

MURRAY N. ROTHBARD

**LEY,
DERECHOS
DE PROPIEDAD
Y CONTAMINACIÓN
DEL AIRE**



Este pequeño ensayo, publicado originalmente en primavera de 1982, profundiza en las ideas que Murray Rothbard esboza en su manifiesto libertario *Hacia una nueva libertad*, alterando parcialmente y desarrollando sus puntos de vista sobre la ley de contaminación del medio ambiente y la función de la ley en general.

En palabras de su autor, y junto a *La ética de la libertad*, «De los trabajos que he realizado, *Ley, derechos de propiedad y contaminación del aire* ha sido lo más relevante en cuanto a ampliar o desarrollar las ideas de *Hacia una nueva libertad*».

Índice de contenido

[Cubierta](#)

[Ley, derechos de propiedad y contaminación del aire](#)

[La ley como disciplina normativa](#)

[Invasión física](#)

[Iniciación de un acto abierto: responsabilidad estricta](#)

[La carga apropiada del riesgo](#)

[La carga apropiada de la prueba](#)

[Causalidad estricta](#)

[Responsabilidad sólo del agresor](#)

[Una teoría de la propiedad justa: la ocupación](#)

[Molestias, visibles e invisibles](#)

[Posesión de la unidad tecnológica: tierra y aire](#)

[Contaminación del aire: ley y regulación](#)

[Convirtiendo al delito en agravio](#)

[Unión de agravios y unión de víctimas](#)

[Conclusión](#)

[Sobre el autor](#)

[Notas](#)

LA LEY COMO DISCIPLINA NORMATIVA

La ley es una serie de órdenes; los principios de la ley de agravios o criminal, de los que nos vamos a ocupar, son órdenes negativas o prohibiciones del tipo “no deberás” realizar las acciones X, Y o Z.^[1] En resumen, ciertas acciones se consideran malas hasta el punto de que se considera apropiado utilizar castigos de violencia (pues la ley es la encarnación social de la violencia) para combatir, defendernos y castigar a los transgresores.

Hay muchas acciones contra las que no se considera apropiado usar la violencia, individual u organizada. La simple mentira (es decir, cuando no se rompen contratos para transferir títulos de propiedad), la traición, la ingratitud, ser desagradable con amigos o asociados o no acudir a las citas se consideran por lo general como algo malo, pero pocos piensan en usar la violencia para evitarlos o combatirlos. Otras sanciones, como rechazar a la persona o hacer tratos con ella, ignorarle, etc., pueden usarse por parte de individuos o grupos, pero utilizar la violencia de la ley para prohibir dichas acciones se considera excesivo e inapropiado.

Si la ética es una disciplina normativa que identifica y aclara ciertos grupos de acciones como buenas o malas, correctas o incorrectas, entonces la ley de agravios o criminal es un subgrupo de la ética que identifica ciertas acciones como apropiadas para usar violencia contra ellas. La ley dice que la acción X debería ser ilegal y por tanto *debería* combatirse por la violencia de la ley. La ley es una serie de "tendrías" o proposiciones normativas.

Muchos escritores y juristas han afirmado que la ley es una disciplina "positiva" libre de valores. Por supuesto es posible simplemente listar, clasificar y analizar la ley existente sin ir más allá y decir lo que la ley debería o no debería ser.^[2] Pero ese tipo de jurista no está cumpliendo con su tarea esencial. Como la ley es en definitiva un serie de órdenes normativas, el verdadero jurista o filósofo legal no ha completado su tarea hasta que establezca cómo debería ser la ley, por muy difícil que pueda ser esto. Si no lo hace, entonces está necesariamente abdicando de su tarea en favor de individuos o grupos no formados en principios legales, que pueden dar sus órdenes por simple capricho arbitrario y fiduciario.

