

REGLAS DE PROPIEDAD, REGLAS DE RESPONSABILIDAD Y DE INALIENABILIDAD: UNA VISTA DE LA CATEDRAL *

Guido Calabresi y A. Douglas Melamed

Junto a “El problema del costo social”, de Ronald H. Coase (*Estudios Públicos*, 45), este ensayo se ubica en los orígenes de una influyente tradición teórica caracterizada por la combinación de perspectivas propias del pensamiento jurídico y del análisis económico. Esta forma de teorizar, conocida como “Análisis económico del Derecho” (*Law & Economics*), ha dado lugar a un fructífero debate tanto en el campo del Derecho como en el de la Economía, del que se han desprendido desarrollos que han puesto a prueba conceptos y categorías tradicionales en ambas disciplinas.

En las páginas que siguen, los profesores Calabresi y Melamed proponen un modelo de análisis que tiene por objeto integrar en una visión conjunta distintas relaciones jurídicas que usualmente han sido estudiadas en forma separada. Se trata de diversas cuestiones asocia-

GUIDO CALABRESI. Sterling Professor of Law en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, de la que fue decano entre 1985 y 1994. Además, hoy es el juez titular de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito Federal, Estados Unidos.

A. DOUGLAS MELAMED. Ha sido profesor de Derecho en la Universidad de Georgetown. Actualmente es miembro del estudio de abogados Wilmer, Cutler & Pickering, en Washington, DC.

* “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, Vol. 85, N° 6 (1972), pp. 1.089-1.128. © The Harvard Law Review Association, 1972. Traducido al castellano por el Centro de Estudios Públicos con la debida autorización.

Estudios Públicos, 63 (invierno 1996).

das a la propiedad y a la responsabilidad civil (*Torts*). Para ofrecer una perspectiva más comprensiva, los autores articulan un modelo de títulos o derechos que pueden ser protegidos mediante el uso de tres tipos de reglas, a saber: de propiedad, de responsabilidad y de inalienabilidad. Tras el análisis de las razones que justificarían los posibles modos de asignar esos derechos, discuten la conveniencia de proteger los derechos así asignados por medio de una u otra de esas tres reglas. Finalmente, este modelo es aplicado al análisis de algunos problemas vinculados a la contaminación ambiental y a la imposición de sanciones penales. A juicio de Calabresi y Melamed, el estudio de estos problemas a la luz del modelo propuesto permite alcanzar soluciones que han sido frecuentemente ignoradas por los autores dedicados a esas materias. Ello se debería, precisamente, a que éstos han carecido de una perspectiva integrada como la que aquí se sugiere.

1. Introducción

Sólo en escasas ocasiones la propiedad y la responsabilidad civil son consideradas desde una perspectiva conjunta. Sin embargo, escritos recientes de juristas interesados en la Economía y de economistas interesados en el Derecho sugieren que un intento por integrar las diversas relaciones jurídicas tratadas por esas especialidades sería útil tanto para el estudiante novato como para el académico avezado¹. Mediante la articulación de un concepto de “derechos” protegidos por reglas de propiedad, de responsabilidad o de inalienabilidad, proponemos un modelo para tal enfoque².

¹ Véase, por ejemplo, “Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi’s Costs”, *L. J. Yale*, 80 (1971), p. 647, (análisis de tres reglas alternativas en problemas de contaminación); Demsetz, “Toward a Theory of Property Rights”, *Am. Econ. Rev.*, 50 (1967) (Vol. 2 *Papers and Proceedings*), p. 347 (análisis de la propiedad como medio de internalización de costos que ignora las alternativas de la regla de responsabilidad).

² Dado que probablemente sea imposible un enfoque plenamente integrado, debiera enfatizarse que este artículo sólo se ocupa de un modo posible de contemplar y analizar los problemas jurídicos. Por tanto, no nos referiremos a aquellas cuestiones legales fundamentales sobre qué instituciones y qué procedimientos son los más adecuados para tomar determinadas decisiones, excepto en cuanto se relacionen directamente con los problemas de asignar los derechos iniciales y los modos de proteger esos derechos. Si bien no subestimamos la importancia y, tal vez, primacía, de los considerandos relativos al proceso legal, véase pp. 378-379 *infra*, estamos simplemente interesados en la luz que un enfoque algo diferente puede proyectar sobre problemas que con frecuencia son observados principalmente desde el punto de vista del proceso legal.

Como suele decir el profesor Harry Wellington respecto de muchos análisis jurídicos, este artículo está destinado a ser sólo una de las pinturas que hizo Monet de la catedral de Rouen. Para entender la catedral hay que verlas todas. Véase G. Hamilton, *Claude Monet’s Paintings of Rouen Cathedral*, (1960), pp. 4-5, 19-20, 27.

Luego analizamos aspectos del problema de la contaminación, a fin de demostrar cómo ese modelo nos capacita para percibir relaciones que han sido ignoradas por quienes escriben en aquellas áreas temáticas.

El primer asunto que cualquier sistema jurídico debe encarar es aquel que llamamos el problema de la “titularidad de los derechos”. Cada vez que un Estado enfrenta un conflicto de intereses entre dos o más personas, o entre dos o más grupos de personas, debe decidir a cuál de las partes favorecer. En ausencia de esta decisión, el acceso a los bienes, servicios y a la vida misma será decidido sobre la base de que “el poder hace el Derecho” (*might makes right*), de modo que quien sea más fuerte o más hábil ganará³. De aquí que la cuestión fundamental que hace el Derecho es decidir cuál de las partes en conflicto tendrá el derecho a prevalecer. El derecho a hacer ruido versus el derecho a tener silencio, el derecho a contaminar versus el derecho a respirar aire puro, el derecho a tener hijos versus el derecho a prohibirlos; esto constituye el primer orden de las decisiones jurídicas.

Una vez adoptada su decisión inicial, la sociedad debe ponerla en práctica. La mera asignación de un derecho no evita el problema “el poder hace el Derecho”; un mínimo de intervención estatal siempre es necesario⁴. Nuestras nociones convencionales nos permiten entender esto fácilmente a

³ Se podría, por cierto, mirar al Estado simplemente como una gran coalición de amigos destinada a ejecutar reglas que meramente cumplen los deseos de esa gran coalición. Las reglas jurídicas, entonces, no serían más que “el poder hace el Derecho” (*might makes right*) en letras de bronce. Tal perspectiva no nos parece plausible, aunque sólo sea porque el Estado decide demasiados asuntos en respuesta a demasiadas coaliciones diferentes. Este hecho requeriría, por sí mismo, de una forma de análisis bien diferente de aquella que bastaría para explicar derechos resultantes de usos más directos y descentralizados de “el poder hace el Derecho”.

⁴ Para una excelente presentación de este punto general por parte de un economista, véase “Interrelations between Legal and Economic Processes”, *J. Law & Econ.*, 14 (1971), p. 435.

No pretendemos sugerir que el Estado descansa en la fuerza para hacer cumplir todos o casi todos los derechos. Tampoco queremos implicar que la ausencia de una intervención del Estado conduciría al triunfo de la mera fuerza. El uso por parte del Estado de sentimientos de deber y reglas de moralidad como medios para la ejecución de la mayor parte de los derechos no sólo es crucial, sino que también muy eficiente. Y, a la inversa, de estar ausente el Estado, los individuos probablemente acuerden reglas de conducta para regir los derechos en una serie de situaciones sobre la base de criterios ajenos al de “el poder hace el Derecho”. Que estas reglas reflejen el mismo tipo de consideraciones que analizaremos como fundamentos para la titularidad de derechos jurídicos es, por supuesto, irrelevante para estos efectos. Lo importante es que estos “acuerdos sociales” hacen surgir, en no menor medida que los derechos jurídicos, lo que podría llamarse obligaciones. Esas obligaciones, a su turno, harían a la gente cumplir los acuerdos adoptados en casos específicos, sin considerar la existencia de una fuerza predominante. En este artículo no nos preocupamos tanto del funcionamiento de tales obligaciones como de las razones que pueden explicar las reglas que dan lugar a estas obligaciones.

propósito de la propiedad privada. Si Taney es dueño de una parcela de repollos y Marshall, quien es más grande, desea un repollo, éste lo obtendrá a menos que intervenga el Estado⁵. Pero no es tan obvio que el Estado también deba intervenir si se elige la titularidad opuesta de derechos, es decir, propiedad comunitaria. Si el gran Marshall ha cultivado unos repollos comunitarios y decide negárselos al pequeño Taney, será necesaria la acción del Estado para imponer el derecho de Taney a esos repollos comunitarios. La misma simetría se aplica respecto de la integridad física. Consideremos la difícil situación de un renuente alfeñique viviendo en un Estado que nominalmente le confiere el derecho a la integridad física, pero que no intervendrá para hacer cumplir este derecho frente a una lasciva Juno. Consideremos ahora la difícil situación de ese alfeñique que —en ausencia de intervención estatal— desea a una renuente Juno en el marco de un Estado que nominalmente confiere a todos el derecho a usar el cuerpo del prójimo. La necesidad de intervención se aplica de un modo ligeramente más complicado a los perjuicios. Cuando en un accidente automovilístico quien sufre el perjuicio debe asumir la pérdida, ello no se debe a que Dios lo ordenó de esa manera. Más bien se debe a que el Estado concedió al autor de los daños el derecho a eximirse de responsabilidad e intervendrá para impedir que las amistades de la víctima, en caso de ser éstas más fuertes, se hagan compensar por quien causó el perjuicio⁶. La pérdida recaerá sobre la otra parte cuando el Estado ha concedido el derecho a compensación e intervendrá para evitar que el autor de los daños, que es más fuerte, rechace las demandas de compensación por parte de la víctima.

El Estado no solamente debe decidir a quién conceder el derecho, sino que también debe adoptar, en forma simultánea, una serie de decisiones

⁵ “Más grande”, obviamente, no se refiere sólo al tamaño, sino que a la suma de recursos de un individuo. Si la pandilla de Marshall es más inteligente y sagaz que la de Taney, ella obtendrá los repollos.

⁶ Culturas diferentes tratan el problema de modos diferentes. Veamos la siguiente situación: La prima de “seguro de vida” es de 4 toros más \$1.200 en Port Moresby, Nueva Guinea. Peter Howard señaló que evalúa su vida en más que 4 toros y \$1.200. Pero él desea \$24 y un cerdo a cambio.

El señor Howard entregó el dinero y los animales a la tribu de los Jiga, que amenazó con quitarle la vida, ya que él mató a un miembro de la tribu en un accidente automovilístico el pasado 29 de octubre. La policía aprobó el acuerdo de extorsión después de decirle a Howard, de 38 años, que no podría protegerlo de la venganza jurada de la tribu, que reside en el Monte Hagen, unas 350 millas al noreste de Port Moresby. El señor Howard, oriundo de Cambridge, Inglaterra, fue violentamente golpeado por los nativos después del accidente. Estos señalaron que matarían a Howard si no se realizaba el pago en dinero y animales de acuerdo a los usos tribales. Es la primera vez que un hombre blanco fue obligado a someterse a las leyes tribales en Nueva Guinea. Una vez materializado el pago, Howard exigió ser indemnizado por el asalto de los nativos del cual fue víctima. Dijo que exigía \$24 y un cerdo. Un vocero de la liga tribal le indicó que “lo pensarían”. (*New York Times*, febrero 16, p. 17, col. 6.)

de segundo orden igualmente difíciles. Estas decisiones tienen que ver con el modo en que los derechos son protegidos y con la posibilidad de que un individuo pueda vender o transar un derecho. En cualquier disputa, por ejemplo, el Estado no sólo debe decidir cuál lado gana, sino que también el tipo de protección a conceder. Acerca de estas últimas decisiones, que definen la relación subsecuente entre ganador y perdedor, trata primariamente este artículo. Consideraremos tres tipos de derechos —derechos protegidos por reglas de propiedad; derechos protegidos por reglas de responsabilidad y derechos inalienables. Estas categorías no son, desde luego, absolutamente claras y distintas, pero la categorización es útil dado que revela algunas de las razones que nos conducen a proteger ciertos derechos de determinada manera.

Un derecho es protegido por una regla de propiedad en la medida en que quien desea quitarle el derecho a su titular debe comprárselo en una transacción voluntaria, en la que el valor del derecho es aceptado por quien lo enajena. Esta es la forma de titularidad que da pie a la menor cantidad de intervención estatal: una vez decidida la titularidad original del derecho, el Estado no intenta decidir su valor⁷. Se permite que cada parte manifieste cuánto vale el derecho para sí misma, y otorga al vendedor un veto si el comprador no ofrece lo suficiente. Las reglas de propiedad implican una decisión colectiva en cuanto a quién habrá de concedérsele un derecho inicial, pero no en cuanto al valor de ese derecho.

Cada vez que una persona puede destruir un derecho inicial si está dispuesta a pagar por él un valor objetivamente determinado, tal derecho está protegido por una regla de responsabilidad. Dicho valor puede ascender al monto en el que se estima que el titular original del derecho lo habría vendido. Pero el reclamo del titular en el sentido de que él habría pedido más no lo ayudará una vez que el valor objetivamente determinado sea fijado. Obviamente, las reglas de responsabilidad implican un paso adicional de intervención estatal: no sólo se protegen los derechos, sino que se permite su transferencia o destrucción sobre la base de un valor determinado por algún organismo del Estado y no por las propias partes.

⁷ Una regla de propiedad requiere de menos intervención del Estado únicamente en el sentido de que ésta sólo se necesita para decidir acerca del derecho inicial y para hacerlo cumplir, pero no así en relación al problema distinto de determinar el valor del derecho. De allí que cuando resulta especialmente difícil ejecutar un derecho de propiedad en particular —por ejemplo, el derecho a la seguridad personal en áreas urbanas— la cantidad real de intervención del Estado puede ser muy elevada y, tal vez, mayor que la requerida por ciertos derechos protegidos por reglas de responsabilidad fácilmente administradas.

Un derecho es inalienable en la medida en que su transferencia está prohibida entre un comprador dispuesto y un vendedor también dispuesto. El Estado interviene no sólo para determinar quién posee inicialmente un derecho y la compensación que habrá de pagarse si éste se quita o destruye, sino que también para prohibir su venta bajo determinada o cualquier circunstancia. Las reglas de inalienabilidad son, por lo tanto, bastante distintas de las reglas de propiedad y de responsabilidad. A diferencia de éstas últimas, las reglas de inalienabilidad no sólo “protegen” el derecho: también pueden ser consideradas como limitando o regulando la propia asignación del derecho.

Debería estar claro que la mayoría de los derechos a la mayoría de los bienes son mixtos. La casa de Taney puede estar protegida por una regla de propiedad en caso de que Marshall desee adquirirla, por una regla de responsabilidad cada vez que el gobierno pretenda expropiarla, y por una regla de inalienabilidad si Taney es alcohólico o incompetente. Este artículo explorará dos interrogantes fundamentales: 1) ¿En qué circunstancias deberíamos conceder un derecho en particular?, y 2) ¿En qué circunstancias deberíamos decidir proteger ese derecho mediante una regla de propiedad, de responsabilidad o de inalienabilidad?

2. La asignación de derechos

¿Cuáles son las razones para decidir otorgar a las personas el derecho a contaminar o para decidir otorgarles el derecho a prohibir la contaminación, a tener hijos libremente o a limitar la procreación, a poseer o compartir la propiedad? Estas razones pueden ser agrupadas bajo tres encabezados: eficiencia económica, preferencias distributivas y otras consideraciones de justicia⁸.

A. Eficiencia económica

Tal vez la razón más simple para asignar un derecho específico sea minimizar los costos administrativos de hacerlo cumplir. Esa fue la razón dada por Holmes para dejar que las pérdidas ocasionadas en un accidente

⁸ Véase, en general, G. Calabresi, *The Costs of Accidents* (1970), pp. 24-33. (De aquí en adelante, *Costs*).

sean asumidas por quien las sufre, a menos que se logre algún beneficio social claro al invertirlas⁹. Por sí misma, esta razón jamás justificará otro resultado que no sea el de permitir que gane el más fuerte, ya que, obviamente, tal resultado minimiza los costos de ejecución forzada. Aun así, la eficiencia administrativa puede ser relevante para elegir derechos cuando otras razones son tomadas en cuenta. Esto puede ocurrir cuando las razones aceptadas son indiferentes frente a derechos en conflicto y un derecho es más barato de hacer cumplir que los otros. Lo mismo puede ocurrir también cuando las razones no son indiferentes, pero conducen sólo ligeramente a preferir un derecho sobre otro, y el primero es considerablemente más caro de poner en práctica que el segundo.

