

## **Derecho & Economía: Reflexiones en torno al concepto Derechos de Propiedad**

*Law & Economics: Thoughts on the concept of  
Property Rights*

**Enrique Gherzi Silva**

Universidad de Lima y CITEL

Ciudad: Lima

País: Perú

Artículo original (nota de investigación)

RFJ, No. 7, 2020, pp. 110-129, ISSN 2588-0837

**RESUMEN:** La presente nota de investigación introduce algunas reflexiones en torno al concepto Derechos de Propiedad. En ese sentido, se propone una contraposición teórico-conceptual a partir de la comparación argumentativa del Civil Law y el Common Law. Esta contraposición se introduce al amparo de la teoría del “Derecho & Economía”, con una especial recurrencia al enfoque propuesto por el “Análisis Económico del Derecho”. Se inicia con un breve recorrido histórico para después plantear algunas tesis distanciadas de la comprensión generalizada que existe en torno a nociones como el derecho de dominio la propiedad material, entre otros aspectos circunscritos.

**PALABRAS CLAVE:** derechos de propiedad, propiedad material, propiedad inmaterial, enajenabilidad, incentivos económicos.

**ABSTRACT:** This research note introduces some thoughts on the concept of Property Rights. Therefore, it compares the Civil Law and the Common Law theoretical and conceptual frameworks. This comparison is introduced on the grounds of the Law & Economics perspective, with a particular reference to the economic analysis of law. It begins with a brief historical voyage and then proposes some thesis divorced from the

generalized understanding that exists around concepts such as the right of ownership, physical property, among other circumscribed aspects.

**KEYWORDS:** property rights, physical property, intangible property, alienation, economic incentives.

## INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, abordaré un tema clásico: la propiedad.<sup>1</sup> Por ello, quiero compartir una reflexión acerca del concepto y significado de la propiedad. Parecería una trivialidad, pero después de 20 años de profesor de Análisis Económico del Derecho, he llegado a la conclusión de que el concepto de derecho de propiedad es más ambiguo y complejo de lo que, por lo general, aceptamos o entendemos. El término “Derecho de Propiedad” no significa lo mismo en las grandes familias del derecho civil, sean estas el *Common Law* o el Derecho Romano Germánico, al cual pertenecemos. Lo que es más importante y, por lo general, menos advertido, es que aun dentro de nuestra tradición jurídica aquel concepto tampoco significa lo mismo. Resulta que el concepto ha evolucionado en el transcurso del tiempo y posee más de un significado que, como propondré a lo largo de esta reflexión, sobrevive a la discusión académica y se encuentra vigente en la realidad social.

---

1 La redacción definitiva de la presente nota de investigación utilizó, como insumo, algunas de las tesis propuestas por el autor durante la Conferencia Derecho de Propiedad dictada en la Universidad Francisco Marroquín (UFM) de Guatemala el 23 de febrero del 2006. Sin embargo, este artículo constituye una contribución original dentro del Proyecto IV (Mejora Regulatoria) del Grupo de Investigación en Derecho Económico (GIDE) de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE) del cual el profesor Ghersi Silva participa como investigador-académico internacional invitado (además de desempeñarse como docente de la U. de Lima, docente visitante de la UFM, miembro de la Mont Pelerin Society, de la Royal Economic Society y director de CITELE Perú). Finalmente, deseamos agradecer a las señoritas Verónica Alejandra Guerra Pazmiño y Nahomi Abigail Montenegro Montiel del GIDE-PUCE por su participación como asistentes de investigación. Asimismo, se informa la elaboración de una versión ampliada, como parte de nuestra labor investigativa, que será elaborada a modo de capítulo de libro en inglés con la finalidad de remitirse a una publicación especializada en la materia de derechos de propiedad y su gestión desde una perspectiva jurídico-económica.

Al estar acostumbrados a la metodología económica en el derecho, estamos familiarizados a la utilización del término inglés *property rights* y lo traducimos, incluso desaprensivamente, como “Derecho de Propiedad” aunque los más prolijos, en plural como: “derechos de propiedad”. Utilizamos en una función sinonímica *property rights*, derecho de propiedad y derechos de propiedad cuando en realidad se tratan de conceptos totalmente distintos. Eso nos lleva a una permanente confusión en la discusión académica universitaria y política. Por eso, quisiera dedicar unas breves palabras acerca de la historia del concepto y su origen dogmático para después plantear algunas hipótesis para una discusión fructífera.

De igual manera, en este artículo, se sostendrá desde un enfoque económico: la evolución histórica del contrato laboral mediante ejemplos actuales, tales como la minería en Guatemala y la destrucción de los derechos de propiedad en entidades mundialmente conocidas como la FIFA. Asimismo, se harán algunas precisiones sobre el contrato laboral que actualmente carece de relevancia debido a la intervención de instituciones como la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

## I. CONSIDERANDOS HISTÓRICOS

El concepto derecho de propiedad se encuentra asociado en su sentido contemporáneo con el desarrollo de un concepto no menos importante: el de los derechos subjetivos. En nuestra tradición jurídica contemporánea, forma parte de un valor común dentro de la clasificación de los derechos subjetivos, es decir, de aquellos derechos duales que las personas tenemos. Prácticamente todo el derecho civil refleja esa clasificación, no importa si se habla de derechos personales y reales. Todo el derecho civil gira en torno a esta clasificación dual de los derechos subjetivos. Estos serían aquellos que o vinculan a las personas con las personas y son los derechos personales, es decir, contratos u obligaciones; o aquellos que vinculan a las personas con las cosas, es decir, derechos reales. Prácticamente, la totalidad de la ciencia jurídica contemporánea da como sentada esta clasificación y articula la presentación de sus argumentos y reflexiones en torno a esta división de los derechos subjetivos entre derechos personales y derechos reales.

