

Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral *

Guido Calabresi ** y Douglas Melamed ***

I. INTRODUCCIÓN

Es muy extraño que se realicen aproximaciones a los temas de la Propiedad y la Responsabilidad Civil Extracontractual, desde una perspectiva unificadora. Escritos recientes de abogados entendidos en Economía y de economistas entendidos en Derecho sugieren, sin embargo, que un intento de integrar las variadas relaciones legales tratadas por estas materias resultaría de utilidad tanto para principiantes como para doctos en el tema¹. Así, por medio de articular

un concepto de "titularidades", protegidas por reglas de propiedad, responsabilidad o inalienabilidad, presentamos a continuación un esquema para una aproximación de este tipo². Luego analizaremos algunos aspectos del problema de la contaminación y de las sanciones penales, para demostrar cómo el modelo nos permite percibir relaciones que han sido ignoradas por otros autores en dichos campos.

El primer tema que debe ser abordado por cualquier sistema legal es el llamado problema de la

* El presente artículo fue originalmente publicado en el Harvard Law Review, Vol 85, no. 6, Abril 1972, pp 1089-1128. La traducción y publicación se hace bajo la autorización expresa del Harvard Law Review y de Guido Calabresi y Douglas Melamed. La traducción ha sido efectuada por Ximena Zavala L. y Eduardo Sotelo C. bajo la coordinación y revisión de Alfredo Bullard G. Cualquier error en la redacción es directamente imputable a los traductores, no existiendo ninguna responsabilidad en cualquier error de este tipo por parte de los autores.

** Al escribir este artículo Guido Calabresi era "John Thomas Smith Professor of Law" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. BS. Yale 1953; B.A. 1955; LL. B. Yale 1958; M.A. Oxford 1959. En la actualidad es Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale y Decano de dicha Facultad.

*** Miembro de la Barra del Distrito de Columbia, B.A. Yale University, 1967; J.D. Harvard University, 1970.

**** Nota del traductor. El presente artículo es un clásico en la doctrina jurídica norteamericana, en especial en la tendencia conocida como Análisis Económico del Derecho o "Law and Economics". En ella los autores hacen un brillante análisis de cómo organizamos nuestros sistemas jurídicos y cómo establecemos distintas reglas legales según los objetivos que, como arquitectos de un marco legal, queremos alcanzar.

1. Ver, p.e., Michelman, Pollution as a tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi's Costs, 80 Yale L.J. 647 (1971) (análisis de tres reglas alternativas en problemas de contaminación); Demsetz, Toward a Theory of Property Rights, 57 AM. ECON. REV. 347 (1967) (Vol. 2- Papers and Proceedings) (análisis de la propiedad como un medio de internalización de costos que ignora las alternativas de la regla de responsabilidad)

2. Desde que una aproximación completamente integral es probablemente imposible, debemos enfatizar que este artículo se ocupa sólo de una de las posibles maneras de ver y analizar los problemas legales. Siendo así, no debiéramos dirigirnos hacia aquellas cuestiones legales fundamentales que se centran sobre qué instituciones y qué procedimientos son los más convenientes para realizar decisiones, a no ser que éstas se refieran directamente a los problemas de selección de titularidades iniciales y los modos de proteger dichas titularidades. Mientras no desestimemos la importancia, o mejor la primacía, de las consideraciones del proceso legal, ver pp.79-80 infra, estamos meramente interesados en la luz que una muy diferente aproximación puede arrojar sobre los problemas frecuentemente vistos como fundamentales desde el punto de vista del proceso legal.

Como el profesor Harry Wellington gusta decir sobre muchas discusiones de Derecho, este artículo intenta ser sólo una de las pinturas de Monet en la Catedral de Rouen. Para conocer la Catedral uno debe verlas todas. Ver G. Hamilton, Claude Monet's Paintings of Rouen Cathedral 4-5, 19- 20, 27 (1960).

"titularidad". Toda vez que, dentro de un Estado, se presentan conflictos de intereses entre dos o más personas, o dos o más grupos, es éste quien debe decidir a qué parte favorecer. Si tal decisión faltara, el acceso a los bienes, servicios y a la vida misma sería decidido sobre la base de "el poder crea el derecho" - quien es más fuerte o más astuto vencerá.³ Luego, el rol fundamental del Derecho consiste en decidir cuál de las partes en conflicto prevalecerá. La titularidad para hacer ruido contra la titularidad para gozar del silencio, la titularidad para contaminar contra la titularidad para respirar aire puro, la titularidad para tener hijos contra la titularidad para evitarlos: son éstas las decisiones legales de primer orden.

Habiendo realizado su elección inicial, la sociedad debe luego hacer efectiva su decisión. La simple determinación de la titularidad no evita el problema de "el poder crea el derecho"; un mínimo de intervención estatal es siempre necesaria⁴. Nuestras nociones convencionales hacen esto fácil de comprender cuando se refiere a la propiedad privada. Si Taney es propietario de un sembrío de coles y Marshall, quien es más grande, quiere una col, la tomará a menos que el Estado intervenga⁵. Pero no resulta tan obvio que el Estado deba también intervenir cuando se escoge la titularidad opuesta: la propiedad comunal. Si el gran Marshall ha cultivado algunas coles comunales y

decide negárselas al pequeño Taney, esto requerirá de una acción del Estado para reforzar la titularidad que Taney posee respecto a las coles comunales. La misma simetría se aplica respecto a la integridad corporal. Consideremos, por ejemplo, la lastimosa situación de un débil sujeto de apenas 98 libras de peso y sexualmente inhibido, en un Estado que nominalmente le da titularidad a la integridad corporal pero que no va a intervenir para reforzar dicha titularidad contra una voluptuosa Juno. Consideremos luego la lastimosa situación -en ausencia de intervención estatal- del mismo sujeto de noventa y ocho libras quien desea hacer suya a la, ahora, inhibida Juno, en un Estado que nominalmente otorga titularidad a cualquiera para hacer uso del cuerpo de cualquiera otro.

La necesidad de intervención se presenta de una forma ligeramente más complicada para el caso de la responsabilidad civil extracontractual. Cuando una pérdida es dejada donde cae (es decir en la víctima) en un accidente automovilístico, no es porque Dios lo haya así ordenado. Mas bien, es porque el Estado ha garantizado al causante del daño una titularidad para resultar librado de responsabilidad y su intervención para evitar que los allegados de la víctima, si fueran más poderosos, logren una compensación del causante⁶. En otros casos la pérdida podrá ser trasladada al causante debido a que el Estado ha otorgado

3. Por supuesto, uno podría ver al Estado como simplemente una amplia coalición de amigos diseñada para hacer efectivas las reglas que satisfacen meramente los deseos de la coalición dominante. Las reglas de Derecho no serían entonces más que "el poder crea el derecho", más amplias declaraciones de tal perspectiva no nos parecen plausibles si fuera la única razón en la que el Estado se basara para decidir muchos temas en respuesta a muchas coaliciones diferentes. Este hecho, por sí mismo, requerirá de una forma de análisis diferente a aquélla que se requiere para explicar las titularidades resultantes del uso más directo y descentralizado de "el poder crea el derecho".

4. Para una excelente presentación de este punto general hecha por un economista, ver Samuels, *Interrelations Between Legal and Economic Processes*, 14.J. Law & Econ. 435 (1971).

Nosotros no intentamos sostener que el Estado cuenta con fuerza suficiente para reforzar todas o la mayoría de titularidades.

Tampoco queremos dar a entender que en ausencia de intervención estatal, sólo la fuerza vencerá. El uso por parte del Estado de sentimientos de obligación y reglas de moral como medios de reforzar la mayoría de titularidades, es no sólo crucial sino terriblemente eficiente. Contrariamente, en ausencia del Estado, los individuos probablemente acordarían reglas de comportamiento que gobernarían titularidades en todas las series de situaciones sobre la base de un criterio distinto al del "poder crea derecho". Que esas reglas puedan reflejar por sí mismas los mismos tipos de consideraciones que analizaremos como base para titularidades legales es, de hecho, imposible. Pero la que sí resulta importante es que estos "convenios sociales" darán lugar, al igual que las titularidades legales, a lo que podemos llamar obligaciones. Estas obligaciones en cambio harán que las personas se comporten de acuerdo con el convenio, en casos particulares, no obstante, la existencia de una fuerza predominante. En este artículo no estamos tan interesados en el funcionamiento de tales obligaciones como con las razones que pueden explicar las reglas que por sí mismas dan nacimiento a las obligaciones.

5. "Más grande" obviamente no se refiere simplemente al tamaño, sino a la suma de recursos con que cuenta un individuo. Si el grupo de Marshall posee una inteligencia y músculos superiores a los de Taney, el grupo de Marshall obtendrá las coles.

6. Diferentes culturas tratan el problema de distintas maneras. Vean el siguiente caso: La cobertura del "seguro de vida" es por 4 toros y \$1200. Port Moresby, New Guinea. Peter Howard probó que él valoró su vida en más de 4 toros y \$1200. Pero él quiere \$24 y un cerdo a cambio.

Mr. Howard le dió el dinero y el ganado a los miembros de la Tribu Jiga, quienes intentaron matarlo porque él había matado a un miembro de la tribu en un accidente automovilístico el último 29 de octubre.

La policía aprobó el acuerdo de extorsión luego de decirle al Sr. Howard de 38 años de edad que ellos no podrían protegerlo del juramento de venganza de la tribu, que vive en Mt. Hagen, como a 350 millas al noreste de Port Moresby.

una titularidad a la compensación y va a intervenir para evitar que el causante, esta vez el más poderoso, rechace las demandas de compensación de la víctima.

El Estado no sólo debe decidir a quién otorga la titularidad, sino también, y al mismo tiempo, realizar una serie de decisiones de segundo orden pero igualmente difíciles. Estas decisiones van desde la forma en que las titularidades son protegidas, hasta si se permite o no a un individuo vender o negociar dicha titularidad. Por ejemplo, en una disputa cualquiera, el Estado debe decidir no sólo cuál de las partes es la que vence, sino también la clase de protección a otorgar. Es a este último tipo de decisiones, decisiones que enmarcan la subsecuente relación entre el vencedor y el perdedor, a las que el presente artículo está principalmente referido. Nosotros vamos a considerar tres tipos de titularidades: titularidades protegidas por reglas de propiedad, titularidades protegidas por reglas de responsabilidad y titularidades inalienables. Las categorías no son, por supuesto, absolutamente puras pero resultan de utilidad al permitir revelar algunas de las razones que nos conducen a proteger ciertas titularidades de determinada forma.

Una titularidad es protegida por una regla de propiedad en el sentido que alguien que desea removerla de su poseedor deberá comprársela en una transacción voluntaria, en la cual el valor de la titularidad es fijado por el vendedor. Es la propia forma de la titularidad la que da origen a la menor intensidad de intervención estatal: una vez que la titularidad original es decidida, el Estado no trata de determinar su valor⁷, sino que deja a las partes decir cuánto vale la titularidad para cada una de ellas, y da al vendedor la posibilidad de rechazo en caso que el comprador no ofrezca lo suficiente. Las reglas de propiedad implican así, la decisión colectiva de a quién se le debe otorgar la titularidad inicial, decisión que no alcanza a la determinación del valor de la titularidad misma.

Cuando alguien puede violar un derecho inicial en caso de estar dispuesto a pagar luego por ella un valor objetivamente determinado, la titularidad resulta entonces protegida por una regla de responsabilidad.

El Sr. Howard, de Cambridge, Inglaterra, fue atacado y golpeado cruelmente por los hombres de la tribu luego del accidente.

Ellos dijeron que iban a asesinarlo a menos que el pago del dinero y los toros fuera hecho de acuerdo a las tradiciones tribales. Fue la primera vez que un hombre blanco fue forzado a someterse a las leyes tribales en Nueva Guinea.

Luego de hacer el pago, el Sr. Howard demandó ser compensado por el asalto del que fue objeto por los hombres de la tribu. El dijo que quería \$24 y un cerdo. Un representante Jiga le dijo que la tribu "pensaría al respecto". *New York Times*, feb. 16, 1972, at 17, col. 6.

7. Una regla de propiedad requiere menos intervención estatal sólo en el sentido que la intervención es necesaria para decidir y reforzar la titularidad inicial pero no para el problema de determinar el valor de la titularidad. De este modo, si una titularidad de propiedad particular es especialmente difícil de proteger -por ejemplo, el derecho a la seguridad personal en áreas urbanas- la cantidad de intervención estatal puede resultar muy alta y podría, incluso, exceder a aquélla requerida para algunas titularidades protegidas por reglas de responsabilidad fácilmente administrables.

Y la queja de su poseedor en el sentido que él hubiera pedido más por ella, no lo beneficia una vez que el valor objetivamente determinado ha sido fijado. Obviamente, las reglas de responsabilidad implican un grado adicional de intervención estatal: no sólo es la protección de las titularidades, sino también que su transferencia o destrucción sea permitida sobre la base de una valuación determinada por algún órgano del Estado, antes que por las partes mismas.

Una titularidad es inalienable en el sentido que su transferencia no es permitida entre un comprador que la desea y un vendedor dispuesto a cederla. El Estado interviene aquí no sólo para determinar quién está inicialmente titulado y fijar la compensación que debe ser pagada si la titularidad es tomada o destruida, sino también para prohibir su venta bajo ciertas o todas las circunstancias. Las reglas de inalienabilidad resultan así bastante diferentes a las reglas de propiedad o de responsabilidad. A diferencia de las dos últimas, las reglas de inalienabilidad no sólo "protegen" la titularidad, sino que también pueden ser vistas como limitando o regulando el otorgamiento de la titularidad misma.