Pero la eficiencia administrativa es sólo un aspecto del concepto más amplio de eficiencia económica. La eficiencia económica requiere que elijamos el conjunto de derechos que conduciría a aquella asignación de recursos que no podría ser mejor, en el sentido de que un nuevo cambio no mejoraría tanto la condición de aquellos que ganaron con él como para que éstos compensaran a aquellos que perdieron e, incluso así, quedaran mejor que antes del cambio. Esto es frecuentemente llamado óptimo de Pareto¹⁰. Para dar dos ejemplos: la eficiencia económica exige aquella combinación de derechos para involucrarse en actividades riesgosas, y para estar a salvo del daño que éstas arriesgan, que con mayor probabilidad conducirá a la menor cantidad de accidentes y al menor costo de prevención de los mismos¹¹. Ella

⁹ Véase O. W. Holmes, Jr., *The Common Law* (Howe ed., 1970), pp. 76-77. Para una crítica de la forma en que hoy se aplica esta justificación, véase *Costs*, pp. 261-263. Sin embargo, cf. Posner, "A Theory of Negligence", *J. Legal Stud.*, I (1972), p. 29.

¹⁰ No nos ocupamos aquí de las muchas variaciones conceptuales que encierra el concepto del óptimo de Pareto. Muchas de esas variaciones se originan en el hecho de que a menos que acontezca realmente la compensación después de un cambio (y eso en sí supone un conjunto preexistente de derechos a partir del cual uno realiza un cambio hacia un arreglo óptimo de acuerdo a Pareto), la redistribución de la riqueza implícita en el cambio podría significar un regreso a la posición anterior, lo que también parece óptimo en términos de Pareto. Hay numerosas variaciones sobre este tema, que los economistas han estudiado en profundidad. Dado que en el mundo en que necesariamente deben vivir los abogados, cualquier cosa cercana al óptimo de Pareto, si bien deseada, es inalcanzable, estos refinamientos no debieran detenernos, aunque resultan cruciales para una comprensión plena del concepto.

La mayoría de las versiones del óptimo de Pareto se basan en la premisa de que los individuos saben mejor que nadie lo que es bueno para ellos. De aquí suponen que para determinar si aquellos que ganan con un cambio deberían compensar a aquellos que pierden, uno debería observar los valores que los individuos mismos asignan a las ganancias y pérdidas. La eficiencia económica, sin embargo, puede presentar una noción más amplia que no depende de la premisa individualista. Podría ser que el Estado sea más capaz, por razones paternalistas (véase pp. 374-377 infra), de determinar si la ganancia total de los ganadores es mayor que la pérdida total de los perdedores.

¹¹ La palabra "costos" se emplea aquí en un sentido amplio para incluir todas las desutilidades resultantes de un accidente, como de los esfuerzos para evitarlo. En cuanto tal no

exige aquella forma de propiedad, privada o comunitaria, que conduzca al mayor producto a cambio del esfuerzo de producir.

Recientemente se ha señalado que bajo ciertos supuestos, usualmente entendidos como ausencia de costos de transacción, el óptimo de Pareto o la eficiencia económica ocurrirán sin importar la asignación inicial¹². Para sostener esto, la “ausencia de costos de transacción” debe ser entendida en términos extremadamente amplios, como para albergar tanto un conocimiento perfecto como la ausencia de cualquier impedimento o costo de negociación. Los costos de negociación incluyen, por ejemplo, el costo de excluir a los potenciales aprovechadores (*freeloaders*) de los frutos de las transacciones del mercado¹³. En semejante sociedad libre de roces, las

se limita a costos monetarios y ni siquiera a aquellos que de alguna forma podrían ser “monetizables”, sino que más bien incluye las desutilidades o “costos” —por ejemplo, la pérdida de una pierna para un individuo— cuya mera expresión en términos monetarios sería de marcada insensibilidad. Una de las consecuencias de no ser capaces de asignar valores monetarios a ciertas desutilidades o “costos” es que el mercado de poco sirve para medir su valor y esto da pie, a su vez, a una de las razones de por qué se emplean reglas de responsabilidad o de inalienabilidad más que reglas de propiedad.

¹² Esta proposición fue establecida por vez primera en el clásico artículo de Coase, “The Problem of Social Cost”, *J. Law & Econ.*, I (1960), p. 3, [versión en castellano, *Estudios Públicos* 45], y ha sido refinada en publicaciones posteriores. Véase, por ejemplo, Calabresi, “Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules: A Comment”, *J. Law & Econ.*, II (1968), p. 68; Nutter, “The Coase Theorem on Social Cost: A Footnote”, *J. Law & Econ.*, II (1968), p. 503. Véase también G. Stigler, *The Theory of Price* (3a ed., 1966), p. 113; Mishan, “Pareto Optimality and the Law”, *Oxford Econ. Papers*, 19 (1967), p. 255.

¹³ Aprovechador es aquella persona que rehúsa ser vacunada contra el sarampión porque, dado el hecho de que casi todos los demás han sido inoculados, el riesgo de contraer sarampión es para ella menor que los riesgos relacionados con la vacuna. Es la persona que rehúsa aportar fondos a la construcción de un nuevo parque, aunque lo desea, porque piensa que otros pondrán suficiente dinero para que él pueda después disfrutar del parque. Véase *Costs*, p. 137, nota 4. Los costos de excluir al aprovechador de los beneficios por los que se niega a pagar podrían ser considerables, como sugieren los dos ejemplos anteriores. Esto es especialmente así dado que estos costos pueden incluir la ineficiencia de asignar valor a un bien, como el parque una vez que se construya, por sobre su costo marginal para obligar al aprovechador a mostrar su verdadero deseo respecto del bien, permitiéndonos así cobrarle parte del costo de su construcción inicial.

Es la capacidad del mercado para inducir la revelación de las preferencias individuales lo que hace teóricamente posible que éste promueva intercambios que conduzcan al óptimo de Pareto. Pero la situación del aprovechador es sólo una entre muchas en que el mercado no logra tal revelación. Si suponemos conocimiento perfecto, definido más ampliamente de lo que con frecuencia se hace, a fin de incluir el conocimiento de preferencias individuales, entonces tales situaciones no plantean problemas. Esta definición de conocimiento perfecto, tal vez implícita en el concepto de costos de transacción cero, no sólo haría fácil alcanzar el óptimo de Pareto a través del mercado, sino que haría igualmente fácil alcanzar un resultado similar a través de la acción colectiva.

Para un mayor análisis de lo que implica una definición amplia de costos de transacción cero, véase la nota 59 infra. Para un análisis de otros mecanismos que pueden inducir a los individuos a revelar sus preferencias, véase nota 38 infra.

transacciones se llevarían a cabo hasta que nadie pudiese quedar en mejores condiciones a resultas de sucesivas transacciones, sin dejar a otro en una condición peor. Esto, nos gustaría sugerir, es el resultado necesario, tautológico en verdad, de las definiciones del óptimo de Pareto y de costos de transacción que hemos dado.

Tal resultado no significaría, empero, que la *misma* asignación de recursos existiría sin importar el conjunto inicial de derechos. La disposición de Taney a pagar por el derecho a hacer ruido puede depender de cuán rico sea; la disposición de Marshall a pagar por el silencio puede depender de su riqueza. En una sociedad que concede a Taney el derecho de hacer ruido y obliga a Marshall a comprarle silencio a Taney, éste es más rico y Marshall más pobre de lo que cada uno sería en una sociedad que tuviera una asignación inversa de derechos. Dependiendo de cómo el deseo de silencio de Marshall y el de ruido de Taney varíen con su grado de riqueza, un derecho a hacer ruido resultará en negociaciones que conducirán a una cantidad de ruido diferente de aquella a que llevaría un derecho al silencio¹⁴. Esta variación en la cantidad de ruido y de silencio puede ser entendida no más que como una instancia de la bien aceptada proposición de que una solución óptima en términos de Pareto, o económicamente eficiente, varía con la distribución inicial de riqueza. El óptimo de Pareto es óptimo *dada* una distribución de riqueza, aunque distribuciones diferentes de riqueza implican su propia asignación óptima de recursos de acuerdo a Pareto¹⁵.

Todo esto indica por qué las distribuciones de riqueza pueden afectar la opción de una sociedad en materia de derechos. No indica por qué la *eficiencia económica* debería afectar la opción, si suponemos la ausencia de todo costo de transacción. Pero en la práctica nadie asume la ausencia de costos de transacción. Como el supuesto físico de cero fricción o la Ley de Say en macroeconomía, el supuesto de cero costo de transacción puede ser un punto de partida útil, un mecanismo que nos ayuda a ver cómo, en

¹⁴ Véase Mishan, "Pareto Optimality and the Law", *Oxford Econ. Papers*, 19 (1967), p. 255. A menos que los deseos de silencio y de ruido de Marshall y Taney, respectivamente, no sean afectados en lo más mínimo por su riqueza, es decir, que sus deseos no dependan del nivel de ingreso, un cambio en su riqueza alterará el valor que cada uno asigna al silencio y al ruido, lo que determinará alteraciones en el resultado de sus negociaciones.

¹⁵ No debería concluirse que una solución óptima de Pareto sea en algún sentido mejor que una solución óptima de no-Pareto que resulte en una distribución diferente de riqueza. La implicancia es sólo que, dada la *misma* distribución de riqueza, el óptimo de Pareto es en un sentido importante preferible a un óptimo no-Pareto.

la medida en que diferentes elementos que pueden ser llamados costos de transacción se tornan importantes, el objetivo de la eficiencia económica comienza a preferir una asignación de derechos por sobre otra¹⁶.

Dado que uno de nosotros ha escrito extensamente sobre cómo en presencia de varios tipos de costos de transacción una sociedad tendría que decidir acerca de un conjunto de derechos en el campo del Derecho de accidentes¹⁷, bástenos con decir aquí: 1) que la eficiencia económica por sí sola dictaría aquel conjunto de derechos que favorece las opciones bien informadas entre los beneficios sociales y los costos sociales de obtenerlos, y entre los costos sociales y los costos sociales de evitarlos; 2) que ello implica, en ausencia de certeza respecto de si un beneficio vale sus costos para la sociedad, que el costo debería ser impuesto a la parte o actividad mejor situada para hacer tal análisis de costo-beneficio; 3) que en contextos particulares, como accidentes o contaminación, esto sugiere cargar los costos a la parte o actividad que puede evitarlos del modo más barato; 4) que en ausencia de certeza respecto de quién es esa parte o actividad, los costos deberían ser cargados a la parte o actividad que puede actuar con los menores costos de transacción en el mercado a fin de corregir un error en los derechos, induciendo a aquella parte que puede evitar los costos sociales de modo más barato a que lo haga¹⁸, y 5), que desde que nos hallamos en un área en que por hipótesis los mercados no operan de modo perfecto —hay costos de transacción—, a menudo tendrá que adoptarse una decisión acerca de si son las transacciones de mercado o las

¹⁶ Véase Demsetz, “When does the rule of liability matter?”, *J. Legal Stud.*, I (1972), pp. 13, 25-28; Stigler, “The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars”, *J. Legal Stud.*, I (1972), pp. 11-12.

El problema con un término como “cero costos de transacción” es que cubre una multitud de fallas del mercado. La respuesta colectiva adecuada, para el caso de que el objetivo sea alcanzar el óptimo de Pareto, variará dependiendo de cuáles son los verdaderos obstáculos a una negociación plena en cada caso. En ocasiones la respuesta apropiada puede ser ignorar los obstáculos. Si éstos son sólo los costos administrativos de establecer un mercado, podría ser que no hacer nada sea preferible a intentar corregir en relación a esos costos, puesto que los costos administrativos de la acción colectiva podrían ser aún mayores. De modo similar, si los impedimentos se deben a una falla del mercado para revelar con exactitud las preferencias de los aprovechadores, tal vez la acción colectiva no consiga hacerlo mejor.

¹⁷ Véase *Costs*, pp. 135-197.

¹⁸ En *Costs* los criterios resumidos aquí son analizados en profundidad y desglosados en subcriterios que tratan de la forma de evitar los diversos tipos de externalización y del hallazgo del “mejor cohechador”. Un análisis así de detallado es necesario para la aplicación de los criterios a cualquier área específica del Derecho. A nosotros no nos pareció necesario tratarlo aquí, debido al nivel de generalidad de este artículo.

regulaciones colectivas lo que con mayor probabilidad nos acerca al resultado óptimo de Pareto que el mercado “perfecto” alcanzaría¹⁹.

Si bien este resumen puede sugerir que la asignación de derechos es una opción compleja, el criterio que representa frecuentemente indicará en la práctica cuáles asignaciones de derechos son las que con mayor probabilidad conducirán a decisiones de mercado óptimas entre tener un auto extra o tomar el tren, conseguir un repollo extra y pasar menos tiempo trabajando a pleno sol, o entre tener más artefactos y respirar la contaminación que implica su funcionamiento. La eficiencia económica, sin embargo, no es la única razón que induce a la sociedad a seleccionar un determinado conjunto de derechos. Las preferencias de distribución de la riqueza son otras y es por ello que ahora debemos abocarnos a los fundamentos distributivos de asignaciones diversas de derechos.

B. Objetivos distributivos

Existen, podríamos sugerir, a lo menos dos tipos de preocupaciones distributivas que pueden afectar la opción de derechos. Ellas incluyen la

¹⁹ En el Derecho de accidentes esta elección toma la forma de una opción entre una disuasión general o de mercado y una disuasión específica, en la que el nivel permitido y el modo de las actividades que causan accidentes son determinados colectivamente.

Por ejemplo, la sociedad podría decidir otorgar un derecho para conducir automóviles y un derecho a ser compensado en accidentes que resulten de la conducción, y dejar a las decisiones de las partes individuales determinar el nivel y el modo de conducir. Sin embargo, podría alcanzarse un grado más elevado de disuasión específica seleccionando un conjunto diferente de derechos iniciales con el objeto de concordar con un análisis colectivo de costo-beneficio (mediante, por ejemplo, la prohibición de vehículos de una determinada cilindrada).

La máxima desventaja de la disuasión específica, cuando se la compara con la disuasión general, es que exige del decisor central no sólo determinar los costos de cualquier actividad, sino que también medir sus beneficios a fin de determinar el nivel óptimo de actividad. Es enormemente difícil y costoso para el decisor central estar plenamente informado de los costos y beneficios de una gama amplia de actividades. Lo irónico es que la decisión colectiva funciona mejor en un mundo de información perfecta y gratuita. Sin embargo, en un mundo de transacciones sin costo, incluyendo una información gratuita, la asignación óptima se alcanzaría mediante transacciones de mercado y no surgiría la necesidad de prestar atención a la alternativa de la decisión colectiva. Sin embargo, se podría advertir la ironía, de una manera inversa, y afirmar que el mercado opera mejor bajo supuestos de conocimiento perfecto allí donde la decisión colectiva operaría perfectamente, haciendo innecesario el mercado. El hecho de que tanto el mercado como las decisiones colectivas enfrenten dificultades para alcanzar el resultado óptimo en términos de Pareto, que permitiría un conocimiento perfecto y la ausencia de costos de transacción, no significa que las mismas dificultades sean siempre tan grandes para los dos tipos de enfoque. Vemos, así, que hay muchas situaciones en que podemos suponer con bastante seguridad que el mercado lo hará mejor que un decisor colectivo, y hay situaciones en que podemos suponer lo contrario. Véase *Costs*, pp.103-113.

distribución de la riqueza en sí y la distribución de ciertos bienes específicos, que algunas veces han sido llamados bienes de mérito.

Todas las sociedades tienen preferencias de distribución de la riqueza. Hablar de ellas, sin embargo, es más difícil que hacerlo respecto de los objetivos de eficiencia. Los objetivos de eficiencia pueden ser analizados en términos de un concepto general, como el óptimo de Pareto, respecto del cual algunas excepciones —como el paternalismo— pueden ser detectadas²⁰. Las preferencias distributivas, por otra parte, no pueden ser discutidas de modo provechoso en un solo marco conceptual. Hay algunas preferencias ampliamente aceptadas —preferencias de casta en una sociedad, preferencias más igualitarias en otra sociedad. Hay también preferencias que están asociadas a conceptos de eficiencia dinámica —los productores deberían ser premiados ya que ellos permiten, a fin de cuentas, que todos estén mejor. Finalmente, hay una gama de preferencias altamente individualizadas, como quién debería ser más rico y quién más pobre, que no necesitan estar relacionadas con la igualdad ni con la eficiencia —los amantes del silencio deberían ser más ricos que los amantes del ruido, puesto que se considera que ellos tienen más mérito²¹.

