

# LA PROPIEDAD COMO NARRACIÓN: PERSPECTIVAS DESDE LA TEORÍA DE LOS JUEGOS, LA TEORÍA NARRATIVA Y LA TEORÍA FEMINISTA\*

por CAROL M. ROSE\*\*

Profesora Escuela de Derecho Universidad de Yale, EE.UU.

Traducción de:\*\*\*

Martín Mois F y José Manuel Simián L.

## I. Introducción

Muchas de nuestras visiones modernas sobre la propiedad, y sin duda también sobre materias políticas y económicas en general, provienen del trabajo de teóricos del siglo diecisiete y dieciocho que tuvieron la esperanza de encontrar una base científica firme para el estudio de la "política económica"<sup>1</sup>. Su acercamiento sistemático sugiere que las descripciones de la propiedad de estos teóricos pueden ser puramente analíticas "sincrónicas" para los lingüistas<sup>2</sup>. Una descripción de esta índole trataría el tema como si todas sus partes tuvieran lugar simultáneamente en un todo interrelacionado cuyos variados aspectos pueden ser inferidos lógicamente y verificados en forma empírica, sin referencia alguna a orígenes o a cambios modificadores a través del tiempo<sup>3</sup>. De tal versión uno podría percibir ciertamente que las cosas cambian a medida que el tiempo pasa, pero si uno tiene un control adecuado respecto del marco analítico completo, cualquier cambio se produciría de acuerdo a patrones establecidos, de tal forma que los estados futuros sean predecibles a partir de estados anteriores. Este sería, más o menos, un enfoque científico: todos los

\* Reimpreso con autorización del Yale Journal of Law & the Humanities, Vol. 2:1, pp. 37-57.

\*\* Versiones anteriores de este trabajo fueron expuestas en una sesión de la Asociación de Lenguaje Moderno llamada Interpretando la Propiedad en 1988, y en un seminario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Iowa. Deseo agradecer en especial por sus aportes y apoyo a Martha Fineman, así como a Mary Becker, Tom Grey, Janet Halley, Linda Hirschman, Martha Minow, Judith Resnik y Cass Sunstein.

\*\*\* Quisiéramos agradecer a Carol Rose, Gabrielle Friedman, Pablo Ruiz-Tagle, y María Paz Trivelli, que participó en la primera parte de este trabajo.

<sup>1</sup> T. Hobbes, *Leviatán*, cap. 20, pág. 261 (Ed. C. B. McPherson 1968)(1651)[de aquí en adelante Hobbes]: "El arte de hacer, y mantener Common-Wealths, se traduce en ciertas reglas, al igual que la Aritmética y la Geometría; y no (como en el Tenis) en práctica solamente"; ver también J. Locke, *Two Treatises of Government*, introducción del editor pág. 104 (Ed. rev. P. Laslett 1963)(3<sup>a</sup> ed. 1968)[de aquí en adelante Locke](el editor cita esta frase de Hobbes, describiendo a Locke como influido por Hobbes pero más político para presentar sus ideas); J. McCosh, *The Scottish Philosophy*, 2-3 (1875)(escuela filosófica del siglo dieciocho que buscaba investigar científicamente en los estudios sobrehumanos); A. Hirschman, *The Passions and the Interests*, 12-20 (1977)(insistencia de los siglos diecisiete y dieciocho en tomar "al hombre como realmente es", incluyendo los vicios, como base del pensamiento político).

<sup>2</sup> Este uso de "sincrónicas" deriva de F. de Saussure, *Course in General Linguistics* 81 (ed. C. Bally & A. Sechehaye, trad. W. Baskin. 1959, de la obra de Saussure: *Cours de linguistique générale* de 1916); ver también Goodrich, *Law and Language: An Historical and Critical Introduction*, 2 J.L. & Soc'y, pp. 173, 177, 179-82 (1984) (describiendo la aplicación en otras áreas, inclusive el derecho, de la lingüística científica de Saussure).

<sup>3</sup> Ver F. de Saussure, *supra* nota 2, pp. 90-95 (distingue un análisis "diacrónico" de uno sincrónico respecto de cambios en el tiempo); ver también T. Eagleton, *Literary Theory: An Introduction* 110-111 (1983) (sobre Saussure y sus sucesores); Taylor, *Interpretation and the Sciences of Man*, en *Understanding and Social Inquiry*, de F. Dallmayr y T.A. McCarthy, pp. 101, 104-106 (1977) (contrastando un acercamiento "científico" con uno interpretativo).

cambios en un sistema dado son predecibles a partir de un análisis sincrónico adecuado del sistema mismo<sup>4</sup>.

Pero, por más que estos primeros teóricos modernos aspiraran a establecer a la economía política como una ciencia, uno percibe que sus discusiones sobre la propiedad adoptan en algún punto un sorprendente giro hacia una modalidad explicativa narrativa o "diacrónica"<sup>5</sup>, tratando a los regímenes de propiedad como si tuvieran orígenes y como si se hubieran desarrollado a lo largo del tiempo. Locke es indudablemente el más influyente de los teóricos clásicos de la propiedad<sup>6</sup>, y utilizó este enfoque narrativo en su famosa discusión sobre la propiedad, en el *Second Treatise of Government*. A pesar de que las partes están en cierta forma disgregadas, el *Treatise* devela claramente una línea narrativa, que comienza con un abundante estado natural, pasando por la creciente apropiación individual de bienes, dando paso luego al desarrollo de una economía de intercambio monetario, y culminando en la creación del gobierno, para salvaguardar la propiedad<sup>7</sup>. Sin duda, la elección por Locke del método narrativo es aún más chocante, pues parece haber sido indiferente a la precisión fáctica del relato como una historia genuina<sup>8</sup>.

Casi un siglo después, William Blackstone se embarcó en una pseudohistoria bastante similar para explicar a la propiedad como una institución con un origen y una evolución: él también describió a los seres humanos como originarios de un estado de abundancia, acumulando gradualmente bienes muebles y raíces, y creando finalmente un gobierno y leyes para proteger la propiedad<sup>9</sup>. Más recientemente, el economista moderno Harold Demsetz ha optado por ilustrar su teoría de los derechos de propiedad haciendo referencia a una historia narrativa de un régimen de propiedad en evolución entre indios cazadores de pieles en el continente americano<sup>10</sup>.

¿Por qué se han volcado estos teóricos a la narrativa para discutir sobre la propiedad? ¿Por qué han elegido un método de explicación narrativo, que a menudo se aparta de los métodos científicos/predictivos y visualiza, en cambio, a los sucesos desarrollándose en formas que, por lo menos de cierta manera, son sólo comprensibles una vez acaecido el hecho?<sup>11</sup>. Ése es el tema

<sup>4</sup> Ver T. Eagleton, *supra* nota 3, p. 111 (los sucesores de Saussure trataban los cambios a través del tiempo como sincrónicos, sistemáticos).

<sup>5</sup> La distinción viene de Saussure, *supra* nota 2, p. 81; él contrastó los análisis diacrónicos y los sincrónicos, en pp. 90-95, tratando a los primeros como accidentales y asistemáticos. Ver también E.E. Evans-Pritchard, *Social Anthropology*, pp. 60-61 (1951) (las ciencias sociales como un estudio sincrónico, la historia como uno diacrónico).

<sup>6</sup> Locke continúa siendo fundamental en las discusiones modernas sobre la propiedad, y en efecto ha sido restablecido últimamente. Ver p. ej. R. Epstein, *Takings* 9-16 (1985); pero ver Grey, *The Malthusian Constitution*, 4 U. Miami L. Rev. pp. 21, 31-32 (1986) (criticando a Epstein, contraste con Locke y otros escritores clásicos); R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia* 174-82 (1974); Sanders, *Justice and the Initial Acquisition of Property*, 10 Harv. J. Law & Pub. Pol'y 366 (1987) y además el comentario de Miller, *Economic Efficiency and the Lockean Proviso*, *id.* en 401; ver también Rose, "Enough and As Good" of What?, 81 Nw. U.L. Rev. pp. 417, 423-425, 430 (1987), y los autores ahí citados.

<sup>7</sup> Locke, *2<sup>d</sup> Treatise* §§ 31, 36-38, 45-48, 123-24.

<sup>8</sup> Locke, introducción del editor en pp. 82, 89, 91 (Locke es indiferente a los argumentos políticos basados en la historia); ver también *id.* en 111-112 (estado natural como un estado histórico no probado, supuesto a partir de fuentes antropológicas, análisis de las relaciones de los soberanos).

<sup>9</sup> W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 3-9 (1766 y reimpresso en 1979) [de aquí en adelante Blackstone].

<sup>10</sup> Demsetz, *Towards a Theory of Property Rights*, 1967 Am. Econ. Rev. 347 (Artículos y Actas).

<sup>11</sup> Taylor, *supra* nota 3, en 129 (los eventos humanos sólo son entendibles después de acaecidos); 1 P. Ricoeur, *Time and Narrative* 147 (1984) (argumentando que no se puede predecir al momento en que ocurre algo qué es lo que de ello será considerado importante en narraciones futuras); *id.* en pp. 156-157 (discutiendo la obra de Lewis Mink, distingue una explicación narrativa *post-hoc* de una predicción de métodos de científicos *ex-ante*).

de este trabajo, o por lo menos uno de sus tópicos. El tema más importante es la relación de la propiedad con la narrativa en general: las razones por las cuales en nuestras discusiones generales acerca de quién tiene qué y de cómo se distribuye la propiedad, nos volcamos hacia enfoques narrativos, en vez de utilizar sólo los enfoques analíticos científicos o predictivos. Al tratar este tema, este trabajo tomará prestados ciertos elementos teóricos, especialmente de la teoría de los juegos, de la teoría narrativa y de la teoría feminista.