Así que los juristas austrianos proclaman que el rey, o el soberano, se supone que redacta la ley y la ley es meramente un serie de órdenes emanadas de su voluntad. Pero entonces aparece la pregunta: ¿Bajo qué principios opera o debería operar el rey?^[3] ¿Es posible decir alguna vez que el rey está emitiendo un decreto "malo" o "impropio"? Una vez que el jurista admite eso, va más allá de la voluntad arbitraria para empezar a fijar una serie de principios normativos que deberían guiar al soberano. Y así vuelve a la ley normativa.

Las variantes modernas de la teoría legal positiva dicen que la ley debería ser lo que los legisladores dicen que es. ¿Pero qué principios van a guiar a los legisladores? Y si decimos que los legisladores deberían ser los portavoces de sus votantes, simplemente echamos el problema un

paso atrás y preguntamos: ¿Qué principios se supone que guían a los votantes? ¿O la ley, y por tanto la libertad de acción de todos, es ser gobernados por el capricho arbitrario de millones en lugar de un hombre o unos pocos?[4]

Incluso el más antiguo concepto de que la ley debería determinarse por jueces tribales o de la ley común, que están simplemente interpretando las costumbres de la tribu o sociedad, no puede escapar de los juicios normativos básicos para la teoría. ¿Por qué deben obedecerse las normas consuetudinarias? Si la costumbre tribal requiere el asesinato de toda la gente por encima del metro ochenta, ¿debe obedecerse en todo caso esta costumbre? ¿Por qué no puede la razón establecer una serie de principios para evaluar y acabar con las meras costumbres y tradiciones? Igualmente, ¿por qué no puede usarse para acabar con el mero capricho arbitrario del rey o la opinión pública?

Como veremos la ley de agravios o criminal es una serie de prohibiciones contra la invasión o la agresión a los derechos de propiedad privada; esto es, a las esferas de libertad de acción de cada individuo. Pero si éste es el caso, entonces las implicaciones de la orden "No interferirás en el derecho de propiedad de A" serán que el derecho de propiedad de A es justo y por tanto no debería ser invadido. Por tanto las prohibiciones legales, lejos de estar en algún sentido libres de valores, implican realmente una serie de teorías acerca de la justicia, en particular, la asignación justa de derechos y títulos de propiedad. La "justicia" no es sino un concepto normativo.

Sin embargo, en años recientes juristas y economistas de la "escuela de Chicago" han intentado desarrollar teorías del derecho de la propiedad libre de valores, derechos definidos y protegidos no basándose en normas éticas como la justicia, sino en alguna forma de "eficiencia social". En una de esas variantes, Ronald Coase y Harold Demsetz han afirmado que "no hay ninguna diferencia" en

cómo se asignan los derechos de propiedad en casos de conflictos de intereses, siempre que se asignen a *alguien* derechos de propiedad y luego se defiendan. En su famoso ejemplo, Coase imagina una locomotora de ferrocarril arruinando granjas y huertos cercanos. Para Coase y Demsetz este daño a las cosechas de un granjero por parte del ferrocarril es una "externalidad" que debería, de acuerdo con las ideas de la eficiencia social, ser internalizada. Pero para estos economistas, no importa cuál de dos posibles cursos de acción se adopte. O bien uno dice que el granjero tiene un derecho de propiedad en su huerto; por tanto el ferrocarril debería pagar los daños por su pérdida y el granjero debería ser capaz de prohibir las acciones invasivas del ferrocarril. O el ferrocarril tiene en derecho a echar humo donde le plazca y si el granjero quiere detener el humo debe pagar al ferrocarril para que instale un dispositivo de eliminación de humos. No importa, desde el punto de vista del gasto de recursos productivos, qué camino se tome.