Con todo lo difícil que es analizar las preferencias distributivas, debería resultar obvio que ellas juegan un papel crucial en la asignación de los derechos. Esta asignación afecta de manera fundamental la distribución de la riqueza de una sociedad. Si una sociedad desea igualdad absoluta no basta con hacer partir a todos con la misma cantidad de dinero. Una sociedad financieramente igualitaria que concede a los individuos el derecho a hacer ruido inmediatamente convierte al potencial bullicioso en alguien más rico que el ermitaño amante del silencio²². Paralelamente, una sociedad que concede a una persona inteligente el derecho a retener lo que su sagacidad le permite

²⁰ Para un análisis del paternalismo, véanse pp. 374-376 *infra*.

²¹ El primer grupo de preferencias coincide en general con aquellas nociones que autores como Fletcher llaman, siguiendo a Aristóteles, justicia distributiva. El segundo y tercer grupos, en cambio, presumiblemente tratan de la justicia “correctiva” de Fletcher —recompensas basadas en lo que las personas hacen y no en lo que son. Véase Fletcher, “Fairness and Utility in Tort Theory”, *Harvard Law Rev.*, 85 (1972), pp. 537, 547 nota 40.

Dentro de la categoría de justicia “correctiva”, nuestro segundo y tercer grupos distinguen entre aquellas preferencias que están ligadas claramente a nociones de eficiencia y aquellas cuyas raíces son menos obvias. Si hubiera una teoría generalmente aceptada de los postres, uno podría hablar en términos generales del papel que juega el tercer grupo tal como uno tiende a hablar del papel jugado tanto por el primero como por el segundo grupo. No creemos que actualmente exista una teoría adecuada de los postres —si es que ésta fuera posible. Véanse, también, pp. 362-366 *infra*.

²² Eso supone que no hay espacio suficiente para que el ruidoso y el amante del silencio coexistan sin molestarse mutuamente. En otras palabras, supone que tratamos un problema de asignación de recursos escasos; si no fuese así, no habría necesidad de establecer el derecho inicial. Véase, en general, Mishan, *supra* nota 12.

ganar implica una distribución de riqueza diferente de la adoptada por una sociedad que exige a cada uno de acuerdo a su capacidad relativa, pero da a cada uno según su deseo relativo. Uno puede ir más allá y considerar que una mujer hermosa o un hombre apuesto estarán mejor en una sociedad que concede a los individuos el derecho a la integridad física que en otra en la cual se concede a cualquiera el acceso a toda la belleza disponible.

Consecuencia de esto es que resulte muy difícil imaginar una sociedad en la que exista una total igualdad de riqueza. Dicha sociedad tendría que consistir en personas que fuesen todas exactamente iguales o, si no, compensar las diferencias de riqueza causadas por un determinado conjunto de derechos. Lo primero es ridículo, por supuesto, incluso si existiera la clonación, y lo segundo sería muy difícil: supondría saber cuál es el gusto de cada persona individual y gravar a cada persona titular de un derecho con una tasa tributaria suficientemente alta como para equilibrar los beneficios que sus derechos le otorgan. Por ejemplo, implicaría gravar con impuestos a cada persona que poseyera el derecho a usar privadamente su belleza o su cerebro a fin de compensar a aquéllos no tan favorablemente dotados, pero que, no obstante, desearan lo que la inteligencia o la belleza física pueden conseguir.

Si la igualdad perfecta es imposible, una sociedad debe elegir qué derechos desea tener sobre la base de criterios distintos a la igualdad perfecta. Al hacerlo, una sociedad a menudo tendrá una opción de métodos, y el método seleccionado tendrá importantes implicancias distributivas. La sociedad puede, por ejemplo, entregar derechos de modo gratuito y luego proteger a quienes resulten vulnerados por ese derecho pagando a quienes gozan del derecho concedido para que limiten su uso. A la inversa, puede permitir a las personas hacer algo determinado sólo si adquieren del gobierno el derecho a hacerlo. De allí que una sociedad puede decidir facultar a las personas para tener hijos y luego inducirlos a ejercer control sobre su procreación, o bien, puede exigir a las personas adquirir el derecho de tener hijos como primer paso. Una sociedad también puede decidir otorgar a las personas el derecho a no cumplir con el servicio militar para luego inducirlos a cumplirlo, o bien puede exigir a todos que cumplan y luego abrir la posibilidad de eximirse mediante un pago. Cuáles derechos venderá una sociedad y cuáles concederá en forma gratuita dependerá en parte, probablemente, de cuál sea la decisión que promueve el tipo de distribución de la riqueza que la sociedad favorece²³.

²³ Cualquier derecho otorgado gratuitamente implica un opuesto que debe pagarse. Para todas las personas que gustan de los niños, existen también personas que se sienten importunadas por los niños; para todos los que detestan a los ejércitos, también hay otros que opinan que los ejércitos son necesarios. De otro modo, no tendríamos problemas de escasez de

Si la elección de derechos afecta la distribución de la riqueza en general, también afecta las posibilidades de que las personas obtengan lo que algunas veces han sido llamados bienes de mérito²⁴. Cada vez que una sociedad desea maximizar las posibilidades de que los individuos gocen de a lo menos una mínima dote de ciertos bienes específicos —educación, vestuario, integridad física—, esa sociedad comenzará, con toda probabilidad, por otorgar a los individuos los derechos a ellos. Si la sociedad estima tal dote como esencial más allá de los deseos individuales, procederá, por supuesto, a convertir esa dote en algo inalienable²⁵. ¿Por qué, sin embargo, habría de dotar una sociedad a los individuos con bienes específicos en lugar del dinero con que podrían adquirir lo que desean, a menos que estime que podría decidir mejor que los individuos lo que los beneficia a ellos y a la sociedad; a menos que desee, en otras palabras, tornar inalienable el derecho?

Hemos visto que el derecho a un bien o a su contrario es esencialmente inevitable²⁶. Bajo determinado conjunto de condiciones tenemos el

recursos y, en consecuencia, tampoco un problema de derechos. De allí que uno no pueda simplemente decir que conceder un derecho gratuitamente es progresivo mientras que venderlo es regresivo. Es verdad que mientras mayor sea la cantidad de bienes “libres”, tanto menos será la desigualdad de riqueza, siempre y cuando todo lo demás permanezca igual. Pero si un derecho gratuito implica un contrario oneroso, los derechos no son, en este sentido, bienes gratuitos. Y el asunto de su progresividad y regresividad debe depender del deseo relativo a favor del derecho como en contra de su opuesto por parte de los ricos y pobres.

Estrictamente hablando, esto es verdad sólo si el dinero necesario para financiar los planes alternativos, o puesto a disposición del gobierno como resultado de los planes, es recabado y gastado de un modo que es específicamente neutral en relación a la distribución de la riqueza. El asunto es simple: incluso un impuesto altamente regresivo contribuirá a la igualdad de la riqueza si el dinero que recaba es gastado en forma íntegra para beneficio de los ciudadanos más pobres. E incluso un programa de actividades deportivas para los ricos ociosos aporta a la igualdad de la riqueza si los fondos que requiere son obtenidos gravando con impuestos sólo a los más ricos entre los ricos. De modo que cada vez que uno califique a un programa tributario, un programa de gastos o un sistema de derechos como progresivo o regresivo, debe suponer que el modo en que se gasta el dinero (si se trata de un impuesto) o el modo en que se obtiene (si es un programa de gastos) no contraría el efecto distributivo del programa en sí.

²⁴ Cfr. R. Musgrave, *The Theory of Public Finance* (1959), pp. 13-14.

²⁵ Las razones que comúnmente se dan acerca de por qué una sociedad puede elegir hacer esto son analizadas en infra pp. 372-377. Todas son, desde luego, razones que explican por qué tales bienes muchas veces son categorizados como bienes de mérito. Cuando una sociedad subsidia un bien, toma una decisión parecida basada en motivos similares. Presumiblemente, sin embargo, en tales casos los motivos sólo justifican hacer menos onerosa la posesión de los bienes de lo que sería sin intervención estatal, en vez de hacer inevitable la posesión del bien.

²⁶ Esto es cierto a menos que estemos dispuestos a dejar que las partes zanjen el asunto de acuerdo a la premisa de que el poder hace el Derecho, la cual, en sí, también puede ser considerada como una forma de derecho.

derecho a gozar del silencio o tenemos el derecho a hacer ruido. Tenemos el derecho a nuestra propiedad privada o a nuestro cuerpo, o el derecho a compartir las propiedades o los cuerpos de otros. Podemos vendernos o comprarnos en un sentido u otro, pero debemos comenzar en alguna parte. Bajo estas circunstancias, una sociedad que prefiere que las personas disfruten del silencio, o posean propiedad o gocen de integridad física, pero que no considere que los fundamentos de su preferencia son suficientemente fuertes como para que se justifique ignorar las preferencias opuestas, concederá tales derechos de acuerdo con la preferencia colectiva, aun cuando permita transarlos posteriormente.

Cada vez que las transacciones para vender o adquirir derechos sean muy onerosas, tal decisión inicial de concesión de derechos será casi tan efectiva para asegurar que los individuos tendrán el bien de mérito como sería el transformar el derecho en algo inalienable. Dado que la coacción es inherente debido a que un bien no puede en la práctica ser vendido o comprado, la sociedad sólo puede elegir que un individuo tendrá el bien, otorgándoselo, o bien, evitar que lo obtenga, dándole dinero a cambio²⁷. Bajo tales circunstancias, la sociedad escogerá el derecho que tenga por favorable para el bienestar general, sin preocuparse por la coacción o la inalienabilidad; habrá aumentado las probabilidades de que los individuos tengan un bien específico sin incrementar el grado de coacción impuesta a los individuos²⁸. Un ejemplo corriente de esto puede darse cuando el bien involucrado es la certeza actual de ser capaz de vender un beneficio futuro y donde el futuro mercado de ese bien es demasiado caro para ser factible²⁹.

²⁷ Para el análisis de este grado inevitable y, por tanto, irrelevante de coacción en el contexto de accidentes, véase *Costs*, pp. 50-55, 161-173.

²⁸ La situación es análoga a aquella que implica escoger entre sistemas de asignación de costos de accidentes que minimizan los cambios rápidos de riqueza a través de la dispersión y aquellos que no lo hacen. En efecto, si evitar los cambios rápidos de la riqueza es, en sí, visto como un bien de mérito, la analogía es completa. En el campo de los accidentes se ha prestado bastante atención al problema de los cambios rápidos de riqueza. Véase, por ejemplo, Morris & Paul, "The Financial Impact of Automobile Accidents", *U. Pa. L. Rev.*, 110 (1962), pp. 913, 924. Pero véase W. Blum & H. Kalven, *Public Law Perspectives on a Private Law Problem: Auto Compensation Plans* (1965).

²⁹ Una discusión completa de la justificación de otorgar bienes "en especie" está bastante más allá de las pretensiones de este artículo. Sin embargo, estimamos que una indicación de lo que se halla involucrado no está de más. Una de las muchas razones de por qué el derecho a sufragio se concede en especie en lugar de dar a los individuos la cantidad de dinero que les aseguraría, en una sociedad sin votaciones, todos los beneficios que les daría el poseer el voto, es que en cualquier momento futuro el precio de esos beneficios será totalmente incierto y, por eso, virtualmente ninguna suma de dinero puede garantizar a los individuos que van a tener esos beneficios futuros. Ello no sería del caso si se pudiese contar con un empresario que garantice esos beneficios futuros a cambio de un pago de dinero al presente. Eso es lo

C. Otras razones de justicia

Hemos llamado “otras razones de justicia” a las razones finales que tiene una sociedad para optar por una asignación de derechos iniciales y estamos dispuestos a admitir que es difícil averiguar qué contenido puede ser vertido en este término, por lo menos frente a las muy amplias definiciones de eficiencia económica y objetivos distributivos que hemos empleado. En otras palabras, ¿existe una razón que influya en la opción de derechos iniciales de una sociedad que no pueda ser comprendida en términos de eficiencia y distribución? Un par de ejemplos mostrará el problema.

A Taney le gusta el ruido, Marshall ama el silencio. Supongamos ahora que los dos son inevitablemente vecinos y que no hay costos de transacción que puedan impedir la negociación entre ambos. Supongamos, por último, que desconocemos el grado de riqueza de Taney y de Marshall y, más aún, cualquier otra cosa acerca de ellos. Bajo estas circunstancias sabemos que el óptimo de Pareto —la eficiencia económica— será alcanzada, ya sea que elijamos un derecho a hacer ruido o uno a tener silencio. También somos indiferentes, desde el punto de vista de la distribución general de la riqueza, respecto de cuál es el derecho inicial, pues no sabemos si éste conducirá a una mayor igualdad o una mayor desigualdad. Esto nos deja sólo con dos razones en las cuales basar nuestra opción por la titularidad del derecho. La primera es el mérito relativo de los amantes del silencio y de aquéllos del ruido. La segunda es la congruencia de la opción, o su aparente congruencia, con otros derechos dentro de la sociedad.

Lo primero parece atractivo y suena a justicia, pero es difícil de manejar. ¿Por qué, a menos que nuestra opción afecte a otras personas, deberíamos preferir a uno sobre el otro?³⁰ Afirmar que deseamos, por

que ocurre en un mercado a futuro de, digamos, tripas de cerdo. Sin embargo, el grado de incertidumbre en el costo de los futuros beneficios del voto es tal, que un mercado a futuro es imposible o, lo que es igual, demasiado costoso como para que valga la pena. En tales circunstancias, la alternativa al margen del mercado de conceder el bien en especie parece más eficiente. Muchos de los bienes de mérito que son, de hecho, dados en especie en nuestra sociedad —educación, por ejemplo— comparten esta característica de involucrar derechos presentes con beneficios futuros, cuando no existe un mercado a futuro y éste es, a primera vista, difícil de organizar a bajo costo. No queremos sugerir que ésta sea la sola explicación del modo como se maneja el voto en nuestra sociedad. No explica, por ejemplo, por qué éste no puede ser vendido. (Una explicación para eso puede hallarse en el hecho de que el beneficio que obtiene Taney a partir del voto puede depender de que Marshall no obtenga de éste más que aquél.) Sin embargo, ello agrega otra explicación, que no se da muy a menudo, para la asignación ocasional de bienes, en lugar de dinero, a los individuos.

³⁰ La respuesta habitual es religión o razones trascendentales. Pero esta respuesta presenta problemas. Si significa que Chase, como tercero, sufre cuando se prefiere al ruidoso, puesto que la fe de Chase confiere más mérito al silencio que al ruido, entonces las terceras

ejemplo, hacer relativamente más rico al amante del silencio porque preferimos el silencio, no constituye una respuesta, puesto que es simplemente una reformulación de la pregunta. Desde luego que si la opción afecta a terceras personas distintas de Taney y Marshall tendremos una base válida para decidir. Pero el hecho de que tales efectos externos son muy comunes e influyen enormemente sobre nuestras opciones no nos resulta de gran ayuda. Sugiere, eso sí, que alcanzar el óptimo de Pareto es, en la práctica, una cosa muy compleja, precisamente por la existencia de muchos efectos externos que el mercado tiene problemas para manejar. Y también sugiere que a menudo hay consideraciones distributivas generales entre Taney y Marshall y el resto del mundo que afectan la elección de derechos. Pero en modo alguno sugiere que haya algo más en la opción entre Taney y Marshall que el óptimo de Pareto y las preocupaciones distributivas. En otras palabras, si los supuestos de cero costo de transacción e indiferencia en relación a las consideraciones distributivas que se pretenden respecto de Taney y Marshall (siendo en este caso poco probables) pudieran pretenderse en relación al mundo como un todo (donde son imposibles), el hecho de que la opción entre el ruido de Taney y el silencio de Marshall afecte a otras personas no nos entregaría guía alguna. De allí que lo que suena como un estándar de justicia es simplemente un modo cómodo de importar nociones de eficiencia y de distribución demasiado diversas y generales en sus efectos como para ser completamente analizadas en la decisión de un caso específico.