La primera parte del trabajo esquematizará la teoría clásica de la propiedad, e identificará en particular los tipos de órdenes de preferencias racionales maximizadores de utilidad que la teoría clásica asume en los individuos. La parte siguiente expondrá algunas dificultades prácticas para la teoría clásica; propondrá una serie de experimentos mentales respecto a los órdenes de preferencia, e identificará en especial algunos órdenes de preferencias bastante familiares, que se desvían del modelo clásico patrones de preferencias que no son "simplemente naturales" o que sólo "están ahí", como parte de una supuesta naturaleza humana de maximización racional de la utilidad, sino que parecen requerir una explicación narrativa *post-hoc* de cómo los poseedores de la preferencia llegaron a ese estado.

La tercera parte del trabajo comenzará a explicar por qué un régimen de propiedad necesita del método retórico de la narrativa y del contar una historia, un modo que busque dar cuenta de los sucesos sólo después del hecho, y que parece adoptar una cierta libertad entre los actores, que es por lo menos un tanto contraria a una explicación predictiva lógica. Esta parte utilizará la teoría de los juegos para argumentar que la teoría clásica de la propiedad tiene en sí misma una especie de falla explicativa: para que los regímenes de propiedad funcionen, algunos de nosotros tenemos que tener, en lo que respecta a órdenes de preferencia, órdenes distintos, que la teoría clásica no sería capaz de predecir, y que sólo se pueden explicar *post-hoc*, a través de una historia.

La última parte de este trabajo equilibrará la teoría de los juegos, la teoría feminista y la teoría narrativa. La teoría de los juegos sugiere algunas razones por las cuales los órdenes de preferencia maximizadores de utilidades parecen más "naturales" que otros -aun a pesar de que todos saben que existen muchas preferencias no maximizadoras de utilidad en el mundo real-. Esta parte del trabajo explorará algunas formas en que las teorías feminista y narrativa emplean el contar una historia para contrarrestar los impulsos que vemos en la teoría de los juegos: empleamos la narración de una historia para romper el hechizo de la maximización individual, incluso entre aquellos que son más poderosos que nosotros; contamos cuentos para crear una comunidad en la cual la cooperación es posible. Finalmente, el trabajo vuelve a la narrativa de la teoría clásica de la propiedad, y vincula la narración de una historia de la teoría clásica de la propiedad con un tipo de discurso moral; trata la narrativa como una exhortación al receptor para superar a una "naturaleza" teórico-lúdica e interesada en sí misma y seguir, en cambio, los órdenes de preferencia cooperativos que un régimen de propiedad requiere.

## II. Los órdenes de preferencias en el análisis clásico de la propiedad

Con frecuencia pensamos en la propiedad como una forma de titularidad sobre las cosas: yo tengo un derecho a esto o a aquello<sup>12</sup>. En una versión más sofisticada de propiedad, por supuesto, la vemos como una forma de definir nuestras relaciones con el resto de las personas<sup>13</sup>. En tales versiones, mi derecho a esta cosa o a aquella no se refiere a controlar la “cosa”, sino más bien a mi relación *contigo*, y con el resto del mundo: si yo tengo un derecho de propiedad sobre esta cosa o aquella, puedo impedir que ejercites cualquier tipo de control sobre ella, o tener acceso alguno a ella. Este fue el punto de referencia de Blackstone para la propiedad: ésta no era sólo un “dominio único y despótico”, sino un dominio que daba poder al tenedor para la “exclusión en forma absoluta del derecho de cualquier otro individuo en el universo”<sup>14</sup>.

De hecho, ésta es la versión económica estándar de propiedad: la propiedad como institución gira en torno al deseo de los recursos en sí mismos, pero también en torno al deseo de controlar el acceso de otros a esos recursos, por lo menos cuando los recursos son escasos. En esta perspectiva clásica, la institución de la propiedad media entre los deseos en conflicto de las personas sobre estos recursos, y lo hace adjudicando derechos exclusivos. Si no existieran los derechos de propiedad en el huerto de fresas, simplemente tendríamos que pelear por estas fresas todo el tiempo. Pero, en cambio, un régimen de propiedad adjudica una parte del huerto a X y otra a Y; y esta (o cualquier otra) adjudicación le otorga a cada dueño una sensación de seguridad, de manera que se dedica a cultivar y cuidar las plantas –cosa que no hará si piensa que terminará teniendo que compartir más tarde las fresas con un montón de holgazanes intrusos<sup>15</sup>-. Además, los derechos de propiedad exclusiva identifican quién tiene qué, y permiten a todos los dueños intercambiar en vez de pelear. Como resultado, todo se vuelve más valioso<sup>16</sup>. Todo aumenta su valor porque el régimen de propiedad nos estimula a trabajar, y luego a intercambiar los frutos de nuestro trabajo, en vez de perder el tiempo y los esfuerzos en peleas y discusiones.

Entonces, cuando destruimos esta versión estándar de la propiedad, encontramos varios puntos críticos. El primer punto es que el deseo –esto es, un deseo por recursos– está en el centro de toda la institución de la propiedad<sup>17</sup>. El segundo punto es que necesitamos la capacidad para excluir a otros de los recursos que son el objeto de nuestros deseos, por lo menos cuando dichos objetos son escasos. Y el tercer punto es que, adjudicando el control exclusivo de los recursos a los individuos, un régimen de propiedad termina por satisfacer incluso más deseos, pues media en los conflictos entre individuos y alienta a todos a trabajar

<sup>12</sup> Grey, *The Disintegration of Property*, 22 *Nomos* 69 (1980); ver también B. Ackerman, *Private Property and the Constitution* 116–17 (1977)

<sup>13</sup> Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 *Yale L.J.* 16, pp. 28–57 (reduciendo una variedad de titularidades en un conjunto de “relaciones jurídicas”).

<sup>14</sup> 2 Blackstone 2.

<sup>15</sup> Para una propuesta clásica, ver Bentham, *Principles of the Civil Code*, en *Theory of Legislation* 66–76 (trad. de R. Hildreth 1975). Ver también 2 Blackstone 4 (la propiedad ayuda a evitar “numerosos tumultos” que ocurren cuando muchos compiten por las mismas cosas).

<sup>16</sup> R. Posner, *Economic Analysis of Law* 30–33 (señala que los derechos de propiedad exclusivos aumentan el valor, pero también tienen algunos costos).

<sup>17</sup> Obviamente, muchos recursos son una carga, como aquella horrible lámpara que te regaló tu Tía Tilly. Sin embargo, ella quería que la tuvieras. Además, si tienes algo de sentido común, puedes vender el estúpido objeto y comprarte algo que si quisieras.

e intercambiar en vez de pelear, haciendo posible una satisfacción de los deseos mucho mayor<sup>18</sup>.

Pero hay otro elemento escondido en este análisis: es la idea que ya conocemos, al menos someramente, de cómo las personas ordenarán sus deseos o, más técnicamente, sus *preferencias* sobre sí mismos y los demás, y acerca de su respectivo acceso a los recursos deseados.

¿Cuál es ese orden conocido? Al igual que muchas de nuestras ideas interesantes en esta área, llega a nosotros desde el siglo diecisiete, particularmente primero de Hobbes, y luego de Locke. El punto más importante de Hobbes acerca de las preferencias humanas es que los individuos quieren *vivir*<sup>19</sup>. Nuestro deseo de mantenernos vivos está simplemente ahí, omnipresente e innegable, y no necesita mayor explicación. Hobbes pensó que cuando un toque se transforma en un empujón (*when push comes to shove*), preferiremos nuestras propias vidas por sobre las de otras personas<sup>20</sup> y, por sobre todo, también vamos a preferir nuestras vidas por sobre causas pomposas, por muy nobles que sean. Es por eso que, por ejemplo, en una batalla, en palabras de Hobbes, “hay una escapatória, ya sea en un lado o en ambos”<sup>21</sup>.

El mayor aporte de Locke a esta imagen fue el mostrar la relevancia de la propiedad para el deseo de vivir. Él señaló que la vida depende de la propiedad, en un sentido muy primitivo; si uno no puede, literalmente, *apropiarse* de esas fresas y frutas, simplemente morirá<sup>22</sup>.

Y así la apropiación, el deseo de tener propiedad, “está ahí” también, igualmente universal y omnipresente; de modo que uno siempre puede predecir el deseo humano de tener cosas para sí mismo o, como dicen posteriormente, la propensión humana a ser un maximizador de utilidad racional e interesado en sí mismo (o egoísta)<sup>23</sup>. La propensión es sólo un tipo de hecho de la vida, y los economistas políticos del siglo dieciocho lo dieron por sentado, rechazando por irreales las anteriores condenas a la apropiación. Intentaron, en cambio, desarrollar la nueva ciencia de la economía política, basada en el fuerte crecimiento del irreductible interés propio y atenuaron, sin duda, el significado de la “avaricia”, convirtiéndola en el más benigno “interés”<sup>24</sup>.

En efecto, si tomamos estas preferencias por la vida y la apropiación como dadas, entonces la economía puede hacer una oferta (*bid*) por ser un tipo de ciencia lógica en política y en derecho. Teniendo estas preferencias comprendidas, podemos hablar en forma sensible acerca de cómo la ley le da a las personas incentivos para hacer esto o aquello, y podemos manipular el bienestar futuro, institucionalizando los enfoques adecuados *ex-ante*<sup>25</sup>. Los cambios de titularidades se

<sup>18</sup> Ver Rose, *supra* nota 6, pp. 427-29 (comparando una sociedad sin propiedad y una con régimen de propiedad; ésta tiene más actividades y bienes).

<sup>19</sup> Hobbes, C. 14, p. 189.