Debe pues quedar claro, que muchas de las titularidades para gran parte de los bienes son mixtas. La casa de Taney puede estar así protegida por una regla de propiedad en situaciones en las cuales Marshall desea adquirirla; por una regla de responsabilidad cuando el gobierno decide expropiarla; y por una regla de inalienabilidad cuando Taney es un ebrio o incapaz. El presente artículo explorará dos preguntas elementales: (1) ¿En qué circunstancias debemos otorgar una titularidad particular? y (2) ¿En qué circunstancias debemos elegir, para proteger esa titularidad, utilizar una regla de propiedad, de responsabilidad o de inalienabilidad?

II. LA DETERMINACION DE LAS TITULARIDADES

¿Cuáles son las razones para decidir otorgar a las personas una titularidad para contaminar o para prohibir la contaminación, para tener hijos libremente o para limitar la procreación, para tener la propiedad o

para compartirla? Podemos agrupar dichas razones bajo tres títulos: eficiencia económica, preferencias distributivas, y otras consideraciones de justicia⁸.

A. Eficiencia económica

Quizás la razón más simple de una titularidad en particular es minimizar los costos administrativos de su ejecución. Esta fue la razón que Holmes dio para dejar que, en los accidentes, los "costos" queden donde han caído (es decir en la víctima) a menos que se obtenga un claro beneficio para la sociedad al trasladarlos⁹. Por sí misma esta razón nunca justificaría otro resultado excepto el de dejar que el más fuerte gane, porque obviamente este resultado minimiza los costos de ejecución. Sin embargo, la eficiencia administrativa puede ser relevante para decidir las titularidades cuando otras razones son tomadas en cuenta. Esto puede ocurrir cuando las funciones aceptadas son indiferentes entre titularidades en conflicto y una titularidad es menos onerosa de ejecutar que las otras y, también, cuando las razones no son indiferentes pero nos llevan sutilmente a preferir una sobre la otra y la primera es considerablemente más onerosa de ejecutar que la segunda.

Pero la eficiencia administrativa es sólo uno de los aspectos del más amplio concepto de eficiencia económica. La eficiencia económica requiere que escojamos el conjunto de titularidades que llevaría a

una distribución de recursos que no pueda ser perfeccionada, en el sentido que un cambio adicional no mejoraría la condición de aquéllos que se beneficiaron por ello, a tal medida que pudiera compensar a aquéllos que perdieron con la misma y permanecer aún en mejores condiciones que antes. Este es el concepto llamado 'óptimo de Pareto'¹⁰. Para dar dos ejemplos, la eficiencia económica requiere esa combinación de titularidades para llevar a cabo actividades riesgosas y para resultar libre de daños ocasionados por actividades riesgosas, la cual muy probablemente conducirá a la mínima suma en costos de accidentes y en costos de prevención de accidentes¹¹. Esto requiere que se determine aquella forma de propiedad, privada o comunal, que lleva a maximizar el producto de la actividad de producir.

Recientemente se ha argumentado que bajo cierto supuesto, usualmente llamado ausencia de costos de transacción, el 'óptimo de Pareto' o la eficiencia económica, ocurrirán sin tomar en cuenta la titularidad inicial¹². Para sustentar esto, los "costos de transacción iguales a cero" deben ser entendidos de una forma extremadamente amplia como para abarcar tanto el conocimiento perfecto como la ausencia de cualquier impedimento o costo de negociación. Los costos de negociación incluyen, por ejemplo, al costo de excluir a los probables individuos que se beneficiarían sin asumir ningún costo (FREELoaders) de los frutos de las transacciones que se dan en el merca-

8. Ver en general G. Calabresi, *The Costs of Accidents* 24-33 (1970) (de aquí en adelante citado como *Costs*).
9. Ver O.W. Holmes, Jr. *The Common Law* 76-77 (Howe ed. 1963). Para una crítica de la justificación aplicada a los accidentes hoy en día, ver *Costs* 261-263. Pero comparar Posner, *A Theory of Negligence*, *I.J. Legal Stud.* 29 (1972).
10. No estamos interesados aquí en las muchas variaciones de definición que encierra el concepto de óptimo de Pareto. Muchas de estas variaciones parten del hecho que a menos que la compensación ocurra, en efecto, luego de un cambio (y esto por sí mismo presupone la preexistencia de un set de titularidades desde el cual uno hace el cambio hacia otro orden óptimo según Pareto), la redistribución de riqueza implícita en el cambio puede muy bien hacer que el regreso a la posición anterior también parezca óptimo en términos de Pareto. Hay cierto número de variaciones sobre este tema que han sido extensamente estudiadas por economistas. Desde que en el mundo en el que deben vivir los abogados, cualquier cosa cercana a la eficiencia de Pareto, incluso si desada no resulta asequible, estos refinamientos no exigen que nos detengamos, aun cuando ellos sean cruciales para una completa comprensión de este concepto.

La mayoría de versiones del óptimo de Pareto están basadas en la premisa que los individuos saben bien lo que es mejor para ellos: En consecuencia, ellos asumen que para determinar si aquéllos que ganaron debido a un cambio pueden compensar a aquéllos que perdieron, uno debe ver los valores que los individuos mismos dieron a las ganancias y pérdidas. La eficiencia económica puede, sin embargo, presentar una amplia noción que no depende de esta premisa individualista. Puede ser que el Estado, por razones paternalistas, ver pp. 77-78 *infra*, es más apto para determinar si la ganancia total de los vencedores es mayor que la pérdida total de los perdedores.

11. La palabra "costos" está usada aquí de forma amplia para incluir todas las pérdidas y gastos resultantes de un accidente y de su prevención. Como tal, ésta no está limitada a costos monetarios, ni a aquéllos que pudieron, en algún sentido, ser "monetizables", pero en cambio incluye pérdidas, gastos o "costos" -por ejemplo, la pérdida de la pierna para un individuo- cuya expresión en términos monetarios nos parecería insensible. Una de las consecuencias de no ser capaz de poner valores monetarios sobre algunas pérdidas o "costos" es que el mercado nos sirve de poco para medir su valor, y esto en cambio da lugar a una de las razones por las que las reglas de responsabilidad, o inalienabilidad pueden ser usadas en vez de las de propiedad.
12. Esta proposición fue establecida por primera vez en el clásico artículo de Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *J. Law & Econ.* 1 (1960), y ha sido revisado en subsecuente literatura. Ver, p.e., Calabresi, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules-A comment*; *II J. Law & Econ.* (1968); Nutter, *The Coase Theorem on Social Cost: A Footnote*, *II J. Law & Econ.* 503 (1968). Ver también G. Stigler, *The Theory Of Price*, 113 (3rd ed. 1966); Mishan, *Pareto Optimality and the Law*, 19 *Oxford Econ. Papers* 255 (1967).

do¹³. En tal sociedad sin fricciones, las transacciones ocurrirían hasta que nadie pueda estar en mejores condiciones como resultado de transacciones adicionales sin dejar a algún otro en peores circunstancias. Esto, sugerimos, es un necesario (en realidad tautológico) resultado de la definición del 'óptimo de Pareto' y de los costos de transacción que hemos mencionado.

Tal resultado no significa, sin embargo, que la misma distribución de recursos existiría si no tomáramos en cuenta el conjunto inicial de titularidades. La disposición de Taney para pagar por el derecho a hacer ruido puede depender de cuán rico sea; la disposición de Marshall para pagar por el silencio puede depender también de su riqueza. En una sociedad que titula a Taney a hacer ruido y que fuerza a Marshall a comprar el silencio de Taney, Taney resultaría más rico y Marshall más pobre de lo que cada uno sería en una sociedad que tuviera el conjunto inverso de titularidades. Dependiendo de cuánto varían el deseo de Marshall por ruido y el de Taney por silencio debido a su riqueza, una titularidad para hacer ruido resultaría de negociaciones que llevaran a un nivel diferente de ruido del que se tendría con una titularidad para el silencio¹⁴. Esta variación en la cantidad de ruido y de silencio puede ser vista como un

simple ejemplo de que la bien aceptada proposición de lo que es una solución óptima, o de eficiencia económica, para Pareto, varía con la distribución inicial de la riqueza. El óptimo de Pareto es óptimo cuando se da una cierta distribución de riqueza, pero diferentes distribuciones de riqueza implican cada una su propia distribución óptima de recursos según Pareto¹⁵.

Todo esto nos sugiere el por qué las distribuciones de riqueza pueden afectar la elección de titularidades de una sociedad. Pero no resuelve por qué la eficiencia económica debe afectar la elección, si asumimos un costo de transacción igual a cero. Sin embargo, en la práctica, nadie asume que los costos de transacción son iguales a cero. Como el supuesto de ausencia de fricción de los físicos o la Ley de Say en macroeconomía, el supuesto de costos de transacción iguales a cero puede ser un útil punto de partida, un artificio que nos ayuda a ver cómo, a medida que los diferentes elementos que pueden ser llamados costos de transacción devienen relevantes, el objetivo de la eficiencia económica empieza a preferir una distribución de titularidades sobre otra¹⁶.

Como quiera que uno de nosotros ha escrito ya extensamente sobre cómo, ante la presencia de di-

13. El "freeloader" es la persona que rehusa ser vacunado contra la viruela porque, dado el caso que casi todos los demás están ya vacunados, el riesgo de contagiarse es, para él, menor que el riesgo de daño al vacunarse. Es la persona que se rehusa a pagar por un parque común, aunque él también lo desee, porque cree que otros van a poner el dinero suficiente para que al final el parque resulte también disponible para él. Ver Costs 137 n.4. Los costos de excluir al freeloader de los beneficios por los cuales él se negó a pagar pueden ser considerables, como lo sugieren los dos ejemplos arriba mencionados. Esto es especialmente así porque estos costos pueden incluir la ineficiencia para fijar el precio de un bien como el parque, una vez que éste existe, por encima de su costo marginal para de ese modo forzar al freeloader a revelar su verdadero deseo de usarlo, permitiéndonos así cobrarle parte del costo de establecerlo inicialmente.

Es la capacidad del mercado para inducir a revelar las preferencias individuales lo que hace teóricamente posible para el mercado ejecutar intercambios que conducen al óptimo de Pareto. Pero la situación del freeloader es sólo una de las muchas en donde el mercado no logra obtener tal revelación. Si asumimos la existencia de un conocimiento perfecto, definido más ampliamente de lo que normalmente se hace, para incluir el conocimiento de las preferencias individuales, entonces tales situaciones no importan problema alguno. Esta definición de conocimiento perfecto, aunque quizás implícita en el concepto de costos transaccionales nulos, no sólo haría alcanzar fácilmente el óptimo de Pareto a través del mercado, sino que haría igualmente fácil el establecer un resultado similar por medio del mandato colectivo.

Para una discusión mayor acerca de lo que implica una definición amplia de costos de transacción nulos, ver nota 59 infra. Para una discusión sobre otros procedimientos que puedan inducir a los individuos a revelar sus preferencias, ver nota 38 infra.

14. Ver Mishan, Pareto Optimality and the Law, 19 OXFORD ECON. PAPERS 255 (1967). A menos que los deseos de ruido y silencio de Taney y de Marshall no sean en absoluto afectados por su riqueza, esto es, que sus deseos sean totalmente inelásticos con respecto a sus ingresos, un cambio en su riqueza alterará el valor que cada uno otorga al ruido y al silencio y en consecuencia alterará el éxito de sus negociaciones.
15. Debería no existir implicancia alguna en que una solución de acuerdo al óptimo de Pareto sea en algún sentido mejor que una solución que no concuerda con él y que resulta en una distinta distribución de riqueza. La única implicancia sería que dada la misma distribución de la riqueza el óptimo de Pareto resulta en algún importante sentido preferible a un óptimo distinto al de Pareto.
16. Ver Demsetz, When Does the Rule of Liability Matter?, 1 J. Legal Stud. 13, 23-28 (1972); Stigler, The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars, 1 J. Legal Stud. 1, 11-12 (1972). El problema con el término "costos de transacción nulos" es que cubre una multitud de defectos del mercado. La respuesta colectiva apropiada, si el objetivo fuera aproximarse al óptimo de Pareto, variará dependiendo de cuáles sean los impedimentos actuales para una amplia negociación en cualquier caso determinado. Ocasionalmente, la respuesta apropiada puede ser ignorar los impedimentos. Si los impedimentos son solamente los costos administrativos de establecer un mercado, puede ser que

versos tipos de costos de transacción, una sociedad tomaría la decisión por un conjunto de titularidades en el campo del derecho de accidentes¹⁷, es suficiente señalar aquí: (a) que la eficiencia económica por sí sola dictaría ese conjunto de titularidades que favorece las elecciones cognoscibles entre los beneficios y los costos sociales de obtenerlos y entre esos costos sociales y los costos sociales de evitarlos. (b) que esto implica, en la ausencia de certeza sobre si un beneficio vale lo que le cuesta a la sociedad, que el costo debe ser colocado sobre la parte o actividad que está en mejor posición para hacer el análisis de costo-beneficio; (c) que en contextos particulares como (los de) accidentes o contaminación ambiental esto sugiere colocar los costos sobre la parte o actividad que pueda evitarlos de manera menos onerosa; (d) que en la ausencia de certeza sobre a quién corresponde esa parte o actividad, el costo debe ser puesto sobre la parte o actividad que pueda actuar con el mínimo costo de transacción en el mercado para corregir un error en las titularidades induciendo a la parte que puede evitar los costos sociales de forma menos costosa a hacerlo¹⁸; y (e) que desde que nos encontramos en un área en la que por hipótesis los mercados no funcionan a la perfección -existen costos de transacción- una decisión a menudo tendrá que ser hecha sobre si las transacciones del mercado o el mandato colectivo son más adecuados para aproximarnos al resultado óptimo que, en términos de Pareto, el mercado perfecto podría alcanzar¹⁹.