El segundo ejemplo suena atrayente de otro modo, pues parecería consistir en “tratar los casos similares similarmente”. Si el derecho a hacer ruido molesto para terceros por el puro placer de hacerlo es visto por la sociedad como algo similar a golpear a otras personas por el puro placer de hacerlo, y si existen buenas razones distributivas y de eficiencia para no permitir a las personas golpear a otras por puro placer, entonces puede haber una buena razón para preferir un derecho al silencio antes que el ruido

partes *son* afectadas por el ruido. Chase sufre; hay un efecto externo. Pero esa posibilidad fue excluida en nuestra hipótesis. En la práctica, tales efectos externos, a menudo llamados moralismos, son extremadamente comunes y hacen muy difícil alcanzar el óptimo de Pareto. Véase pp. 375-373 *infra*.

Sin embargo, las razones religiosas o trascendentales pueden ser de otro tipo. Chase puede preferir el silencio no porque a él le importe, no porque sufre si los ruidosos se solazan en la estridencia mientras su fe le da a entender que los amantes del silencio tienen mayor mérito, sino porque piensa que Dios sufre si se opta por ello. Ninguna compensación ayudará a Chase en esta situación, ya que él sufre algo que no puede ser compensado, y compensar a Dios por una decisión incorrecta no es factible. Tal razón para una opción es, diríamos, genuinamente ineficiente y no distributiva. Si ella juega o no un papel en algún momento es un problema aparte.

en el caso de Taney y Marshall. Dado que los dos derechos son aparentemente congruentes, el derecho al silencio fortalece el derecho a estar libres de golpizas gratuitas que, suponíamos, se basaba en buenas razones de eficiencia y distribución³¹. Lo hace rebajando los costos de hacer cumplir el derecho a estar libre de golpizas gratuitas; el derecho al silencio reitera y refuerza los valores protegidos por el derecho a estar libre de palizas gratuitas y reduce el número de discriminaciones que las personas deben hacer entre una actividad y otra, simplificando así la tarea de la obediencia.

El problema con este fundamento de la opción es que también se reduce a razones de eficiencia y distribución. Preferimos a quien opta por el silencio porque *ese* derecho, si bien no afecta por sí mismo el tipo de distribución de riqueza deseado, ni nos aleja de la eficiencia en el caso de Taney y Marshall, nos ayuda a alcanzar esas metas en otras situaciones en que hay costos de transacción o donde sí tenemos preferencias distributivas. Lo hace porque la gente no se percata de que la congruencia es solamente aparente. Si pudiésemos explicar, tanto racional como emocionalmente, las razones de eficiencia y distributivas de por qué golpear gratuitamente a las personas es ineficiente, o conduce a una distribución no deseable de la riqueza, y si también pudiésemos explicar por qué otorgar el derecho al ruido más que al silencio en el caso de Taney y Marshall no conduciría ni a la ineficiencia ni a la mala distribución; entonces no se produciría el debilitamiento subsecuente del derecho a la integridad física. Sólo porque es oneroso, aun si fuera factible, destacar la diferencia entre las dos situaciones es que se mantiene la aparente similitud entre ellas. Y evitar este tipo de gasto innecesario, si bien constituye una buena razón para optar, claramente no es más que una parte de la meta de alcanzar eficiencia económica³².

Aún así deberíamos admitir que explicar derechos solamente en términos de eficiencia y distribución, incluso en su sentido más amplio, no parece enteramente satisfactorio. Las razones de ello merecen a lo menos ser mencionadas. La razón de por qué hasta aquí hayamos explicado los

³¹ Lo opuesto sería verdadero si el hacer ruido se percibiera como igual a industriiosidad, y la quietud y silencio iguales a letargo y pereza, y tuviéramos buenas razones de eficiencia y distributivas para preferir la industriiosidad al letargo.

³² No pretendemos subestimar la importancia de la aparente congruencia como motivo para la asignación de derechos. Lejos de ello, es probable que una sociedad a menudo prefiera un derecho que pudiera conducir a pequeñas ineficiencias o distribuciones defectuosas de la riqueza entre, digamos, Taney y Marshall, porque el derecho tiende a apoyar otros derechos que son cruciales en términos de eficiencia o distribución de la riqueza en la sociedad como un todo, y porque el costo de convencer a las personas de que las situaciones son, de hecho, diferentes no valen la ganancia que podría obtenerse en el caso de Taney y Marshall.

derechos simplemente en términos de eficiencia y distribución es finalmente tautológica. Definimos distribución como incluyendo *todas* las razones, salvo aquella de eficiencia, por las cuales podríamos preferir hacer a Taney *más rico* que a Marshall. Definida de este modo, obviamente no habría espacio para otras razones. Fundamentos distributivos cubrirían ideas vastamente aceptadas, como “igualdad” o, en algunas sociedades, “preferencia de casta” u otras altamente específicas como “favorecer al amante del silencio”. Empleamos esta definición porque hay una utilidad en juntar todas estas razones para preferir a Taney por sobre Marshall que no pueden ser explicadas en términos de un deseo de hacer que todos estén mejor, y en contrastarlas con razones de eficiencia, sean de Pareto o no, las cuales pueden ser explicadas de este modo.

Pero el hecho de juntarlas plantea algunas desventajas analíticas. Ello parece suponer que no podemos decir nada más sobre las razones para algunas preferencias distributivas sobre otras. Por ejemplo, parece suponer una universalidad similar de apoyo para reconocer a los amantes del silencio como relativamente más meritorios que la que hay para reconocer el relativo deseo de igualdad. Y, por cierto, es un supuesto peligroso. Para evitar este peligro, el término “distribución” es a menudo limitado a relativamente pocas razones amplias, como la igualdad. Y aquellas preferencias que no pueden ser explicadas con facilidad en términos de esas escasas preferencias distributivas ampliamente aceptadas, o en términos de eficiencia, son llamadas razones de justicia. El problema con este término es que en ocasiones es tomado para sugerir que la glosa moral de la justicia queda reservada para estas preferencias residuales y no se aplica a las preferencias distributivas más vastas o a preferencias basadas en la eficiencia. Y ello con seguridad es erróneo, pues muchos derechos que son adecuadamente descritos como basados en la justicia dentro del contexto de nuestra sociedad pueden ser fácilmente descritos en términos ya sea de preferencias distributivas amplias (como igualdad), ya sea de eficiencia, o bien de ambas.

Empleando el término “*otras razones de justicia*” esperamos poder evitar esta dificultad y enfatizar que las nociones de justicia adhieren tanto a preferencias de eficiencia y de distribución amplias como a otras más idiosincráticas. En la medida que estemos ocupados en contrastar la diferencia entre eficiencia y otras razones para ciertos derechos, la expresión bipolar eficiencia-distribución es todo lo que se necesita. En la medida que deseemos adentrarnos en razones que, si bien en su origen posiblemente estuvieron ligadas a la eficiencia, han adquirido vida propia; o en razones que, si bien son distributivas, no pueden ser descritas en términos de principios

amplios como igualdad, entonces parece más útil una noción que aluda a “otras razones de justicia”³³.

3. Reglas para proteger y regular derechos

Cada vez que una sociedad elige una asignación inicial de derechos, debe también determinar si los protege mediante reglas de propiedad, de responsabilidad o de inalienabilidad. En nuestro contexto, buena parte de aquello que comúnmente llamamos propiedad privada puede ser visto como un derecho que es protegido por una regla de propiedad. Nadie puede apropiarse de un derecho de propiedad privada a menos que el dueño lo venda voluntariamente al precio en que él mismo evalúa esa propiedad. Sin embargo, una actividad molesta (*nuisance*), de la que se deriva suficiente utilidad pública como para no ser prohibida, envuelve, en la práctica, la facultad de tomar una propiedad con la debida compensación. Bajo tal circunstancia, el derecho de propiedad sólo es protegido por lo que llamamos regla de responsabilidad: se usa un parámetro externo y objetivo de valor a fin de facilitar la transferencia del derecho desde su titular a quienes despliegan esa actividad molesta³⁴. Por último, en algunas instancias no permitiremos en absoluto la venta de la propiedad, es decir, a veces convertiremos el derecho en algo inalienable.

Esta sección considerará las circunstancias bajo las cuales la sociedad emplea estas tres reglas a objeto de resolver situaciones de conflicto. Dado que la regla de propiedad y la regla de responsabilidad están estrechamente relacionadas y su aplicación depende de sus respectivas deficiencias, las trataremos en conjunto. La inalienabilidad será analizada por separado.

A. Reglas de propiedad y de responsabilidad

¿Por qué una sociedad no puede decidir simplemente a base de los criterios ya mencionados quién debería recibir un determinado derecho y, enseguida, permitir que su transferencia se produzca únicamente vía negociaciones voluntarias? ¿Por qué, en otras palabras, no puede la sociedad limitarse a la sola regla de propiedad? Para hacerlo sólo requeriría proteger y hacer

³³ No obstante, véase Fletcher, *supra* nota 21, p. 547 nota 40.

³⁴ Véase, por ejemplo, *Boomer vs. Atlantic Cement Co.*, 26 N.Y.2d, 219, 309 N.Y.S.2d, 312, 257. N.E.2d 870 (1970). (Se evitó la interdicción a cambio de un pago permanente por los daños a los demandantes.)

cumplir los derechos iniciales ante toda suerte de ataques, quizás mediante sanciones criminales³⁵, y respetar los contratos voluntarios para su transferencia. ¿Por qué, a fin de cuentas, necesitamos reglas de responsabilidad?

En términos de eficiencia económica, la razón es fácilmente apreciable. A menudo el costo de establecer el valor de un derecho inicial a través de la negociación es tan grande que aun cuando su transferencia beneficiaría a todos los involucrados, esa transferencia no se produce. Pero si estuviese disponible una fijación colectiva de ese valor, su transferencia beneficiosa se produciría rápidamente.

La expropiación es un buen ejemplo. Supongamos que la construcción de un parque en Guidacres, una extensión de tierra poseída por 1.000 propietarios distribuidos en 1.000 parcelas, beneficiaría a una ciudad cercana, a tal punto que cada uno de sus 100.000 habitantes estaría dispuesto a pagar un promedio de \$100 para tenerlo. El parque es deseable según Pareto si los dueños de las parcelas en Guidacres evalúan sus derechos en menos de \$10.000.000 o a un promedio de \$10.000 por parcela. Supongamos, en efecto, que las parcelas son todas iguales y que todos sus dueños las evalúan en \$8.000. Bajo este supuesto el parque, en términos de eficiencia económica, es deseable ya que cuesta \$8.000.000 y los compradores lo evalúan en \$10.000.000. Pero aun así, esto puede no llegar a concretarse. Si un número suficiente de dueños evalúan en más de \$10.000 a fin de obtener una parte de los \$2.000.000 que, según adivinan, los compradores están dispuestos a pagar por sobre lo que los vendedores realmente cotizan, el precio exigido será mayor que \$10.000.000 y el parque proyectado no prosperará. Los vendedores tienen un incentivo para ocultar su verdadera evaluación y el mercado no tendrá éxito en fijarla.

Un ejemplo igualmente válido podría proponerse por el lado del comprador. Supongamos que los vendedores de Guidacres han acordado un precio de venta de \$8.000.000 (son todos parientes y, en una comida familiar, decidieron que el intento de sobrevaluar los dejaría a todos en calidad de perdedores). De ello no se sigue que los compradores puedan subir ese tanto, aun cuando cada uno de los 100.000 compradores *de hecho* evalúa el parque en \$100. Algunos habitantes de la ciudad podrían intentar aprovecharse y afirmar que el parque vale para ellos sólo \$50 e incluso nada, confiando en que un número suficiente de los demás admitirá su mayor deseo y estará dispuesto a conseguir los \$8.000.000 del precio. Una vez más no hay razones para pensar que el mercado, un sistema descentralizado de evaluación, llevará a las personas a expresar sus verda-

³⁵ La relación entre sanciones criminales y derechos de propiedad será examinada en *infra* pp. 387-390.

deras estimaciones, logrando por tanto resultados que todos, *de hecho*, aceptan como deseables.

Cada vez que este sea el caso, inmediatamente puede argumentarse en favor del desplazamiento desde una regla de propiedad a una regla de responsabilidad. Si la sociedad puede desplazar del mercado la evaluación de cada parcela, decidir el valor colectivamente e imponerlo, entonces el problema de la sobreevaluación (*holdout*) desaparece. Asimismo, si la sociedad puede evaluar colectivamente el deseo particular de cada ciudadano por tener un parque y puede aplicar un impuesto de “beneficio” a base de este deseo, el problema del aprovechador (*freeloader*) desaparece. Si la suma de los impuestos es mayor que la suma de las compensaciones, el parque se construirá.

Por supuesto que es posible concebir situaciones en que podría resultar barato excluir a todos los aprovechadores del parque, o racionar el uso del parque de acuerdo a la disposición inicial a pagar. En tales casos, el aprovechamiento podría ser eliminado. Pero semejantes exclusiones, aun cuando posibles, habitualmente no son baratas. Y lo mismo puede ocurrir respecto de los mecanismos de mercado que podrían evitar el problema de la sobrevaluación de parte de los vendedores.

Además, aun cuando los problemas del sobreavalúo y del aprovechamiento pueden ser encarados vía mercado, siempre queda un argumento en favor de emplear una regla de responsabilidad. Supongamos que en nuestra situación hipotética los aprovechadores pueden ser excluidos a un costo de \$1.000.000 y que todos los parceleros de Guidacres puedan ser persuadidos, por medio de una inversión de \$500.000 en publicidad y cócteles, que la venta sólo se concretará si ellos revelan sus verdaderas estimaciones del valor de la tierra. Dado que \$8.000.000 más \$1.500.000 suman menos que \$10.000.000, el parque se establecerá. Pero si la evaluación colectiva de las parcelas y de los beneficios esperados del parque proyectado hubiese costado menos de \$1.500.000, habría sido ineficiente concretar el proyecto a través del mercado —se habría pagado un mercado por el que no valía la pena pagar.³⁶

³⁶ Podría argumentarse que dado un conocimiento imperfecto, el mercado es preferible puesto que define un límite —el costo de establecer el mercado— en el monto de la posible pérdida, mientras que los costos de coacción no se pueden definir y pueden ser infinitos. Esto puede ser cierto en algunos casos, pero no necesariamente siempre. Si sabemos que, por ejemplo, los oportunistas venderían a \$500.000 más de lo que se ofrece, porque ellos recientemente ofrecieron el terreno a ese precio, forzarlos a vender a un precio objetivamente determinado entre la oferta del vendedor y la del comprador no puede resultar en un perjuicio mayor que \$500.000. De allí que los costos de coacción tampoco serían infinitos. Tampoco es una respuesta afirmar que la persona que vendería a un precio más elevado, pero es presionada en favor de uno más bajo, sufre un costo no monetario indefinido, además del diferencial de precios, simplemente porque es presionada y lo resiente. Pues, si bien esto puede ser verdade-

Desde luego, los problemas que surgen con las reglas de responsabilidad son igualmente reales. No podemos en absoluto estar seguros de que el dueño Taney miente o sobrevalúa cuando afirma que para él su terreno vale \$12.000. El hecho de que varios de sus vecinos hayan vendido parcelas idénticas en \$10.000 no ayuda mucho: Taney puede estar sentimentalmente atado a su parcela. Como resultado, una expropiación por causa de utilidad pública podría subestimar enormemente el precio por el cual Taney desea realmente vender, aun cuando se pretenda darle el monto en que él evalúa su parcela. En la práctica, es tan difícil determinar la verdadera evaluación de Taney, que en caso de expropiación simplemente se le da lo que su parcela vale “objetivamente”, teniendo en cuenta que ello podría derivar en una compensación insuficiente o excedida. Lo mismo es cierto del lado del comprador. Los impuestos al “beneficio” pocas veces intentan, y menos todavía logran, medir el deseo relativo del ciudadano individual por el supuesto beneficio. Ellos se justifican, incluso si no miden con exactitud el deseo individual por el beneficio, debido a que la alternativa del mercado parece aún peor. Por ejemplo, cincuenta hogares diferentes pueden asignar valores distintos a una nueva vereda que linde con todas las propiedades. Sin embargo, dado que es demasiado difícil, si es que es posible, mensurar la evaluación de cada hogar, habitualmente gravamos cada uno de esos hogares con el mismo monto.