<sup>20</sup> Hobbes, C. 13, p. 184 (cuando dos personas quieren el mismo objeto sin poder tenerlo ambos, se convierten en enemigos y “se empeñan en destruir o subyugar al otro”). Ver también su defensa de su opinión respecto de la mutua enemistad entre las personas: “Deja que [el escéptico] se preocupe de sí mismo, que cuando viaje se arme a sí mismo...; cuando vaya a dormir, cierre sus puertas; cuando, incluso en su hogar, cierre sus cofres;... qué opinión ha de tener de sus compañeros, cuando cabalga armado; de sus congéneres ciudadanos, cuando cierra sus puertas; y de sus hijos y sirvientes, cuando cierra sus cofres. ¿Acaso no acusa tanto él a la humanidad por sus acciones, como lo hago yo por mis palabras?”

<sup>21</sup> Hobbes, cap. 21; tampoco encuentra una nueva injusticia en el intento de los criminales de defenderse del soberano, “ya que ellos no defienden más que sus vidas, cosa que el Hombre Culpable puede realizar tanto como el Inocente.” *Id.*

<sup>22</sup> Locke, *2d Treatise* § 28 (afirma que si el consentimiento de toda la humanidad fuese necesario para que el individuo se apropie de bellotas o manzanas, “El Hombre habría muerto de hambre, a pesar de la Abundancia que Dios le ha brindado”).

<sup>23</sup> Ver p. ej. McChesney, *Rent Extraction and Rent Creation in the Economic Theory of Regulation*, 16 J. Legal Stud. pp. 101, 102-03 (1987) (Trata a los actores políticos como egoístas maximizadores de utilidad).

<sup>24</sup> A. Hirschman, *The Passions and the Interests* pp. 54-65 (1977).

<sup>25</sup> Alternativamente, por supuesto, podemos empobrecernos colectivamente entregando a la gente incentivos erróneos. Ver p. ej. Easterbrook, *The Supreme Court-Foreward: The Court and the Economic System*, 98 Harv. L. Rev. 4, 10-13 (1984).

vuelven predecibles, porque sabemos cómo las personas ordenan sus preferencias; con ese conocimiento, podemos predecir sus reacciones y movimientos bajo determinados órdenes de cosas.

Eso es lo que hacen los economistas neoclásicos modernos, dando más o menos por sentados estos órdenes de preferencias maximizadores de utilidades, y usándolos para realizar sofisticadas y poderosas predicciones del comportamiento en relación con la propiedad bajo circunstancias variables. Hacen predicciones acerca de los cambios de producción o consumo que son consecuencia de los cambios de costos y podrían predecir, por ejemplo, una menor oferta de viviendas para el arriendo al establecerse un aumento de los costos de reparación para el arrendador<sup>26</sup>. Bajo estas predicciones hay una idea de que las personas prefieren para ellas más que menos, y que este orden de preferencias es un hecho irreductible que no necesita mayor explicación; simplemente está ahí<sup>27</sup>.

Nótese, sin embargo, que si *no* tenemos ese punto de partida de un conjunto de preferencias predictivo para el “más” en cambio del “menos”, entonces las formas en que las personas negocien o bien cambien sus titularidades serán un poco extrañas e impredecibles; y al hablar sobre la propiedad y sobre las maneras en que las personas la manejan, por lo menos algunas veces tendremos que volvernos hacia enfoques explicativos *post-hoc* para complementar nuestras predicciones lógicas. Esto es, puede que sólo lleguemos a comprender los ordenamientos de propiedad a través de discursos narrativos como la literatura y la historia, discursos que construyen una historia acerca de cómo las cosas llegaron a ser de tal manera: una historia en la que hubo verdaderas opciones a lo largo del camino y en la cual las situaciones no eran realmente predecibles con antelación, y que no tuvieron que terminar de la forma en que lo hicieron<sup>28</sup>.

### III. Lo ordinario y lo extraño; o las preferencias predecibles e impredecibles

Esta parte del trabajo cuestiona la idea de que cualquier orden de preferencias dado simplemente “está ahí”, como parecen estarlo en la visión económica estándar clásica y neoclásica. Sugiere, en cambio, que si uno simpatiza completamente con la visión clásica del interés propio, hay muchos órdenes de preferencia excluidos, que no habrían sido predichos, y que deben ser explicados de alguna forma a través de una historia que sobrevenga a los hechos. Esta parte cumple este objetivo realizando una serie de experimentos mentales acerca de cómo las personas ordenan sus preferencias acerca de su propio acceso a los recursos y el de otras personas.

<sup>26</sup> Ver p. ej. Meyers, *The Covenant of Habitability and the American Law Institute*, 27 Stan. L. Rev. 879 (1975) (Prediciendo una disminución de la inversión en edificaciones, donde las ganancias de los caseros son rebajadas a través de responsabilidades de mantención más costosas); cf. Kennedy, *The Effect of the Warranty of Habitability on Low Income Housing: “Milking” and Class Violence*, 15 Fla. St. U. L. Rev. 485, 506, 519 (1987) (indeterminados efectos).

<sup>27</sup> Los economistas no pretenden generalmente predecir preferencias por ningún recurso en particular, sino más bien tratan esas preferencias específicas como “dadas” (o “exógenas”); ver, p. ej. Meyers, *An Introduction to Environmental Thought: Some Sources and Some Criticisms*, 50 Ind. L. J. pp. 426, 450-52 (1975) (el agnosticismo de la economía en cuanto a los valores); Lee, *Politics, Ideology and the Power of Choice*, 74 Va. L. Rev. 191, 193-94 (1988) (pensamiento económico adecuado para cualquier conjunto de preferencias). Esto puede cambiar con un interés en “formación preferente”; ver, p. ej. Sunstein, *Legal Interference with Private Preference*, 53 U. Chi. L. Rev. 1129, 1145-58 (1986) y las fuentes ahí citadas (ejemplos de “preferencias adaptativas” relacionadas a situaciones).

<sup>28</sup> Ver P. Ricoeur, *supra* nota 11; Taylor, *supra* nota 3, p. 129.

Estos experimentos mentales presentan combinaciones hipotéticas respecto a los órdenes de preferencia, en una situación en que hay dos personas (tú y yo) y algún recurso X que ambos deseamos. Las perspectivas presuponen cinco resultados posibles, a saber:

- Yo obtengo mucho de X, y tú también;
- Yo obtengo bastante de X (donde bastante es más que la mitad de "mucho"), y tú también;
- Yo obtengo un poco de X, y tú también;
- Yo obtengo mucho de X, y tú no obtienes nada, y
- Yo no obtengo nada, y tú obtienes mucho de X.

Obviamente estos resultados podrían no ser exhaustivos respecto al mundo real, pero son suficientes para trabajar por ahora. En cada uno de los siguientes supuestos, "yo" ordeno mis preferencias de entre estos posibles resultados, comenzando por el resultado que más deseo, y desplazándome hacia abajo hacia el resultado que deseo menos. Además, hay un gran número de posibilidades matemáticas de formas en que las personas podrían ordenar estos resultados, pero he elegido seis que probablemente son familiares para la mayoría de los lectores, y les he dado nombres para que puedan ser identificados más fácilmente:

*Número 1: John Doe (JD)\*.* Esta persona común y corriente tiene el siguiente orden de preferencias:

Elección N° 1: Yo obtengo mucho, tú obtienes mucho.

2: Yo obtengo mucho, tú no obtienes nada.

3: Yo obtengo bastante, tú obtienes bastante.

4: Yo obtengo un poco, tú obtienes un poco.

5: Yo no obtengo nada, tú obtienes bastante.

JD parece ser bastante compatible con el pensamiento clásico sobre la propiedad. Su orden de preferencias está basado en un tipo de interés personal que simplemente "está ahí". Él no es mezquino, y está feliz de que tú obtengas mucho de X cuando hay bastante para repartirse, pero no si tu porción reduce la suya. En general, él sólo prefiere obtener más que obtener menos, sin importarle cuánto obtengas tú<sup>29</sup>.

*Número 2: King of the mountain (KOM)\*\*.* Un tipo un poco más competitivo, que ordena sus preferencias de la siguiente manera:

Elección N° 1: Yo obtengo mucho, tú no obtienes nada.

2: Yo obtengo mucho, tú obtienes mucho.

3: Yo obtengo bastante, tú obtienes bastante.

\* El equivalente inglés a nuestro "Juan Pérez" o "Fulano de tal", que se ocupa también en el ámbito legal para referirse a aquel respecto del cual no se sabe su nombre (n. de los trad.).

<sup>29</sup> Por supuesto, incluso JD puede quedar saciado de X después de un rato si, por ejemplo, X es un helado. Pero aun si JD no quiere para su consumo una cosa en particular, puede quererla para cambiársela, tomar lo que obtenga de lo que tú le des, e ir a Bloomies a adquirir otra cosa que sí quiera.

\*\* "King of the Mountain" (El rey de la montaña) es el nombre de un juego infantil en EE.UU., en el que cada niño intenta empujar a los otros desde un punto elevado. El que logra estar en el tope es el "rey de la montaña". Normalmente nadie es "rey" por mucho tiempo, porque otro niño lo empuja y se convierte en "rey". El juego se realiza a menudo en el agua, en donde la "montaña" es una balsa u otro objeto similar. El juego es aquí una metáfora de la lucha por mantenerse en la cima, a costa de todos los demás. (Nota de Carol Rose para esta trad.).

- 4: Yo obtengo poco, tú obtienes un poco.
- 5: Yo no obtengo nada, tú obtienes bastante.

KOM se está poniendo un poco escurridizo desde el punto de vista de las preferencias predichas estándares. Él invierte la primera y la segunda preferencia de John Doe: no prefiere la situación de máxima utilidad combinada (ambos reciben mucho), sino que opta por aquella en que él es el único ganador. A pesar de esto, la predicción económica puede ser capaz de ajustarse a KOM; después de todo KOM es tal como JD, pues maximiza su propia “tajada”, y sus opciones siempre están orientadas a obtener *más* antes que obtener *menos*. Él sólo compite un poco más con el otro sujeto. Más tarde expondré que, con respecto a la propiedad, JD y KOM son prácticamente idénticos.