Aunque complejo, este resumen puede sugerir la forma en la que la elección de titularidad se llevará a cabo; en la práctica, el criterio que ella representa nos indicará a menudo qué distribuciones de titularidades nos conducirán de manera más probable a las decisiones óptimas de mercado entre: poseer un carro extra o tomar un tren, obtener una col extra y gastar menos tiempo trabajando bajo el ardiente sol, y tener más "widgets" y respirar la contaminación que implica la producción de "widgets". La eficiencia económica no es, sin embargo, la única razón que induce a una sociedad a elegir un conjunto de titularidades. Las preferencias de distribución de riqueza es otra de ellas, y por ello, es hacia los fundamentos distributivos para las diferentes titularidades hacia donde debemos dirigirnos ahora.

B. Objetivos distributivos.

Existen, sugeriríamos, por lo menos dos tipos de consideraciones distributivas que pueden afectar la elección de titularidades. Estas implican la distribución de la riqueza misma y la distribución de ciertos bienes específicos, que han sido algunas veces llamados bienes-mercedos.

Todas las sociedades tienen preferencias en la distribución de riqueza. Resulta, no obstante, más difícil hablar de ellas que de los objetivos de eficiencia. Los objetivos de eficiencia pueden ser discutidos

hacer nada sea preferible a intentar corregir estos costos, porque los costos administrativos de la acción colectiva pueden ser incluso mayores. Del mismo modo, si los impedimentos son consecuencia de una deficiencia del mercado para causar un devaliamiento adecuado de las preferencias de los freeloaders, puede ser que la colectividad no pueda realizar algo mejor.

17. Ver COSTS 135-197.

18. En *The Costs of Accidents*, el criterio aquí resumido es largamente discutido y dividido en un subcriterio que se relaciona con la prevención de distintos tipos de exteriorización y con el encuentro del "mejor sobornador". Tan detallado análisis es necesario para la aplicación del criterio a cualquier área específica del Derecho. Al nivel de generalidad de este artículo esto no nos parece necesario.

19. En el Derecho de Accidentes esta elección toma la forma de una decisión entre disuasivos generales o de mercado y disuasivos específicos, en la cual el nivel y la modalidad permitidos de las actividades causantes de accidentes son determinados colectivamente. Por ejemplo, la sociedad puede decidir otorgar una titularidad para conducir y una titularidad a ser compensado por accidentes ocasionados al conducir, y permitir las decisiones de las partes individuales para determinar el nivel y la manera de conducir: Pero un mayor grado de disuasión específica podría ser alcanzado seleccionando un conjunto diferente de titularidades iniciales para de ese modo concordar con el análisis colectivo del Costo-Beneficio, al, por ejemplo, prohibir los automóviles de más de ciertos caballos de potencia.

La desventaja principal del desincentivo específico, comparado con el desincentivo general, es que aquél requiere que el que toma la decisión central no sólo determine los costos de cualquier actividad dada, sino también que mida sus beneficios, para de esa forma determinar el nivel óptimo de actividad. Resulta excesivamente dificultoso y costoso para cualquier tomador de decisiones centralizado estar totalmente informado acerca de los costos y beneficios de un amplio rango de actividades. La ironía es que el mandato colectivo funciona mejor en un mundo de información perfecta sin costo; pero aún en un mundo de transacciones sin costo, incluida la información sin costo, la distribución óptima sería alcanzada por las transacciones de mercado, y no surgiría la necesidad de considerar la alternativa del mandato colectivo. Podríamos sin embargo, visualizar la ironía de modo inverso, y decir que el mercado trabaja mejor bajo supuestos de conocimiento perfecto donde el mandato colectivo trabajaría perfectamente, transformando al mercado en innecesario. El hecho que ambos, el mercado y las determinaciones colectivas, enfrenten dificultades para alcanzar el resultado óptimo de Pareto que el conocimiento perfecto y la ausencia de costos de transacción permiten, no significa que las mismas dificultades sean siempre tan grandes para las dos aproximaciones. Así, existen muchas situaciones en las cuales podemos suponer con mediana seguridad que el mercado actuará mejor que el árbitro colectivo, y otras en donde podemos suponer que lo opuesto será verdad. Ver COSTS 103-13.

en términos de un concepto general como el óptimo de Pareto para el cual las excepciones -como el paternalismo- pueden ser advertidas²⁰. Las preferencias distributivas, en cambio, no pueden ser discutidas seriamente bajo un solo esquema conceptual. Hay algunas preferencias de clara aceptación general (preferencias de clase en una sociedad, mayor igualdad en otra sociedad). Hay además diferencias que están vinculadas a conceptos dinámicos de eficiencia (los productores deben ser recompensados ya que son ellos quienes lograrán que al final cada uno esté en mejores condiciones). Finalmente, existe un gran número de preferencias muy individualizadas, como quién debe ser más rico y quién más pobre, que no tienen relación con la igualdad o la eficiencia, así, los amantes del silencio deben ser más ricos que los amantes del ruido sólo porque son más valiosos²¹.

Aunque difíciles de analizar, es obvio que las preferencias en la distribución de la riqueza juegan un rol crucial en el campo de las titularidades. La asignación de titularidades tiene un efecto fundamental en la distribución de la riqueza en una sociedad. Si una sociedad desea una igualdad absoluta no es suficiente comenzar cada uno con la misma cantidad de dinero. Una sociedad financieramente igualitaria, que otorgue a los individuos el derecho a hacer ruido hace inmediatamente a los potenciales ruidosos más ricos que a los solitarios amantes del silencio²². Del mismo modo, una sociedad que concede la titularidad a una persona inteligente a conservar lo que su astucia le reporta realiza una distinta distribución de riqueza que una sociedad que demanda de cada uno de acuerdo a su relativa habilidad pero que da a cada uno de acuerdo a su relativo deseo. Podemos ir más lejos y considerar que una mujer bonita o un hombre bien parecido está en mejores condiciones en una sociedad que concede a los individuos la titularidad a la integridad corporal que en una que concede a todos el uso de toda la belleza disponible.

La consecuencia de todo esto es que resulta muy difícil imaginar una sociedad en la que exista una

completa igualdad de riqueza. Tal sociedad debería estar integrada por personas que fueran todas exactamente iguales o debería compensar por las diferencias de riqueza causadas por un conjunto de titularidades determinado. Lo primero es, por supuesto, ridículo, incluso si consideráramos a las personas autómatas o robots. Y lo último sería muy difícil, ya que implicaría conocer los gustos de cada uno y hacer tributar a cada poseedor de una titularidad de acuerdo a una tasa que sea suficiente para compensar por los beneficios que esa titularidad le ha otorgado. Ello implicaría, por ejemplo, imponer un tributo a todo aquél que tenga una titularidad para el uso de su belleza o su inteligencia que sea suficiente como para compensar a aquéllos menos favorablemente dotados pero que, sin embargo, desean lo que la belleza o la inteligencia podría darles.

Si la igualdad perfecta es imposible, una sociedad debe escoger qué titularidades desea tener sobre la base de un criterio distinto al de la igualdad perfecta. Para realizar esto, una sociedad tiene a menudo una selección de métodos, y los métodos escogidos tendrán importantes implicancias distributivas. La sociedad puede, por ejemplo, otorgar una titularidad gratuitamente y luego, pagando a los poseedores de la titularidad para limitar su uso, proteger a aquéllos que se encuentren perjudicados por la titularidad gratuita. Inversamente, la sociedad puede permitir a las personas hacer una determinada cosa sólo si ellas le compran tal derecho al gobierno. De este modo, una sociedad puede decidir si concede la titularidad a las personas a tener hijos y luego las induce a ejercer control en la procreación, o si en primer lugar exige que las personas compren el derecho a tener hijos. Una sociedad también puede decidir si titula a las personas a estar libres del servicio militar y luego las induce a enrolarse, o si exige a todas el servicio militar pero permite que cada uno pague su salida. La titularidad que una sociedad decida vender u otorgar probablemente dependerá en parte de la determinación que promueve la distribución de riqueza que la sociedad favorece²³.

20. Para una discusión sobre el paternalismo, ver pp 77-78 infra.

21. El primer grupo de preferencias raramente coincide con aquellas nociones que autores como Fletcher, siguiendo a Aristóteles, denominan justicia distributiva. El segundo y tercer grupos, en cambio, se relacionan presumiblemente con la justicia "correctiva" de Fletcher- recompensas basadas sobre lo que las personas hacen en vez de lo que ellas son. Ver Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 HARV. L. REV. 537; 547 No. 40 (1972).

Dentro de la categoría de justicia "correctiva" nuestros segundo y tercer grupos distinguen aquellas preferencias que están transparentemente ligadas a nociones de eficiencia de aquéllas cuyos fundamentos son menos obvios. Si hubiera una teoría generalmente aceptada, uno no podría hablar en términos generales sobre el rol que juega el tercer grupo de la misma forma como uno tiende a hablar sobre el rol del primero o segundo grupo. No creemos que una adecuada teoría -aun cuando fuera posible- esté actualmente disponible. Ver además pp. 71-73 infra.

22. Esto supone que no existe espacio suficiente para que quien hace el ruido y el amante del silencio coexistan sin entrometerse el uno con el otro. En otras palabras, esto implica que estamos tratando con un problema de distribución de recursos escasos; si no fuera así, no habría necesidad de establecer la titularidad inicial. Ver en general Mishan, supra nota 12.

23. Cualquier titularidad otorgada libremente implica una recíproca por la que se debe pagar. Así, junto a todos aquéllos que gustan de los niños, están aquéllos a quienes les resulta molesto; junto a los que detestan el ejército, están aquéllos

Si la elección de titularidades afecta la distribución de riqueza de manera general, también lo hace respecto a las oportunidades que tienen las personas de obtener lo que algunas veces se ha llamado bienes-merecidos²⁴. Siempre que una sociedad desee maximizar las oportunidades de los individuos de tener por lo menos una mínima dotación de algunos bienes particulares -educación, vestido, integridad corporal- empezará, probablemente, otorgando a los individuos una titularidad para ellos. Si la sociedad considera tal dotación como esencial, a pesar de los deseos individuales, convertirá, por supuesto, la titularidad en inalienable²⁵. ¿Por qué, entonces, la sociedad concedería a los individuos titularidades sobre bienes específicos en vez de sobre el dinero con el cual puedan comprar lo que deseen, a menos que considere que ella puede decidir mejor que los individuos lo que beneficia tanto a éstos como a la propia sociedad; o en otras palabras, la sociedad desee convertir una titularidad en inalienable?

Hemos visto que una titularidad sobre un bien o sobre el bien recíproco es esencialmente inevitable²⁶. O estamos titulados para tener silencio o titulados para hacer ruido ante determinadas circunstancias. O tenemos el derecho a nuestra propiedad o cuerpo o el derecho a compartir la propiedad o el cuerpo de otros. Podemos comprarnos o vendernos para llegar a la

posición opuesta, pero debemos empezar en alguna parte. Bajo estas circunstancias una sociedad que prefiere que las personas guarden silencio, o que sean propietarias, o que conserven su integridad corporal, pero que no fundamenta sus preferencias como para que sean lo suficientemente fuertes para justificar el rechazo de las preferencias contrarias de otros individuos, daría tales titularidades de acuerdo a la preferencia colectiva, aun cuando ello les permita luego venderlas.

Cuando las transacciones para vender o comprar titularidades son muy onerosas, tal elección inicial de titularidad será casi tan efectiva en asegurar que los individuos tengan el bien-merecido como lo sería convertir la titularidad en inalienable. Desde que la coerción es inherente por el hecho que un bien no puede prácticamente ser vendido o comprado, una sociedad sólo puede elegir hacer que un individuo posea el bien, otorgándole, o impedirle que lo obtenga dándole dinero a cambio²⁷. En tales circunstancias la sociedad escogerá la titularidad que ella considere favorable para el bienestar general y no se preocupará respecto a la coerción o la alienabilidad; ella habrá aumentado las oportunidades de que los individuos tengan un bien particular sin aumentar el grado de coerción impuesto sobre los individuos²⁸. Un ejemplo común de ello puede ocurrir cuando el bien compro-

a quienes les gusta lo que el ejército lleva a cabo. De otro modo, no tendríamos ningún problema con la escasez de recursos y por lo tanto, ningún problema de titularidad. Luego, uno no puede simplemente decir que dar una titularidad gratuitamente es ser progresista mientras que venderla es ser reaccionario. Es verdad que mientras mayor cantidad de bienes "gratuitos" exista menos será la desigualdad de riqueza, pero siempre que todo lo demás permanezca igual. Pero si una titularidad gratuita implica un costo recíproco, las titularidades no resultan en este sentido bienes gratuitos, y la cuestión de su carácter progresista o reaccionario debe depender del deseo relativo para la titularidad como contra su recíproca sobre la parte del rico y del pobre.

Estrictamente hablando, esto es cierto sólo si el dinero necesitado para financiar los planes alternativos, o para ponerlos a disponibilidad del gobierno, como resultado de los planes, es aumentado y ajustado de una forma que sea precisamente neutral con respecto a la distribución de riqueza. El punto es simplemente el siguiente: Hasta un alto impuesto progresivo ayudaría a la igualdad de riqueza si el dinero que él produce es gastado totalmente para beneficiar a los ciudadanos más pobres. Y hasta un sistema de socorro externo para el rico arruinado ayudaría a la igualdad de riqueza si los fondos que ella requiere son obtenidos gravando sólo a los más ricos de los ricos. Así, siempre que se hable de un programa impositivo, programa de gastos, o un sistema de titularidades como progresivo o regresivo, uno debe asumir que la forma en que el dinero es gastado (si es un tributo) o la forma en que es producido (si es un programa de gasto) no contraría el efecto distributivo del programa mismo.