El ejemplo de la expropiación es simplemente una de las numerosas instancias en que la sociedad usa reglas de responsabilidad. Los accidentes son otra. Si concediéramos a las víctimas un derecho de propiedad a no ser accidentalmente heridos tendríamos que exigir a todos aquellos que emprendan actividades en las que terceros puedan resultar heridos, que negocien con éstos antes de un accidente y que compren el derecho a cercenar un brazo o una pierna³⁷. Tales negociaciones pre-accidente serían extrema-

ro, el mismo resentimiento no monetario puede existir en aquellos que desean el parque y no lo obtienen porque el mercado no puede pagar a aquellos que insisten en obtener un valor mayor al real. En otras palabras, pueden existir costos de resentimiento incalculables como resultado tanto de la coacción como de las fallas del mercado.

³⁷ Aun si fuera posible, debe quedar claro que el bien que sería vendido no sería igual al bien efectivamente tomado. Si Taney estima que debe recibir \$1.000 para recuperarse de la pérdida de una pierna en caso de llegar a perderla, está negociando por un producto conjunto que puede describirse como su “deseo o aversión a apostar” y su “deseo de tener una pierna”. Pero el producto realmente tomado es la pierna. El que esos dos bienes son diferentes puede verse a partir del hecho de que un hombre que demanda \$1.000 por la posibilidad de 1 en 1.000 de perder una pierna, puede perfectamente exigir más de \$100.000 por la posibilidad de 1 en 10 de perderla, y más de \$1.000.000 por la venta de su pierna a quien la necesite para un trasplante. Véase, en general, *Costs*, pp. 88-94. Eso no significa que los resultados de tales transacciones, de ser factibles, serían necesariamente peores que el resultado de evaluaciones colectivas. Simplemente significa que la situación, de ser factible, es diferente de aquella en que Taney vende su casa por un precio dado.

damente caras, a menudo prohibitivamente caras³⁸. Exigirlas prohibiría muchas actividades que, en los hechos, vale la pena desarrollar. Y, después de un accidente, el perdedor de un brazo o una pierna siempre podría plausiblemente negar que lo haya vendido al precio que el comprador ofreció. De hecho, las negociaciones que se producen después de un accidente —avvenimientos prejudiciales, por ejemplo— se deben fundamentalmente a que la alternativa es la evaluación colectiva de los perjuicios.

No es nuestro objetivo delinear aquí todas las situaciones teóricas —y menos las prácticas— en que los mercados pueden resultar demasiado caros o pueden fracasar y en que las evaluaciones colectivas parecen más deseables. La literatura económica a menudo ha tratado la materia, aun cuando no siempre haya dado en el blanco de un modo comprensible para

³⁸ Tales negociaciones pre-accidente entre potenciales autores de perjuicio y las víctimas no son siempre demasiado costosas. Así, en una típica situación de responsabilidad por productos, el costo de negociación por un potencial perjuicio no necesariamente debe ser prohibitivo. El vendedor de una máquina de cortar pasto rotatoria puede ofrecer vender a un precio reducido si el comprador accede a no entablar demanda en caso de herirse con el artefacto. Sin embargo, la sociedad a menudo prohíbe tales negociaciones porque las estima poco deseables. Esto puede ocurrir por las razones sugeridas en la nota 37 *supra*, o por cualquiera de las otras razones que nos llevan a convertir algunos derechos en algo total o parcialmente inalienable. Véase *infra* pp. 372-377.

Se han realizado intentos de tratar situaciones donde no son posibles las negociaciones *ex ante* mediante mecanismos fiscales diseñados para conducir a las personas a revelar sus preferencias. Uno de éstos contempla requerir de los individuos que asignen un valor a sus propiedades e, incluso, a diversas partes de su cuerpo, y pagar un impuesto sobre el valor autodeterminado. Éste sería el valor en caso de que el bien se pierda en un accidente o por expropiación. Véase N. Tideman, “Three Approaches to Improving Urban Land Use”, Cap. III (1969) (tesis doctoral no publicada y presentada al Departamento de Economía de la Universidad de Chicago, archivada en la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale). Desde luego, si el bien sólo es tomado como resultado de un accidente o de expropiación, seguiría existiendo el problema de la apuesta señalado en la nota 37 *supra*. Si, en cambio, la propiedad o el miembro pudiera ser entregado a voluntad y al valor autofijado, surgirían serios problemas a partir del hecho de que hay involucrados enormes costos no monetarizables, aunque también monetarizables, en hacer que la gente fije valor a todas sus pertenencias y partes del cuerpo.

Un problema adicional, aunque tal vez salvable, con los impuestos autofijados es el hecho de que el precio de compra excluiría todo excedente para el consumidor. Esto no puede tener significado en términos de eficiencia económica, pero si la existencia de un excedente para el consumidor en muchas transacciones de mercado es vista como favorecedora de la distribución de la riqueza, esto bien podría constituir una razón de por qué los impuestos autofijados son vistos con escepticismo. Cfr. Little, “Self Assessed Valuations: A Critique” (1972) (trabajo no publicado, archivado en la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard). El lector puede preguntarse, con justa razón, por qué muchos individuos que ven con escepticismo los impuestos autofijados no exhiben preocupaciones similares respecto de lo que podría ser un mecanismo sumamente parecido: el seguro opcional de primera parte, que cubre dolores y las heridas provocados por accidentes automovilísticos. Véase, por ejemplo, Calabresi, “The New York Plan: a Free Choice Modification”, *Colum. L. Rev.*, 71 (1971), pp. 267, 268, nota 6.

los abogados³⁹. Es suficiente para nuestros fines señalar que una razón muy corriente —tal vez la más corriente— para emplear una regla de responsabilidad antes que una de propiedad para proteger un derecho radica en que la evaluación que de éste hace el mercado es considerada ineficiente, esto es, o no está disponible o es demasiado costosa en comparación con una evaluación colectiva.

Deberíamos también reconocer que la eficiencia no es la única razón para emplear reglas de responsabilidad antes que reglas de propiedad. Así como el derecho inicial suele decidirse a base de razones distributivas, también muchas veces se adopta una regla de responsabilidad puesto que facilita una combinación de eficiencia y resultados distributivos que sería difícil de alcanzar bajo una regla de propiedad. Como se verá en el contexto de la contaminación, el uso de una regla de responsabilidad permitiría cumplir una medida de redistribución que sólo podría alcanzarse con un sacrificio prohibitivo de eficiencia si se empleara la correspondiente regla de propiedad.

Corrientemente, una vez decidida una regla de responsabilidad —tal vez por motivos de eficiencia—, ella también es empleada para favorecer objetivos distributivos. Una vez más, los accidentes y la expropiación ofrecen buenos ejemplos. En ambas áreas la compensación otorgada ha variado claramente con los objetivos distributivos de la sociedad, y no puede ser explicada sólo en términos de dar a la víctima, tanto como sea posible, un equivalente objetivamente determinado del precio en que ella habría vendido aquello que le fue quitado.

No debería sorprender el hecho de que esto a menudo es así, aun si la razón original para una regla de responsabilidad sea de eficiencia. Pues los objetivos distributivos son caros y difíciles de alcanzar, y la evaluación colectiva envuelta en las reglas de responsabilidad se presta rápidamente para la promoción de fines distributivos⁴⁰. Ello no significa que los objetivos distributivos estén siempre bien servidos de esta manera. La adopción de decisiones *ad hoc* siempre es problemática, y las dificultades son especialmente agudas cuando la conciliación de conflictos entre partes es em-

³⁹ Para un buen análisis —accesible a los abogados— del fracaso del mercado, véase Bator, "The Anatomy of Market Failure", *Q. J. Econ.*, 72 (1958), p. 351.

⁴⁰ La evaluación colectiva de los costos también hace más fácil evaluarlos en lo que la sociedad piensa deberían ser fijados por la víctima, en vez de cómo los evaluaría la víctima en un mercado libre, si tal mercado fuere factible. El primer tipo de evaluación es paternalista, por supuesto. Pero eso no significa que no sea deseable; el peligro es que el paternalismo que no es deseable entre imperceptiblemente en la evaluación de costo porque la evaluación necesariamente se hace en forma colectiva. Véase pp. 374-376 *infra*.

pleada como vehículo para la solución de problemas distributivos más amplios. No obstante, los objetivos distributivos pueden ser mejor alcanzados de éste que de otro modo⁴¹.

B. Derechos inalienables

Hasta aquí nos hemos centrado en las cuestiones relativas a cuándo una sociedad debería proteger un derecho mediante reglas de propiedad o de responsabilidad. Restan, sin embargo, muchos derechos que implican un grado todavía mayor de intervención social: el ordenamiento jurídico no sólo decide quién habrá de poseer algo y qué precio habrá de pagarse si se quita o destruye ese algo, sino que también regula su enajenación —mediante, por ejemplo, la determinación de precondiciones para una venta válida o prohibiéndola absolutamente. Si bien esas reglas de inalienabilidad son sustancialmente diferentes de las reglas de propiedad y de responsabilidad, su uso puede ser analizado en términos de los mismos objetivos de eficiencia y de distribución que subyacen a la aplicación de esas dos reglas.

Si bien a primera vista los objetivos de eficiencia pueden parecer minados por limitaciones a la capacidad de participar en transacciones, un análisis más cercano sugiere que hay instancias, tal vez muchas, en que la eficiencia económica es alcanzada más de cerca mediante tales limitaciones. Esto podría suceder cuando una transacción crea externalidades significativas (costos para terceras partes).

Por ejemplo, si Taney estuviera autorizado a vender su terreno a Chase, un contaminador, perjudicaría a su vecino Marshall, bajando el valor de su terreno. Cabe pensar que Marshall pague a Taney por no vender su terreno; pero dado que hay diversos Marshall perjudicados, los costos de los aprovechadores y de la información hacen tales transacciones prácticamente imposibles. El Estado podría proteger a los Marshall y, sin embargo, facilitar la transferencia de la tierra confiriendo a éstos un derecho a evitar la venta de Taney a Chase, pero sólo protegiendo el derecho mediante una regla de responsabilidad. Podría, por ejemplo, gravar con un impuesto todas

⁴¹ Sobre la sugerencia de que a veces los programas de distribución sistemática pueden causar una asignación más incorrecta de recursos que las decisiones *ad hoc*, véase Ackerman, "Regulating Slum Housing Markets on Behalf of the Poor: of Housing Codes, Housing Subsidies and Income Redistribution Policy", *Yale L.J.*, 80 (1971), pp. 1.093, 1.157-1.997; Calabresi, *supra* nota 12.

las ventas de terrenos a contaminadores, equivalente al cálculo del costo externo de la venta para los Marshall. Pero allí donde haya tantos Marshall perjudicados, al punto que probablemente el precio requerido al amparo de la regla de responsabilidad sea lo suficientemente alto como para que nadie esté dispuesto a pagarlo, establecer la maquinaria para la evaluación colectiva será inútil. Impedir la venta a los contaminadores será el resultado más eficiente porque está claro que evitar la contaminación es más barato que pagar sus costos —incluyendo el costo para los Marshall.

Otro caso ocurre cuando los costos externos no se prestan para mediciones colectivas que sean aceptablemente objetivas y no arbitrarias. La no monetarización es característica de una categoría de costos externos que, en la práctica, frecuentemente parece conducirnos a reglas de inalienabilidad. Esos costos externos muchas veces son llamados moralismos.

Si a Taney se le permite venderse a sí mismo como esclavo, o de asumir riesgos indebidos de convertirse en indigente, o de vender uno de sus riñones, Marshall puede ser perjudicado simplemente por el hecho de que él es un hombre sensible que se entristece al contemplar esclavos, indigentes o a personas que fallecen por haber vendido un riñón. Una vez más Marshall podría pagar a Taney por no vender su libertad a Chase, el esclavista; pero, de nuevo, como Marshall no es uno sino que muchos individuos, los costos de los aprovechadores y de la información tornan esas transacciones prácticamente imposibles. Nuevamente parecería que el Estado podría intervenir evaluando objetivamente el costo externo para Marshall y exigiendo a Chase que pague ese costo. Pero dado que el costo externo para Marshall no conduce por sí mismo a una medición objetiva aceptable, esas reglas de responsabilidad no son apropiadas.

En el caso de Taney vendiendo tierras a Chase, el contaminador, ellas no eran apropiadas porque *sabíamos* que los costos para Taney y para los Marshall excedían los beneficios de Chase. Aquí, si bien no estamos ciertos de cómo resultaría un análisis de costo-beneficio, las reglas de responsabilidad son inapropiadas porque cualquier monetarización queda descartada por hipótesis. Por tanto, el Estado debe ignorar los costos externos para Marshall o prohibir la transacción que dio pie a los mismos cuando los estima excesivos, a fin de volver inalienable la libertad de Taney⁴².

⁴² Conceder a Taney un derecho inalienable a ser libre es en varios sentidos igual que conceder a la mayoría de las personas un derecho de propiedad para mantener libre a Taney. Las personas podrían negociar y decidir renunciar a sus derechos, es decir, cambiar la ley, pero hay limitaciones a la factibilidad de las transacciones de este tipo que hacen virtualmente inalienables los derechos del público.

Obviamente, no siempre estimaremos tan grave el daño externo de un moralismo como para prohibir la venta⁴³. Y, obviamente también, los costos externos distintos a los moralismos pueden ser suficientemente difíciles de evaluar como para hacer de las reglas de inalienabilidad algo apropiado bajo ciertas circunstancias. Sin embargo, esta razón para las reglas de inalienabilidad parece más aplicable cada vez que hay moralismos involucrados⁴⁴.

Hay otras dos razones de eficiencia para prohibir la venta de derechos bajo ciertas circunstancias: el autopaternalismo y el verdadero paternalismo. Ejemplos del primero son el de Ulises atándose a sí mismo al mástil o el de los individuos que aprueban una declaración de derechos para que se les impida ceder ante tentaciones momentáneas que estiman dañinas para ellos. Este tipo de limitación no es, en ningún caso, paternalismo verdadero. Es plenamente congruente con criterios de eficiencia de Pareto, basados en la noción de que por encima de la masa de casos, nadie sabe mejor que el individuo lo que es mejor para él o ella. Simplemente permite al individuo elegir lo que es mejor en el largo plazo que en el corto, aun cuando esa opción implique perder alguna libertad de opción de corto plazo. El autopaternalismo puede provocar que exijamos el cumplimiento de ciertas condiciones antes de autorizar la venta de un derecho y puede contribuir a explicar muchas situaciones de inalienabilidad, como la invalidez de contratos firmados en estado de ebriedad o bajo influencia indebida o bajo coerción. Pero probablemente ni siquiera explique plenamente estos casos⁴⁵.

⁴³ Por ejemplo, se me permite comprar y leer todos los libros que quiera, o vender mi casa a quien yo desee, sin fijarme en si mi acción hace infelices a mis vecinos. Esos derechos podrían ser una forma de autopaternalismo de parte de los vecinos que temen que una regla diferente pueda perjudicarlos más en el largo plazo, o bien podrían ser seleccionados porque ellos fortalecen derechos aparentemente similares. Véase pp. 363-364 supra. Pero ellos también pueden reflejar la conclusión de que el perjuicio sufrido por mis vecinos resulta de un moralismo que ellos comparten, pero no tan difundido como para tornar más eficiente concederles un derecho a fin de impedir mi transacción. En otras palabras, las personas que son heridas por mi transacción son los evitadores de costos más baratos (*cheapest cost avoiders*), es decir, el costo que tiene para ellos el hecho que yo pueda transar libremente es menor que el costo que tiene para mí y otros similarmente posicionados en relación a un derecho opuesto.

⁴⁴ El hecho de que la sociedad torne inalienable un derecho no significa, por supuesto, que no habrá compensación para quien posee el derecho en caso de que le sea quitado. De ahí que incluso si una sociedad prohíbe la venta de uno de los riñones de un individuo, todavía es posible que compense a la persona cuyo riñón es destruido en un accidente automovilístico. Las situaciones son distintas y el riñón está protegido por diversas reglas, según sea la situación específica de que hablamos.