*Número 3: Malice Aforethought (MA)\*.* Este es un personaje más repugnante:

Elección N° 1: Yo obtengo mucho, tú no obtienes nada.

- 2: Yo obtengo un poco, tú obtienes un poco.
- 3: Yo obtengo bastante, tú obtienes bastante.
- 4: Yo obtengo mucho, tú obtienes mucho.
- 5: Yo no obtengo nada, tú obtienes mucho.

MA es muy escurridizo. MA prefiere perder mucho antes que el otro sujeto gane; su orden de preferencia está basado en mantener al otro sujeto abajo. Él ya no parece tan interesado en sí mismo, por lo menos en un sentido corriente. La razón es que “se distrae” por asuntos interpersonales.

*Número 4: Mom (o Good Citizen)\*\*.* Mom es un figura más agradable y ordena sus preferencias de la siguiente forma:

Elección N° 1: Yo obtengo mucho, tú obtienes mucho.

- 2: Yo obtengo bastante, tú obtienes bastante.
- 3: Yo no obtengo nada, tú obtienes mucho.
- 4: Yo obtengo mucho, tú no obtienes nada (?).
- 5: Yo obtengo un poco, tú obtienes un poco (?).

Es interesante ver que Mom también escapa a una predicción basada en el interés propio: su primera opción es como la de JD (ambos obtienen bastante), pero después de eso prefiere que los dos obtengan un trato razonablemente bueno, y de ahí en adelante pone a la otra persona primero. ¿Por qué haría tal cosa un maximizador del interés personal preocupado sólo de sí mismo? Él/ella no lo haría. Además, Mom parece distraerse con los asuntos interpersonales. Pero nótese que los órdenes de Mom eligen primero la máxima utilidad *conjunta*, luego la más alta siguiente y así sucesivamente. Respecto a los signos de interrogación al lado de las elecciones 4 y 5: si Mom obtiene mucho, tal vez pueda darte algo de ello; si no puede hacer eso, tal vez prefiera la opción 5 antes que la 4.

*Número 5: Portnoy's Mom (PM)\*\*\*.* Ella será la primera en decirte que su orden de preferencia es el siguiente:

Elección N° 1: Yo no obtengo nada, tú obtienes mucho.

\* Algo así como “Malicia Premeditada” o “Dolo Premeditado” en el lenguaje jurídico (n. de los trad.).

\*\* “Mamá” o “Buen Ciudadano” (n. de los trad.).

\*\*\* Portnoy's Mom es un personaje de la novela *Portnoy's Complaint*, de Philip Roth. Ella era un ejemplo notable de una figura cómica determinada, el tipo de madre que lo da todo por sus hijos; pero que, al mismo tiempo, se asegura de hacerles saber detalladamente de sus sacrificios y esfuerzos. (Nota de Carol Rose para esta traducción.)

- 2: Yo obtengo mucho, tú obtienes mucho.
- 3: Yo obtengo bastante, tú obtienes bastante.
- 4: Yo obtengo un poco, tú obtienes un poco.
- 5: Yo obtengo mucho, tú no obtienes nada.

PM está aun más lejana del orden de preferencias de maximización del interés personal predicho. Ella preferiría que la otra persona estuviera primero, pero no está completamente loca, pues su segunda opción es estar bien ella, mientras el otro sujeto esté bien también.

*Número 6: Hit Me\*\**. Él es un tipo de víctima natural:

Elección N° 1: Yo no obtengo nada, tú obtienes mucho.

- 2: Yo obtengo un poco, tú obtienes un poco.
- 3: Yo obtengo bastante, tú obtienes bastante.
- 4: Yo obtengo mucho, tú obtienes mucho.
- 5: Yo obtengo mucho, tú no obtienes nada.

Este personaje está fuera del alcance del predictor económico. Es la imagen de Malice Aforethought en el espejo: Quiere perder, quiere que lo azoten, preferentemente por otra persona.

Quiero hacer aquí una breve pausa, para responder algunas objeciones. La primera objeción es que el placer (o el dolor) acerca de las ganancias (o pérdidas) de otros es parte de los órdenes de preferencias de una persona; por ejemplo, si a mí me importas tú, yo siempre obtendré “mucho” cuando tú lo hagas también. Ahora, esto puede ser así, pero ello trivializa la idea de los órdenes de preferencia: obtener mucho siempre sería la primera opción, por definición<sup>30</sup>. Entonces, para mantener el sentido de los órdenes de preferencias respecto de la propia “tajada” en estas relaciones bilaterales, estoy usando las preferencias de uno mismo en un sentido más restringido (y creo que un sentido más común) de lo que uno obtiene del recurso X.

La segunda objeción, en cierto modo relacionada, es que una posición utilitarista/económica es agnóstica respecto de los órdenes de preferencia; los economistas pueden construir un programa de demandas para cualquier orden de preferencias. Tal vez esto sea cierto, pero, de serlo, significa que la economía pierde su pretensión de tener un poder predictivo; por ejemplo, en un mundo en que todos fueran Hit Me's, veríamos una *mayor* demanda de bienes a medida que los costos aumentarían, contrarrestando el interés propio de John Doe<sup>31</sup>. Un economista podría ser capaz de crear un programa de demandas *si es que sabe* las cantidades relativas de Hit Me's, de John Doe's, etc., pero ese conocimiento tendría que provenir de alguna otra fuente.

Ahora quiero volver al argumento principal. ¿Cuál de nuestros órdenes de preferencia puede ser predicho bajo las presunciones clásicas de maximización de los intereses personales? John Doe puede serlo y, sin duda, King of the Mountain también, si asumimos que el interés propio significa simplemente una indiferencia respecto de los demás. Ambos están maximizando su “tajada”, ambos eligiendo constantemente obtener más que obtener menos; y se asume que órdenes de preferencias como estos “están simplemente ahí”, sin necesidad de mayor explicación.

\*\* “Pégame” (n. de los trad.).

<sup>30</sup> Para una visión similar, ver Farber y Frickey, *The Jurisprudence of Public Choice*, 65 Tex. L. Rev. 873, 894 n. 129 (1987).

<sup>31</sup> *Cfr.* p. ej. Lee, *supra* nota 27, pp. 193-194 (señala que la teoría económica o de la elección pública puede acomodarse a cualquier conjunto de valores, pero generalmente implica que, a medida que los costos de una actividad aumentan, la gente se ocupará menos de ella).

Pero ¿qué sucede con los demás? Por muy extraños que sean, y por más que sean pequeños en número, personajes con órdenes de preferencia impredecibles y poco comunes, como los números 3 a 6, parecen ciertamente existir también, por lo menos en el repertorio de experiencias de la mayoría de la gente. ¿Cómo sabemos eso? Pues bien, por un lado, vemos a estos personajes en narraciones existentes, tanto históricas como ficticias. Shakespeare y Gibbon, para tomar dos ejemplos ilustres, están llenos de cuentos sobre Malice Aforethought y su venganza y maldad<sup>32</sup>. Mom y el Good Citizen pueden ser menos dramáticos, pero están también en todas las novelas y cuentos heroicos; y de acuerdo a la literatura feminista, el personaje cooperativo y servicial es bastante común<sup>33</sup>. Roth contó la historia de Portnoy's Mom<sup>34</sup> de una forma que es aparentemente bastante reconocible en un segmento importante de la población, y la literatura feminista tiene bastante que decir acerca de Hit Me y la victimización en general<sup>35</sup>.

Esos otros personajes también se hacen sentir en el derecho, sin duda alguna. Aquí, tal como en la literatura y la historia, algunos de los ejemplos más interesantes giran en torno al personaje Malice Aforethought. En el derecho de propiedad existe toda una categoría de casos referentes a personas que construyen la llamada “cerca de maldad” (*spite fence*); su historia gira en torno a un personaje que realiza un considerable gasto para tapar las ventanas de su vecino, o poner algún objeto desagradable para arruinarle su vista de la puesta de sol<sup>36</sup>. Un ejemplo de algunos años atrás involucraba a un desilusionado propietario de un terreno en Vermont, a quien sus vecinos le impidieron reacondicionar el terreno para usarlo como motel, que decidió, en cambio, convertirlo en un criadero de cerdos<sup>37</sup>. Para saber por qué la gente termina reaccionando así uno necesita conocer la narración, su historia.

Los casos son mucho más penosos respecto de Hit Me, de las víctimas. Hoy el derecho penal ve personas que dan todo lo que tienen, incluso sus vidas, y parece delegar consistentemente en otros, en lo que parece ser una especie de patología de comportamiento referente a otros. Puede que esas personas no sean muy comunes, y puede que sus motivos sean extremadamente

<sup>32</sup> Para personajes shakespearianos ver Iago y Shylock; estos personajes pueden tener un “historia”, pero ello sólo refuerza la importancia de la narrativa en la comprensión del orden de preferencias de *MA*. Respecto de Gibbon, ver p. ej. cap. 4 en vol. 1 de *Decline and Fall of the Roman Empire*, en *The Cruelty, Follies and Murder of Commodus*; o la descripción del Emperador Caracalla, en 1, 113-119 (ed. Modern Library, sin fecha). Para ejemplos más actuales de este personaje, ver las preocupaciones respecto de los “hackers” computacionales que introducen “virus” computacionales sin otra razón aparente que el orgullo. P. ej. *Innocence Periled in Computer Eden*, N.Y. Times, Nov. 15, 1988, § 1, en 31, col. 2 (implantador de virus descrito como un quebrantamiento de confianza, etiqueta computacional).