Los tratados y los cursos de derechos civil reflejan esta conceptualización. Es importante advertir que esta no es una verdad definitiva, ya que esta clasificación, a pesar de su amplia difusión y su popularidad, es muy reciente y discutible. La idea de que los derechos subjetivos se dividen en dos nace en el siglo XVII. A partir de este siglo se difunde con gran intensidad tanto en el *Common Law*, así como en la tradición Romano Germánico, a tal punto de convertirse en un valor entendido entre los civilistas en las ambas tradiciones jurídicas. Sin embargo, si estudiamos la historia del derecho civil, el propio concepto de derechos subjetivos no existió ni en el derecho romano, ni entre los glosadores, ni entre los posglosadores en la época medieval. Es una creación esencialmente de Hugo Grocio en el siglo XVII.

## II. ENFOQUES TEÓRICOS SOBRE LA PROPIEDAD

La división entre derechos personales y reales ha sido materia de gran debate y precisión, siendo menos precisa y exacta de lo que nosotros podemos pensar. De hecho, esta división merece, a nivel de discusión dogmático-teórica en la ciencia jurídica, una opinión que no es unánime. Ciertamente, son minoritarios los críticos que han apuntado algunas reflexiones de su máxima importancia. En el mundo de los derechos subjetivos, esta idea de clasificación dualista es desafiada por aquellos que piensan que no hay tal división. En lugar de esta división, otro grupo importante de la doctrina reclama que los derechos subjetivos son de una sola naturaleza, es decir, de una suerte de clasificación monista.

Un grupo de la doctrina sostiene que todos los derechos subjetivos son derechos reales. A este grupo de la doctrina se lo conoce como monismo realista. Otro grupo de la doctrina rechaza la idea de que haya derechos reales y derechos personales, entonces, sostiene que todos los derechos subjetivos son en realidad personales. Al monismo realista pertenece el BGB alemán y el *Common Law*. A este monismo pertenece Planiol, Ripert y León Duguit. ¿Por qué es importante esta disquisición? Porque para el monismo realista todos los derechos de la persona son derechos reales.

Para el BGB, por ejemplo, en todo derecho personal hay un derecho real implícito. La pregunta del monismo realista es la siguiente: si tenemos derechos reales y personales separados, como pretende el dualismo clásico, ¿qué soy yo de mi contrato?, ¿Qué es un contrato mío? ¿Lo poseo, soy su dueño, soy su propietario? La conclusión es obvia desde el monismo realista clásico: las personas son dueñas de sus obligaciones, sus contratos, sus créditos, sus deudas y pueden transferirlas.

De esta forma, no habría derechos personales, ya que todos los derechos serían parte de su patrimonio hasta su matrimonio, su relación con sus hijos, su derecho al voto. La integridad de los derechos de la persona integraría el patrimonio de la persona y serían, en realidad, derechos reales. El monismo apunta, realista a un espejismo, que la falsa división entre los derechos reales y derechos personales nos llevaría a entender que, además de ser de dueños de las cosas, también lo somos de nuestros derechos. Por ejemplo, en la tradición hispanoamericana, tan vinculada con el dualismo, resulta muy difícil entender que cuando el congreso altera un contrato de arrendamiento, en realidad, está expropiando; o cuando el municipio cambia la ley de zonificación, en realidad, está expropiando. Porque en la tradición dualista de los derechos subjetivos no somos dueños de nuestros derechos, en realidad, no somos nada de nuestros derechos ya que estos serían una especie de extensión de la personalidad.

En cambio, en la tradición germánica y del Common Law es muy claro que, si el municipio cambia la zonificación y permite construir una estación de gasolina, nos ha expropiado un derecho. Porque somos dueños de nuestros derechos. Si el Congreso establece el control de rentas de los alquileres nos ha expropiado de nuestros derechos, porque también somos dueños de nuestros contratos. Esta consecuencia política tiene origen en un profundo problema conceptual que es la manera como se conciben los derechos subjetivos.

Desde una perspectiva dualista latinoamericana – francesa, española o italiana–, la división de los derechos subjetivos nos lleva a este tipo de consecuencias que en el monismo realista no se producen porque si se nos afecta un

derecho personal, en realidad, se nos está expropiando un derecho real. En todo derecho personal hay un derecho real que lo vincula, implícitamente. La noción *property rights*, que utilizamos en Análisis Económico del Derecho y que puede leerse en textos como el de Richard Posner (1998) “Análisis Económico del Derecho” y no significa derecho de propiedad en nuestro sentido, sino que significa derecho de propiedad en un sentido monista realista. Es decir, no son solo derechos reales sino también derechos personales. No solo tu casa, tu perro, tu ropa o tu pelota sino también tus contratos, tus obligaciones: la totalidad de las titularidades que, como individuo, te corresponden. No obstante, el monismo realista no es la única alternativa conceptual en la división de los derechos subjetivos. En el derecho civil contemporáneo son concebidos de otra forma: el monismo personalista.