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

25. Las razones dadas comúnmente de por qué una sociedad puede elegir hacer esto son discutidas, infra pp.76-79. Todas ellas son, por supuesto, razones que explican por qué tales bienes son frecuentemente categorizados como bienes-merecidos. Cuando una sociedad subsidia un bien, hace una decisión similar basada en fundamentos similares. Presumiblemente, sin embargo, en tales casos los fundamentos sólo justificarían hacer la posesión del bien menos costosa (lo que sería el caso sin intervención del gobierno) antes que hacer inevitable la posesión del mismo bien.

26. Esto es verdad a menos que estemos preparados a dejar a las partes establecer el asunto sobre la base de "el poder crea derecho", lo cual puede también ser visto por sí mismo, como una forma de titularidad.

27. Para una discusión de este problema inevitable, y por tanto irrelevante grado de coerción en el contexto del accidente, Ver COSTS 50-55, 161-73.

28. La situación es análoga a aquella que implica escoger entre sistemas de distribución de costos de accidentes que minimizan los cambios rápidos en la riqueza (por medio de distribuirlos socialmente) y aquéllos que no lo hacen. En realidad, si el evitar los cambios rápidos en la riqueza es visto, por sí mismo, como un bien merecido, la analogía es completa. En el campo de los accidentes, gran parte de la atención ha sido dedicada al problema de los rápidos cambios en la riqueza. Ver, p.e., Morris & Paul, *The Financial Impact of Automobile Accidents*, 110 U.P.A.L.REV. 913, 924 (1962). No obstante, ver W. Blum & H. Kalven, *Public Law Perspectives on a Private Law Problem - Auto Compensation Plans* (1965).

metido es la certeza actual de ser capaz de comprar un beneficio futuro, cuando un mercado futuro de ese bien es demasiado oneroso para ser factible²⁹.

C. Otras razones de justicia.

A las razones finales para la elección de la titularidad inicial que realiza una sociedad las hemos llamado "otras razones de justicia"; debemos admitir además que resulta difícil saber qué contenido puede haber en este término, sobretodo debido a las excesivamente amplias definiciones de eficiencia económica y objetivos distributivos que hemos usado. Existe, en otras palabras, una razón que influiría en la elección que la sociedad realiza de la titularidad inicial y que no puede ser comprendida en términos de eficiencia y distribución? Un par de ejemplos ilustrarán el problema.

A Taney le gusta el ruido, a Marshall le gusta el silencio. Ellos son, asumamos, vecinos inevitables. Asumamos también que no hay costos de transacción que puedan impedir las negociaciones entre ellos. Asumamos finalmente que no conocemos la riqueza de Taney y de Marshall o, en realidad, nada sobre ellos. Bajo estas circunstancias sabemos que el óptimo de Pareto -eficiencia económica- será alcanzado si escogemos una titularidad para hacer ruido o para tener silencio. Además nos resulta indiferente, desde un punto de vista general de distribución de riqueza, la posición de la titularidad inicial, porque no sabemos

si ella conducirá a una mayor igualdad o desigualdad. Esto nos deja sólo con dos razones sobre las cuales basar nuestra elección de la titularidad. La primera es el valor relativo de los amantes del silencio o de los amantes del ruido. La segunda es la compatibilidad de la elección, o su aparente compatibilidad, con otras titularidades en la sociedad.

La primera razón suena atrayente, y al parecer justa. Pero es difícil de abordar. ¿Por qué, a menos que nuestra elección afecte a otras personas, deberíamos preferir una sobre la otra?³⁰ Decir, por ejemplo, que deseamos hacer al amante del silencio relativamente más rico porque preferimos el silencio no es respuesta, sino simplemente una reafirmación de la pregunta. Por supuesto, si la elección afecta a otras personas distintas a Taney y Marshall, entonces tenemos una base válida para la elección. Pero el hecho de que tales efectos externos sean extremadamente comunes e influyan en gran parte nuestras decisiones no nos ayuda mucho. Esto sugiere que el alcanzar el óptimo de Pareto es, en la práctica, un asunto muy complejo, precisamente por la existencia de muchos efectos externos, que los mercados encuentran difíciles de enfrentar. Y también sugiere que con frecuencia existen consideraciones distributivas generales entre Taney y Marshall y el resto del mundo, que afectan la elección de la titularidad. Sin embargo, ello no nos sugiere de ningún modo que para la elección entre Taney y Marshall exista más que el óptimo de Pareto y consideraciones distributivas. En otras pala-

29. Una completa discusión sobre esta justificación para el otorgamiento de bienes en "especie" va más allá del objetivo de este artículo. Una indicación de lo que comprende resulta, sin embargo, adecuada. Una de las muchas razones por las que el derecho a votar es otorgado en especie, en vez de dar a los individuos aquella cantidad de dinero que les asegurará, en una sociedad sin voto, todos los beneficios que tener el voto les daría, es que en cualquier momento determinado el precio de aquellos beneficios en el futuro es completamente incierto y, por ende, virtualmente ninguna cantidad de dinero aseguraría a los individuos el obtener aquellos futuros beneficios. Este no sería el caso si un empresario pudiera ser comprometido para garantizar aquellos beneficios futuros a cambio de un pago de dinero presente.

El grado de incertidumbre sobre el costo de los futuros beneficios del voto es tal, sin embargo, que un (futuro) mercado no sería factible, o, lo que es lo mismo, sería demasiado oneroso para valer la pena. En tales circunstancias, la alternativa fuera de mercado de dar el bien en especie parece más eficiente. Muchos de los bienes de mérito que son, en realidad, dados en especie en nuestra sociedad -por ejemplo, la educación- comparten esta característica de comprender derechos presentes para beneficios futuros, en circunstancias en las cuales no existe un futuro mercado y, a primera vista, parece muy difícil de organizar a un bajo costo. No sugerimos que esta sea la única explicación para la manera en que el derecho a voto es tratado en nuestra sociedad. Por ejemplo, ella no explica por qué el voto no puede ser vendido. (Una explicación para ello puede ser encontrada en el hecho que el beneficio que Taney obtiene con el voto puede depender de que Marshall no obtenga más del voto que él). Esto, sin embargo, añade otra explicación, pocas veces mencionada, para la distribución ocasional de bienes a los individuos en vez de dinero.

30. La respuesta usual está en razones religiosas o trascendentales. Pero esta respuesta presenta problemas. Si ella significa que Chase, un tercero, sufre si el que produce el ruido es preferido, debido a que su creencia considera al silencio más valioso que el ruido, entonces los terceros están siendo afectados por la elección. Cuando Chase sufre, allí existe un efecto externo. Pero esa posibilidad fue excluida en nuestra hipótesis. En la práctica tales efectos externos, frecuentemente llamados moralismos, son extremadamente comunes y complican mucho el alcanzar el óptimo de Pareto. Ver pp. 77-78, infra. Las razones religiosas o trascendentales pueden, sin embargo, ser de otra especie. Chase puede preferir el silencio no porque le importe a él mismo, ni porque sufra si los que producen el ruido obtienen lo mejor de ello cuando su creencia considera más valiosos a los amantes del silencio, sino porque cree que Dios sufre si tal ruido es hecho. Ninguna suma en compensación va a ayudar a Chase en esta situación desde que él sufre algo que no puede ser compensado, y compensar a Dios por la elección equivocada no es factible. Tal razón para una elección es, sugerimos, una verdadera razón de no -eficiencia y no- distributiva. Si esto juega o no algún rol en el presente, es otro asunto.

bras, si los supuestos de costos de transacción nulos e indiferencia hacia las consideraciones de la distribución, hechas entre Taney y Marshall (donde son poco probables), pueden ser aplicados al mundo como un todo (donde son imposibles), el hecho de que la elección entre el ruido de Taney o el silencio de Marshall pudiera afectar a otras personas no nos daría ninguna guía. Entonces, lo que podría parecer un estándar de justicia es simplemente una manera hábil de introducir eficiencia y nociones de distribución demasiado diversas y generales en sus efectos para ser totalmente analizadas en la decisión de un caso específico.

La segunda razón nos parece también atrayente, en una forma diferente ya que suena como "tratar igual casos desiguales". Si la titularidad para hacer ruido en los oídos de otras personas por puro placer es vista por la sociedad como muy semejante a la titularidad para golpear a las personas por placer, y si las buenas razones de eficiencia y distribución existen para no permitir a las personas golpear a otras para sentir placer, entonces allí puede existir una buena razón para preferir la titularidad a gozar del silencio a una para gozar del ruido en el caso Taney-Marshall. Debido a que las dos titularidades son aparentemente consistentes, la titularidad para el silencio fortalece la titularidad para estar libre de golpes gratuitos la cual, hemos asumido, estuvo basada sobre buenas razones de eficiencia y de distribución³¹. Y lo hace disminuyendo los costos de reforzar la titularidad para resultar libres de golpes gratuitos; la titularidad para el silencio reitera y refuerza los valores protegidos por la titularidad para librarse de golpes y reduce el número de discriminaciones que las personas deben hacer entre una actividad y la otra, simplificando así, la tarea que implica imponer su obediencia.

El problema con este raciocinio para la elección es que él también nos conduce hacia la eficiencia y las razones distributivas. Preferimos a los que guardan silencio porque esa titularidad, aun cuando no afecta por sí misma a la deseada distribución de riqueza o nos conduce lejos de la eficiencia en el caso Taney-Marshall, nos ayuda a alcanzar aquellos objetivos en otras situaciones donde existen costos de transacción o donde tenemos preferencias distributivas. Y lo hace porque las personas no advierten que la coherencia es sólo aparente. Si pudiésemos explicarles, racional y emocionalmente, las razones

de eficiencia y de distribución de por qué el golpear gratuitamente a las personas es ineficiente o conduce a una indeseable distribución de riqueza, y si pudiésemos explicarles también por qué una titularidad para el ruido antes que una para el silencio, en el caso Taney-Marshall, nos conduciría a la ineficiencia o a una mala distribución, y por lo tanto el perjuicio secundario de la titularidad para la integridad corporal no ocurriría. Es sólo debido a que resulta oneroso, aun cuando sea factible, destacar la diferencia entre ambas situaciones, cuando la aparente similitud entre ellas persiste. Y evitar esta clase de costo inútil, aun siendo una muy buena razón para hacer elecciones, no es, claramente, sino una parte del objetivo de eficiencia económica³².

No obstante, debemos admitir que explicar las titularidades sólo en términos de eficiencia y distribución, incluso en sus términos más amplios, no parece completamente satisfactorio. La razón para que hasta ahora simplemente hayamos explicado las titularidades en términos de eficiencia y distribución es finalmente tautológica. Hemos definido la distribución abarcando todas las razones, distintas a la eficiencia, sobre la base de lo que debiéramos preferir para hacer a Taney más rico que Marshall. Así definido, obviamente no hay espacio para cualquier otra razón. Los fundamentos distributivos abarcan ideas ampliamente aceptadas como la "igualdad" o, en algunas sociedades, las "preferencias sociales", y unas muy específicas como "favorecer al amante del silencio". Hemos usado esta definición porque existe una utilidad en juntar a todas aquellas razones para preferir a Taney antes que a Marshall que no puede ser explicada en términos de un deseo por poner a cada uno en mejores condiciones, y en contrastarlas con las razones de eficiencia, Paretianas o no, que puedan ser explicadas de este modo.

Juntarlas, sin embargo, tiene algunas desventajas analíticas. Pareciera asumir que no podemos decir nada adicional sobre las razones para elegir algunas preferencias distributivas sobre otras. Por ejemplo, parece asumir un similar reconocimiento universal del fundamento para considerar a los amantes del silencio como relativamente más valiosos que el considerar la igualdad como deseable. Y éste, obviamente, es un supuesto peligroso. Para evitar este peligro, el término "distribución" es limitado a menudo a relativamente pocas razones generales, tales como la igualdad. Y aquellas preferencias que no pueden ser

31. Lo contrario sería cierto si hacer ruido fuera pensado como semejante a lo que es la industria, y conducir el silencio, al letargo y a la ociosidad respectivamente; y tenemos muy buenas razones distributivas o de eficiencia para preferir la industria al letargo.

32. No pretendemos subestimar la importancia de una aparente consistencia como fundamento de las titularidades. Lejos de ello, es deseable que una sociedad a menudo prefiera una titularidad aunque lleve a leves ineficiencias o malas distribuciones de riqueza entre, digamos, Taney y Marshall, debido a que esa titularidad tiende a ser soporte de otras titularidades que son cruciales en términos de eficiencia o distribución de la riqueza en la sociedad toda, y porque el costo de convencer a las personas de que las situaciones son en verdad diferentes, no equivale a lo que se ganaría en el caso de Taney y Marshall.

explicadas fácilmente en términos de estas relativamente pocas preferencias distributivas generalmente aceptadas, o en términos de eficiencia, son llamadas razones de justicia. La dificultad con este término es que algunas veces es tomado para implicar que el brillo moral de justicia está reservado a estas diferencias residuales y no se aplica a las preferencias distributivas generales o a las preferencias basadas en eficiencia. Y, por supuesto, esto es erróneo, ya que muchas titularidades que propiamente son descritas en nuestra sociedad como basadas en la justicia, podrían fácilmente ser explicadas en términos de preferencias distributivas generales o de eficiencia, o de ambas.

Usando el término "otras razones de justicia" esperamos evitar esta dificultad y enfatizar que las nociones de justicia adhieren a la eficiencia y a más amplias preferencias distributivas, así como a otras nociones mucho más idiosincráticas. En la medida que alguien desee contrastar la diferencia entre la eficiencia y otras razones para la elección de ciertas titularidades, de lo único que necesitará es del enunciado bipolar de eficiencia-distribución. Asimismo, para alguien que desee ahondar en razones que, no obstante haber estado posiblemente vinculadas en su origen con la eficiencia, tienen ahora una vida propia, o en razones que, aunque distributivas, no pueden ser descritas en términos de principios tan generales como la igualdad, un enunciado que admita "otras razones de justicia", parecería de mayor utilidad³³.