⁴⁵ En la práctica, dado que frecuentemente es imposible limitar el efecto de una regla inalienable para aquellos que la desean por razones autopaternalistas, el autopaternalismo conduciría a ciertas restricciones para aquellos que podrían desear vender sus derechos. Eso no vuelve el autopaternalismo menos congruente con las premisas del óptimo de Pareto. Sólo es

El verdadero paternalismo nos lleva un paso más allá para explicar esas prohibiciones y otras más amplias como, por ejemplo, las prohibiciones de toda una gama de actividades ejecutadas por menores de edad. El paternalismo se basa en la noción de que a lo menos en determinadas situaciones los Marshall saben mejor que Taney lo que es mejor para este último⁴⁶. Aquí no hablamos de la ofensa a Marshall implícita en la decisión de Taney de leer pornografía, o venderse a sí mismo como esclavo, sino que más bien de la conclusión de que Taney no estaba en la mejor situación de elegir por sí mismo cuando optó por el erotismo o la esclavitud⁴⁷. Al primer concepto lo llamamos moralismo y constituye un frecuente e importante motivo para la inalienabilidad. Pero es congruente con las premisas del óptimo de Pareto. El segundo, el paternalismo, es también una importante razón de eficiencia económica para la inalienabilidad, pero no es congruente con las premisas del óptimo de Pareto: el pastel más eficiente ya no es aquel que lograrían las negociaciones sin costo alguno, dado que una persona puede estar mejor si se le prohíbe negociar.

Finalmente, así como los objetivos de eficiencia algunas veces dictan el uso de reglas de inalienabilidad, así, desde luego, lo hacen los objetivos distributivos. El que un derecho pueda ser transado o no a menudo incide directamente en quién es más pobre y quién más rico. Prohibir la venta de bebés hace más pobres a quienes pueden producir bebés a bajo costo y más ricos a quienes a través de un dispositivo ajeno al mercado obtienen gratuitamente un bebé “indeseado”⁴⁸. Prohibir las cláusulas excul-

otro reconocimiento de que en un mundo imperfecto el óptimo de Pareto se puede alcanzar mejor a través de sistemas que implican cierta coacción, antes que mediante sistemas que permiten negociaciones totalmente libres.

⁴⁶ Esta frase deja abierta la pregunta de si acaso el futuro bienestar de Taney será ulteriormente decidido por el propio Taney o por los muchos Marshall. Lo segundo implica un alejamiento todavía mayor de las premisas de Pareto. Lo primero, que puede ser típico del paternalismo frente a menores, quiere decir simplemente que los menores no saben lo suficiente como para ejercitar autopaternalismo.

⁴⁷ En ocasiones el término paternalismo es usado para explicar el uso de una regla de inalienabilidad en situaciones en que la inalienabilidad no pondrá a los numerosos Marshall o al forzado Taney en una situación mejor. Se dice que la inalienabilidad es impuesta debido a que los muchos Marshall creen que al hacer el derecho inalienable están ejecutando el deseo de Dios, o sea, que la venta o transferencia del derecho heriría a Dios. Suponiendo que esta situación existe en la práctica, no la llamaríamos paternalismo, porque esta palabra implica velar por los intereses de la parte coaccionada. Véase nota 30 supra.

⁴⁸ Esto supone que efectivamente se pueda reforzar una prohibición a la venta de niños indeseados. Si se puede, entonces los bebés indeseados que son producidos no son de beneficio financiero alguno para sus padres naturales y acarrear un aumento de bienestar a aquellos que tienen permiso para adoptarlos gratuitamente, lo que resulta de una asignación no efectuada por el mercado. Si la prohibición del comercio de bebés pudiera hacerse cumplir sólo

patorias en la venta de productos hace más ricos a aquellos que fueron perjudicados por un producto defectuoso y más pobres a los que no fueron perjudicados y que pagaron más por el producto porque la cláusula de exculpación fue prohibida⁴⁹. Favorecer al grupo específico que se benefició pudo ser o no el motivo de la prohibición de negociar. Lo que es importante es que independientemente de la razón de prohibir un contrato, un grupo ganó con la prohibición.

Esto debiera bastar para ponernos en guardia, pues sugiere que motivos distributivos directos pueden subyacer a expresos motivos no distributivos de la inalienabilidad, trátase de paternalismo, autopaternalismo o externalidades⁵⁰. Eso no significa que conceder peso a motivos distributivos sea indeseable. Es claramente deseable allí donde por motivos de eficiencia la sociedad es indiferente ante un derecho alienable y otro inalienable, y los objetivos distributivos favorecen un enfoque o el otro. Bien puede ser deseable incluso cuando los objetivos distributivos son alcanzados bajo algunos costos de eficiencia. El peligro puede ser, sin embargo, que aquello que parece justificable por motivos paternalistas, por ejemplo, es en realidad un modo oculto de acrecentar beneficios distributivos para un grupo al cual de otro modo no desearíamos beneficiar. Por ejemplo, podemos emplear determinados tipos de división en zonas para preservar espacios abiertos sobre la base de que los pobres serán más felices, aunque ellos no lo sepan ahora. Y los espacios abiertos, de hecho, podrían hacer más felices a los pobres en el largo plazo. Pero la división en zonas que preserva los espacios abiertos también vuelve más caras las viviendas de los barrios

parcialmente, se produciría un resultado distributivo más complejo. Nada cambiaría para aquellos que pueden adoptar legalmente un bebé, es decir, aquellos que no pagan cohecho; y nada cambiaría, tampoco, para los padres naturales que cumplieron con la ley, ya que no recibirían una compensación. Por otra parte, el comprador ilegal probablemente pagaría y el vendedor ilegal recibirá un precio mayor al que obtendría si la venta de bebés fuese legal. Eso causaría un mayor efecto distributivo al interior del grupo de vendedores y compradores ilegales del que existiría si tales ventas fueran permitidas.

⁴⁹ Véase nota 37 supra.

⁵⁰ En la práctica, a menudo es imposible determinar si un derecho se ha vuelto parcialmente alienable por cualquiera de los diversos motivos de eficiencia mencionados, o por motivos distributivos. ¿Prohibimos a las personas vender sus cuerpos por razones de costo paternalistas, autopaternalistas o moralistas? ¿Sobre qué base prohibimos a un individuo entregar su corazón a un elevado precio a un hombre rico que necesita de un trasplante, sobre todo cuando existe una entre tres posibilidades de tener que hacerlo realmente? ¿Intentamos impedir un mercado de recursos médicos escasos por alguna de las razones distributivas, o por todas o algunas de las razones de eficiencia aquí analizadas?

residenciales y puede ser que todo el plan apunte a asegurar beneficios distributivos a los habitantes de los barrios residenciales sin atender a la felicidad de los pobres⁵¹.

4. El modelo y reglas de control de la contaminación

Las actividades que causan molestias (*nuisance*) o contaminación constituyen unas de las áreas más interesantes donde las interrogantes acerca de la persona a la cual se debe conceder un derecho y sobre la forma de protegerlo constituyen temas recurrentes⁵². Tradicionalmente, y de manera competente en el reciente artículo del profesor Michelman, el problema de la molestia-contaminación es considerado en términos de tres reglas⁵³. Primero, Taney no puede contaminar, salvo que su vecino Marshall (supongamos que sea el único) lo permita (Marshall puede prohibir el perjuicio causado por Taney)⁵⁴. Segundo, Taney puede contaminar, pero debe recompensar a Marshall por los daños causados (se constata la molestia, pero el remedio se limita a los daños)⁵⁵. Tercero, Taney podría contaminar a voluntad y sólo

⁵¹ Hay otro conjunto de razones que nos lleva a prohibir la venta de algunos derechos y que en ciertos casos es llamado distributivo. Ese conjunto de razones nos impulsa a prohibir la venta de ciertos derechos porque la distribución de la riqueza subyacente nos parece indeseable. Esas razones, sugeriríamos, no son motivos distributivos genuinos. Son, más bien, motivos de eficiencia que se vuelven válidos por la mala distribución inicial. En cuanto tales, pueden otra vez ser categorizados como debidos a las externalidades, el autopaternalismo y el paternalismo puro: 1) Marshall está ofendido porque Taney, debido a su pobreza, vende uno de sus riñones; ése es el motivo por el cual Marshall vota por la prohibición de tales ventas (un moralismo); 2) Taney, intentando evitar la tentación temporal debida a su grado de pobreza, vota por prohibir tales ventas (autopaternalismo), y 3) la ley prohíbe a Taney dicha venta puesto que una mayoría, sin miramientos respecto de lo que Taney cree, piensa que éste estará en mejor situación más adelante si se le prohíbe vender (paternalismo puro). No queremos minimizar estas razones al señalar que no son estrictamente distributivas. Las llamamos no distributivas simplemente para distinguirlas del modo más directo en que las consideraciones distributivas afectan la enajenación de derechos.

⁵² Debe quedar claro que el problema de contaminación que analizamos aquí es en realidad sólo parte de un problema más amplio: el de la planificación del uso del suelo. Buena parte de este análisis puede, por ende, ser relevante para otros asuntos vinculados al uso del suelo, por ejemplo, el establecimiento de áreas exclusivas, acuerdos restrictivos y servidumbres ecológicas. Véase nota 58 infra.

⁵³ Michelman, *supra* nota 1, p. 670. Véase también *Restatement (Second) of Torts* (1965), pp. §§ 157-215 (1965). Michelman también analiza la posibilidad de inalienabilidad. Michelman, *op. cit.*, p. 684. Para una discusión del empleo de reglas de inalienabilidad en el contexto de la polución, véase pp. 386-338 infra.

⁵⁴ Véase por ejemplo, *Department of Health & Mental Hygiene v. Galaxy Chem. Co.*, 1 *Envir. Rep.* (Md. Cir. Ct. 1970), p. 1.660 (prohibición de olores químicos); *Ensign vs. Walls*, 323 Mich. 49, 34 N.W. 2d 549 (1948) (prohibición de crianza de perros en barrio residencial).

⁵⁵ Véase por ejemplo, *Boomer vs. Atlantic Cement*, 26 N.Y. 2d 219, 309 N.Y.S. 2d 312, 257 N.E.2d 870 (1970) (se evitó la interdicción a condición de un pago permanente por daños a los demandantes).

podría ser detenido por éste si Marshall le paga (la contaminación de Taney no es considerada un perjuicio para Marshall)⁵⁶. En nuestra terminología, las reglas (perjuicios y posibilidad de prohibición judicial, y sólo con daños) son derechos de Marshall. El primero es un derecho a estar libre de contaminación y es protegido por una regla de propiedad; el segundo también es un derecho a estar libre de contaminación, pero es protegido únicamente por una regla de responsabilidad. La regla tres (no hay perjuicio) es, en cambio, un derecho de Taney, protegido por una regla de propiedad, pues sólo comprando el derecho de Taney al precio establecido por éste, Marshall puede poner fin a la contaminación.

El planteamiento de estas reglas en el contexto de nuestro modelo sugiere que algo falta. Se echa de menos una cuarta regla que represente un derecho de Taney a contaminar, pero un derecho protegido tan sólo por una regla de responsabilidad. La cuarta regla, en realidad un tipo de expropiación parcial, asociada a un impuesto al beneficio, puede enunciarse como sigue: Marshall puede obligar a Taney a dejar de contaminar, pero si lo hace debe compensar a este último.

En la práctica será fácil ver por qué incluso autores de textos jurídicos tan perspicaces como el profesor Michelman han ignorado esta regla. A diferencia de las tres anteriores, frecuentemente ella no se presta a una imposición judicial debido a una cantidad de buenas razones de procedimiento legal. Por ejemplo, aun cuando los perjuicios causados por Taney pudiesen ser medidos efectivamente, la obligación proporcional de compensar a muchos Marshall presentaría problemas para cuya solución los tribunales no son los más indicados. Si solamente aquellos Marshall que voluntariamente ejercen el derecho a detener la contaminación causada por Taney fuesen requeridos para pagar la compensación, habría insuperables problemas con los aprovechadores. Si, por otra parte, la regla de responsabilidad facultara a un solo Marshall a prohibir la contaminación y exigiera a todos los Marshall beneficiados a pagar su parte de la compensación, los tribunales se verían enfrentados a la tarea inmensamente difícil de determinar quién fue beneficiado en cuánto y a imponer un correspondiente impuesto al beneficio, observando al mismo tiempo los límites procesales dentro de los cuales se espera que funcionen las tribunales⁵⁷.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, *Francisco vs. Department of Institutions & Agencies*, 13 N.J. Misc. 663, 180 A. 843 (Ct. Ch. 1935) (demandantes no facultados para prohibir ruidos y olores de un sanitario contiguo); *Rose v. Socony-Vacuum Corp.*, 54 R.I. 411, 173 A. 627 (1934) (no se puede impedir la contaminación producida por líquidos percolados cuando no hay negligencia).

⁵⁷ Esta tarea es mucho más difícil que aquella que surge bajo la regla número dos, en que los numerosos Marshall serían compensados por su contaminación. Bajo la segunda regla,

De modo que la cuarta regla no forma parte del conjunto de casos legales leídos por los juristas cuando estudian el Derecho de las molestias y perjuicios, y es por esto que ellos la ignoran fácilmente. Pero está a la mano y en ocasiones puede tener más sentido que cualquiera de los otros tres enfoques que compiten con ella. En realidad, bien puede ser el mecanismo que, de una u otra forma, sea el más frecuentemente empleado⁵⁸. Para apreciar la utilidad de la cuarta regla, y para compararla con las otras tres, examinaremos por qué podríamos elegir cualquiera de las reglas dadas.

Desde un punto de vista de eficiencia económica, emplearíamos la primera regla (derecho a estar libres de contaminación, protegido por una regla de propiedad) si pensáramos que el contaminador, Taney, podría

cada víctima puede actuar como un individuo, ya sea buscando indemnización en primera instancia o prefiriendo hacerse parte de la clase de actores que busca compensación. Si lo desea y es capaz de convencer al tribunal (mediante un estándar objetivo aceptado) de que ha sido perjudicado, puede llegar a ser compensado. Tal acción individual es cara y, de allí, puede resultar en un malgasto, pero no plantea problemas especiales en términos de los procedimientos tradicionales de los tribunales. Pero allí donde la respectiva acción de clase no está compuesta por aquellos que tienen derecho de demandar la interdicción, sino por aquellos que deben pagar para lograr la interdicción, los problemas del aprovechador exigen a la corte determinar que un Marshall reticente ha sido beneficiado y debería ser obligado a pagar. El problema básico es que si comenzamos con la premisa que habitualmente subyace a nuestra noción de eficiencia —el que los individuos saben qué es mejor para ellos— estaremos enfrentados con la anomalía de exigir compensación de alguien que niega haber recibido un beneficio, pero a quien exigimos que pague porque *el tribunal* piensa que ha sido beneficiado.

Este problema es análogo a las dificultades presentadas por los cuasi-contratos. En términos de la teoría de nuestro objetivo de eficiencia económica, la causa para exigir compensación por beneficios no negociados (usualmente accidentales) es similar al argumento para compensar a las víctimas civilmente perjudicadas (*torts victims*). Sin embargo, por regla general las cortes exigen compensación en el caso de los cuasi-contratos sólo allí donde hay un indiscutido beneficio (usualmente de naturaleza pecuniaria o económica) y algunos reconocimientos positivos de beneficio subjetivo (habitualmente una promesa subsecuente de pagar). Véase A. Corbin, *Contracts* (1963) §§ 231-234. Este titubeo sugiere que las cortes carecen de confianza en su capacidad de distinguir beneficios reales de ilusiones. Pero tal vez más importante aún, nos sugiere que los tribunales reconocen que lo que a todas luces puede ser un “beneficio” objetivo podría no constituir, para el beneficiario putativo, un beneficio subjetivo —aun cuando no sea por una razón distinta al hecho de que los cambios no intencionales del *status quo* a veces acarrearán costos psicológicos. De ser éste el caso, no habría beneficio alguno en términos de nuestro criterio de eficiencia.

⁵⁸ Véase A. Kneese & B. Bower, *Managing Water Quality: Economics, Technology, Institutions* (1968), pp. 98-109; Krier, “The Pollution Problem and Legal Institutions: A Conceptual Overview”, *U.C.L.A.L., Rev.*, 18 (1971), pp. 429, 467-475.

