguna) protección para los derechos en cuestión. A lo largo de un amplio período de tiempo, el resultado es la creación de un conjunto de expectativas mutuas consistentes, y uno que tiende a ser localmente, aunque no siempre globalmente, eficiente.

III. LEY, JUSTICIA Y EFICIENCIA

Al pensar acerca de temas de derechos, me encuentro a mí mismo interpretando dos roles bastante distintos. Como ser humano y (como todo ser humano) filósofo

amateur, tengo intuiciones morales; desde esa posición la pregunta es "¿por qué no debería uno robar?" y la respuesta es "porque es algo muy malo". Como economista pregunto y respondo preguntas diferentes. Una es "¿cuáles son las consecuencias de que las personas sean libres de robar?". Mucho del análisis económico del derecho se dedica a contestar preguntas de esa índole. Otra es "¿por qué las personas (frecuentemente) no roban?".

Este ensayo es un intento de responder este último tipo de pregunta. He intentado responder la pregunta del economista acerca de los derechos, en vez de la del filósofo, no porque la economía sea más importante que la filosofía moral, sino porque confío más en mi habilidad de utilizar la economía para generar respuestas²¹. He sido motivado a seguir esta política por una curiosa y conveniente coincidencia: en la mayoría de los casos, las normas que concluí que eran eficientes, eran también las normas que yo consideraba justas.

No es una coincidencia doble sino una triple. Las reglas que creí eficientes y justas son también, hasta cierto punto significativo, las impuestas por las leyes y normas de la sociedad en la que vivo²². En este ensayo he esbozado algunas ideas acerca de la naturaleza de esas reglas y cómo han evolucionado. Esto hace surgir la pregunta de por qué, si mi consideración es correcta, las normas producidas de esta manera se parecen a aquellas que deduje como eficientes e intuí como justas.

Al tratar de responder esta pregunta, encuentro útil empezar por considerar un tipo de propiedad que suscita cualquier otro tipo de propiedad y existe incluso en un estado natural Hobbesiano.

Puedo controlar los movimientos de mi cuerpo por un simple acto de voluntad. Usted puede controlar sus

¹⁸ Pido disculpas a los matemáticos y a mis colegas economistas por utilizar los conceptos "global" y "local" en un sentido que puede parecer inconsistente con su usual utilización a la hora de clasificar máximas; estaré dispuesto a considerar sugerencias de terminología alternativa. Para hacer el uso de estos términos menos idiosincrásico piénsese en un cambio en las normas que regulan sólo a dos personas como un cambio pequeño, y en un cambio en las normas que rigen a muchas personas como un grande; y piénsese en una "mejoría" como un cambio a una situación que es pareto superior para aquellos que están cambiando. Entonces, un conjunto de normas localmente eficiente, como un óptimo local, es uno que no puede ser mejorado a través de un cambio pequeño.

Para un intento más matemático de definir cambios pequeños y grandes, y de usarlos para analizar la evolución de las normas en una población véase FRIEDMAN (1974).

¹⁹ Una manera un tanto distinta de elaborar este argumento es en términos de lo que Dawkins ha descrito como la evolución de "memes": ideas evolucionando en un ambiente consistente en las mentes de los seres humanos. Véase DAWKINS, Richard. "The Selfish Gene". Nueva York: Oxford University Press. 1976. pp. 203-215. Una razón por la cual una "meme" -tal como la creencia de que "uno debe ser honesto con las personas honestas" - se va a difundir es porque aquellos que la sostienen parecen ser más exitosos como resultado de hacerlo. Pero, para que el proceso pueda pasar la primera etapa, cuando la "meme" aún es rara en la población, debe ser útil sostenerla incluso cuando la mayoría de las otras personas no lo hagan. Esto funciona para "memes" que representan normas como honestidad, pero no funciona para una "meme" por la preservación de las ballenas. Es, en consecuencia, curioso que las "memes" a favor de la preservación se hayan difundido rápidamente en la población estadounidense actual - hasta el punto en que la creencia en preservación se ha convertido casi en el equivalente secular de una religión estatal.

²⁰ Para formular el argumento en algo más parecido a los términos convencionales de la teoría de juegos, estoy combinando un concepto familiar de dominio en juegos de varios jugadores, con la idea de costos de transacción. El resultado A supera al B si hay varias personas que juntas pueden producir A y que prefieren A sobre B. Un número pequeño de personas puede producir un cambio -tal como la adopción de una norma que rijan entre esas personas- que sólo implica cambiar su propio comportamiento. Un grupo grande no puede hacerlo debido a los costos de transacción.

²¹ Este punto es discutido en FRIEDMAN, David. "The Machinery of Freedom". Segunda Edición. La Salle: Open Court. 1989. cap. 41-43.