<sup>33</sup> Ver C. Gilligan, *In a Different Voice* (1982). Este personaje es también bastante común en la vida ordinaria. Ver, p. ej. *What's in a Neighborhood?*, N.Y. Times, julio 10, 1988, § 1, p. 20, col. 2 (los ciudadanos locales, a menudo mujeres, pueden asistir a los recién llegados y organizar servicios vecinales). Ver también S. Kelman, *Making Public Policy: A Hopeful View of American Government* pp. 255-65 (1987) (ejemplos de actores políticos con espíritu público de la vida real).

<sup>34</sup> P. Roth, *Portnoy's Complaint* (1969).

<sup>35</sup> Ver p. ej. Binder, *Beyond Criticism*, 55 U. Chi. L. Rev. 888, 908-10 (1988) (una personalidad de dependencia pasiva atribuida a una cultura de racionalidad instrumental); *cf.* L. Gordon, *Heroes of Their Own Lives; The Politics and History of Family Violence: Boston 1880-1960* (1988) (a pesar de la aparición del masoquismo, las mujeres trataban de protegerse a sí mismas y a sus hijos de la violencia doméstica). Para un tratamiento ficticio en relación, ver M. Atwood, *The Handmaid's Tale* (1985) (distopía de mujeres subyugadas).

<sup>36</sup> Ver p. ej. Erickson v. Hudson, 70 Wyo. 317, 249 P.2d (1952) (después de una disputa sobre la línea medianera de propiedad, el demandado colocó una alta reja a 13 pulgadas de la casa del vecino, bloqueando las ventanas del living y del dormitorio, y pintó la reja blanca por su lado, y creosota por el lado del vecino); DeCecco v. Beach, 174 Conn. 29, 381 A.2d 543 (1977) (estacada de 10 pies de largo puesta de tal manera que destruía la vista al río del vecino); *ver también Spite Fences and Spite Wells: Relevancy of motive in the Relations of Adjoining Landowners*, 26 Calif. L. Rev. 691 (1938).

<sup>37</sup> *With Motel Blocked, Developer Starts a Pig Farm*, N.Y. Times, Dic. 19, 1982, § 1, p. 42, col. 2.

complejos, pero su desdicha parece atraer un extraordinario nivel de fascinación popular y, probablemente, de autocomparación<sup>38</sup>.

Good Citizen o Mom corresponden a otra categoría, que aparece constantemente en el derecho y, hablando en general, el derecho busca incentivar su comportamiento cooperativo. El derecho le permite a la gente establecer todo tipo de arreglos cooperativos; la gente puede celebrar contratos y asociarse, tener cuentas bancarias conjuntas y ser dueños en varias formas de tenencia común<sup>39</sup>. El derecho también protege estos acuerdos cooperativos y desfavorece aquellos en los cuales parece que una persona se aprovecha de otra, a pesar de que este aprovechamiento pueda encuadrarse dentro de los términos formales de un acuerdo determinado<sup>40</sup>. Además, si bien el derecho generalmente no exige que un sujeto ayude a otro que está en problemas, sí reconoce que algunos de todas formas lo harían voluntariamente y, por tanto, protege a estos "buenos samaritanos". De esta forma, si la desidia de John Doe produce un accidente y Mom se detiene a auxiliar a la víctima, la responsabilidad extracontractual podría determinar que John Doe fuera responsable tanto por Mom como por la víctima, basándose en la teoría de que él debería haber supuesto que Mom intentaría ayudar<sup>41</sup>.

El punto al que quiero llegar es que las doctrinas legales reflejan el conocimiento de que existen estos otros ordenamientos de preferencias; ciertamente no existe una expectativa legal monolítica de que todos se comportarán como maximizadores de utilidades interesados en sí mismos. El punto siguiente es que todos estos ordenamientos de preferencias fuera de lo común sugieren que hay un elemento de indeterminación en las formas en que la gente usa, comercia y transfiere la propiedad. En el mundo real no existe un ordenamiento de preferencias unitario, y todos lo saben; aun suponiendo que efectivamente la mayoría de la gente es como John Doe, el resto introduce una especie de factor caos que puede tener efectos extraños en el mundo de la propiedad<sup>42</sup>.

¿Qué significa eso? Significa que aun si pensamos que la concepción clásica de la propiedad es generalmente verdadera, vamos a tener que dejar espacio para "rarezas" en la forma en que la gente ordena sus preferencias en la práctica, por lo menos alguna parte del tiempo. Y esto, a su vez, significa que la forma en que acordamos y comerciamos titularidades no va a ser perfectamente predecible a partir de un conjunto dado de preferencias maximizadoras que simplemente están ahí. Por lo menos alguna parte del tiempo, para poder entender cómo han cambiado y se han establecido las titularidades de la manera en que lo han hecho, vamos a tener que explicar las cosas tras los hechos, *post-hoc*, esto es, vamos a tener que contar una historia.

<sup>38</sup>Ver, p. ej. *Why Hedda Nussbaum So Compels the Public's Interest*, N.Y. Times, Dic. 9, 1988, en B1, col. 2 (identificación popular con una mujer golpeada que fue testigo en un juicio por homicidio a un menor); sobre motivaciones complejas, comparar Binder, *supra* nota 35, con L. Gordon, *supra* nota 35; R. Gelles, *Family Violence* 108-25 (respecto de por qué las mujeres golpeadas permanecen en el hogar, concluye tentativamente que la razón principal es su falta de recursos personales/económicos/de servicios sociales).

<sup>39</sup>Sin embargo, nuestras instituciones legales desfavorecen ciertos tipos de cooperación que victimizan a otros, p. ej. categorías especiales de delitos de conspiración, o sanciones antimonopólicas en contra de comportamientos cooperativos que restringen la oferta, aumentando los precios de los consumidores.

<sup>40</sup>Ver en general Rose, *Crystals and Mud in Property Law*, 40 Stan. L. Rev. pp. 577, 597-601 (1988), y a los autores ahí citados (una ley desfavorable a los acuerdos que llevan a una pérdida unilateral).

<sup>41</sup>Ver p. ej. Prosser & Keeton, *The Law of Torts* 307-08 (5ª ed. 1984) (responsabilidad a los rescatadores).

<sup>42</sup>J. Gleick, *Chaos: Making a New Science* (1987).

## IV. La narrativa y el régimen de propiedad

Ahora quiero referirme al punto en que la debilidad de un sistema de preferencias dado es más patente. Ese punto tiene que ver con el sistema de propiedad en sí mismo. Pero para llegar a ese punto debo comenzar con una explicación de un tipo de propiedad en particular, esto es, la copropiedad.

La copropiedad es un sistema de propiedad que aparece normalmente cuando, respecto de un recurso dado, resulta poco práctico o costoso tener propiedad individual. Por ejemplo, puede resultar terriblemente costoso el establecer y fiscalizar los derechos individuales de pesca en un gran lago. Sin embargo, los peces son también un recurso finito, y sería importante restringir la cuota total de captura, para que la pesca no fuese sobreexplotada o arruinada, y así los peces pudieran regenerarse. Entonces, lo que nuestros pescadores deben hacer es acordar de alguna forma un modo de limitar el número de veces que pescan, o su cuota de captura, o la forma de reabastecer el lago, o cualquier otra cosa, para proteger a los peces de la extinción<sup>43</sup>.

Nótese que ahora nuestros pescadores no pueden seguir la opción “Yo obtengo mucho, tú obtienes mucho”, y dejar simplemente que cada pescador pesque todo lo que quiera. Esa es la opción de abundancia, y estos peces no son infinitamente abundantes, sino más bien un recurso limitado. Por otro lado, el recurso pesquero no se distribuye fácilmente entre los pescadores; sería conservado y usado de una manera más productiva si todas las partes ejercitaran simplemente un poco de autocontrol. Así podrían verse enfrentados con lo que se conoce convencionalmente como el “Dilema del Prisionero”: todas las partes deben renunciar a algo en nombre de un total colectivo mayor a largo plazo, pero no está claro que lo hagan, especialmente porque cada uno tiene un motivo individual para hacer trampa en cualquier arreglo cooperativo<sup>44</sup>.

Ahora bien, este problema de copropiedad produce una modificación en la forma en que representamos las elecciones de preferencia que estaban disponibles para nuestro grupo de personajes anterior. Si descartamos la opción de Abundancia (por ejemplo, “Yo obtengo mucho, tú obtienes mucho”), las opciones restantes caen en el ya familiar cuadro del Dilema del Prisionero:

	<i>Tú cooperas</i>	<i>Tú haces trampa</i>
<i>Yo coopero</i>	(A) Yo obtengo bastante, tú obtienes bastante.	(B) Yo no obtengo nada, tú obtienes mucho.
<i>Yo hago trampa</i>	(C) Yo obtengo mucho, tú no obtienes nada.	(D) Yo obtengo un poco, tú obtienes un poco.

Desde un punto de vista de la maximización de la utilidad conjunta, la mejor opción es obviamente el cuadro (A), en donde cada pescador coopera y renuncia a un poco de su cuota para poder preservar el recurso para todo el grupo indefinidamente; esa opción implicaría que a

<sup>43</sup> Ver Gordon, *The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery*, 62 J. Pol. Econ. 124 (1954); A. McEvoy, *The Fisherman's Problem* 9-14 (1986).