Virtualmente todas las expropiaciones relativas a usos disputados parecen ser ejemplos de este enfoque. Las servidumbres ecológicas pueden constituir otro importante ejemplo. La ordenanza para las zonas locales puede exigir a un agente inmobiliario aportar un pedazo de terreno para fines de estacionamiento o construcción de escuelas. En compensación del derecho del agente la comunidad local pagará “perjuicios” a éste: le permitirá incrementar la tasa normal de densidad en el resto de su propiedad. El tema de la evaluación de los perjuicios implícito en las servidumbres ecológicas plantea problemas similares a aquellos suscitados en la evaluación de beneficios que envuelve el tema de los cuasi-contratos. Véase nota 57 supra.

evitar o reducir los costos de la contaminación de modo más barato que el contaminado Marshall. O, para decirlo de otra forma, Taney podría ser detenido si estuviese en mejor posición para compensar los costos de contaminar que los costos de no contaminar. Emplearíamos la tercera regla (derecho a contaminar protegido por una regla de propiedad), de nuevo desde el punto de vista de la eficiencia económica, solamente si hiciésemos el juicio inverso respecto de quién puede compensar mejor el daño de la contaminación frente a los costos de impedirla. Si nos equivocásemos en nuestros juicios y si las transacciones entre Marshall y Taney careciesen de costos, o éstos fuesen bajos, los derechos bajo las reglas uno y tres serían transados y habría en cualesquiera de los dos casos un resultado económicamente eficiente⁵⁹. Si concediéramos a Taney el derecho a contaminar y Marshall atribuyese un mayor valor al aire puro del que Taney atribuye a la contaminación, Marshall pagaría a Taney a fin de que éste deje de contaminar, aun cuando no exista perjuicio. Si concediéramos a Marshall el derecho a prohibir la contaminación y el derecho a contaminar valiese más para Taney que el de estar libre de contaminación para Marshall, Taney pagaría a Marshall para no perseguir la prohibición, o compraría la tierra de Marshall para vendérsela a alguien dispuesto a no solicitar que la contaminación se prohíba. Como hemos supuesto que nadie más fue dañado por la contaminación, Taney podría ahora contaminar, aun cuando el derecho inicial, basado en el supuesto errado acerca de quién es el que puede evitar contaminar al más bajo costo, permitía la prohibición de la contaminación. Cada vez que las transacciones entre Taney y Marshall sean fáciles y cada vez que la eficiencia económica sea nuestra meta, podríamos emplear derechos protegidos por reglas de propiedad, aun cuando no estuviésemos seguros de que el derecho elegido fuere el correcto. Transacciones como las descritas enmendarían el error. Si bien el derecho puede tener importantes efectos distributivos, no socavaría sustancialmente la eficiencia económica.

Sin embargo, en el momento que asumamos que las transacciones no son baratas, la situación cambia dramáticamente. Supongamos que prohibimos a Taney contaminar y que hay 10.000 Marshall perjudicados. Ahora,

⁵⁹ Para un análisis de si la eficiencia sería alcanzada tanto en el largo como en el corto plazo, véase Coase, *op. cit.*, nota 12; Calabresi, *op. cit.*, supra nota 12 (donde se señala que si “costos de transacción cero” significa ausencia de impedimentos para negociar en el corto o largo plazo y si el óptimo de Pareto significa una asignación de recursos que no puede ser mejorada vía negociaciones, los supuestos de ausencia de costos de transacción y de racionalidad necesariamente implican el óptimo de Pareto); Nutter, *op. cit.*, supra nota 12 (una demostración técnica de la aplicabilidad del teorema de Coase a problemas de largo plazo). Véase, también, Demsetz, *op. cit.*, pp. 19-22, supra nota 16.

bien, *incluso si* el derecho a contaminar vale más para Taney que lo que vale el derecho a estar libre de contaminación para la suma de los Marshall, la prohibición probablemente operará. El costo de comprar sus partes a todos los Marshall probablemente sea demasiado alto, considerando los problemas de sobrevaluación más el hecho de que se requiera un equivalente a la expropiación por parte de Taney a fin de alterar la prohibición inicial. Inversamente, si negásemos la posibilidad de prohibir la actividad perjudicial, los 10.000 Marshall sólo podrían unirse con gran dificultad, debido al problema de los aprovechadores, para comprar todo a Taney y evitar el problema de la contaminación. Ello sería así, aun cuando el daño de la contaminación fuese mayor que el valor que tiene para Taney el derecho a contaminar.

Sin embargo, si los costos de transacción no son simétricos, todavía sería posible emplear la regla de propiedad. Supongamos que Taney puede adquirir fácilmente los derechos de los Marshall porque, por algún motivo, no hay sobrevaluaciones, pero que los Marshall tienen graves problemas con los aprovechadores para comprar todo a Taney. En tal caso, el derecho debería concederse a los Marshall, salvo que estemos seguros de que estos últimos son quienes pueden evitar los costos de contaminación en forma más barata. Allí donde no conozcamos la identidad de quienes pueden evitar los costos de esa manera, es mejor conceder a los Marshall el derecho a estar libres de contaminación, aun cuando nos equivoquemos en la concesión original del derecho, esto es, si los Marshall son quienes pueden evitar los costos del modo más barato. Taney comprará su parte a los Marshall y se alcanzará la eficiencia económica. De haber elegido la concesión de derecho inversa, equivocándonos, los Marshall no podrían haberle comprado a Taney. Desafortunadamente, los costos de transacción son a menudo altos en ambos lados y un derecho inicial, si bien incorrecto en términos de eficiencia económica, no se verá alterado en el mercado.

Bajo estas circunstancias —que son normales en el terreno de la contaminación— probablemente apelemos a reglas de responsabilidad cada vez que estemos en la incertidumbre acerca de quién puede evitar (si el que contamina o los contaminados) el costo de la contaminación al menor costo. Tendemos a emplear reglas de responsabilidad cuando estamos inseguros, porque, si estamos seguros, el costo de las reglas de responsabilidad —en esencia los costos de evaluar colectivamente los daños para todos los interesados, más el costo de la coacción contra todos aquellos que no están dispuestos a vender al valor colectivamente establecido— es innecesario. Es así porque los costos de transacción y las barreras de negociación se vuelven irrelevantes cuando estamos seguros de quién es el que evita los costos

al menor precio; la eficiencia económica se obtendrá sin transacciones mediante una concesión inicial de derechos correcta.

En la práctica, a menudo tenemos incertidumbre respecto de quién es el evitador de costos más barato (*cheapest cost avoider*). En tales casos, la doctrina legal tradicional tiende a establecer perjuicios, pero impone a Taney sólo el pago de daños a los Marshall⁶⁰. De este modo, si la cantidad de daños que Taney debe pagar se aproxima al perjuicio causado, la eficiencia económica no se habrá quedado corta; si esto no puede ponerse en práctica, el perjuicio no valía sus costos. Sin embargo, el derecho de los Marshall a estar libre de contaminación a menos de ser compensados habrá sido concedido *no* porque se pensara que contaminar valiese probablemente menos para Taney que el estar libres de contaminación para los Marshall, y tampoco debido a que prefiriésemos, sobre alguna base distributiva, cargar el costo a Taney antes que a los Marshall. Fue concedido de ese modo *simplemente porque no sabíamos* si Taney deseaba contaminar más de lo que Marshall deseaba estar libre de contaminación, y pensamos en que el único modo en que podríamos probar el valor de la contaminación era a través de la única regla de responsabilidad que creímos tener. Ésta fue la regla dos: la imposición de los perjuicios de la actividad molesta a Taney. Esa sería, al menos, la posición de un tribunal consciente de la eficiencia económica, la que se piensa que está limitada a las reglas uno, dos y tres.

La regla cuatro concede, por lo menos, la posibilidad de que el derecho opuesto pueda también conducir a la eficiencia económica en una situación de incertidumbre. Supongamos, por el momento, que existe un mecanismo para evaluar colectivamente el daño resultante para Taney del hecho de ser impedido de contaminar por los Marshall, y que también existe un mecanismo para evaluar colectivamente el beneficio para cada uno de los Marshall de tal impedimento. Entonces —suponiendo el mismo grado de exactitud en la evaluación colectiva como existe en la regla dos (la regla del daño producida por la actividad perjudicial)— los Marshall detendrían la contaminación si ésta los perjudica más de lo que beneficia a Taney. Si esto fuera posible, e incluso si pensáramos que sería necesario usar una regla de responsabilidad, todavía seríamos libres de conceder el derecho a Taney o a Marshall, cualesquiera fueren las razones deseables, distributivas o de eficiencia.

⁶⁰ Véase, por ejemplo, *City of Harrisonville vs. W.S. Dickey Clay Mfg. Co.*, 289 U.S. 334 (1933) (los daños justifican una rectificación cuando la prohibición menoscabaría un interés público importante); *Madison vs. Ducktown Sulphur, Copper & Iron Co.*, 113 Tenn. 331, 83 S.W. 658 (1904) (daños permitidos debido a la demora de diez años del demandante en solicitar la prohibición de los humos).

En verdad, el asunto es todavía más complicado. Pues, así como los costos de transacción no son necesariamente simétricos bajo los dos derechos opuestos protegidos por reglas de propiedad, así también los costos de transacción correspondientes a la regla de responsabilidad —el costo de evaluar colectivamente y de imponer la aceptación de esa evaluación— pueden no ser simétricos bajo las dos reglas de responsabilidad opuestas. Los daños de la actividad perjudicial pueden ser muy difíciles de evaluar, y el costo de informar a todos los perjudicados acerca de sus derechos y de llevarlos a los tribunales pueden ser prohibitivos. En cambio, la evaluación del perjuicio objetivo a Taney al impedírsele su contaminación puede ser barata, y así también puede ser la evaluación de los beneficios relativos para todos los Marshall por el hecho de ser liberados de la contaminación. Aunque también puede suceder lo contrario. Como resultado, así como la opción por un derecho de propiedad puede estar basada en la asimetría de los costos de transacción y, por ello, en la mayor receptividad de un derecho de propiedad a las correcciones del mercado, así también la opción entre derechos de responsabilidad puede estar basada en la asimetría de los costos de la determinación colectiva.

La introducción de consideraciones distributivas torna aún más significativa la existencia de una cuarta posibilidad. Para demostrar esto no se necesita entrar en todos los intercambios de las posibles vinculaciones entre los objetivos de eficiencia y distributivos bajo las cuatro reglas. Debería bastar un simple ejemplo. Supongamos que una fábrica que al usar carbón barato contamina un barrio muy pudiente de una ciudad y emplea a muchos trabajadores de bajos ingresos para generar un producto adquirido preponderantemente por los pobres; supongamos también un objetivo distributivo que favorece la igualdad de riqueza. La regla uno —faculta la prohibición de la actividad perjudicial— posiblemente tendría resultados de eficiencia económica deseables (si la contaminación perjudica a los propietarios más de lo que ahorra a la fábrica en costos de carbón), pero tendría efectos distributivos desastrosos. También tendría efectos de eficiencia indeseables si la decisión inicial relativa a los costos de evitar hubiese sido errada y los costos de transacción elevados. La regla dos —daños de la actividad perjudicial— permitiría poner a prueba la eficiencia económica de eliminar la contaminación, aun en presencia de elevados costos de transacción, pero muy posiblemente ponga a la fábrica fuera de servicio o disminuya la producción y, en consecuencia, tendría los mismos efectos distributivos que la regla uno. La regla tres —no hay perjuicios— tendría efectos distributivos favorables, dado que protegería el ingreso de los trabajadores. Pero si el perjuicio fuere mayor para los propietarios de las casas que el costo de evitarlo empleando un mejor

carbón, y si los costos de transacción —problemas de sobreevaluación— impidieran que los propietarios se unan para pagar a la fábrica por usar mejor carbón, la tercera regla tendría efectos de eficiencia insatisfactorios. La cuarta regla —pago de los perjuicios a la fábrica después de permitir a los propietarios forzarla a usar mejor carbón, y la evaluación del costo de estos perjuicios para los propietarios— sería la única que lograría alcanzar tanto el objetivo distributivo como el de eficiencia⁶¹.

Es posible construir una hipótesis igualmente adecuada para cualquiera de las reglas. Además, los problemas de coacción pueden ser en la práctica extremadamente severos bajo la regla cuatro. ¿Cómo deciden los propietarios detener el uso de un carbón de baja ley por parte de la fábrica? ¿Cómo evaluamos los daños y su distribución proporcional en términos de beneficios para los propietarios? Sin embargo, hay problemas equivalentes que pueden ser así de complejos para la regla dos. ¿Cómo informamos a los propietarios acerca de su derecho a los daños? ¿Cómo evaluamos y limitamos los costos administrativos de las acciones judiciales que esta solución implica?

Bajo cada una de las reglas de responsabilidad, la gravedad del problema depende del número de personas cuyos “beneficios” o “daños” se esté evaluando, y del costo y probabilidad de error de tal evaluación. Una decisión acerca de estas cuestiones es necesaria para la evaluación de los posibles beneficios de eficiencia económica que se derivan del empleo de una regla por sobre otra. La relativa facilidad de hacer tales evaluaciones por medio de diferentes instituciones puede explicar por qué acudimos frecuentemente a los tribunales para la regla dos, y usamos la regla cuatro —cuando lo hacemos— sólo mediante cuerpos políticos que pueden, por ejemplo, prohibir la contaminación o “tomar” el derecho de construir un avión supersónico por medio de una especie de expropiación, pagando una compensación a aquéllos perjudicados por estas decisiones⁶².

⁶¹ Cualquiera de las reglas de responsabilidad puede ser también usada de otro modo a fin de alcanzar objetivos distributivos. Por ejemplo, si las víctimas de la contaminación fueren pobres y si la sociedad deseara una distribución de la riqueza más equitativa, podría aumentar intencionalmente las compensaciones “objetivas” por daños si se usara la regla dos; a la inversa, podría aminorar la compensación para los propietarios de la fábrica sin consideración alguna de la eficiencia económica si se eligiese la regla cuatro. Hay desventajas obvias en este método *ad hoc* para alcanzar objetivos distributivos. Véase p. 371 supra.

⁶² Desde luego, variaciones de las otras reglas pueden también ser administradas mediante instituciones políticas. La regla tres, que concede un derecho de propiedad al contaminador, puede ejecutarse a través de créditos tributarios u otros incentivos, como el subsidio de combustibles no contaminantes ofrecido por la disminución voluntaria de la contaminación. En el marco de tales esquemas las instituciones políticas son usadas, como acontece con la regla cuatro, para efectuar una evaluación amplia de los beneficios y para sobreponerse al problema de los aprovechadores que surgirían en el contexto de una solución de mercado más centralizada. Esta centralización, sin embargo, en la medida que reemplaza pagos voluntarios

Sin embargo, en ningún sentido esto disminuye la importancia del hecho de que advertir la posibilidad de un derecho a contaminar, pero uno protegido sólo mediante una regla de responsabilidad, puede en algunos casos permitirnos combinar mejor nuestros objetivos distributivos y de eficiencia económica.

Hemos señalado que diríamos poco acerca de la justicia y eso haremos. Pero debería estar claro que si la regla cuatro nos permite combinar mejor objetivos de eficiencia y objetivos distributivos, ella también puede facultarnos para combinar mejor aquellos mismos objetivos de eficiencia y otros objetivos que frecuentemente son aludidos por el lenguaje que se refiere a la justicia. Por ejemplo, asumamos que la fábrica de nuestra hipótesis estaba usando carbón barato *antes* que cualquiera de las casas más pudientes fuese construida. En estas circunstancias, la regla cuatro no sólo alcanzará la deseada eficiencia y los resultados distributivos mencionados antes, sino que

para las víctimas individuales de la contaminación por pagos colectivos no acordados unánimemente, constituye una solución híbrida. El contaminador debe consentir la venta de su derecho, pero el nivel de disminución de la contaminación que se persigue y el precio pagado por cada víctima de la contaminación no son determinados subjetivamente ni aceptados por cada una.

La relación de híbridos, como el ya mencionado arriba con las cuatro reglas básicas, puede plantearse en términos más generales. El comprador de un derecho, ya sea que el derecho esté protegido por reglas de propiedad o de responsabilidad, puede ser considerado como poseyendo lo que en los hechos es un derecho de propiedad para no comprar el derecho. Pero cuando abundan problemas con los aprovechadores, ese derecho de propiedad puede ser concedido más bien a una clase de potenciales compradores. Esa “clase” puede ser la municipalidad, una dirección de obras o cualquier otro organismo que pueda decidir adquirir un derecho y obligar a los beneficiados a pagar un precio objetivo. Cuando esto sucede, los individuos dentro de la clase poseerán sólo el derecho a no adquirir el derecho del vendedor protegido por una regla de responsabilidad.