Por ejemplo, supongamos que el ferrocarril genera el equivalente a \$100 000 en daños y en el Caso 1, se dice que esta acción invade la propiedad del granjero. En ese caso, el ferrocarril debe pagar \$100 000 al granjero o bien invertir en su dispositivo de eliminación de humos, lo que sea más barato. Pero en el Caso 2, en el que el ferrocarril tiene el derecho de propiedad a emitir el humo, el granjero tendría que pagar al ferrocarril hasta \$100 000 para que deje de dañar a su granja. Si el dispositivo de humo cuesta menos de \$100 000, digamos \$80 000, entonces se instalará el dispositivo independientemente de a quién se haya asignado el derecho de propiedad. En el Caso 1, el ferrocarril gastará \$80 000 en el dispositivo en lugar de tener que pagar \$100 000 al granjero; en el Caso 2, el granjero estará dispuesto a pagar al ferrocarril \$80 000 y hasta \$100 000 para que instale el dispositivo. Si por otro lado, el dispositivo de humo cuesta más de \$100 000, digamos

\$120 000, entonces no se instalará el dispositivo independientemente de qué camino se siga. En el Caso 1, el ferrocarril seguirá lanzando humo y pagará al granjero daños por \$100 000 en lugar de gastar \$120 000 en el dispositivo; en el Caso 2, no merecerá al granjero pagar al ferrocarril \$120 000 por el dispositivo, pues es más pérdida para él que el daño de \$100 000. Por tanto, independientemente de a quién se asignen los derechos de propiedad (de acuerdo con Coase y Demsetz) la asignación de recursos será la misma. La diferencia entre ambos es solo un asunto de "distribución", es decir, de renta o riqueza.^[5]

Hay muchos problemas con esta teoría. Primero, renta y riqueza son importantes *para las partes afectadas*, aunque podrían no serlo para los economistas no afectados. Resulta muy diferente para ellos quién paga a quién. Segundo, esta tesis solo funciona si ignoramos deliberadamente los factores psicológicos. Los costes no son solo monetarios. El granjero puede tener un apego al huerto mucho más allá del daño monetario. Por tanto, el huerto podría tener para él mucho más valor que los \$100 000 en daños, así que podría costar un millón compensarle por la pérdida total. Pero entonces se quiebra la supuesta indiferencia. En el Caso 1, el granjero no quedará contento aceptando solo \$100 000 en daños. Realizará un requerimiento contra cualquier agresión ulterior a su propiedad e incluso si la ley permite negociar a las partes para retirar el requerimiento, insistirá en recibir más de un millón del ferrocarril, algo a lo que éste no estará dispuesto.^[6] A la inversa, en el Caso 2 probablemente no haya una manera de que el granjero obtenga el millón necesario para detener la invasión de humo del huerto.

El amor del granjero por su huerto es parte de una dificultad mayor de la doctrina Coase-Demsetz: Los costes son puramente subjetivos y no medibles en términos monetarios. Coase y Demsetz han estipulado en su tesis de la indiferencia que todos los "costes de transacción" sean ce-

ro. Si no lo son, entonces defienden asignar los derechos de propiedad a la vía que implique menos costes de transacción. Pero una vez que entendemos que los costes son subjetivos para cada individuo y por tanto no mensurables, vemos que los costes no pueden ser sumados. Pero si todos los costes, incluyendo los costes de transacción, no pueden ser sumados, entonces no existen los “costes sociales de transacción” y no pueden compararse en los Casos 1 ó 2 o de hecho en cualquier otra situación.^[7]

Otro serio problema de la postura de Coase-Demsetz es que al pretender estar libre de valores, en realidad importan la norma ética de la “eficiencia” y afirman que los derechos de propiedad deberían asignarse basándose en dicha eficiencia. Pero incluso si el concepto de eficiencia social tuviera sentido, no responden a las preguntas de por qué la eficiencia sería la consideración superior al establecer los principios legales o por qué las externalidades deberían internalizarse por encima de otras consideraciones. Así que no nos queda *Wertfreiheit* y volvemos a cuestiones éticas no examinadas.^{[8][9]}

Otro ejemplo de los economistas de la escuela de Chicago por hacer recomendaciones de política pública legal bajo el disfraz de *Wertfreiheit* es la opinión de que con los años los jueces de derecho común siempre llegarán a la asignación socialmente eficiente de los derechos de propiedad y las responsabilidades civiles. Demsetz destaca los derechos que minimizarían los costes sociales de transacción; Richard Posner destaca la maximización de la “riqueza social”. Todo esto se añade a un injustificado determinismo histórico, funcionando como una especie de mano invisible que guía a los jueces al actual camino de la escuela de Chicago, a las otras falacias que hemos examinado antes.^[10]