III. REGLAS PARA PROTEGER Y REGULAR LAS TITULARIDADES

Siempre que una sociedad elige una titularidad inicial, debe, además, determinar si protege la titularidad por medio de las reglas de la propiedad, por las reglas de responsabilidad o por las reglas de inalienabilidad. De acuerdo a nuestro esquema, gran parte de lo que generalmente llamamos propiedad privada puede ser vista como una titularidad que se encuentra protegida por una regla de propiedad. Nadie puede tomar la titularidad sobre la propiedad privada de su titular a menos que el titular la venda voluntariamente y al precio al cual él subjetivamente la valora. Por otra parte, puede existir una molestia por razón de vecindad ("nuisance", como los daños causados por los humos de una fábrica a sus vecinos), con la suficiente utilidad pública como para no admitir la prohibición judicial de la molestia, que conceda, en efecto, el derecho de tomar la propiedad ajena a cambio de una compensación. En tal circunstancia, la titularidad para la propiedad se encuentra tan sólo protegida por lo

que llamamos una regla de responsabilidad: un estándar objetivo y externo de valuación es utilizado para facilitar la transferencia de la titularidad del titular al causante de la molestia³⁴. Finalmente, en algunos casos no permitiremos siquiera la venta de la propiedad, esto es, convertiremos ocasionalmente la titularidad en inalienable.

En esta parte, consideraremos las circunstancias en las cuales la sociedad empleará estas tres reglas para resolver situaciones de conflicto. Debido a que la regla de propiedad y la regla de responsabilidad están muy relacionadas y dependen cada una, para su aplicación, de las deficiencias de la otra, las trataremos de manera conjunta. La inalienabilidad la discutiremos separadamente.

A. Reglas de Propiedad y de Responsabilidad

¿Por qué no puede una sociedad simplemente decidir, sobre la base de los criterios mencionados, quién es el que debe recibir una determinada titularidad y luego dejar que su transferencia ocurra a través de una simple negociación voluntaria? ¿Por qué, en otras palabras, no puede la sociedad limitarse ella misma a la regla de propiedad? Para lograrlo sólo necesitaría proteger y hacer efectiva la titularidad inicial contra todo ataque, quizás a través de sanciones penales³⁵, y reforzar, a su vez, los contratos voluntarios para su transferencia. ¿Por qué necesitamos, después de todo, reglas de responsabilidad?

En términos de eficiencia económica la razón es muy fácil de ver. A menudo, el costo de establecer el valor de una titularidad inicial por medio de la negociación es tan grande que aun cuando una transferencia de esa titularidad beneficiaría a todos los involucrados, tal transferencia jamás ocurrirá. Si en su lugar fuera admitida una determinación colectiva del valor, la transferencia beneficiosa sería rápidamente realizada.

Las facultades del Estado para expropiar son un buen ejemplo. Asumiendo que un parque en Guidacres -una extensión de tierra perteneciente a 1000 propietarios de 1000 parcelas respectivamente- resultaría de tal utilidad para un pueblo vecino que los 100,000 habitantes de dicho pueblo estarían, cada uno, dispuestos a pagar un promedio de \$100 para obtenerlo. El parque sería deseable en términos de Pareto si los propietarios de las parcelas de tierra en Guidacres valúan efectivamente sus titularidades en menos de \$10'000,000 o en un promedio de \$10,000 cada parcela. Asumamos que en efecto las parcelas

33. Ver, sin embargo, Fletcher, supra nota 21, 547 n. 40.

34. Ver, e.g., *Boomer V. Atlantic Cement Co.*, 26 N.Y. 2d 219, 309, N.Y.S. 2d 312, 257 N.G. 2d 870 (1970) (evitar la prohibición condicionado al pago de daños permanentes a los demandantes).

35. La relación entre las sanciones penales y las titularidades de propiedad serán examinadas infra pp. 84-86.

son todas iguales y que todos los propietarios las valoran en \$8,000. Bajo esta premisa, el parque sí resultaría deseable, en términos de eficiencia económica (de acuerdo a los valores predeterminados su costo sería de \$8'000,000 y su valor para los compradores de \$10'000,000). Pero aún, después de este análisis, ello no podría ser determinado con toda certeza. Así, si muchos de los propietarios piden más de \$10,000, para de ese modo obtener una mayor porción de aquellos \$2'000,000 que creen los compradores están dispuestos a pagar por sobre la valuación que los vendedores estiman, el precio demandado sería mayor que \$10'000,000 y no habrá parque alguno. Los vendedores tienen así un motivo para esconder su verdadera valuación y de este modo el mercado no tendría éxito en establecer el parque.

Un ejemplo igualmente válido puede ser formulado respecto de los compradores. Supongamos que los vendedores de Guidacres han acordado un precio de venta \$8'000,000 (ellos son todos parientes y en una cena familiar han decidido que exigir más les haría perder el negocio). No se deduce de ello que los compradores puedan elevar mucho más ese precio, aun cuando cada uno de los 100,000 pobladores en realidad valúa el parque en \$100. Algunos pobladores tratarán de beneficiarse sin asumir el costo y dirán que el parque sólo vale \$50 o, aun, que no tiene valor alguno para ellos, esperando con esto que muchos otros pobladores acepten que tienen un mayor interés en él y llegar así al precio de \$8'000,000. Nuevamente, no hay razón para creer que el mercado -un sistema descentralizado de valuación- hará que las personas expresen sus verdaderas valuaciones y por ende produzcan resultados que, en realidad, serían considerados por todos como deseables.

Siempre que este sea el caso, se puede rápidamente formular un argumento para pasar de una regla de propiedad a una regla de responsabilidad. Si la sociedad pudiera apartar del mercado la valuación de cada parcela de tierra, decidir el valor colectivamente, e imponerlo, se eliminaría el problema de las falsas expectativas. Del mismo modo, si la sociedad pudiera valorar colectivamente el interés individual de cada poblador de tener un parque y basado en ello, imponer un impuesto a los "beneficios" obtenidos, se

eliminaría el problema de los pobladores que quieren beneficiarse sin asumir el costo. Si la suma de los tributos resultara mayor a la suma del justiprecio que debe pagarse, el parque se construirá.

Por supuesto, pueden concebirse situaciones donde resulte barato excluir a todos los pobladores que no asumieron el costo del parque de sus pretensiones sobre el mismo, o racionar su uso en concordancia con lo que estaban originalmente dispuestos a pagar. En tal caso, los motivos para tratar de beneficiarse sin asumir el costo habrían sido eliminados. Pero esas exclusiones, aun cuando fueran posibles, no son generalmente baratas. El mismo puede ser el caso de los métodos del mercado que podrían evitar el problema de las expectativas, del lado de los vendedores.

Por otro lado, aun cuando los problemas de las expectativas y el de los pobladores que tratan de beneficiarse sin asumir los costos pueden ser factiblemente enfrentados por medio del mercado, quedaría aún un argumento para emplear una regla de responsabilidad. Asumamos que en nuestro supuesto, los pobladores que no contribuyen para el parque pudieran ser excluidos a un costo de \$1'000,000 y que todos los propietarios de parcelas en Guidacres pudieran ser convencidos, utilizando \$500,000 en propaganda y cocktails, de que la venta se efectuaría sólo si ellos revelaran sus verdaderas valuaciones de la tierra. Desde que los \$8'000,000 más \$1'500,000 suman menos que \$10'000,000 el precio del terreno habrá quedado determinado. Pero si la valuación colectiva de las parcelas y de los beneficios que el terreno traería consigo costaran menos de \$1'500,000, habría sido inviable establecer el valor del terreno por medio del mercado, un mercado cuyo costo no habría razón para asumir³⁶.

Por supuesto, los problemas con las reglas de responsabilidad son igualmente reales. No podemos estar seguros que el propietario Taney no esté mintiendo o negándose a revelar su valuación cuando asegura que su tierra vale \$12,000 para él. El hecho que varios vecinos vendan parcelas idénticas a \$10,000 no ayuda mucho; Taney puede estar sentimentalmente ligado a su tierra. Como resultado, la expropiación puede subvaluar gruesamente lo que

36. Puede argüirse que, dada la información imperfecta, el mercado es preferible debido a que pone un límite- el costos de establecer un mercado- al tamaño de la posible pérdida, mientras los costos de coerción no pueden ser definidos y pueden ser infinitos. Esto puede ser cierto en algunas situaciones pero no resulta ser siempre el caso. Si por ejemplo, supiéramos que los propietarios que creen que les pagaron más venderían por \$ 500,000 más de lo que se ofrece, porque recientemente ofrecieron la tierra en un precio mayor, coercionarlos para vender en un precio objetivamente determinado entre la oferta del vendedor y la oferta del comprador no resultará perjudicial si no se excede de \$ 500,000. Así, los costos de la coerción pueden también no ser infinitos.

Tampoco es una respuesta decir que aquél que vendería por un precio más alto pero es presionado a recibir uno menor sufre un costo no monetario infinito además de la diferencia en el precio, por el hecho de que es coercionado y ello lo resiente, porque si bien esto puede ser cierto, el mismo resentimiento no monetario puede también estar presente en aquéllos que desean el parque pero no lo obtienen porque el mercado es incapaz de excluir a los que se niegan a expresar su verdadera valuación. En otras palabras, los costos indeterminables de un resentimiento pueden existir debido tanto a la coerción como a una deficiencia del propio mercado.

Taney está actualmente dispuesto a aceptar por su propiedad, aun cuando busque darle su verdadera valuación de su parcela. En la práctica, es tan difícil determinar la verdadera valuación de Taney que la expropiación simplemente le hace conocer lo que la tierra vale "objetivamente", en el convencimiento de que puede resultar por sobre o por debajo de la compensación; lo mismo puede decirse respecto al comprador. Los impuestos a los "beneficios" raramente intentan, dejando de lado por un instante su eficacia, medir el deseo relativo de un ciudadano individual por medio del citado beneficio. Dichos impuestos se justifican porque, aun cuando no miden de manera precisa cada deseo individual por el beneficio, la alternativa del mercado nos parece peor. Por ejemplo, cincuenta familias diferentes pueden otorgar diferentes valores a una nueva vereda que correrá al costado de sus propiedades. Sin embargo, debido a que es difícil medir, cuando ello es posible, cada una de las valuaciones de esas familias, acostumbramos imputar a cada familia una cantidad igual.

El ejemplo de la expropiación es simplemente uno de los numerosos casos en los que la sociedad utiliza las reglas de responsabilidad. Los accidentes consti-

tuyen otro de dichos casos. Si fuéramos a dar a las víctimas una titularidad de propiedad para no ser agraviadas accidentalmente requeriríamos que todos los que intervienen en actividades que pueden causar perjuicio a los individuos, negociaran con ellos antes de un accidente y comprarán el derecho a dañar un brazo o una pierna³⁷. Tales negociaciones, anteriores al accidente, serían extremadamente raras y a menudo prohibitivas³⁸. Exigirlas haría, en realidad, imposibles muchas actividades que juzgamos valiosas. Y luego del accidente, el que perdió un brazo o una pierna siempre podrá tranquilamente negar que las ha vendido al precio que el comprador había ofrecido. En realidad, cuando las negociaciones se realizan después del accidente -por ejemplo las que tienen lugar antes del juicio- es porque la alternativa es por la valuación colectiva de los daños.

No es nuestro objetivo delinear aquí todas las situaciones teóricas -dejando a un lado las prácticas- donde los mercados pueden ser muy caros o fracasar y donde las valuaciones colectivas parecen ser más deseables. La literatura económica muchas veces ha abordado el tema de manera tal a hacerlo inteligible para los abogados³⁹. Escapa a nuestros propósitos

37. Aun cuando ello fuera posible, debe quedar claro que el bien vendido no sería el mismo del que ahora se le priva. Si Taney renuncia por \$1,000 al derecho de recobrar la pierna perdida, si alguna vez la perdiera, lo que estaría haciendo es negociando un producto indiviso, el cual puede ser descrito como "gusto o aversión por el riesgo" y "su deseo de tener una pierna". El producto actualmente tomado, sin embargo, es una pierna. Que los dos bienes sean diferentes puede ser apreciado a partir del hecho que un hombre que pide \$1,000 por una probabilidad de uno en mil de perder una pierna puede bien exigir más de \$100,000 por una probabilidad de uno en diez de perderla, y más de \$1'000,000 por la venta de su pierna a alguien que la requiera para un trasplante. Ver en general COSTS 88-94. Esto no significa que el resultado de tales transacciones, si fueran factibles, sería necesariamente peor que el resultado de las valuaciones colectivas. Simplemente significa que tal situación, aun cuando factible, es diferente de aquélla en la cual Taney vende su casa en un precio determinado.