Como ya hemos visto, el titular de un derecho puede ser autorizado para venderlo a un precio que él fije o ser forzado a venderlo a un precio objetivo: puede tener un derecho protegido por una regla de propiedad o de responsabilidad. De ahí que el comprador puede tener en cualquier transacción un derecho de propiedad o de responsabilidad para no comprar, y el vendedor puede tener esos derechos para no vender. En consecuencia, hay cuatro combinaciones de reglas para cada situación original posible de derecho: vendedor voluntario y comprador voluntario; vendedor voluntario y comprador obligado; vendedor obligado y comprador voluntario; vendedor obligado y comprador obligado. Más aún, dado que el derecho que es vendido y comprado podría originalmente haber sido entregado a la parte contraria, hay, en verdad, ocho posibles reglas y no sólo cuatro. No pretendemos sugerir con todo esto que las instituciones políticas son usadas solamente para asignar reglas de propiedad de titularidad colectiva. Muy por el contrario, la regla dos, por ejemplo, otorga a las víctimas de la contaminación un derecho protegido por una regla de responsabilidad para estar libres de contaminación. Esta regla podría ser administrada por una evaluación de perjuicio descentralizada, como sucede en los juicios, o podría ser ejecutada por técnicas como las tarifas sobre efluentes que se cobran a los contaminadores. Este último tipo de intervención colectiva puede ser preferido cuando se trate de casos muy numerosos y los costos de una evaluación de perjuicios descentralizada son elevados. Pero aun así, bajo cualquiera de estos sistemas se determina colectivamente el “precio de venta”, de modo que no cambia el carácter básico del derecho de las víctimas.

también concordará con cualquier significado de “justicia” que sea atribuido al hecho de estar allí primero. Y esto es así, sea que miremos este significado de justicia como parte de un objetivo distributivo, como parte de un objetivo de eficiencia a largo plazo basado en la protección de expectativas o como parte de un concepto independiente de justicia.

Hasta ahora hemos omitido en esta sección la posibilidad de emplear reglas de inalienabilidad para resolver los problemas de contaminación. Una política general de prohibir la contaminación parece poco realista⁶³. Pero las reglas de inalienabilidad pueden emplearse apropiadamente para limitar los niveles de contaminación y para controlar los niveles de actividades que causan contaminación⁶⁴.

Un argumento en favor de la inalienabilidad puede ser la difundida existencia de moralismos contra la contaminación. Así, podría ser que hiera a los Marshall —grandes agricultores— ver que Taney, un ciudadano ahído de humo, venda sus derechos para librarse de la contaminación. Un tipo diferente de externalidad o moralismo podría ser todavía más importante. Los Marshall podrían verse heridos por la expectativa de que, si bien las actuales generaciones podrían resistir los niveles de contaminación sin acusar serios daños para su salud, las futuras podrían encarar un medioambiente devastado y en condiciones riesgosas que escaparían a toda posibilidad de ser revertidas⁶⁵. Y este motivo para la inalienabilidad podría verse fortalecido si se alcanzare una conclusión similar sobre la base del autopaternalismo. Finalmente, la sociedad podría restringir la alienabilidad sobre la base de motivos paternalistas. Los Marshall podrían pensar que, si bien Taney no lo sabe, él estaría mejor si realmente puede ver las estrellas de noche o si puede respirar aire libre de esmog.

Sean cuales fueren los motivos para la inalienabilidad, deberíamos subrayar que los efectos distributivos deberían ser cuidadosamente evaluados al optar a favor o en contra de la inalienabilidad. Así, a los habitantes de un poblado se les podría conceder el derecho a estar libres de la contaminación del agua causada por las descargas de residuos de una industria química, y el derecho podría ser convertido en inalienable basándose en

⁶³ Véase Michelman, *supra* nota 1, p. 667.

⁶⁴ Esto es exactamente análogo a la disuación específica de las actividades que causan accidentes. Véase *Costs, op. cit.*, pp. 95-129.

Si bien puede parecernos extravagante, existe, desde luego, la posibilidad de que un Estado desee conceder un derecho opuesto —un derecho inalienable a contaminar en algunos casos. Eso puede ocurrir cuando el Estado crea que en el largo plazo todos estarán mejor si se permite a los contaminadores producir sus productos, sin atender a si el contaminador considera ventajoso aceptar una compensación por dejar de contaminar.

⁶⁵ Véase Michelman, *supra* nota 1, p. 684.

que los habitantes del poblado realmente estarán mejor en el largo plazo si tienen acceso a playas limpias. Pero el derecho también podría ser transformado en inalienable para asegurar la mantención de una hermosa área de descanso para los muy pudientes, dejando, al mismo tiempo, a los habitantes del poblado sin trabajo⁶⁶.

5. El modelo y las sanciones criminales

Obviamente no podemos escrutar la relevancia de nuestro enfoque en muchas áreas del Derecho. Pero pensamos que es beneficioso examinar un área más: la de los delitos contra la propiedad y la integridad física. La aplicación del modelo para el uso de sanciones criminales en casos de hurto o de violaciones contra la integridad física es útil, puesto que puede conducir a entender el material anterior, especialmente por cuanto nos ayuda a distinguir diferentes tipos de problemas legales e identificar los distintos modos de resolverlos.

Los estudiantes novatos, al ser enfrentados por vez primera a las nociones de eficiencia económica, preguntan a veces por qué un ladrón no debería simplemente pagar por el valor del objeto sustraído. Y la misma pregunta es planteada en ocasiones por los filósofos del Derecho⁶⁷. ¿Si vale más para el ladrón que para el dueño, no es acaso servida la eficiencia económica al imponerse semejante sanción? Nuestras respuestas a tal interrogante tienden a desplazarse rápidamente hacia consideraciones muy altisonantes y de indudable relevancia moral. Pero esas consideraciones muchas veces no son muy útiles para quien interroga, puesto que dependen de la existencia de obligaciones para los individuos en el sentido de no robar por un precio fijo, y la pregunta original apuntaba al porqué deberíamos imponer tales obligaciones en absoluto.

Una respuesta simple a la pregunta sería que los ladrones no son sorprendidos cada vez que roban y por ello los costos del ladrón deben a lo menos tomar en cuenta la improbabilidad de su captura⁶⁸. Pero esto no

⁶⁶ Cfr. Frady, "The View from Hilton Head", *Harpers*, mayo 1970, pp. 103-112. (Conflicto por la intención de levantar una industria química que contaminaría las playas de una empobrecida comunidad de Carolina del Sur; grupos ambientalistas que se oponen a una industria respaldada por promotores de pudientes áreas de desarrollo en la zona; proponentes de una industria respaldada por los representantes de los desempleados de un pueblo.)

⁶⁷ Uno de los últimos artículos del profesor Giorgio del Vecchio se acercó bastante a la formulación de esta pregunta. Véase Del Vecchio, "Equality and Inequality in Relation to Justice", *II Nat. Law Forum* (1966), pp. 36, 43-45.

⁶⁸ Véase, por ejemplo, Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *J. Pol. Econ.*, 76 (1968), p. 169.

respondería plenamente al problema, pues incluso si los ladrones fuesen sorprendidos siempre, la pena que nos gustaría imponerles sería mayor que los perjuicios objetivos causados a la víctima de robo.

Una explicación probablemente más amplia yace en la consideración de la diferencia entre derechos de propiedad y derechos de responsabilidad. Pues si imponemos al ladrón un castigo igual a un valor objetivamente determinado de la propiedad sustraída estaríamos convirtiendo a todos los derechos bajo la regla de propiedad en derechos bajo la regla de responsabilidad.

Con todo, la pregunta sigue siendo, ¿por qué *no* convertir todas las reglas de propiedad en reglas de responsabilidad? La respuesta, desde luego, es obvia. Las reglas de obligación representan sólo una aproximación del valor del objeto para su dueño original y la disposición a pagar tal valor aproximado no es indicio de que vale más para el ladrón que para el dueño. En otras palabras, aparte de los gastos de llegar colectivamente a dicha evaluación objetiva, ello no es garantía de la eficiencia económica de la transferencia⁶⁹. Si esto es así con la propiedad, tanto más con la integridad física, y no osaríamos evaluar colectiva y objetivamente el costo de una violación para la víctima en comparación con el beneficio para el violador, aun cuando la eficiencia económica sea nuestro único motivo. De hecho, cuando enfocamos la integridad física nos acercamos a áreas donde no permitimos en absoluto que el derecho sea vendido, y en las que la eficiencia económica entra a jugar, si acaso lo hace, de un modo más complejo. Pero aun allí donde los ítemes destruidos o sustraídos son cosas que sí permitimos vender, no impondremos, sin mediar razones especiales, un precio de venta objetivo al vendedor.

Una vez que llegamos a la conclusión de que no tendremos simplemente reglas de responsabilidad, sino que muchas veces, aun cuando fuere sólo por motivos económicos, resultan deseables las reglas de propiedad, comienza a perfilarse una respuesta para el estudiante novato. El ladrón no sólo daña a la víctima, sino que transgrede reglas y distinciones de un significado que se encuentra más allá del caso específico. De modo que si

⁶⁹ Se podría destacar, también, que un ladrón carecerá con frecuencia del dinero para pagar el precio objetivamente determinado del objeto sustraído. En verdad, su falta de recursos es probablemente su máxima motivación para el robo. En tales situaciones la sociedad, si insiste en la regla de responsabilidad, tendrá que compensar al titular del derecho con fondos sociales. Cuando esto sucede, el ladrón no percibirá el impacto de la regla de responsabilidad y, en consecuencia, no será suficientemente disuadido de involucrarse en una actividad similar en el futuro. Cf. *Costs, op. cit.*, pp.147-148.

en un caso dado podemos estar seguros de que el valor del ítem sustraído no fue más que de X dólares, y aun cuando el ladrón ha sido capturado y está presto a compensar, no nos contentaríamos simplemente con exigirle al ladrón X dólares. Dado que en la mayoría de los casos no podemos estar seguros de la eficiencia económica de la transferencia por robo, debemos agregar a cada caso un castigo indefinible que represente la necesidad de la sociedad de evitar que cualquiera regla de propiedad sea cambiada a voluntad en reglas de responsabilidad⁷⁰. En otras palabras, imponemos sanciones criminales como una forma de disuadir futuros intentos de convertir las reglas de propiedad en reglas de responsabilidad⁷¹.

El estudiante de primer año podría seguir insistiendo, sin embargo, en preguntar por qué tratamos al ladrón o al violador de modo diferente al que irroga daños en un accidente automovilístico o al contaminador en un caso de polución. ¿Por qué permitimos las reglas de responsabilidad en estos casos?

⁷⁰ Si no estamos interesados en la integridad de las reglas de propiedad y, por tanto, no agregamos a cada caso un castigo indefinible; igualmente intentaríamos ajustar la cantidad de perjuicio imputado al ladrón a fin de reflejar el hecho de que sólo un cierto porcentaje de ladrones son aprehendidos; es decir, podríamos fijar un precio-castigo que refleje el valor del bien y el riesgo de la captura.

⁷¹ Un problema vinculado a las sanciones criminales es aquel de los perjuicios punitivos en los casos intencionales de responsabilidad civil (*Torts*). Si Taney instala un arma con disparador automático con el propósito de matar o herir a cualquiera que traspase los deslindes de su propiedad, Taney sabe lo que está haciendo y conoce los riesgos involucrados, ya que esta situación se parece más a la del criminal que a la del conductor desprevenido, pero debido a que Taney no sabe exactamente cuál de los muchos Marshall será su víctima, las negociaciones *ex ante* resultan difíciles. ¿Cómo justificamos, entonces, el uso de sanciones criminales y de algo más que perjuicios compensatorios? La respuesta probablemente reside en el hecho de que asumimos que los beneficios del acto de Taney no valen el daño que causan si ese daño fuese plenamente evaluado. Creyendo que ese hecho, en contraste con lo que está involucrado en un caso de negligencia simple, debería darse a conocer al actor en el momento que actúa —cosa que puede hacerse en cierto sentido— apuntamos a daños extras. Nuestra conclusión es que la mayoría actuaría de otro modo si se instalara una verdadera carga costo-beneficio. Dadas esta conclusión y dada la imposibilidad de imponer una verdadera carga costo-beneficio mediante evaluaciones colectivas (debido al conocimiento inadecuado), nos aseguramos de que si erramos, lo hacemos por el lado de sobreestimar el costo.

Puede haber todavía una dimensión adicional. A diferencia de las multas u otras sanciones criminales, los daños punitivos ofrecen una compensación extra para la víctima. Esto puede no ser puramente ilusorio. Una vez concluido que los perjuicios clasificados como perjuicios intencionales son menos deseables que los involuntarios —ya sea porque se espera que sean menos eficientes o porque hay menos justificación para el hecho de que el autor no haya comprado el derecho en una negociación *ex ante*— entonces puede ser que aumente el perjuicio real y subjetivo para la víctima. Aquél cuyo automóvil es destruido accidentalmente sufre por la pérdida de su automóvil; aquel cuyo automóvil es destruido intencionalmente sufre por la pérdida de su automóvil, pero su perjuicio es mayor debido al conocimiento de que dicha pérdida fue intencional, voluntaria o de algún modo evitable.

En cierto sentido ya hemos dado respuesta a la pregunta. El único nivel en que, antes del accidente, el conductor puede negociar el valor de lo que podría restar a su potencial víctima es uno en que las transacciones son demasiado costosas. El ladrón o el violador, por otro lado, podría haber negociado sin gasto indebido (al menos si el bien fuese uno que pudiera ser realmente vendido) porque suponemos que él sabía lo que iba a hacer y a quién iba a hacérselo. El caso del accidente es distinto porque el conocimiento existe solamente al nivel de decidir conducir o, tal vez, conducir rápido, y a ese nivel las negociaciones con las potenciales víctimas no son habitualmente factibles.

El caso de la contaminación, sin embargo, parece diferente. Allí el contaminador sabe lo que va a hacer y, a menudo, a quién va a perjudicar. Pero como ya hemos señalado, los problemas planteados por la sobreevaluación o el aprovechamiento muchas veces obstaculizan cualquier negociación exitosa entre el contaminador y las víctimas de la contaminación; además, muchas veces no estamos seguros de quién es el evitador de costos de contaminación más barato. Bajo tales circunstancias, una regla de responsabilidad que por lo menos concediese la eficiencia económica de poner a prueba la sugerida transferencia de derechos, parece apropiada, aun cuando permitiera la apropiación no accidental y no consentida de un derecho. No obstante, debería subrayarse que allí donde los costos de transacción no impiden las negociaciones entre el contaminador y la víctima, o allí donde estamos suficientemente seguros de quién es el evitador de costos más barato, no hay razones de eficiencia para permitir sustracciones intencionales y las reglas de propiedad, apoyadas por interdicciones o sanciones criminales, son apropiadas⁷².

6. Conclusión

Este artículo ha intentado demostrar cómo una amplia variedad de problemas jurídicos pueden ser útilmente enfocados a través de un modelo específico. Ahora bien, cualquier esquema o modelo tiene dos insuficiencias.

⁷² Cfr. pp. 372-375.

No hemos analizado los objetivos distributivos en cuanto se relacionan con las sanciones criminales. En parte, esto se debe a que hemos supuesto la asignación del derecho inicial: hemos supuesto que la víctima de un crimen tenía derecho sobre el bien sustraído o sobre su integridad física. Sin embargo, hay todavía otro aspecto de los objetivos distributivos que se relaciona con la regla específica que elegimos para proteger el derecho inicial. Por ejemplo, se podría plantear la cuestión de vincular la severidad de las sanciones criminales con la riqueza de la víctima o del criminal. Si bien este aspecto de los objetivos distributivos definiría ciertamente un interesante espacio de análisis, está más allá del alcance de este trabajo.

La primera es que los modelos pueden ser erróneamente tomados como la visión total de fenómenos que, como las relaciones jurídicas, son demasiado complejos para ser captados en una sola imagen. La segunda es que los modelos generan casillas dentro de las cuales uno se siente obligado a forzar situaciones que no calzan verdaderamente en ellas. Sin embargo, hay ventajas que compensan lo anterior. Los estudiosos del Derecho, precisamente porque han tendido a evitar la construcción de modelos, han procedido muchas veces de un modo *ad hoc*, observando los casos y esperando ver qué categorías emergen de ellos. Pero esta aproximación también permite sólo una vista de la catedral. Puede pasar por alto algunas relaciones entre los problemas envueltos en los casos que el modelo sí puede percibir, precisamente porque genera casillas o categorías. La estructura que hemos empleado puede ser aplicada en muchas áreas diferentes del Derecho. Pensamos que su uso facilita la percepción y la definición de una solución adicional al problema de la contaminación. Y en cuanto tal, creemos que la pintura bien valió los óleos utilizados. □