²² La correspondencia no es perfecta; sería más cercana en algunos aspectos si estuviese escribiendo este texto hace un siglo. Una forma particular de correspondencia -la afirmación de que las leyes consuetudinarias tienden a ser económicamente eficientes- ha sido un elemento central del trabajo del juez Richard Posner, uno de los expertos líderes en la tradición del análisis económico del derecho. Véase POSNER, Richard. "Economic Analysis of Law". 4ta Edición. Boston: Little Brown. 1992.

movimientos utilizando una fuerza irresistible, haciendo creíbles amenazas ante las cuales yo cederé, o de muchas otras maneras. Controlar mi cuerpo puede resultar posible para ambos, pero es mucho más barato y fácil para mí. En este sentido, podemos describir mi cuerpo como mi propiedad natural. La misma descripción se aplica a mi pistola, porque yo sé donde la he escondido y usted no. Incluso la tierra puede ser propiedad natural en cierta forma si mi conocimiento detallado del terreno hace que sea más fácil para mí usarlo o defenderlo. Tal propiedad es naturalmente mía, en la medida en que mi posesión de ella existe en el estado natural y es independiente de convenciones sociales. El hecho que yo pueda controlar algunas cosas a menor costo que usted es tecnología, no derecho o moral.

La propiedad natural es un punto de partida útil para explicar las similitudes entre lo que es, lo que debería ser, y lo que sería eficiente, porque es relevante para las tres.

Si la consideración que he ofrecido es correcta, nuestro orden civil actual es el resultado de una negociación prolongada, basada ultimadamente, en propiedad natural. Fue mi control sobre mi cuerpo lo que hizo posibles los primeros pasos en medio del estado natural. Así, la propiedad natural es relevante para lo que es, para el patrón existente de leyes y normas.

En un mundo sin costos de transacción, cualquier asignación inicial de derechos de propiedad es eficiente²³. En un mundo con costos de transacción positivos, la base para elegir entre asignaciones alternativas es el costo de imponerlas y cambiarlas. Un conjunto de reglas en el cuál yo soy dueño de mi cuerpo y usted del suyo es superior a uno en el cual cada uno de nosotros es dueño del cuerpo del otro, o cada uno de nosotros es dueño de una mitad de cada cuerpo; en parte porque es más fácil imponerlo. Así, tenemos un argumento Coasiano para justificar la relevancia de la propiedad natural en lo que respecta a lo que es eficiente.

Este argumento provee también una segunda conexión entre la propiedad natural y lo que es. Mis argumentos anteriores sugerían que la evolución de las normas tiende a moverse en una dirección que es, por lo menos, localmente eficiente. Si es así, y si las reglas que asigna

la propiedad natural a su dueño natural son eficientes, esperaríamos observar tales reglas. Formulado de manera distinta, el argumento para explicar la eficiencia local de las normas evolucionadas provee una razón para la existencia de cierta similitud entre las reglas que observamos y las reglas que son eficientes²⁴.

¿Qué tiene que ver, si es que acaso tiene algo que ver, la propiedad natural con lo que debería ser? Eso depende de la consideración normativa que uno acepte. Para aquellos de nosotros que aceptamos una consideración libertaria en la cual el derecho subyacente es mi derecho de ser dueño de mí mismo y de cualquier cosa que haya obtenido por medio del acuerdo voluntario con otros que la posean, la conexión es inmediata. La propiedad sobre uno mismo es tanto un axioma moral como un hecho tecnológico. El intercambio voluntario es tanto una manera moralmente legítima de alterar el patrón de propiedad como, si mi consideración de negociación desde el estado natural es correcta, una forma tecnológicamente posible (aunque no necesariamente la única) de alterar un punto *Schelling* y, así, un equilibrio.

Tenemos ahora el principio de una explicación de la similitud entre normas actuales, normas eficientes, y normas justas. El estado de esta explicación, y del hecho que está siendo explicado, no es sin embargo, el mismo para la relación entre los dos primeros, como lo es para la relación entre cualquiera de estas dos con la tercera

Las normas que existen pueden ser observadas, y las normas que son eficientes pueden ser deducidas, al menos en principio, por tecnologías observadas y la teoría económica. Así, el argumento de que existe cierta correspondencia entre lo que existe y lo que es eficiente, es un argumento más bien positivo que normativo²⁵.

Lo que debería ser, por otro lado, es, por lo menos en este ensayo, simplemente una descripción de mis intuiciones morales. Si concluyo que las reglas que serían justas son similares tanto a las reglas que existen como a las que serían eficientes, eso sencillamente sería evidencia de que mis juicios morales son una racionalización *ex post* del mundo en el que vivo o de las conclusiones de mi análisis económico.

²³ COASE, Ronald. "The Problem of Social Cost". En: *Journal of Law and Economics* vol 3. 1960. pp. 1-44.

²⁴ No estoy diciendo que la esclavitud no se observa nunca ni que no es eficiente nunca. Uno puede imaginar circunstancias en las que el elemento de auto-obligación al cumplimiento de contratos sería muy débil para hacer cumplir el contrato que fuera superior a la esclavitud. Un ejemplo es el prisionero de guerra que está confinado porque no existe otra manera de hacer cumplir su acuerdo de pagar por su libertad. Un contraejemplo es la institución de parole, como se desarrolló en realidad. Véase FREY, Bruno S. y Heinz BUHOFER. "Prisoners and Property Rights". *Journal of Law and Economics* 31. 1988. pp. 19-46.