Si la ley es una serie de principios normativos, de esto se deduce que cualquier ley positiva o consuetudinaria que haya aparecido no puede simplemente registrarse y

seguirse ciegamente. Toda ley debe estar sujeta a una crítica sistemática basada en dichos principios. Luego si hay discrepancias entre la ley real y los principios de justicia, como pasa casi siempre, deben darse pasos para hacer a la ley conforme con los principios legales.

INVASIÓN FÍSICA

El principio normativo que estoy sugiriendo para la ley es sencillamente este: No debería considerarse ninguna acción como ilícita o ilegal salvo que invada o ataque a la persona o justa propiedad de otro. Solo las acciones invasivas deberían declararse ilegales y ser combatidas con todo el peso de la ley. La invasión debe ser concreta y física. Hay grados de severidad en dicha invasión y por tanto distintos grados apropiados de restitución o castigo. El "robo", la simple invasión de propiedad con el fin de robar, es menos serio que el "atracó", en el que probablemente se use fuerza armada contra la víctima. Sin embargo, aquí no nos preocupan las cuestiones de los grados de invasión o castigo, sino simplemente la invasión por sí misma.

Si ningún hombre puede invadir la "justa" propiedad de otra persona, ¿cuál ha de ser nuestro criterio de justicia?^[11] No hay espacio aquí para desarrollar una teoría de la justicia en los títulos de propiedad. Basta con decir que el axioma básico de la teoría política libertaria sostiene que todo hombre es propietario de sí mismo, teniendo jurisdicción absoluta sobre su propio cuerpo. En efecto, esto significa que nadie puede invadir o atacar justamente a otra persona. De esto se deduce que cada persona posee justamente cualesquiera recursos previamente sin dueño

que se apropie o "mezcle con su trabajo". De estos dos axiomas gemelos (propiedad de sí mismo y "ocupación") deriva la justificación de todo el sistema de títulos de derechos de propiedad en una sociedad de libre mercado. Este sistema establece el derecho de todo hombre a su propia persona, el derecho de donación o testamento (y consecuentemente el derecho a recibir el legado o herencia) y el derecho al intercambio contractual de títulos de propiedad.^[12]

La teoría política y legal ha generado muchos errores al no apuntar a la invasión física como la única acción humana que debería ser ilegal y que justifica el uso de violencia física para combatirla. El vago concepto de "daño" se ve sustituido por el preciso de la violencia física.^[13] Consideremos los siguientes dos ejemplos. Jim está haciendo la corte a Susan y está a punto de pedirle su mano cuando repentinamente aparece Bob en escena y consigue su amor. Sin duda Bob ha producido un gran "daño" a Jim. Una vez que se adopta un sentido de daño sin invasión física, casi podría justificarse ilegalizar cualquier acto. ¿Debería Jim ser capaz de "prohibir" la misma existencia de Bob?^[14]

Igualmente, A es un vendedor con éxito de hojas de afeitar. Pero luego aparece B y vende una hoja mejor, recubierta con teflón para evitar los cortes. La propiedad de A se ve seriamente afectada. ¿Debería poder cobrar indemnización a B o mejor prohibir la venta de B de una hoja de afeitar mejor? La respuesta correcta no es que los consumidores se verían perjudicados si se les obligara a comprar la hoja inferior, aunque éste sea sin duda el caso. En su lugar, nadie tiene derecho a impedir legalmente o tomar represalias contra "daños" a su propiedad, salvo que sea un acto de invasión física. Todos tienen derecho a que no se viole la integridad física de su propiedad; nadie tiene derecho a proteger el valor de su propiedad, porque ese valor es meramente el reflejo de lo que la gente

está dispuesta a pagar por ella. Esa disposición depende solamente de cómo decidan *ellos* usar su dinero. Nadie puede tener un derecho al dinero de otro, salvo que la otra persona haya contratado previamente transferirlo.