<sup>44</sup> Ver McEvoy, *supra* nota 43; R. Hardin, *Collective Action* 23-25 (1982); Hirschleifer, *Evolutionary Models in Economics and Law: Cooperation Versus Conflict Strategies*, 4 Res. L. & Econ. 1, 14 (1982); M. Ullmann-Margalit, *The Emergence of Norms* 18-21 (1977) (describiendo el “Dilema del Prisionero”; ver también *id.* pp. 25-27 (describiendo su aplicación en situaciones de grandes cantidades).

largo plazo todo el mundo recibiera bastante, y así el total de lo pescado se maximizara, porque el recurso sería capaz de renovarse. Sin embargo, para cada pescador la opción de maximización *individual* corresponde al cuadro (C), en el cual él hace trampa mientras el resto coopera; así, él preferiría que el resto siguiera las reglas y cooperara en reducir el exceso de pesca, mientras él “se desbanda” o hace trampa, y toma todo lo que puede. Pero si cada pescador elige esta estrategia de engaño todo el sistema es llevado al cuadro (D), en donde todos hacen trampa, y la producción conjunta termina en un nivel relativamente pobre, porque los peces están demasiado disminuidos para regenerarse. Así, la opción “trampa” puede convertir un recurso renovable –un recurso de “juego de resultado positivo” en donde hay ganancias derivadas de la cooperación– en un activo desperdiciado, un recurso de “resultado cero” en el que todas las ganancias individuales son a expensas de los otros, y en el cual el recurso eventualmente se extingue en perjuicio de todos los jugadores.

Ahora repasemos las opciones de nuestro conjunto de personajes. Si eliminamos la opción Abundancia (Yo obtengo mucho, tú obtienes mucho), ¿cuál sería la opción de cada personaje? Y más importante aún, ¿sería alguno de los personajes capaz de soportar un acuerdo de cooperación y elegir el cuadro de optimización (A), en donde cada uno actúa para obtener “bastante” en vez del máximo individual?

Lo primero y más importante es que John Doe y King of the Mountain no elegirían el cuadro cooperativo (A). Al no existir la opción de la Abundancia, sus elecciones de preferencia serían idénticas. En una situación de recursos finitos o escasos, en la cual debemos eliminar la preferencia de que todos obtengan mucho, observamos el siguiente ordenamiento tanto para JD como para KOM:

- 1: C) Yo obtengo mucho, tú no obtienes nada.
- 2: A) Yo obtengo bastante, tú obtienes bastante.
- 3: D) Yo obtengo un poco, tú obtienes un poco.
- 4: B) Yo no obtengo nada, tú obtienes mucho.

Cuando los recursos son limitados, el manejo cooperativo de la copropiedad es una opción secundaria, tanto para John Doe como para King of the Mountain. En cambio, en esta situación de escasez ambos tienen la misma primera elección: obtener lo máximo posible. De esta forma, la predicción estándar de los economistas políticos, basada en estos personajes, es la llamada Tragedia de los Comunes: cada uno trata de obtener lo máximo para sí mismo a menos que sea restringido por una fuerza externa y, en la carrera resultante, un recurso que podría ser renovable es, por el contrario, conducido a la ruina<sup>45</sup>.

Malice Aforethought tampoco escogería como primera opción el cuadro (A). El descarte de la opción de Abundancia no influye en su opción primaria, que es (C) (Yo obtengo mucho, tú no obtienes nada). En esto se parece a John Doe y a King of the Mountain, a pesar de que sus siguientes opciones diferirían de las de ellos. La Sra. Portnoy tampoco elegiría el cuadro (A): su primera opción seguiría siendo (B) (Yo no obtengo nada, tú obtienes mucho), lo que obviamente alienta a Malice Aforethought. Y Hit Me, por su parte, es como Portnoy's Mom, al escoger (B) como su primera opción.

<sup>45</sup> Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 Science 1243 (1968); para ejemplos respecto del medio ambiente, W. Ophuls, *Ecology and the Politics of Scarcity* 145-55 (1984) (predice la ruina ambiental, como un problema común, por la ausencia de regulación coercitiva); respecto de la vivienda, O. Newman, *Defensible Space* 3-8 32-50 (1972) (relaciona la alta incidencia del crimen en el aumento de los costos de proyectos de vivienda pública con ciertos “comunes” arquitectónicos: ascensores, pasillos largos, grandes espacios abiertos, etc.; contrasta con proyectos más seguros en que el espacio está dividido, propiamente tratado).

Por lo tanto, la heroína de la obra es Mom (o Good Citizen), que no coloca su propio bienestar por encima del tuyo, pero tampoco es tonta respecto al sacrificio innecesario: Después de haberse descartado la opción de Abundancia (Yo obtengo mucho, tú obtienes mucho), su siguiente –y ahora primaria– elección es la de cooperación (A) (Yo obtengo bastante, tú obtienes bastante). Esta es la elección más productiva en un mundo en que los recursos escasos deben ser manejados cooperativamente; es la elección que renuncia a tomar la mayor porción individual y maximiza, en cambio, el producto conjunto.

Ahora bien, aquí está el giro inesperado. La mayor implicación de todo esto es que un *régimen* de propiedad, tomado como un sistema íntegro, tiene generalmente la misma estructura que un sistema de copropiedad<sup>46</sup>. Esto es más notorio en la etapa formativa. En el inicio de la propiedad privada, la gente debe cooperar para montar el sistema –deben organizarse, ir a las reuniones, discutir las opciones, resolver quién recibe qué y cómo se protegerán las titularidades<sup>47</sup>–. Incluso si el régimen de propiedad es sólo una cuestión de prácticas acostumbradas que se desarrollan en el tiempo, los participantes deben cooperar hasta el punto de reconocer y manejarse de acuerdo a las pautas de propiedad que sus costumbres han establecido<sup>48</sup>. En efecto, aun después del establecimiento de un régimen de propiedad, la gente debe respetar las titularidades individuales de los otros que emanan de impulsos cooperativos, porque es imposible tener un sistema continuo de fiscalización y/o de represalias frente a los engaños. Así, un sistema de propiedad depende de que la gente no robe, no haga trampa, etc., aun cuando tengan la oportunidad; esto es, todos los participantes, o al menos un número importante de ellos, tienen que cooperar para que el régimen de propiedad funcione<sup>49</sup>.

En resumen, un régimen de propiedad presupone un tipo de personaje que *no está* predicho en la historia típica sobre la propiedad. Yo sugiero que esto es lo que explica por qué las teorías clásicas de la propiedad se acercaron a la narrativa en momentos cruciales, en especial al explicar el origen de los regímenes de propiedad, en donde la necesidad de cooperar es más obvia: sus historias narrativas les permitieron deslizarse suavemente sobre la brecha cooperativa, en sus análisis sistemáticos del interés propio.

Uno puede ver este punto en diversas partes de la historia de Locke acerca de la propiedad. Él parte con una historia de la gente en un estado natural, adquiriendo productos de la naturaleza como bellotas y manzanas a través de la recolección<sup>50</sup>; luego, dándose cuenta que la riqueza se puede almacenar a través del atesoramiento de artículos duraderos (como nueces y pepitas de oro)<sup>51</sup>, y finalmente, poniéndose nerviosos frente al “muy arriesgado, muy

<sup>46</sup>Ver Rose, *supra* nota 6, pp. 438-39; ver también Ramseyer, *Water Law in Imperial Japan: Public Goods, Private Claims, and Legal Convergence*, 18 J. Legal Stud. 51, pp. 75-76 (1989) (ordenamientos jurídicos eficientes, como los sistemas de propiedad privada, son bienes públicos con problemas de gestión colectiva, que pueden no llegar a ser resueltos).

<sup>47</sup>Ver R. Hardin, *supra* nota 44, p. 34, 37 (las motivaciones individuales para cooperar en una acción colectiva en progreso son muy débiles para explicar orígenes).

<sup>48</sup>Ver ejemplos en Rose, *Possession as Origin of Property*, 52 U. Chi. L. Rev. 73, 81-85 (1985).

<sup>49</sup>Ver Rose, *supra* nota 6, pp. 438-39. R. Axelrod, entre otros, ha planteado que la posibilidad de vengarse (“ojo por ojo”) preserva los regímenes cooperativos en base al interés propio; ver su libro *The Evolution of Cooperation* (1984). Las dificultades son que: (a) alguien debe realizar un acto de cooperación inicial basado en la confianza; (b) el monitoreo de los sucesivos actos de las diferentes partes puede ser difícil, y (c) cada parte debe seguir cooperando, sin importar la posibilidad de que haya una “movida final” en que un jugador desviado y egocéntrico haga trampa (una posibilidad que produciría que todos hicieron trampa en la próxima y última “movida” y así sucesivamente). Para variantes de estos problemas, ver A. de Jasay, *Social Contract, Free Ride: A Study of the Public Goods Problem* 63-66 (1989).

<sup>50</sup> Locke, *Second Treatise* § 28.

<sup>51</sup> *Id.* §§ 37, 46.

inseguro" disfrute de la propiedad en el estado natural, y uniéndose con otros para establecer la sociedad civil que protegerá la propiedad de cada uno, duramente ganada<sup>52</sup>.

Detengámonos ahí: ¿uniéndose con otros? De hecho, ¿cómo llegaron a formar esa sociedad civil y su gobierno? ¿Quién puso el tiempo y esfuerzo en las pequeñas discusiones (*schmoozing*), organizó los comités especiales y le dio forma a las reglas? ¿Por qué no se dedicaron todos a holgazanear, como lo haría John Doe, eligiendo el cuadro (C), esperando que otras personas realizaran todo el trabajo de organización? ¿Y si dejaron que George\* lo hiciera, quien es, al fin y al cabo, este personaje George? Si hay un George, se parece muchísimo a Mom o al Good Citizen, alguien que estaría dispuesto a trabajar por el bien común<sup>53</sup>.

El relato de Blackstone es una narración más hilada, pero que al mismo tiempo se desliza aun más fácilmente sobre el punto. Tras una larga historia sobre la forma en que la gente empezó a adquirir para sí un número creciente de objetos, a medida que era más talentosa y numerosa<sup>54</sup>, él señala que "la tierra no produciría sus frutos en cantidades suficientes sin la ayuda de la labranza: pero ¿quién se daría el trabajo de labrar, si existe otro que vería una oportunidad para tomar y disfrutar el producto de su industria, arte y trabajo?"<sup>55</sup>. He aquí la feliz conclusión: "La necesidad engendró la propiedad y, para asegurar esta propiedad, se recurrió a la sociedad civil"<sup>56</sup>. Eso es todo.