38. Tales negociaciones, anteriores al accidente, entre las potenciales víctimas y los causantes del perjuicio, no son a veces tan costosas. Así, en una típica situación de responsabilidad por producto, el costo de negociación sobre un daño potencial no necesariamente es prohibitivo. El vendedor de una máquina podadora puede ofrecer vender a un precio reducido si el comprador acepta no demandar en caso de resultar perjudicado. Sin embargo, la sociedad a menudo prohíbe tales negociaciones al juzgarlas indeseables. Esto puede suceder debido a las razones sugeridas en la nota 37 supra, o por cualquier otra razón que nos haga convertir alguna titularidad en parcial o totalmente inalienable. Se han hecho intentos para enfrentar situaciones donde las negociaciones ex ante no son factibles debido a estrategias fiscales diseñadas para hacer que la gente revele sus preferencias. Una de ellas consiste en requerir a los individuos declarar una valuación de sus propiedades, o aun de sus miembros y pagar un impuesto sobre ese autoavalúo. Ese valor sería el valor del bien si resultara dañado en un accidente o por la expropiación. Ver en general N. Tideman, *Three Approaches to Improving Urban Land Use*, ch. III (1969) (Disertación Ph.D. ante el Departamento de Economía de la Universidad de Chicago, no publicado, en archivo. Biblioteca de Derecho de Yale). Por supuesto, si bien es sólo dañado como resultado de un accidente o de la expropiación, el problema del riesgo descrito en la nota 37 supra permanecerá. Si, en cambio, la propiedad o el miembro pudieran ser tomados a voluntad al valor autodeterminado, surgirían serios problemas por el hecho de existir enormes costos no monetarios lo mismo que monetarios, involucrados en hacer dar a la gente un valor a todas sus preferencias y sus miembros. Un problema adicional, aunque quizás solucionable con los impuestos autodeterminados, es que el precio tomado excluirá cualquier utilidad del consumidor. Esto puede no tener significancia en términos de eficiencia económica, pero si creemos que la existencia de una utilidad para el consumidor en muchas transacciones de mercado tiene en su totalidad un favorable efecto en la distribución de la riqueza, puede bien ser una razón por la cual los impuestos autodeterminados son vistos con escepticismo. Cf. Little, *Self-Assessed Valuations: A Critique* (1972) (documento no publicado, en archivo. Biblioteca de la Escuela de Leyes de Harvard). El lector puede preguntarse razonablemente por qué muchos individuos que ven a los impuestos autodeterminados con escepticismo no muestran la misma actitud por lo que puede ser una estrategia muy parecida, el seguro opcional de primera persona, que cubre el dolor y los daños sufridos en los accidentes automovilísticos. Ver, e.g., Calabresi, *The New York Plan: A Free Choice Modification*, 71 COLUM. L. REV. 267, 268 n.b (1971).

39. Para una buena discusión inteligible para los abogados, ver Bator, *The Anatomy of Market Failure*, 72 Q.J. ECON. 351 (1958).

apuntar que una razón muy común, quizás la más común, para preferir una regla de responsabilidad a una de propiedad para proteger una titularidad es que la valuación que de ella hace el mercado es considerada ineficiente, esto es, que resulta invalorable o demasiado cara de realizar comparada con una valuación colectiva.

Debemos también reconocer que la eficiencia no es el único punto a tomarse en cuenta para preferir el empleo de las reglas de responsabilidad sobre las reglas de la propiedad. Así como la titularidad inicial es a menudo decidida en base a razones distributivas, también la elección de una regla de responsabilidad es a menudo hecha porque facilita una combinación de los objetivos de la eficiencia y la distribución que sería difícil de conseguir con una regla de propiedad. Como veremos en el contexto de la contaminación, el uso de una regla de responsabilidad puede permitirnos llegar a un nivel de redistribución que sólo podría ser alcanzado con un sacrificio prohibitivo de eficiencia si empleáramos la respectiva regla de propiedad.

Con frecuencia, una vez que una regla de responsabilidad es elegida, quizás por razones de eficiencia, ésta es del mismo modo utilizada para favorecer objetivos distributivos. Nuevamente, los accidentes y la expropiación constituyen buenos ejemplos. En ambos casos la indemnización que se otorga varía claramente con los objetivos distributivos de la sociedad, y no puede ser fácilmente explicada en términos de dar a la víctima el equivalente más cercano posible, objetivamente determinado, del precio en el cual ella hubiera vendido aquello de lo que se le ha privado.

No debiera sorprendernos que esto ocurra así a menudo, aun en aquellos casos en los que la razón para una regla de responsabilidad sea una razón de eficiencia. Dado que los objetivos distributivos son caros y difíciles de alcanzar, y la valuación colectiva implicada en las reglas de responsabilidad conduce, por sí misma, fácilmente a promover objetivos distributivos⁴⁰. Esto no significa que los objetivos distributivos resulten siempre cumplidos de este modo. La toma de decisiones ad-hoc es siempre problemática, y las dificultades son especialmente agudas cuando la transacción de los conflictos entre las partes es utilizada como un vehículo para la solución de otros problemas distributivos más generalizados. Sin em-

bargo, de esta forma los objetivos distributivos pueden ser más fácilmente logrados que de otra⁴¹.

B. Titularidades inalienables

A esta altura, hemos ya abordado las preguntas de cuándo la sociedad debería proteger una titularidad por las reglas de propiedad o de responsabilidad. Sin embargo, existen muchas titularidades que implican un grado aún mayor de intervención estatal: la ley no sólo decide quién es el titular de algo y qué precio deberá pagarse por ello si es violado o destruido, sino que además regula su venta; por ejemplo, estableciendo pre-condiciones para que la venta sea válida o prohibiendo del todo su venta. Aunque estas reglas de inalienabilidad son sustancialmente diferentes a las reglas de propiedad y responsabilidad, su uso puede ser analizado en términos de los mismos objetivos distributivos y de eficiencia que subyacen al uso de las otras dos reglas.

Mientras que en una primera aproximación los objetivos de eficiencia pueden parecer disminuidos por las limitaciones a la capacidad para comprometerse en transacciones voluntarias, un análisis más detenido sugiere que hay instancias, quizás muchas, en las cuales la eficiencia económica resulta mucho más cercana a causa de las mismas limitaciones. Esto puede ocurrir cuando una transacción crea externalidades significativas (costos a terceras personas).

Por ejemplo, si se permite que Taney venda su tierra a Chase, un contaminador, perjudicará a su vecino Marshall al ocasionarle una pérdida de valor en el terreno de su propiedad. Es posible que Marshall quiera pagar a Taney para que no venda su tierra; pero debido a que existen muchos otros "Marshalls" perjudicados, el problema de los que quieren beneficiarse sin asumir el costo y los costos de información hacen que tales transacciones sean prácticamente imposibles. El Estado podría proteger a los "Marshalls" y aun facilitar la venta de la tierra dándoles una titularidad para prevenir la venta de Taney a Chase pero sólo protegiendo tal titularidad por una regla de responsabilidad. Podría, por ejemplo, gravar todas las ventas de tierra a contaminadores con un tributo que sería equivalente al estimado de todos los costos externos que la venta ocasionaría a los "Marshalls". Pero allí donde existen tantos perjudicados, que el precio requerido por la regla de responsabili-

40. La valuación colectiva de los costos hace también más fácil de valorar los costos en los que la sociedad cree deben ser valuados por la víctima en lugar de lo que la víctima los valoraría en un mercado libre si tal mercado fuera factible. La primera clase de valuación es por supuesto, paternalista, lo cual no significa que sea indeseable; el peligro es que el paternalismo que no es deseable entraría inadvertidamente dentro de la valuación del costo, dado que la valuación es hecha necesariamente en forma colectiva. Ver pp. 77-78 infra.

41. Para sugerencias de que los programas distributivos sistemáticos pueden a veces causar una peor distribución de recursos que las decisiones ad hoc, ver Ackerman, *Regulating Slum Housing Markets on Behalf of the Poor: Of Housing Codes, Housing Subsidies and Income Redistribution Policy*, 80 Yale L.J. 1093, 1157-97 (1971); Calabresi, *supra* nota 12.

dad resultaría probablemente tan alto que nadie estaría dispuesto a pagarlo, poner en marcha la maquinaria de la valuación sería una pérdida de tiempo y recursos. Prohibir la venta a los contaminadores será la medida más eficiente dado que es claro que prevenir la contaminación es más barato que pagar sus costos, incluyendo los costos para los perjudicados.

Otra instancia donde los costos externos pueden justificar la inalienabilidad, se da cuando los costos externos no se prestan, ellos mismos, a la medición colectiva, que debe ser una medición aceptablemente objetiva y no-arbitraria. Esta imposibilidad de expresión en términos monetarios es característica de una categoría de costos externos, la cual en la práctica parece frecuentemente conducirnos a las reglas de inalienabilidad. Tales costos externos son a menudo llamados costos morales.

Si se permite que Taney se venda a sí mismo como esclavo, o que asuma riesgos indebidos que le hagan quedar en la indigencia, o vender un riñón, Marshall podría sufrir un daño, debido simplemente a que Marshall es un hombre sensible que sufre al ver a alguien como esclavo, o en la miseria o muriendo porque vendió un riñón. Nuevamente, Marshall pagaría a Taney para que no vendiera su libertad al esclavista Chase; pero otra vez Marshall no sería el único, sino uno de muchos perjudicados, el problema de los que quieren beneficiarse sin asumir el costo y los costos de información harían tales transacciones prácticamente imposibles. De nuevo, el Estado podría intervenir valuando objetivamente el costo externo para Marshall y exigiendo a Chase pagarlo. Pero dado que el costo externo ocasionado a Marshall no es susceptible de una medición objetivamente aceptable, tales reglas de responsabilidad no resultan adecuadas.

En el caso de Taney vendiendo tierras a Chase, el contaminador, las ventas eran inapropiadas porque nosotros **sabíamos** que los costos para Taney y todos

los perjudicados excedían los beneficios para Chase. Así, aun cuando no estamos seguros de cuál sería el resultado de un análisis costo-beneficio, las reglas de responsabilidad resultan inadecuadas porque la valuación monetaria es, por hipótesis, irrealizable. El Estado debe, en consecuencia, o ignorar los costos externos de Marshall o si lo considera más importante, prohibir la transacción que los ocasiona, haciendo inalienable la libertad de Taney⁴².

Obviamente, no siempre valüaremos lo suficientemente el daño externo a lo moral a un punto tal como para prohibir la venta⁴³. Y también obviamente, costos externos diferentes a los morales pueden resultar tan difíciles de valorar como para justificar crear las reglas de inalienabilidad apropiadas en ciertas circunstancias; sin embargo, esta razón para justificar las reglas de inalienabilidad aparece en la mayoría de los casos vinculada a situaciones en las que se encuentra implicado lo moral.

Existen otras dos razones de eficiencia para prohibir la venta de titularidades bajo ciertas circunstancias: auto-paternalismo y verdadero paternalismo. Ejemplos del primero son Ulises atándose al mástil, o los individuos aprobando una Declaración de Derechos para estar prevenidos de sucumbir ante tentaciones momentáneas que juzgan perjudiciales para ellos mismos. Este tipo de limitación no es en ningún sentido un paternalismo real. Es más bien totalmente compatible con el criterio de eficiencia de Pareto, basado en la idea que, sobre la multitud de casos, nadie mejor que el propio individuo para saber qué es lo mejor para sí mismo. Dicho criterio permite al individuo escoger lo que le resulta mejor en el largo plazo antes que en el corto plazo, aunque esta elección implique abandonar, en cierta medida, la libertad de elegir en el corto plazo. El auto-paternalismo puede llevarnos a requerir algunas condiciones previas para permitir la venta de una titularidad; y puede asimismo ayudarnos a explicar muchas situaciones

-
42. Otorgar a Taney un derecho inalienable a ser libre es en muchos aspectos lo mismo que otorgar a la mayoría de la gente una titularidad de propiedad para mantener a Taney libre. La gente puede negociar y decidir entregar su titularidad, por ejemplo, para cambiar la ley, pero existen límites a la factibilidad de este tipo de transacciones que hacen que las titularidades públicas sean virtualmente inalienables.
 43. Por ejemplo, permitirme comprar y leer los libros que desee, o vender mi casa a quienquiera que elija sin tomar en cuenta si con ello hago infelices a mis vecinos. Estas titularidades podrían ser una forma de autopaternalismo del lado de los vecinos que temen que una regla diferente los perjudique más en el largo plazo, o que pudieran ser seleccionados por haber fortalecido titularidades aparentemente similares. Ver 71-72 supra. Pero las mismas pueden a su vez reflejar la idea de que el daño sufrido por mis vecinos resulta de un moralismo compartido por ellos pero no tan extendido como para hacer más eficiente el hecho de otorgarles una titularidad para evitar mi transacción. En otras palabras, las personas dañadas por mi transacción son aquéllas que evitan de manera más barata los costos, i.e., el costo que importa para ellos el permitírseme transar libremente es menor que el costo para mí y para otros similarmente situados en una titularidad inversa.
 44. El hecho que la sociedad haya hecho inalienable una titularidad no significa, por supuesto, que no habrá compensación para el poseedor de la titularidad si es que ella le es arrebatada. Así, aun cuando una sociedad prohíba la venta de riñones, probablemente compensaría a la persona cuyo riñón resulta destrozado en un accidente automovilístico. Las situaciones son distintas y el riñón es protegido por reglas diferentes de acuerdo a la situación en que nos encontremos.

de inalienabilidad, tales como la nulidad de los contratos celebrados por una persona en estado de embriaguez o en casos de dolo o violencia. Pero esto probablemente no nos dé aún una total explicación de las situaciones descritas⁴⁵.

El verdadero paternalismo nos lleva un paso adelante en la explicación de tales prohibiciones y otras de mayor envergadura -por ejemplo, las prohibiciones de toda una clase de actividades por los menores de edad-. El paternalismo se basa en la idea que al menos en algunas situaciones los "Marshalls" saben mejor que Taney lo que mejorará su situación⁴⁶. No estamos hablando aquí acerca de la ofensa causada a Marshall debido a la opción de Taney por la literatura pornográfica, o a la venta que de sí mismo hace al esclavista, sino más bien al criterio de que Taney no estaba en la posición de elegir bien por sí mismo, cuando optó por la pornografía o la servidumbre⁴⁷.