Hay otra parte de la doctrina que considera que no existen los derechos reales y que solo existen los derechos personales. El argumento es de filosofía profunda y no me puedo vincular de una cosa porque las cosas carecen de voluntad; por ende, no hay derechos reales porque yo solo me vinculo con personas, ya que solo ellas tienen voluntad y son titulares de derechos. Por consiguiente, yo no me vinculo con mi casa, ni tengo derechos sobre la tierra, ni sobre la ropa que visto porque son inanimadas, es decir, no pueden relacionarse con las personas.

Planiol y Ripert son dos liberales a los que hay que leer. Yo insisto en que se lea a los clásicos, no a la vulgata. Hay que leer a los clásicos como Kelsen, uno de los juristas más malentendidos del derecho. Él pretendía independizar al derecho de la metafísica, de la superstición y crear una ciencia jurídica independiente. Por supuesto, la escolástica kelseniana, la vulgata kelseniana radicalizó y llevó a extremos una posición profundamente seria e importante. No obstante, hay que leer a Kelsen. Del mismo modo, hay que leer a Planiol. No se debe leer a los que escriben manuales de derecho diciendo que Planiol dijo esto.. Les garantizo que Planiol no dijo lo que los manuales dicen que sí. Ripert, dicho sea de paso, fue, militante defensor de la economía de mercado. El libro *En defensa del capitalismo* de Georges Ripert (2001) tiene que leerse. Él defiende activamente

la economía de mercado, el estado de derecho y la economía liberal. Criticó el abuso del derecho que, en ese momento, estaba en plena moda. Ripert decía que la excesiva onerosidad de la prestación y denuncias afectaban a la autonomía del contrato y, a su vez, a la libertad humana. Por ende, les sugiero que lean el tomo primero del monumental tratado de derecho civil de los autores citados. La clasificación de los derechos subjetivos es de una genialidad digna de Planiol.

### III. PROPIEDAD Y LA OBLIGACIÓN PASIVAMENTE UNIVERSAL

Planiol, defensor del monismo personalista, sostiene que todos los derechos subjetivos son personales y no existen los derechos reales. Fundamenta su pensamiento al decir que lo que nosotros pensamos que es un derecho real es una obligación de “no hacer social”. La obligación pasivamente universal es una de las argumentaciones más originales que conozco. Les he de confesar que, con el tiempo, me he convertido en un monista personalista. Ya no creo en la existencia de derechos reales como comentaré después.

Planiol sostiene que, en realidad, no hay derechos reales. La propiedad, el usufructo, la servidumbre no son derechos reales; son obligaciones de no hacer, en las cuales la sociedad reconoce al individuo a cambio de que el individuo le reconozca a su prójimo el derecho de aprovechamiento de un bien. Es decir, la sociedad se impone una obligación de no hacer por la cual tú haces con el bien, siempre y cuando tú respetes que el vecino haga con su bien lo mismo. La obligación pasivamente universal sugiere que en realidad toda la estructura de derechos subjetivos se basa en derechos personales que la sociedad reconoce o no reconoce. Aunque la ley diga que alguien tiene derechos sobre las cosas; si la sociedad no reconoce ese derecho, no lo tiene. Aunque la ley diga lo contrario: que no tienes derechos sobre las cosas; si la sociedad te reconoce ese derecho, sí lo tienes. La idea de Planiol es que los derechos subjetivos forman parte de la interacción y la cooperación voluntaria de las personas y que la sociedad desarrolla, “hayekianamente” de manera evolutiva, obligaciones pasivamente universales diferentes en el transcurso del tiempo y reconoce a una o a

unas personas derechos que en otro momento no le reconoce o nuevos que antiguamente no reconocía. La estructura de los denominados derechos reales es consecuencia de una obligación pasivamente universal que la sociedad crea que cambia y transmuta con el transcurso del tiempo.

León Duguit, jurista un poco más joven que Planiol y Ripert, generalmente considerado como publicista añadió a esta idea monista personalista algunas consideraciones profundamente originales. Recuerdo cuando era estudiante de Derecho. Me engañaron, de buena fe, seguramente. Me dijeron que Duguit era un publicista francés de izquierda que consideraba que no existía la propiedad. Yo me creí esa historia y nunca leí a Duguit. Me dediqué a leer a Hayek para no perder el tiempo con los que no había que leer. Un día leyendo *Derecho, legislación y libertad* encuentro una nota a pie de página de Hayek (1985): León Duguit, *Las transformaciones del derecho*. Entonces pienso, si Hayek cita a Duguit, lo que habían dicho en mi clase no era verdad. Voy a leerlo. Conseguí el libro de Duguit, que generalmente se encuentra en todas las bibliotecas de Derecho, aunque nadie lo abra. Lo compran porque es obligatorio comprarlo. Es elegante que toda facultad de derecho tenga libros de Duguit. Nadie lo lee. Léanlo. Así como les sugiero a Kelsen, Planiol, Ripert o Hayek, les sugiero ahora a Duguit. Ciertamente, es un jurista muy original. La mayor parte de sus textos son de derecho público, pero el texto central es de derecho subjetivo.