Ahora, paremos un minuto: Si nadie está dispuesto a hacer el trabajo de labrar, a menos que puedan obtener los beneficios, ¿por qué se darían el trabajo de establecer una sociedad civil? ¿Por qué los personajes de Blackstone no se sientan también a esperar a George?

En resumen, existe una brecha entre el tipo de individuo interesado en sí mismo que necesita de la propiedad exclusiva para ser inducido a trabajar, y el tipo de individuo que tiene que estar ahí para crear, mantener y proteger el régimen de propiedad. La existencia de un régimen de propiedad no es predecible a partir de un punto de interés propio racional; y, en consecuencia, desde esta perspectiva, la propiedad requiere de un relato, una historia, una explicación *post-hoc*.

Ésa, creo yo, es la razón por la cual a Locke y Blackstone, y a sus sucesores modernos, les gusta tanto contar historias cuando hablan sobre el origen de la propiedad<sup>57</sup>. Es la historia que llena la brecha en la teoría clásica y, como diría Hayden White, lo que hace "plausible" a la propiedad<sup>58</sup>. La narrativa nos da un relato afable de la propiedad como una institución que podría surgir con tiempo, esfuerzo y principalmente a través de opciones cooperativas.

<sup>52</sup> *Íd.* § 123.

\* La autora se refiere aquí a una expresión americana, "Deja que lo haga George" (*Let George do it*), lo que significa que la persona que la dice no se hará cargo del problema, sino que dejará que otro buen ciudadano lo haga. Se supone que hace referencia a George Washington, un modelo histórico de buen ciudadano que abandonó su vida privada para servir a su país. (N. de los trad. en base a nota de la profesora Rose.)

<sup>53</sup> Cf. R. Hardin, *supra* nota 44, pp. 36-37 (el empresariado político puede explicar cierta actividad organizativa, pero es débil para explicar el esfuerzo inicial).

<sup>54</sup> 2 Blackstone 2-7.

<sup>55</sup> *Íd.* p. 8.

<sup>56</sup> *Íd.*

<sup>57</sup> Ver Demsetz, *supra* nota 10; ver también Anderson & Hill, *The Evolution of Property Rights: A Study of the American West*, 18 J.L. & Econ. 163 (1975) (evolución de los derechos de propiedad usando como ejemplo la tierra, los animales y el agua del Oeste de los Estados Unidos); Umbeck, *A Theory of Contract Choice and the California Gold Rush*, 20 J.L. & Econ. 421 (1977) (igual al ejemplo de los mineros de oro).

<sup>58</sup> H. White, *The Content of the Form: Narrative Discourse and Historical Representation* 93-93, 193 (187); ver también P. Ricoeur, *supra* nota 11, p. 150 (la conclusión de una narrativa es más aceptable que predecible).

La cooperación es, entonces, un orden de preferencias con el que no contaban de manera teórica los teóricos clásicos de la propiedad, pero del cual no pueden prescindir. Por lo tanto, deben contar una historia para explicarla, y deben apoyarse en nuestra reconstrucción imaginativa basada en la narrativa para pintar un cuadro plausible acerca de cómo llegamos a estos regímenes de propiedad en primer lugar.

## V. Repetición: la “naturalidad” del interés y la “moralidad” de la historia de la propiedad

Aparte de los experimentos mentales que hemos realizado, y del sorprendente caso de las opciones cooperativas que necesitamos para la propiedad como institución en sí, debería ser bastante obvio que el orden de preferencias egocéntrico de John Doe es sólo una de un número de opciones. En el mundo real, sus ordenamientos también deben ser explicados; ellos también tienen una historia y necesitan de un relato como los de cualquier persona. El movimiento de Estudios Críticos del Derecho ha existido lo suficiente para hacer entender la idea de que John Doe es sólo una historia más; es, en cambio, la eterna repetición de la “naturalidad” de JD lo que nos hace pensar que sus preferencias “simplemente están ahí”, sin necesidad de mayor explicación o narración<sup>59</sup>.

Los teóricos feministas enfatizan esto de otra manera: por lo menos a partir de Carol Gilligan<sup>60</sup> y, en verdad, desde un tiempo antes, nos hemos dado cuenta que Mom o el Good Citizen –la persona generalmente cariñosa y cooperadora– está tan “ahí” como el indiferente y no cooperador John Doe. En efecto, los teóricos feministas han señalado la importancia de la narrativa para llegar a elecciones de preferencias: Mom vuelve a discutir las cosas, y llega a sus órdenes de preferencias por medio de la discusión y la negociación<sup>61</sup> –quizás a veces probablemente porque tiene poco con que empezar y, por lo tanto, poca capacidad de desquitarse contra los no cooperadores–. Presumiblemente, desde la perspectiva de Mom (o del Good Citizen George), la cooperación sería un conjunto de preferencias predecible, mientras que el interés propio de John Doe sería la rareza, y John Doe tendría que ser explicado con algún tipo de historia que cuente cómo llegó a ser así.

Entonces, ¿por qué es la cooperación el ordenamiento de preferencias que parece necesitar una historia? Por supuesto, existe el punto demostrado tan convincentemente por la teoría

<sup>59</sup>Ver p. ej. M. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* 270-71 (1987) (el lenguaje común de los “derechos” privados protege una amplia gama de intereses divergentes, ignorando otros); *id.* p. 282 (las concepciones liberales de los derechos y deberes limitan una concepción imaginativa de las necesidades); Kainen, *Nineteenth Century Interpretations of the Federal Contract Clause: The Transformation from Vested to Substantive Rights against the State*, 31 *Buff. L. Rev.* 381, 390-402, 451, 456 (argumenta que una elite legal presentó como “naturales” algunas doctrinas jurídicas que debilitaban derechos establecidos por la ley, en favor de un interés en que las decisiones propias fueran hechas a favor de una “política pública” sustantiva); Tushnet, *An Essay on Rights*, 62 *Tex. L. Rev.* 1363 (1984) (el lenguaje de derechos es parte de la cultura capitalista, limitando la discusión a los derechos individuales negativos).

<sup>60</sup>C. Gilligan, *supra* nota 33; ver también Tronto, *Beyond Gender Difference to a Theory of Care*, 12 *Signs* 644, 649-51 (1987) (identificando una ética de cuidado en una variedad de grupos sociales).

<sup>61</sup>Ver C. Gilligan, *supra* nota 33, pp. 28-30 (describe la comunicación y la narrativa como un modo de llegar a una decisión moral; ve esto como más típico en las mujeres); Friedman, *Feminism and Modern Friendship: Dislocating the Community*, 99 *Etica* 275, 279-80 (1989) (sobre Gilligan y sus predecesores); West, *Economic Man and Literary Woman: One Contrast*, 39 *Mercer L. Rev.* 873-74 (1988) (afirma que la “mujer literaria”, a diferencia del “hombre económico”, usa y escucha la narrativa para crear una empatía intersubjetiva); ver también J. Freeman, *The Politics of Women's Liberation* 116-19 (1975) (tradicción feminista de grupos de conversación para “creación de conciencia”, cambio de actitud a través de la narrativa compartida de experiencias).

crítica, e incluso más por la feminista: el narrador dominante puede hacer que su posición parezca la natural<sup>62</sup>. No es muy difícil ver al débil John Doe (o quizás al más competitivo King of the Mountain) como el sustituto del Liberal, el narrador dominante y *bête noire* de los Críticos; mientras Malice Aforethought puede aparecer como el Patriarca, otro narrador dominante y enemigo de la teoría feminista. Y uno debería notar que tanto John Doe como King of the Mountain y Malice Aforethought tienen una perturbadora similitud en sus patrones de preferencias: en donde no hay suficiente para vivir, en donde se ha eliminado la Abundancia como opción, cada uno de estos personajes prefiere como primera elección: "Yo obtengo mucho, tú no obtienes nada". Es probablemente por esto que es a veces difícil distinguirlos.

Pero hay más que decir respecto de estos personajes que su identidad como grupo dominante de narradores. Consideremos el gran problema de Mom: supongamos que se encuentra con el más débil de estos tres personajes no cooperadores, John Doe. Por mucho que ella prefiera soluciones de cooperación, cuando conozca a este no cooperador, debe elegir entre dos roles que no le gustan. Una de sus elecciones es ser una víctima tipo Hit Me, debido a que su opción de cooperar sólo se toparía con la elección de hacer trampa de John Doe, lo que la colocaría en la peor de todas las posiciones posibles. Su otra elección sería imitar a John Doe, eligiendo una no cooperación mutua, pero ella se da cuenta que este es un rol que conduciría a una pérdida colectiva, lo que ella tampoco quiere. Por lo tanto, a menos que esté tratando con otra Mom otro cooperador, está estancada entre una elección de los cuadros (B) o (D): la elección entre cooperar y un gran riesgo de dominación, o la de hacer trampa y la certeza del relativo empobrecimiento mutuo de "Yo obtengo un poco, tú obtienes un poco".

Yo sugiero que lo anterior es una gran razón de por qué John Doe parece, por naturaleza, como algo que simplemente "esta ahí", mientras Mom parece necesitar de una narración. John Doe elige el camino seguro, el camino que lo llevará al premio gordo si su oponente es un cooperador/estúpido, y esto le permite obtener por lo menos un poco, si el otro tipo es otro John Doe no cooperador<sup>63</sup>.