El argumento dado acá proporciona una posible explicación para la tesis posneriana que dice que las leyes consuetudinarias tienden a ser económicamente eficientes. El derecho consuetudinario surgió presumiblemente como un conjunto de normas (localmente eficientes) convertidas a lo largo del tiempo en normas que pueden legalmente hacerse cumplir a la fuerza. Si esta interpretación es correcta, esperaríamos que el derecho consuetudinario se hubiese tornado menos eficiente con el tiempo ya que el mecanismo que genera la eficiencia de las normas no se aplicaría a normas legales definidas e interpretadas por una tercera parte.

²⁵ El ejemplo obvio de una afirmación de este tipo es la tesis del juez Posner que dice que el derecho consuetudinario tiende a ser económicamente eficiente. Poner a prueba esta conjetura es un proyecto extraordinariamente difícil y complicado, pero es, en principio, uno positivo. Véase POSNER, Richard. Op. cit.

Una similitud adicional entre la ética y el orden social, que he estado discutiendo, es digna de ser mencionada. Ambas son esencialmente descentralizadas. La posición ética no hace ningún intento de evaluar a los individuos desde arriba, en términos de su valor ante los ojos de Dios. Consiste más en una descripción de las obligaciones que cada individuo tiene con cada otro²⁶. El orden social, en la medida que ha evolucionado más que haber sido legislado, es un conjunto de reglas que existe porque era el interés de pares de individuos soportarlas y no porque promuevan el bien general de la sociedad²⁷.

IV. CONCLUSIONES

El proyecto central de este ensayo ha sido proporcionar una consideración de derechos, especialmente de derechos de propiedad, que es tanto amoral como no legal; una consideración que explicaría el tipo de comportamientos que asociamos con derechos incluso en un mundo sin ley, sin formas de imponer el cumplimiento de la ley, y sin sentimientos de obligación moral²⁸. He

tratado primero de explicar cómo sin un sistema legal que imponga el cumplimiento de los contratos, puede ser posible contratar en medio del estado natural Hobbesiano, y luego intenté mostrar cómo el mismo análisis puede ser usado para entender en qué sentido un orden civil, tal como nuestra propia sociedad, es distinto del estado natural Hobbesiano. Habiendo ofrecido respuestas a estas preguntas, procuré mostrar cómo podríamos llegar del estado natural a algo como la sociedad actual, y cómo utilizar el análisis para explicar parcialmente la enigmática similitud entre reglas actuales, reglas justas y reglas eficientes.

Si mi análisis es correcto, el orden civil es un punto *Schelling* complejo, mantenido por las mismas fuerzas que mantienen puntos *Schelling* más simples en un estado natural. La propiedad²⁹ es alterable por contratación porque los puntos *Schelling* son alterados por la celebración de los contratos. Las reglas legales son en gran parte una superestructura erigida sobre una estructura subyacente de derechos que se imponen a sí mismos.

²⁶ Este punto es discutido mucho más ampliamente en FRIEDMAN, David. "Should the Characteristics of Victims and Criminals Count? Payne v Tennessee and Two Views of Efficient Punishment". En: Boston College Law Review, July 1993.

²⁷ Lo que no es implicar que las leyes están diseñadas necesariamente para el bien de la sociedad, sino sólo que podrían estarlo.

²⁸ Esta no es la única forma en la que puede ser desarrollada una cuenta positiva de derechos. Sugden persigue un proyecto similar en un marco en el que se producen convenciones cuando los jugadores de un juego de muchos jugadores aprenden de la experiencia y alteran su comportamiento de acuerdo a lo aprendido (Sugden 1986). Otra alternativa sería una explicación socio-biológica, según la cual el respeto de la propiedad es un patrón de comportamiento heredado que evolucionó porque trajo como resultado un incremento en capacidad -es decir éxito reproductivo. No queda claro hasta que punto, estas son explicaciones que compiten entre sí, en lugar de diferentes puntos de vista del mismo elefante. La cuenta socio-biológica puede ser vista como un simple juego repetido de Sugden, repetido a lo largo de muchas generaciones, o como mi cuenta en un mundo en el que la habilidad de los seres humanos para alterar los derechos de propiedad por medio de la contratación simplemente refleja el riquísimo conjunto de puntos *Schelling* disponibles para ellos.

Mi poca elaborada cuenta del desarrollo de las normas y la más detallada cuenta de Sugden del desarrollo de convenciones son lo mismo, salvando el hecho de que él enfatiza la adaptación anónima mientras que yo enfatizo contratos explícitos entre subgrupos pequeños. Su cuenta de los juegos subyacentes toma el conjunto de estrategias disponibles como algo dado, mientras que el mío lo toma como un factor subjetivo sobre los jugadores que puede ser alterables bajo ciertas circunstancias. Las similitudes entre las explicaciones son cercanas; no queda claro si las diferencias son lo suficientemente grandes como para llevar a diferencias significativas en sus implicancias.

²⁹ Por propiedad me refiero a la habilidad de controlar cosas, no al derecho legal de hacerlo.