#### **IV. LA PROPIEDAD Y DUGUIT: EL ARGUMENTO RECONSIDERADO**

Duguit es uno de los juristas más malentendidos que conozco. Era un liberal. Su tesis es fascinante porque sostiene que el derecho es reflejo de la división de trabajo, es decir, que las instituciones políticas reflejan la organización social. Es, desde este punto de vista, un precursor del realismo que después los escandinavos como Alf Ross, desarrollarán muy profundamente. Duguit lo sugiere desde un punto de vista pro-capitalista. Él dice que las instituciones jurídicas se generan espontáneamente (por eso lo cita Hayek) a partir de la división del trabajo. De esta manera, la propiedad es una función de la división del

trabajo, que la sociedad desarrolla en base a la cooperación voluntaria dentro de aquella. No es un derecho real, es una función económica, una relación obligacional.

Resulta que lo que creemos o lo que creíamos que era una división lógica e impecable de los derechos subjetivos, no es tal porque hemos organizado nuestra vida y nuestro mundo pensando que los derechos de las personas son reales y personales. Estudiamos en derecho que los tratados de ciencia jurídica se organizan de esa forma cuando esa división es completamente arbitraria y, creo yo, a estas alturas, equivocada. Además, esta manera de organizar los derechos subjetivos tiene consecuencias jurídicas. Nos conduce a una confusión si comparamos el dualismo clásico y el monismo realista que tiene muy claro el momento en el cual, al afectar, por ejemplo, un contrato se está produciendo en realidad una expropiación de un derecho de propiedad o de un derecho real, ya que en todo derecho real está implícito uno personal.

## **V. DERECHOS DE PROPIEDAD: *IURA*, *PROPIETAS* Y OTRAS CONSIDERACIONES CONCEPTUALES**

Lamentablemente, el asunto es aún más complicado porque en el intento de profundizar en los conceptos nos damos cuenta de que los conceptos son aún más confusos de lo que parecen y en particular con el derecho real por excelencia: la propiedad. Es aún más complejo porque los derechos subjetivos como tal son muy recientes. No existe la idea de derecho subjetivo en el derecho romano ni entre los glosadores y los posglosadores. Michel Villey, historiador del derecho y filósofo del derecho, cree identificar al precursor de los derechos subjetivos en Guillermo de Ockham; y al creador del concepto moderno en Hugo Grocio.

El derecho romano no conoció el concepto de derechos subjetivos. El término *ius* no era entendido como derecho de la persona en el derecho romano, sino en sentido objetivo porque *ius* era una cualidad de la cosa no un derecho de la persona. El derecho subjetivo aparece cuando la persona se posiciona en el centro de la organización social. En el derecho romano, la descripción de la cosa incluía no solamente a la cosa mis-

ma sino también aquello que le pertenecía por su naturaleza. El concepto romano de *propietas* no es el concepto de propiedad subjetiva contemporánea. La *propietas* romana es una cualidad de la cosa, puede ser apropiable por alguien. Por ejemplo, una botella tiene *propietas* porque puede ser apropiada por alguien, pero es una cualidad de la botella no es mi derecho el ser dueño de la botella.

En el derecho romano, la totalidad del derecho era un concepto objetivo y consistía en descubrir la naturaleza de las cosas. Los *IURA*, por ejemplo, en Gayo, los *iura* son los derechos y eran definidos por él como cosas. En las instituciones de Gayo encontraremos que la definición de cosa es incorporal porque los juristas clásicos romanos encontraban que además de la cosa corporal el derecho debía descubrir la parte incorporal. Hay rezagos hasta hoy de esa conceptualización en nuestra tradición jurídica civilista. Por ejemplo, la herencia. Nosotros hablamos de la herencia, estudiamos la herencia. ¿Cómo se entiende la herencia en el contexto de los derechos subjetivos? ¿Qué es la herencia? Nada, desde el punto de vista del derecho subjetivo. Sin embargo, la herencia existe porque es una *iura* romana que ha subsistido en el derecho civil contemporáneo, es decir, un concepto de *ius* en sentido objetivo. La herencia es una cualidad de la cosa del patrimonio del causante, tiene una naturaleza jurídica autónoma, es un derecho sin sujeto. La potestad familiar, la potestad marital son derechos sin sujetos porque provienen de una tradición jurídica mucho más antigua que entiende el derecho en sentido objetivo y no en sentido subjetivo.

La idea aristotélica del derecho como lo justo forma parte de este concepto y es el que le da virtualidad filosófica. La vieja fórmula de Ulpiano, la definición de justicia: un clásico que repetimos todos “justicia es dar a cada cual lo suyo”. A su vez, interpretamos lo suyo desde un sentido subjetivista, al estilo de Hugo Grocio cuando resulta que la fórmula de Ulpiano “dar a cada cual lo suyo” no significa lo suyo en sentido subjetivo significa suyo en el sentido de aquello que, por naturaleza, le corresponde; es decir, aquello que le es perteneciente, por naturaleza, objetivamente con independencia de quién es el titular sobre esa cosa o no. El *ius* romano consiste entonces en

descubrir la naturaleza jurídica de las cosas porque cada cosa tiene una naturaleza jurídica y eso, a su vez, da forma a nuestra tradición jurídica, por ejemplo: los informes que se piden a los abogados que dictaminan en un juicio, los glosadores Santo Tomás, la escolástica son fieles depositarios de este concepto. La definición tomista de *justo* es fiel depositaria del concepto romano de *ius*, en el sentido objetivo ya que no tiene relación alguna con nuestra definición en sentido subjetivo a partir del siglo XVII.