Al primer concepto lo hemos llamado un moralismo y constituye una frecuente e importante razón para la inalienabilidad. Pero esto es consistente con las premisas del óptimo de Pareto. El segundo concepto, el paternalismo, es a su vez, una importante razón de eficiencia económica para la inalienabilidad, pero por el contrario no resulta consistente con las premisas del óptimo de Pareto: la "torta" más eficiente no es más grande que aquella que se obtendría a

través de los convenios sin costos, ya que una persona puede salir en mejores condiciones si se le prohíbe negociar y contratar.

Finalmente, de la misma forma en que los objetivos de la eficiencia dictan algunas veces el uso de reglas de inalienabilidad, también lo hacen, por supuesto, los objetivos distributivos. El hecho que la titularidad pueda o no ser vendida con frecuencia afecta directamente al más rico y al más pobre. Prohibir la venta de niños hace más pobres a aquéllos que pueden producirlos a bajo costo y más ricos a aquéllos que a través de una red ajena al mercado obtienen gratis un niño "no deseado"⁴⁸. Prohibir las cláusulas eximentes de responsabilidad en la venta de productos hace más ricos a aquéllos perjudicados por los defectos en el producto y más pobres a aquéllos no perjudicados que deben pagar más por el producto porque la cláusula limitativa de responsabilidad fue prohibida⁴⁹. Favorecer al grupo específico que ha resultado beneficiado puede o no haber sido la razón para la prohibición de negociar. Lo importante es que, dejando de lado la razón para prohibir un contrato, un grupo gane con la prohibición.

Lo dicho basta para ponernos al tanto de qué motivos directamente distributivos pueden subyacer bajo los campos calificados de no-distributivos de la inalienabilidad, sea el paternalismo, el autopaternalismo o las externalidades⁵⁰. Esto no significa que darle

45. En la práctica, desde que es frecuentemente imposible limitar el efecto de una regla inalienable a aquéllos que la desean por razones de autopaternalismo, éste último podría llevar a algunas restricciones para aquéllos que desearan vender sus titularidades. Esto no hace al autopaternalismo menos consistente con el óptimo de Pareto; sólo es otro reconocimiento de que en un mundo imperfecto, el óptimo de Pareto puede ser alcanzado de mejor manera por sistemas que implican cierta coerción que por sistemas de negociaciones totalmente libres.
46. Esta afirmación deja abierta la cuestión de si el bienestar futuro de Taney será finalmente decidido por el propio Taney o por los muchos Marshalls. Lo último implica un alejamiento adicional de las premisas de Pareto. Lo primero que podría ser típico del paternalismo con los menores de edad implica simplemente que los menores no saben lo suficiente como para ejercitar el autopaternalismo.
47. Algunas veces el término paternalismo es utilizado para explicar el uso de una regla de inalienabilidad en situaciones en las que la inalienabilidad no hará que los muchos Marshalls o el forzado Taney estén en mejor posición alguna. Se dice que la inalienabilidad es impuesta porque los muchos Marshalls creen que convertir a la titularidad en inalienable es actuar conforme la voluntad de Dios, esto es, que una venta o transferencia de la titularidad injuriaría a Dios. Asumiendo que esta situación se diera en la práctica, nosotros no la denominaríamos paternalismo, porque esta palabra implica cuidar los intereses de la parte coercionada ...ver nota 30 supra.
48. Esto presupone que una prohibición a la venta de niños no deseados puede ser efectivamente impuesta. Si esto es posible, aquellos niños no deseados que son producidos, resultan de ningún provecho financiero para sus padres naturales, y logran un incremento en el bienestar de aquéllos a quienes se permite adoptarlos gratuitamente y como resultado de una distribución fuera del mercado. Si la prohibición de vender bebés fuera sólo parcialmente imponible, el resultado distributivo sería más complejo. Sería igual para aquéllos que pudieran obtener los bebés en adopción legal, i.e., para aquéllos que los reciben sin pagar sobornos. Igual sucedería con los padres naturales que obedecen la ley, desde que ellos seguirían sin recibir compensación alguna. De otro lado, el adquirente ilegal pagaría probablemente, y el vendedor ilegal recibiría un precio más alto del que pagaría si la venta de bebés fuera legal. Esto causaría un mayor efecto distributivo dentro del grupo de vendedores y compradores ilegales que el que existiría si tales ventas fueran permitidas.
49. Ver nota 37 supra.
50. En la práctica, es a menudo imposible decir si una titularidad ha sido hecha parcialmente inalienable por alguna de las muchas razones de eficiencia mencionadas, o por razones distributivas. ¿Prohibimos que la gente venda su cuerpo por razones de costo paternalista, autopaternalista o moralista? ¿Sobre qué fundamentos prohibimos a un individuo tomar, por un precio alto, una oportunidad de tres de dar su corazón a un sujeto saludable que necesita de un transplante? ¿Evitamos un mercado en recursos médicos por razones distributivas o algunas de las razones de eficiencia discutidas?

a los objetivos distributivos la importancia que se merecen sea indeseable. Claramente es deseable cuando en términos de eficiencia a la sociedad le es indiferente que la titularidad sea alienable o inalienable, o que los objetivos distributivos favorezcan una u otra aproximación. Incluso podría ser deseable aun cuando los objetivos distributivos sean alcanzados incurriendo en determinados costos de eficiencia. El peligro podría ser, sin embargo, que lo que se está justificando, como por ejemplo el paternalismo, sea realmente una forma oculta de incrementar los beneficios distributivos de un grupo que, por otra razón, no deseáramos beneficiar. Por ejemplo, podemos utilizar ciertos tipos de zonificación para preservar espacios abiertos que harán a los pobres más felices, aunque ellos no lo sepan el día de hoy. Los espacios abiertos pueden en realidad hacerlos más felices en el largo plazo. Pero la zonificación que preserva los lugares abiertos puede al mismo tiempo hacer que la edificación en los suburbios sea más cara y puede ocurrir entonces que toda su planificación se oriente a asegurar los beneficios distributivos en favor del habitante del suburbio sin atender a la felicidad de los pobres⁵¹.

IV. EL PROBLEMA DE LOS QUE SE BENEFICIAN SIN ASUMIR LOS COSTOS Y LAS REGLAS PARA EL CONTROL DE LA CONTAMINACIÓN

La contaminación es una de las áreas más interesantes donde la pregunta de a quién se le otorgará una titularidad y de cómo será luego protegida, se encuentra en constante debate⁵². Tradicionalmente, y

de forma muy hábil en un reciente artículo del profesor Michelman, el problema del perjuicio-contaminación es examinado tomando en cuenta tres reglas⁵³. La primera: Taney no puede contaminar a menos que su vecino (asumiendo que sea su único vecino), Marshall lo permita (Marshall puede prohibir la actividad contaminante de Taney)⁵⁴. La segunda regla dice que Taney puede contaminar pero deberá compensar a Marshall por los daños ocasionados (se produce el perjuicio y el remedio se limita a los daños)⁵⁵. Y la tercera, que Taney puede contaminar a discreción y sólo podrá ser detenido por Marshall si éste lo remunera adecuadamente (la polución causada por Taney no es considerada un perjuicio para Marshall)⁵⁶. En nuestra terminología, las reglas uno y dos (prohibición de causar las molestias y perjuicio con resarcimiento de daños solamente) son titularidades otorgadas a Marshall. La primera es una titularidad para librarse de la contaminación y se protege con una regla de propiedad; la segunda es también una titularidad para librarse de la contaminación, pero protegida por una regla de responsabilidad. La regla tres (no-perjuicio) es, por otro lado, una titularidad en favor de Taney protegida por una regla de propiedad, ya que solamente **comprando a Taney su derecho**, al precio que él establezca, podría Marshall acabar con la contaminación.

La exposición de estas tres reglas en el contexto de nuestro esquema de trabajo nos sugiere que existen algunas omisiones. Lo que falta pues es que una cuarta regla represente la titularidad de Taney para contaminar, pero una titularidad que sea sólo protegida por una regla de responsabilidad. La cuarta

51. Hay otro tipo de razones que nos llevan a prohibir las ventas de algunas titularidades y que en algunos casos son denominadas distributivas; este tipo de razones nos llevan a prohibir la venta de algunas titularidades debido a que la distribución de la riqueza que subyace nos parece indeseable. Estas razones creemos no constituyen verdaderos fundamentos distributivos. Ellos son, en verdad, fundamentos de eficiencia que devienen válidos debido a la original mala distribución. Así, ellos pueden, una vez más, ser categorizados como consecuencia de externalidades, al autopaternalismo y al paternalismo puro: (1) Marshall resulta ofendido porque Taney, debido a su pobreza, vende un riñón, y luego Marshall opina por la prohibición de tales ventas (un moralismo); (2) Taney, buscando evitar la tentación ocasional debido a su pobreza, opina por la prohibición de tales ventas (autopaternalismo); y (3) la ley prohíbe a Taney vender su riñón porque, sin tomar en cuenta las creencias de Taney, una mayoría piensa que Taney estará en mejores condiciones más tarde si se le prohíbe vender que si se le deja en libertad de hacerlo influido por su propia pobreza (paternalismo puro). No queremos minimizar estas razones al señalar que ellas no son estrictamente distributivas. Las llamamos no distributivas simplemente para distinguirlas de la forma más directa en la que consideraciones distributivas afectan la alienabilidad de las titularidades.
52. Debe quedar claro que el problema que aquí tocamos realmente es sólo una parte de un problema mayor, aquél del planeamiento del uso de la tierra en general. Mucho de este análisis puede luego resultar relevante para otros temas sobre el uso de la tierra, por ejemplo zonas exclusivas, convenios restrictivos, y restricciones ecológicas. Ver nota 58 infra.
53. Michelman, *supra* nota 1, 670. Ver también RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS, secciones 157-215 (1965). Michelman también discute la posibilidad de la inalienabilidad. Michelman, *supra*, 684. Para una discusión sobre el uso de reglas de inalienabilidad en el contexto de la contaminación, ver p. 84 infra.
54. Ver, e.g., Department of Health & Mental Hygiene v. Galaxy Chem. Co., 1 ENVIR. REP. 1660 (Md. Cir. Ct. 1970) (proscribe emanaciones químicas); Ensign v. Walls 823 Mich. 49, 34 N.W. 2d 549 (1948) (proscriben la prohibición de crianza de perros en los barrios residenciales).
55. Ver, e.g., Boomer v. Atlantic Cement Co., 26 N.Y. 2d 219, 309 N.Y.S. 2d 312, 257 N.E. 2d 870 (1970) (evitar la prohibición condicionado al pago de daños permanentes a los demandantes).
56. Ver, e.g., Franciso v. Department of Institution & Agencies, 15 N.J. Misc. 663, 180 A. 843 (Ct. Ch. 1935) (demandantes no tienen título para proscribir el ruido y olores de sanitario adyacente); Rose v. Socony-Vacuum Corp., 54 R.I. 411, 173 A. 627 (1934) (la contaminación de aguas filtradas no es prohibible en ausencia de negligencia).

regla, en realidad una suerte de derecho de expropiación parcial unido a un tributo sobre los beneficios, puede ser enunciada como sigue: Marshall puede detener la contaminación que causa Taney, pero si lo hace debe indemnizarlo.

Como cuestión práctica, resulta fácil de ver por qué juristas tan astutos, como el profesor Michelman, han ignorado esta regla. A diferencia de las tres primeras, la cuarta regla no se presta fácilmente a la decisión judicial por un número de buenas razones legales de procedimiento. Por ejemplo, aun cuando en la práctica los daños causados a Taney pudieran ser medidos, el prorrateo de la obligación de compensar entre muchos Marshalls presentaría problemas, para los cuales las cortes no se encuentran bien preparadas. Si sólo se exigiera pagar la indemnización a aquellos Marshalls que voluntariamente alegaran su derecho a decidir sobre la contaminación que produce Taney, habría problemas insuperables vinculados a quienes quieren beneficiarse sin asumir los costos de tales beneficios. Por otro lado, si la regla de responsabilidad otorgara titularidad a uno solo de los Marshalls para decidir sobre la contaminación y exigiera a todos los Marshalls que resultaron beneficiados pagar su parte de la compensación, las cortes se enfrentarían con la inmensamente difícil tarea de determinar quiénes son los beneficiados; todo esto como consecuencia de los límites procesales dentro de los cuales se espera que las cortes funcionen⁵⁷.

La cuarta regla no forma, pues, parte de aquellos casos leídos por los estudiantes de Derecho al estudiar responsabilidad civil extracontractual, por lo que, fácilmente, ella les resulta desconocida. Pero esta regla se muestra valiosa, y puede, en algunos casos, dar mayor sentido que cualquiera de las otras tres aproximaciones. En realidad, de una u otra forma, puede constituir el recurso más frecuentemente empleado⁵⁸. Para apreciar la utilidad de la cuarta regla y compararla con las otras tres, examinaremos a continuación cuáles son las razones por las que deberíamos elegir cada una de las reglas dadas.