En la ley de agravios, el “daño” generalmente se trata como invasión física de personas o propiedades. La prohibición de la difamación (calumnias e injurias) siempre ha sido una flagrante anomalía en la ley de agravios. Las palabras y opiniones no son invasiones físicas. Al igual que en la pérdida de *valor* en la propiedad por un mejor producto o un cambio en la demanda del consumidor, nadie tiene un derecho de propiedad en su “reputación”. La reputación es estrictamente una función de las opiniones subjetivas en su mente y tienen el derecho absoluto a sus propias opiniones cualesquiera que éstas sean. Por tanto, declarar ilegal la difamación es en sí mismo una grosera invasión del derecho del difamador a la libertad de expresión, que es un derivado de su derecho de propiedad sobre su propia persona.^[15]

Un ataque aún mayor a la libertad de expresión es la moderna reclamación basada en Warren-Brandeis de invasión del supuesto derecho a la “privacidad”, que prohíbe la libre expresión y los actos usando la propiedad propia que no sean siquiera falsos o “maliciosos”.^[16]

En la ley de agravios, el “daño” generalmente se trata como invasión física de las personas o propiedades y normalmente requiere el pago de indemnizaciones por daño “emocional” si y solo si ese daño es una consecuencia de la invasión física. Por tanto, dentro de la ley habitual de *allanamiento* (una invasión de personas o propiedades) “agresiones” es la invasión real del cuerpo de otro, mientras que “asalto” es la creación en otra persona de miedo o aprensión ante a agresiones.^[17]

Para que sea un ataque digno de agravio y por tanto sujeto a acción legal, la ley de agravios requiere inteligentemente que la amenaza sea cercana e inminente. Los sim-

ples insultos o palabras violentas, las vagas amenazas futuras o la simple posesión de un arma no pueden constituir un ataque;^[18] debe haber asimismo una acción abierta consiguiente que dé lugar a la aprensión de un inminente ataque físico.^[19] O dicho de otra manera, debe haber una amenaza concreta de un ataque inminente antes de que la presunta víctima pueda legítimamente usar la fuerza y la violencia para defenderse.

La invasión física o molestia no necesita ser realmente "dañina" o infligir un daño severo para constituir un agravio. Los tribunales han sostenido acertadamente que actos como escupir en la cara de alguien o destrozar el sombrero de otro son agresiones. Las palabras del juez jefe Holt en 1704 parecen seguir siendo de aplicación: "El menor toque a otro con ira es una agresión". Aunque el daño real puede no ser sustancial, en un sentido profundo podemos concluir que la persona de la víctima se vio molestada, se vio *interferida*, por la agresión física contra ella y por tanto estas acciones aparentemente menores se han convertido en faltas legales.^[20]

INICIACIÓN DE UN ACTO ABIERTO: RESPONSABILIDAD ESTRICTA

Si solo una invasión física de una persona o propiedad constituye un acto ilícito o agravio, entonces resulta importante delimitar *cuándo* puede una persona actuar si esa invasión física está a punto de producirse. La teoría legal libertaria sostiene que A no puede usar la fuerza contra B excepto en legítima defensa, es decir, salvo que B inicie fuerza contra A. ¿Pero cuándo el uso de fuerza de A contra B es legítima defensa y cuando en sí mismo una agresión ilegítima y un agravio contra B? Para responder a esta pregunta, debemos considerar qué tipo de teoría de responsabilidad en los agravios estamos dispuestos a adoptar.

Supongamos, por ejemplo, que Smith ve a Jones frunciendo el ceño en dirección a él desde el otro lado de la calle y que Smith tiene un temor anormal a que le frunzan el ceño. Convencido de que Jones está a punto de dispararle, toma un arma y dispara a Jones en lo que está seguro de que es legítima defensa. Jones presenta una querrela por ataque y lesiones contra Smith. ¿Era Smith un agresor y por tanto debería ser responsable? Una teoría de la responsabilidad (la teoría ortodoxa del "hombre razona-