## VI. POBREZA, PROPIEDAD Y SUS ATRIBUTOS

Villey cree que es Ockham el que, por primera vez, efectúa un tremendo cambio en la historia y en la filosofía del derecho. Merece una pequeña historia:

Ockham fue franciscano, a propósito de la querrela por la pobreza en el siglo XIII. Ockham defendió al superior de los franciscanos, Miguel de Cesena, contra el Papa Juan XXII –quien fue un ilustre canonista– uno de los grandes juristas de la historia en Aviñón. Ockham le escribe una defensa de la pobreza. Como saben, los franciscanos muy radicalizados habían renunciado completamente a los bienes materiales y querían vivir en la pobreza.

El papado en Aviñón fulmina a la orden franciscana con una bula donde, llamándolos hipócritas y herejes, hace una argumentación jurídica que es, –imagínense la pieza–, el gran debate entre el Papa Juan XXII y Guillermo de Ockham (debate entre el derecho subjetivo en sentido objetivo, y entre los derechos en sentido objetivo y en sentido subjetivo). Juan XXII plantea que la propiedad está en la cosa y los franciscanos no pueden renunciar a ser propietarios. Ellos son unos hipócritas porque viven en los conventos, comen en los conventos y dicen que han renunciado a la propiedad. No pueden renunciar a la propiedad si están utilizando uno de sus atributos, el *utiendi*. No pueden renunciar a la propiedad si están utilizando otro de sus atributos, el *abutendi*. No pueden renunciar a la propiedad si están utilizando otro de sus atributos, el *fruendi*. Resulta que sí son propietarios. Déjense de hipocresía. Les restituye la propiedad y les obliga a ser dueños. Ockham escribe la defensa de la orden

y la pieza es fantástica. Dice en ella que el derecho es potestas. Ahí viene la gran transformación del concepto: la potestad individual. De esta manera, yo puedo hacer voluntariamente con el *ius* lo que quiera porque yo soy el que tiene *potestas*, y no la cosa inanimada.

Se fundamenta esta visión desde un punto de vista teológico. Acordémonos, además, que Ockham es el gran creador del nominalismo en la libertad y voluntad humana, la cual es creada a imagen y semejanza de Dios. Por consiguiente, el ser humano tiene *potestas* y si, voluntariamente, los franciscanos han renunciado a la propiedad o a alguno de los atributos de la propiedad, han renunciado válidamente a ellos porque *ius* es *potestas*. A través de los escritos de la escolástica salmantina y particular de Domingo de Soto, esta idea de *ius* como *potestas* llega a Hugo Grocio, el gran jurista del siglo XVII, utilizando la idea ockhamiana de que *ius* es *potestas* y que el centro de titularidad de derechos no es la cosa sino la persona. Crea el concepto de derecho subjetivo como derecho autónomo en un párrafo muy famoso de su tratado sobre la guerra y la paz, y define a los derechos como la cualidad moral por la cual una persona puede servirse de una cosa. Clasifica las cualidades morales en tres: el derecho en sí (la libertad); la propiedad (usufructo o lo que llamaríamos después los derechos reales); y los contratos y obligaciones (derechos con los demás). De esta manera, da lugar a lo que posteriormente será uno de los clásicos del derecho civil contemporáneo.

La genealogía Ockham-Domingo de Soto-Grocio es significativa. Se conoce hoy en día ya que Hugo Grocio fue un lector devoto de Domingo de Soto. En la biblioteca del primero y en sus textos, al único salmantino que cita es a de Soto. Domingo de Soto tiene un discípulo, Suárez, que es muy interesante porque en algún texto define derecho como ley o como dominio. Si nos damos cuenta esa definición de Suárez está la síntesis del problema: “si *ius* es ley o si *ius* es dominio”, es decir, si el derecho es objetivo, por tanto, la ley inmutable, natural; o si es dominio subjetivo, *potestas*, voluntad individual sobre las cosas.

## VII. PROPERTY RIGHTS EN CONTEXTO

La evolución del concepto de marca no deja duda de que el nombre es un *property right*, que la reputación es un *property right*. Sin embargo, es claro que tú puedes enajenar tu reputación para que alguien se sirva de ella.

Si una titularidad carece de exclusividad o enajenabilidad, o te da una sola cosa, no es un *property right*: por ejemplo, tu matrimonio. Este, en teoría, te da exclusividad; pero no enajenabilidad. No puedes vender a tu cónyuge. Aunque las relaciones dentro del matrimonio son exclusivas y enajenables, si es que se comparten, si es que hay un régimen de comunidad ganancial. No obstante, la relación, el contrato que haces con tu cónyuge no es enajenable; por lo tanto, una relación matrimonial no es un *property right*.