Pero la cooperadora Mom se arriesga por el bien común. Cuando esto funciona, todos están mejor, pero cuando no funciona, ella puede perder horriblemente. Y Mom hace que te preguntes: ¿Cómo llegó ella a ser así? ¿Por qué no tomó el camino seguro e hizo trampas, como John Doe? ¿Por qué se aferra a esto, esperando que la rana se convierta en príncipe? ¿Qué la hace tomar el riesgo de que el otro tipo sea también un cooperador? Y aun más importante, ¿es realmente un asunto de valentía o es sólo el hecho de no tener alternativas, de usar la imaginación ante la desesperanza, de la creatividad cuando no tiene poder para desquitarse? *De cualquier forma, ¿cuál es su historia?*

Así regresamos a la narrativa, y no sólo a la historia de Mom, sino también a la historia que ella puede contar: su relato puede crear un sentido de generalidad, así como reordenar la

<sup>62</sup>Ver p. ej. West, *Jurisprudence and Gender*, 55 U. Chi. L. Rev. 1, 64-65 (estado natural hobbesiano, la visión liberal de individuos iguales e interesados en sí mismos es un "cuento" masculino, contado falsamente, como si fuera universalmente humano); ver también p. ej. Brennan & Buchanan, *Is Public Choice Immoral? The Case for the "Nobel" Lie*, 74 Va. L. Rev. 179, 183-84 (1988) (describe un efecto de retroalimentación en las hipótesis de conducta basadas en el interés propio); Radin, *Market-Inalienability*, 100 Harv. L. Rev. 1849, 1877-81 (1987) (efectos en el comportamiento de una retórica de comodidad); Rose, *Crystals and Mud in Property Law*, *supra* nota 40, p. 610 (1988) (lo mismo); Ryan, *Distrusting Economics*, N.Y. Rev. Books, Mayo 18, 1989, pp. 25, 26 (estudiantes de economía son desproporcionadamente propicios a comportarse egoístamente en tests psicológicos).

<sup>63</sup>JD puede estar usando una estrategia maximizadora, que implica tomar decisiones que minimicen su pérdida máxima. Esta estrategia conservadora puede ser apropiada para juegos de resultado cero, pero es inapropiada en juegos de resultado positivo (p. ej. cooperativos) como el Dilema del Prisionero. Ver M. Ullmann-Margalit, *supra* nota 44, p. 20 n. 1.

manera de vivir de su audiencia. De acuerdo a los teóricos narrativos, el narrador de las historias tiene una visión de un tipo de comunidad, aun cuando sólo sea una comunidad de a dos<sup>64</sup>. La narradora se coloca a sí misma en la audiencia, experimentando la historia; toma un conjunto de ocurrencias y las revela a través de la narración como *acciones*, con principios, desarrollos y finales<sup>65</sup> -acciones en las cuales los miembros de la audiencia se pueden imaginar a sí mismos como participantes u observadores comunes-. Cuando nos dice: "He aquí lo que hicimos (o hicieron) y cómo lo hicimos (hicieron)", transforma eventos en acciones experimentadas o imaginadas por nosotros, y en este proceso nos dice quiénes somos, como actores reales o imaginarios. Así, el narrador(a), al estructurar la experiencia e imaginación de la audiencia, ayuda a convertirla en una comunidad moral<sup>66</sup>. Más aun, al estructurar nuestra experiencia respecto de eventos, el narrador está construyendo efectivamente nuestras memorias y conciencia para que, en el futuro, podamos extraer de este nuevo repertorio al actuar. En este sentido, las narraciones cambian nuestras mentes, y nos dan una oportunidad de reconsiderar y reordenar la manera en que enfrentamos los eventos; podemos recolectar las narraciones como acciones escogidas y no escogidas, y actuar de manera distinta en el futuro, en vez de repetir infinitamente una respuesta formulaica, repetitiva y predecible, como la reacción de una roca a la gravedad<sup>67</sup>. Es probablemente a esto a lo que apunta Mom: La teoría narrativa coincide con la teoría feminista en la sugerencia de que los ordenamientos de preferencia no surgen de la nada; puede haber constructos de narrativa y negociación, y ellos pueden variar en el tiempo, a medida que digerimos las historias de los lugares a los que nuestras preferencias nos han llevado, o nos pueden llevar en el futuro, a menos que actúemos para dirigirlos.

Así, como ha señalado -aunque en términos distintos- la teórica feminista Robin West, la narrativa le da a Mom una forma de hacer que John Doe ejercite un poco su imaginación, y también de que se arriesgue a cooperar, en aras de un mayor bien común. Mom puede contarle una historia, le puede hacer saber que las cosas no tienen que ser como son; puede armar un relato para mostrarle cómo se siente estar en el lugar del otro, y cómo es que la confianza mutua y los esfuerzos cooperativos no son sólo posibles, sino también preferibles desde el punto de vista de cualquier persona<sup>68</sup>. De hecho, existe incluso una historia acerca

<sup>64</sup> D. Carr., *Time, Narrative and History*, 61-62, 153-56 (1986).

<sup>65</sup> *Íd.*, pp. 48-50.

<sup>66</sup> *Íd.* pp. 156-57; H. White, *supra* nota 58, p. 25 (sugiere, en forma de pregunta retórica, que la narrativa es "necesaria para el establecimiento de la autoridad moral sin la cual la noción de una realidad social específica sería imposible"). Ver también West, *supra* nota 61, p. 872 (la narrativa nos permite llegar a un entendimiento empático de los demás); West, *supra* nota 62, p. 65 (importancia de contar historias para dar a entender un punto de vista feminista).

<sup>67</sup> Ver Taylor, *Interpretation and the Sciences of Man*, en *Understanding Social Inquiry* (E. Dallmayr & T. McCarthy ed. 1977) (distingue una ciencia que predice eventos repetitivos de una que es *post-hoc*, autodefiniendo la interpretación de los eventos humanos; posteriormente caracteriza los eventos con una "innovación conceptual que a su vez puede alterar la realidad humana"); D. Carr, *supra* nota 65, pp. 60-62 (la narrativa da un sentido al acto, domina los eventos); ver también P. Ricoeur, *supra* nota 11 (crítica significativamente el estudio predictivo de la historia en oposición a la narrativa).

<sup>68</sup> West, *supra* nota 61, pp. 868-869, 870 (contraste entre el "hombre económico", que conoce perfectamente sus propias preferencias, y la "mujer literaria", que aprende de sus propias preferencias la empatía por otros, a través de la narrativa); West, *supra* nota 62, p. 65 (puntos que necesita la jurisprudencia femenina para contar historias que muestren la importancia de la intimidad, valores empáticos no sólo para los individuos, sino también para la comunidad y para una "vida pública bien llevada"). Sunstein, *supra* nota 26, p. 1.169, demuestra el hecho de que a veces usamos medios legales para reforzar "preferencias sobre las preferencias"; uno podría ver a la narrativa como un medio no coercitivo de insertar a la gente en estas "metapreferencias" para cooperar.

de este esfuerzo narrativo: es la historia de Scherazada\*. Pero incluso ésta es una historia particularmente perturbadora sobre la narrativa, puesto que la cautiva Scherazada no tenía más armas que su ingenio, y su historia sugiere que la narrativa puede comenzar en la debilidad, contando historias para adquirir poder.

Quizás ahora podamos volver a intentar adivinar el porqué Locke, Blackstone y sus sucesores han estado, a su vez, contando esos cuentos de sirenas sobre la propiedad. Su egocentrismo teórico tenía también una debilidad fatal al establecer un régimen de propiedad. Pero si sus historias pudieran simplemente hacernos pasar, a nosotros, los John Does, por sobre la montaña de nuestro interés propio conservador, poco imaginativo y "a la segura", podrían hacernos establecer regímenes de propiedad; podrían hacernos reconocer que, si todos respetamos las demandas de los demás, podemos alentar a todos a trabajar en los recursos del mundo y, así, estar todos mejor al final<sup>69</sup>.

Y es posiblemente ésta la verdadera historia de por qué contaron ellos aquellas historias, y por qué sus sucesores siguen contándolas. Pueden haber estado o no en lo correcto en su argumento de que la propiedad mejora a la humanidad en conjunto; y sus afables historias de los orígenes cooperativos de la propiedad pueden perfectamente haber descuidado el contexto emocional en el cual la cooperación tiene lugar<sup>70</sup>. Pero esos cuentos son cuentos morales, todos por igual, tanto como las fábulas de Esopo, hablando hacia y constituyendo un tipo de comunidad moral, e instando a esa comunidad a cambiar sus hábitos.

\* Scherazada es un personaje de *Las Mil y Una Noches*. Es la reina que le relata las historias de "Las Mil..." a su marido, el Sultán, para distraerlo de todo tipo de destrucción, especialmente de la de las mujeres. Su personaje es en cierta forma similar al de Ester en la Biblia. (Nota de Carol Rose para esta traducción.)

<sup>69</sup> Cfr. West, *supra* nota 62, p. 64 (historia equitativa del estado natural, así como la liberación a partir de éste como historias "masculinas"). Según mi punto de vista, estas historias son polos opuestos, en donde la historia de liberación acarrea una cooperación muy en conflicto con el aislamiento y el egocentrismo de un estado natural. Esto no es necesariamente incompatible con el punto de vista de West, ya que ella ve a la jurisprudencia masculina tan preocupada con la contradicción entre aislamiento y comunidad (p. ej., aislamiento y liberación podrían comprender conjuntamente el mismo y mayor conjunto de obsesiones jurisprudenciales masculinas)-en comparación con la jurisprudencia feminista, que gira en torno a las contradicciones entre intimidad e independencia-. *Íd.* pp. 4-12, 27-36, 52-55. West puede también tener la razón hasta aquí, en cuanto las clásicas historias de aislamiento/liberación pueden mostrar un silencio "masculino" respecto del contenido emocional de la cooperación. Ver *infra* el texto que acompaña a la nota 70. Ver también R. Axelrod, *supra* nota 49 (trata la cooperación como interés propio); cf. Robert H. Frank, *Passions Within Reason: The Strategic Role of the Emotions* (1988) (argumenta que la emoción es esencial para la cooperación).

<sup>70</sup> Ver West, *supra* nota 62, p. 65; R. Frank, *supra* nota 69.