¿El contrato de trabajo es un *property right*? En el derecho moderno, el contrato de trabajo es una promesa unilateral. Si definimos el contrato de trabajo en los términos de las convenciones de la OIT, no es un contrato, sino que es donación con carga. Es un acto unilateral en el cual el patrono promete darte dinero si tú trabajas correctamente. Sin embargo, desde que se eliminaron la servidumbre, la esclavitud, y la prisión por deudas, ¿hay contrato de trabajo?

A diferencia de la compraventa, en la cual tú tienes: A=vende; B=compra. Se produce un intercambio de titularidades, estas intercambiando *property rights*, derechos subjetivos en un sentido monista realista. En el contrato de compraventa he intercambiado la propiedad sobre el precio por la propiedad sobre la cosa. Ese es el contrato de compraventa: hay un intercambio de dos derechos subjetivos que integran mi patrimonio, de dos titularidades. Yo tengo la exclusividad y la enajenabilidad del dinero, tú tienes la exclusividad y la enajenabilidad de la cosa. Yo soy dueño del dinero, tú eres dueño de la cosa.

Lo que sucede en el contrato de compraventa es un intercambio del precio por la cosa. En el contrato de trabajo no intercambias nada. En la compraventa incorporas en tu

patrimonio el derecho a la cosa y, si no se entrega la cosa o no se paga el precio de la cosa, hay acción penal, civil, indemnización, etc. Sin embargo, en el contrato de trabajo, el trabajador puede exigir que el patrono cumpla, pero no viceversa; el patrono solo puede despedirlo, pero no obligarle a trabajar.

Esto pasa en muchos contratos. Por ejemplo, en el contrato de mutuo o de préstamo, se intercambia la propiedad sobre el capital por la propiedad del capital más los intereses. Hay un intercambio de dos derechos de propiedad, hay un intercambio de dos titularidades. Yo tengo el derecho de la exclusividad y la enajenabilidad del dinero que conforma el capital y tú tienes la exclusividad y la enajenabilidad del capital más los intereses. Entonces, nos hemos intercambiado el derecho al capital, que yo te transfiero por el préstamo, y yo tengo el derecho a exigirte a ti el capital más los intereses; tengo la propiedad sobre eso. En estos contratos se intercambian derechos de propiedad, titularidades, en los otros no.

¿Qué pasa en los esponsales? ¿Hay intercambio de titularidades? No, porque es como el contrato de trabajo. El novio promete unilateralmente a la novia que se va a casar, pero ¿y si no se casan? De igual manera, pasa cuando contratas a un artista. Desde este punto de vista, cada vez que tengan un derecho subjetivo, por ejemplo, un contrato, que posea uso exclusivo de ese derecho y que sea enajenable, están frente a un property right. Por ejemplo, una concesión minera en el Perú donde, según su legislación, el suelo y subsuelo son de propiedad estatal, todas las riquezas minerales que uno encuentre son del gobierno. Esa es la diferencia entre encontrar petróleo en el Perú y encontrar petróleo en Texas: en Texas eres rico porque el petróleo es tuyo; en el Perú eres pobre porque el petróleo es del gobierno.

En el Perú hay una especie de licencia que te da el gobierno: un contrato que se llama concesión. La concesión en el Perú tiene tratamiento de derecho real, se le considera una forma de propiedad. Empero, ¿qué significa económicamente la concesión? Es un contrato que celebras tú con el gobierno (que es el dueño) y que te permite la exclusividad del yacimiento

minero y la enajenabilidad de ese derecho: es decir, tú puedes comprar y vender concesiones mineras, puedes explotarlas, arrendarlas. Este es un típico ejemplo de un contrato que se convierte en una titularidad porque te da la exclusividad y enajenabilidad.

En Guatemala existen algunas formas de contratación que se parecen a esta, como lo vinculado al espectro electromagnético. En el Perú no existen leyes de espectro electromagnético, aquí no se puede comprar y vender una licencia para prestar el servicio de telefonía celular. No puedo comprar la licencia porque ésta es un derecho personal. En el caso peruano, no te da la enajenabilidad. Sin embargo, en el caso de Guatemala, un paso notable respecto a toda América Latina es que no solo te da el derecho exclusivo para usar una banda del espectro electromagnético, sino que te da la posibilidad de enajenarla. En el sentido económico es una titularidad. Para los abogados no sería un derecho real pero económicamente, al darte la exclusividad y la enajenabilidad, se convierte en un *property right*, en una titularidad. Funciona como un derecho real siendo un derecho personal porque es un contrato. Cada vez que tengan algún derecho, que sea de uso exclusivo y enajenable, estarán frente a un *property right*. Lo que llamaríamos un derecho de propiedad, en sentido anglosajón.

Ahora, en el mundo moderno el desarrollo de la tecnología está haciendo que aparezcan más recursos que puedan ser utilizados exclusivamente y que sean enajenables. Piensen en la historia de los recursos. ¿Cuándo un terreno baldío se convierte en un terreno económicamente explotable? En primer lugar, cuando puedes criar un ganado en él. ¿Cuándo dejan de ser animales salvajes y se convierten en ganado? Cuando puedes excluir a los demás del aprovechamiento de ese ganado. ¿Cuándo ocurre? Cuando se inventa el mercado del animal. ¿Por qué se marca al animal? Para crear un *property right* en los animales. Y esa es una solución tecnológica.

Por lo general, la aparición de nuevas tecnologías permite crear nuevas formas de uso exclusivo sobre ellas y dar lugar al aprovechamiento económico y a la exclusividad y enajenabilidad de ese recurso. Por ejemplo, pensando en el

ámbito deportivo: en el béisbol hay propiedad; los equipos son de propiedad privada. Lo mismo pasa en el fútbol americano, en el hockey, en el baloncesto. El problema del fútbol radica en la FIFA. Esta es una organización de personas más no una de capitales. Y, como toda estructura de personas, se basa en lealtades de tipo feudal. Además, aquella es un sistema es de cooptación, es decir, es un procedimiento político por el cual el antecesor elige al sucesor. Así funciona la FIFA.

El presidente de la FIFA escoge a los presidentes de las confederaciones, los cuales, a su vez, escogen a los presidentes de las federaciones, quienes, a la par, escogen a los presidentes de las ligas y, éstos últimos, escogen a los presidentes de los clubes. La FIFA es una organización privada que se da el lujo de hacer el campeonato mundial donde juegan naciones, en el cual ningún estado tiene injerencia. La federación guatemalteca como la federación peruana no dependen ni de Guatemala ni de Perú, ambas dependen directamente de aquella.

Entonces, decir que hay derecho de propiedad en el fútbol es relativo. Hay derechos personales. Dentro del fútbol se está produciendo una evolución: muchos clubes han comenzado a hacer sociedades de capitales. Por ejemplo, Boca, Milán, Fiorentina, están alistados en bolsa. Sin embargo, la mayoría de los clubes del mundo siguen siendo sociedades de personas. Esto explica el problema del porque hay violencia sólo en el fútbol. En todos los deportes hay un dueño. En cambio, en el fútbol, los clubes no son de propiedad de nadie; son solo sociedades de personas, lo que da paso a la violencia. Donde no hay propiedad, hay violencia.

Las sociedades de personas tienden a ser organizaciones políticas donde los socios se pelean el control del club utilizando a los hinchas. Entonces, hay violencia en el fútbol porque no hay derecho de propiedad. El problema de la transferencia de los jugadores es lo más parecido a la esclavitud. El pase FIFA de un jugador es una declaración de esclavitud. El fútbol tiene un sistema de pases en el cual el club lo vende, pero con aquiescencia del jugador. El sistema de transferencia de los jugadores en el fútbol es una cosa complicada porque además existe la regla FIFA llamada “cláusula de resolución”, de libre transferencia de

un jugador, que consiste en que si tienes un contrato con un equipo de fútbol, cualquier otro equipo, en cualquier momento, puede romper tu contrato si paga la “cláusula de resolución”. Además, el problema con la FIFA es que hay una especie de monopolio ya que compra los derechos del fútbol en el mundo. Por ejemplo, la FIFA les compra a las federaciones los derechos de transmisión de televisión de sus campeonatos.

¿Por qué existe una estructura de *property rights*, de derechos reales? Por que los recursos son finitos y escasos. Y, ¿cómo se multiplica el aprovechamiento de los recursos?

Una de las funciones económicas del derecho consiste en multiplicar el aprovechamiento de los recursos, metafóricamente. El derecho ha permitido, mediante una ficción, que un mismo recurso pueda ser utilizado muchas veces. Piensen por un minuto en una propiedad, en una finca. Ustedes son los propietarios, es decir, solo hubiera un derecho real, una titularidad, la finca podría ser utilizada una sola vez. Pero ¿qué ha hecho el derecho? Ha creado la estructura institucional, formas de desdoblar económicamente el aprovechamiento de la finca. La puedes explotar de una segunda manera. Resulta que también la puedes dar en hipoteca, que es un *property right* autónomo. Entonces, tu finca ya se usa dos veces, como explotación finquera, pero también como hipoteca. El derecho también te permite una tercera posibilidad: darla en usufructo, total o parcialmente, por lo cual das a alguien que explota la finca y paga una renta por hacerlo y, además, la tienes hipotecada. Puede haber titularidades. Se han multiplicado los recursos, se ha permitido la maximización del valor de ese recurso. Es decir que sobre un recurso puede haber varias utilidades exclusivas. En un mismo recurso, tú puedes ser propietario y, a la vez, haber transferido la superficie de ese recurso.

## CONCLUSIONES

Las hipótesis que quiero plantear para terminar esta discusión teórica y, como dije. En primer lugar, hay un concepto de propiedad que responde a la idea de derecho objetivo abrevado en el derecho romano, en el tomismo, en los glosadores y en los posglosadores. Asimismo, hay otro que responde

a la idea de derecho subjetivo que además tiene las dificultades que hemos apuntado respecto de la división dualista o monista de los derechos subjetivos; o es un derecho real o es un derecho personal o, en realidad, todos los derechos son derechos reales. Hecha esta conclusión provisional, la primera hipótesis es la siguiente: después de 20 años de cátedra y de investigación en el Perú he llegado a la conclusión, o quizás a la hipótesis siguiente provisional: en América Latina el derecho de propiedad existente responde al concepto objetivo de propiedad. El derecho latinoamericano entiende a la propiedad como un atributo de la cosa. Entiende a los derechos reales como objetivos. La cosa puede ser apropiada por alguien.

Nuestro derecho, cronológicamente, es pre-Grocio porque él escribe después de la conquista. Nuestro Derecho civil hispanoamericano es un derecho influido por los glosadores y los posglosadores, por la tradición jurídica castellana, por el derecho romano, romanista y neo romanista. No obstante, no es un derecho influido por Grocio en sentido alguno. Nuestros textos jurídicos, nuestra literatura jurídica, la jurisprudencia, la tradición jurídica, y el derecho oficial entienden el *ius* en sentido objetivo y es tributario de la tradición romana. Supuestamente, hay unas cosas o unos bienes que tienen unas cualidades que justifican su apropiación por alguien.

Hipótesis dos: el derecho realmente existente, a pesar del que practican los pobres de América Latina que no obedecen las leyes, sino que crean sus propias costumbres desafiando competitivamente la producción de normas a través de mecanismos consuetudinarios, responde al fenómeno subjetivista. Es decir, la propiedad entre los informales es un derecho subjetivo más aún. Hipótesis tres: monista, personalista: los informales de América Latina en Perú y en Guatemala que invaden terrenos. La ley dice que eso es un delito, que el propietario eres tú, que tú eres el invadido y no el que viene. El derecho vivo, vigente, es subjetivista porque son derechos de las personas y son obligaciones pasivamente universales. América Latina pertenece a una tradición que tiene 500 años, es decir, nuestra tradición y sus escuelas occidentales tienen 500 años de tradición, que no es poco. Estamos hablando de cosas

como *propietas* y de las características del *ius*. En la tradición jurídica romanista y neo romanista más depurada, la barroca, en realidad, somos juristas barrocos.

Sin embargo, la realidad social ha excedido esa virtualidad, esa discusión jurídica. En la realidad social hay órdenes jurídicos competitivos creados, consuetudinariamente, que desafían el orden jurídico definido por las leyes. En esta lógica la invasión es un modo de adquirir la propiedad. Eso no está en ninguna ley e, incluso, nos parece monstruoso desde el punto de vista del derecho objetivo. Sin embargo, ocurre que nuestra sociedad le reconoce virtualidad y consecuencias jurídicas.

En el Perú, este fenómeno de la invasión como una forma de adquirir propiedad ha alcanzado tal nivel que ya no solo invaden los pobres, ahora también los ricos. En el Perú las playas aparentemente son de propiedad pública, por mandato constitucional, y nadie podría construir en ellas. Por supuesto, esto es falso porque ya no existe prácticamente un centímetro de “playa pública” en el litoral de Lima. Todo ha sido todo invadido por los ricos, que han construido sus casas de descanso igual que los barrios de los pobres (“pueblos jóvenes”) se han ubicado en ciertas zonas colindantes a los cerros limeños. Al final, estas zonas de ricos también constituirían ejemplo de invasiones de terrenos públicos contrarias a la ley. Serían entonces individuos que han incurrido en una conducta prohibida, pero recordemos que al existir una “obligación pasivamente universal”, el escenario cambia. Yo reconozco tu “pueblo joven”, y tu reconoces mi casa de playa, entonces como se dice coloquialmente en Perú, todos “somos felices”. ¿Qué es eso? Pues simplemente “Derecho”, otro “derecho”.

Finalmente, les invito, después de navegar por Grocio y por Ockham, a abrir los ojos a lo que sucede en nuestros pueblos. Hay que darnos cuenta de que la vida cotidiana es un laboratorio de derecho. Es necesario abrir los ojos, reconocer la realidad y entender que las fuentes del derecho no se crean jerárquicamente sino competitivamente, y que no existe una pirámide normativa. Esa idea, que después populariza Kelsen, según la cual las normas se organizarían en una pirámide

normativa es falsa. Lo que es hay es libre concurrencia que, simultáneamente, nos muestra la existencia de diferentes proveedores de normas en la sociedad como la costumbre y la ley. La gente se desplaza y el que escoge qué norma cumple es el ciudadano. Se desplazan de una fuente del derecho a otra en función de los costos y beneficios de cada fuente del derecho. De manera que, si la ley es muy costosa, la gente se desplaza a la costumbre y si la costumbre es muy costosa se desplaza a la ley. Esa competencia institucional, que es la creadora del derecho en una sociedad, nos permite darnos cuenta de que, a veces, los conceptos no son lo que estamos acostumbrados a pensar o lo que pensamos académicamente. Tenemos que analizar los conceptos tal como son y las realidades sociales tales como ellas operan.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Posner, R. A. (1998). *El análisis económico del derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Hayek, F. A. (1985). *Derecho, legislación y libertad*. Madrid: Unión Editorial.

Ripert, G. (2001). *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*. Granada: Editorial Comares.

**Recibido:** 28/10/2019

**Aprobado:** 12/06/2020

**Enrique Gherzi Silva:** Universidad de Lima y CITEL

**Correo electrónico:** rfj@puce.edu.ec

**Ciudad:** Lima

**País:** Perú