Emplearíamos la regla uno (titularidad para librarse de la contaminación, protegida por una regla de propiedad) desde una perspectiva de eficiencia económica si creyéramos que el contaminador Taney, pudiera evitar o reducir los costos de la contaminación a un menor precio que el contaminado, Marshall. O visto desde otro ángulo, a Taney se le prohibiría contaminar si estuviera en mejor posición para determinar los costos de la contaminación contra los costos de la no contaminación. Emplearíamos la regla tres (titularidad para contaminar, protegida por una regla de propiedad), nuevamente desde un punto de vista de eficiencia económica, si hiciéramos el juicio inverso, sobre quién puede determinar mejor el daño causado por la contaminación con los costos de su prohibición. Si nuestros juicios estuvieran equivocados y si las transacciones entre Marshall y Taney se

57. Este problema es de mucho mayor dificultad que aquél que surge bajo la regla dos, en el cual los muchos Marshalls serían compensados por los perjuicios debidos a la contaminación. Bajo la regla dos, cada víctima puede actuar como un individuo, tanto en la búsqueda de compensación en primera instancia como eligiendo ser o no parte de una clase en búsqueda de compensación. Si lo desea y es capaz de convencer a la Corte (por medio de algún standard objetivo aceptado) de que ha sido perjudicado, será compensado. Tal acción individual es cara, y así puede ser ruinosa, pero no presenta especiales problemas en términos del trabajo tradicional de las cortes. Pero si la clase en cuestión consiste no en aquellos con derecho a proscribir, sino en quienes deben pagar para proscribir, los problemas de quienes beneficiándose no quieren asumir los costos requieren que la Corte determine que un indeseado Marshall ha sido beneficiado y debe ser requerido para pagar. La dificultad básica es que si empezamos con la premisa que usualmente subyace a nuestra noción de eficiencia -esto es, que los individuos saben lo que es mejor para ellos- nos enfrentamos con la anomalía de compeler al pago de una compensación a alguien que niega haber obtenido un beneficio, pero a quien requerimos que pague porque la Corte cree que fue beneficiado.

Este problema es análogo a las dificultades que presentan los cuasi contratos. En términos de la teoría de nuestro objetivo de eficiencia económica, el caso para exigir una compensación no negociada debido a beneficios (con frecuencia accidentales) es similar al argumento para compensar a las víctimas de daños y perjuicios. Aún así, las cortes, como regla general, exigen compensación en los cuasi contratos sólo cuando existe tanto un beneficio indiscutible (usualmente de naturaleza pecuniaria o económica) como un reconocimiento afirmativo de la existencia de un beneficio subjetivo (usualmente una subsecuente promesa de pago). Ver A. CORBIN, *CONTRACTS* secciones 231-34 (1963). Esta duda sugiere la falta de seguridad de las Cortes sobre su capacidad para distinguir beneficios reales de ilusiones. Quizás mucho más importante es que sugiere que las cortes reconocen que lo que claramente aparece como un beneficio "objetivo" puede no ser para el supuesto beneficiario un beneficio subjetivo, si sin más razón que ésta, los cambios indeseados del status quo a menudo exigen costos psicológicos. Si éste es el caso, no habría existido beneficio alguno en términos de nuestro criterio de eficiencia.

58. Ver A. KNEESE & BONER, *Managing Water Quality: Economics, Technology, Institutions* 98-109 (1968); Krier, *The Pollution Problem and Legal Institutions: A Conceptual Overview*, 18 *U.C.L.A.L. Rev.* 429, 467-75 (1971). Virtualmente todas las apropiaciones por expropiación debido a un uso indebido parecen ser ejemplos de esta aproximación. Restricciones por razones ecológicas pueden constituir otro buen ejemplo. Una ordenanza de zonificación local puede requerir a uno de los que la llevan a cabo que contribuya con una porción de su tierra para un parque o para la construcción de una escuela. En compensación por tomar la titularidad de éste, la localidad pagará "daños": los que le permitirán incrementar la tasa normal de densidad de sus restantes propiedades. La cuestión de la determinación del daño involucrado en restricciones ecológicas origina problemas similares a aquéllos que surgen en la determinación del beneficio involucrado en la cuestión de los cuasi contratos. Ver nota 57, supra.

realizaran sin costo alguno o a un costo muy bajo, la titularidad bajo las reglas uno o tres sería negociada y en cualquiera de los casos se llegaría a un resultado eficiente vía un acuerdo⁵⁹. Si le diéramos a Taney la titularidad para contaminar y Marshall valorara el aire limpio más de lo que Taney valora la contaminación, Marshall pagaría a Taney para que deje de contaminar aun cuando no existiera derecho a acción legal alguna. Si, en cambio, le diéramos a Marshall una titularidad para decidir sobre la contaminación y el derecho de contaminar valiera para Taney más que la libertad de contaminar para Marshall, Taney pagaría a Marshall para que no pidiera su prohibición o compraría la tierra de Marshall y la vendería luego a alguien que aceptara no exigir tal prohibición. Si, como hemos asumido, nadie más resulta perjudicado por la contaminación, Taney podría ahora contaminar aunque la titularidad inicial, basada en el supuesto equivocado de quién era el que mejor lograba evitar el costo implicado, permitiera que la contaminación fuera prohibida. Cada vez que las transacciones entre Taney y Marshall resulten fáciles de realizar y la eficiencia económica sea nuestro objetivo, podremos emplear titularidades protegidas por reglas de propiedad aun cuando no estemos seguros de que la titularidad elegida sea la correcta. Las transacciones, tal como han sido descritas más arriba, subsanarían el error. Mientras la titularidad pueda tener importantes efectos distributivos, la eficiencia económica no se verá sustancialmente afectada.

Sin embargo, desde el momento en que asumimos que las transacciones no son baratas, la situación sufre un dramático cambio. Supongamos que tenemos poder sobre Taney y que existen 10,000 Marshalls perjudicados. Ahora bien, **aun cuando** el derecho de contaminar fuera más valioso para Taney que el derecho de estar libres de contaminación para todos los Marshalls, la prohibición probablemente permanecería. El costo de comprar su titularidad a todos los Marshalls, dado los problemas generados al ocultar ellos sus preferencias exagerando sus pretensiones, parecería ser insuperable, y se necesitaría un equivalente al derecho de expropiar para Taney para alterar la prohibición inicial. De manera inversa, si negamos la posibilidad de prohibir la contaminación a los 10,000 Marshalls, éstos sólo podrían con gran dificultad, dado el problema que muchos quisieran obtener los beneficios sin asumir los costos, juntarse para comprarle a un Taney su titularidad y así evitar la contaminación. Esto ocurriría así, aún en el caso de que el daño de la contaminación fuera mayor que el valor que Taney asigna al derecho de contaminar.

Si los costos de transacción no fueran, sin embargo, simétricos, aún podríamos ser capaces de utilizar la regla de propiedad. Asumamos que Taney puede comprar las titularidades de los Marshalls fácilmente porque no existe el problema del ocultamiento de las verdaderas preferencias, pero que los Marshalls tienen grandes problemas para resolver la situación de que muchos se quieren beneficiar sin asumir los costos para comprarle a Taney su titularidad. En este supuesto, la titularidad será otorgada a los Marshalls a menos que estemos seguros de que los Marshalls sortean de manera más barata los costos de la contaminación. Ahí donde no identifiquemos quién evita de manera más barata los costos resultará mejor otorgar a los Marshalls la titularidad para librarse de la contaminación dado que, aun cuando nos equivoquemos en la colocación inicial de la titularidad, esto es, aún en el caso de que los Marshalls sean los que sorteen de manera más barata los costos, Taney compraría su titularidad a los Marshalls y se obtendría la eficiencia económica. Si hubiéramos elegido la titularidad inversa y ésta fuera equivocada, los Marshalls no podrían comprar a Taney su titularidad. Desafortunadamente, los costos transaccionales son a menudo altos en ambos lados y una titularidad inicial, aunque incorrecta en términos de eficiencia económica, no sería alterada por el mercado.

Bajo estas circunstancias -normales en el campo de la contaminación- resulta oportuno pasar a las reglas de responsabilidad, toda vez que no estamos seguros si es el contaminador o son los contaminados quienes pueden sortear de la manera más barata los costos de la contaminación. Sería adecuado utilizar reglas de responsabilidad sólo allí donde no estemos seguros, porque allí donde lo estemos, los costos de las reglas de responsabilidad -esencialmente los costos de la valuación colectiva de los daños que afectan a todos los involucrados más el costo de la coerción contra aquéllos que no venderán en la suma colectivamente determinada- serán innecesarios. Y son innecesarios porque los costos transaccionales y las barreras a la negociación devienen irrelevantes cuando conocemos con certeza quién es el que sortea los costos de manera más barata, la eficiencia económica será, en este caso, otorgada sin transacciones al conceder la titularidad inicial correcta.

En la práctica ocurre que muy a menudo no estamos seguros de quién es el que puede evitar los costos de manera más económica. En tales casos, la doctrina legal tradicional, tiende a buscar un perjuicio y sólo impone a Taney el pago de los daños ocasio-

59. Para una discusión de si la eficiencia podría ser alcanzada tanto en el largo como en el corto plazo, ver Coase, supra nota 12; Calabresi, supra nota 12 (resaltando que si "los costos de transacción nulos" significan que no hay impedimentos de negociar en el corto o largo plazo, y si el óptimo de Pareto significa una distribución de recursos que no puede ser mejorada por las negociaciones, las asunciones de costos de transacciones nulos y de la racionalidad implicarán, necesariamente, al óptimo de Pareto.); Nutter, supra nota 12 (una demostración técnica de la aplicabilidad del Teorema de Coase a los problemas de largo plazo), ver también Demsetz, supra nota 15, 16-22.

nados a los Marshalls⁶⁰. De este modo, si el monto de los daños que Taney está obligado a pagar resulta cercano al perjuicio causado, la eficiencia económica habrá realizado su labor; pero si no es así, el perjuicio generará más daños que beneficios. Sin embargo, la titularidad de los Marshalls para estar libres de contaminación, a no ser que fueran compensados, habría sido otorgada no porque se hubiera pensado que contaminar probablemente valía menos para Taney que la libertad para contaminar para los Marshalls, ni porque, basados en algún criterio distributivo, prefiramos hacer soportar el costo a Taney antes que a los Marshalls, sino porque simplemente no sabíamos si Taney desaba contaminar más de lo que los Marshalls deseaban estar libres de la contaminación; y la única forma con la que creímos podríamos determinar el valor de contaminación era por medio de una regla de responsabilidad. Esta era la regla dos, el pago de daños por las molestias por razón de vecindad a Taney. Esta sería la posición de una corte, comprometida con la eficiencia económica, que crea que sus únicas opciones son las regla uno, dos y tres.

La regla cuatro da, al menos, la posibilidad de que la titularidad opuesta pueda, a su vez, llevar a la eficiencia económica en una situación de incertidumbre. Supongamos por un momento que existe un mecanismo para evaluar colectivamente el beneficio obtenido por cada uno de los Marshalls a causa de dicha cesación. Luego -asumiendo el mismo grado de precisión en la valuación colectiva al existente en la regla dos (regla del pago de daños por molestias)- los Marshalls detendrían la contaminación si ésta les dañara más de lo que beneficiara a Taney. Si esto es posible, luego, aún si creyéramos necesario usar una regla de responsabilidad, estaríamos todavía en la libertad de dar la titularidad a Taney o a Marshall por la razón que quisiéramos; sea ésta de eficiencia o distributiva.

En realidad, el asunto es mucho más complejo. Así como los costos de transacción no son necesariamente simétricos bajo las dos titularidades recíprocas basadas en la regla de propiedad, del mismo modo los equivalentes de una regla de responsabilidad en términos de costos de transacción -el costo de valuar colectivamente y coercionar la adecuación con dicha valuación- podrían no ser simétricos bajo las dos reglas de responsabilidad recíprocas. Los daños por molestias pueden ser muy difíciles de valorar, y los costos de informar a todos los perjudicados de sus derechos y hacerlos acudir a los tribunales pueden resultar prohibitivos. En vez de ello, la estimación del daño objetivo causado a Taney por impedirle contami-

nar, puede resultar barata, y lo mismo puede ocurrir con la determinación de los beneficios relativos que estar libre de contaminación trae a todos los Marshalls. Lo opuesto puede también darse. Como resultado, así como la elección de cuál de las titularidades de propiedad podría basarse en costos de transacción asimétricos y por tanto a la flexibilidad de ser susceptible de correcciones por el mercado, del mismo modo puede la elección entre las titularidades de responsabilidad estar basada en la asimetría de los costos de una determinación colectiva de la indemnización.

La introducción de consideraciones distributivas hace más significativa la existencia de una cuarta posibilidad. Para demostrarlo ya no se necesita investigar todas las variaciones de las posibles relaciones entre los objetivos de eficiencia y los distributivos bajo las cuatro reglas. Un simple ejemplo puede bastar. Pensemos en una fábrica que, por el uso de carbón barato, contamina al estamento adinerado de un pueblo y emplea a trabajadores pagándoles salarios bajos para fabricar un producto que es adquirido principalmente por los pobres; supongamos también la existencia de un objetivo distributivo que favorece la igualdad de riqueza entre todos. La regla uno -prohibir la contaminación- habría posiblemente logrado resultados deseables de eficiencia económica (si la contaminación daña a los pobladores más de lo que permite ahorrar a la fábrica en costos de carbón), pero tendría desastrosos efectos distributivos. La misma regla tendría también indeseables efectos de eficiencia si el juicio inicial sobre los costos de prevención hubiera sido equivocado y los costos de transacción fueran en realidad altos. La regla dos -pago de daños causados por la contaminación- permitiría examinar la capacidad de la eficiencia económica para eliminar la contaminación aun en presencia de altos costos de transacción, pero pondría, muy posiblemente a la fábrica fuera de funcionamiento o disminuiría su producción y así tendría los mismos efectos en la distribución del ingreso que la regla uno. La regla tres -permitir la contaminación- tendría efectos distributivos favorables ya que protegería el ingreso de los trabajadores. Pero si el daño de la contaminación fuera, para los pobladores, mayor que el costo de evitarlo usando un mejor carbón, y si los costos de transacción -problemas de ocultamiento de preferencias- fueran tales que los pobladores no pudieran unirse para pagar a la fábrica para que use mejor carbón, la regla tres tendría insatisfactorios efectos de eficiencia. La regla cuatro -pago de daños a la fábrica después de permitir a los pobladores compelerla o usar mejor carbón, e imposición del costo de estos daños a los

60. Ver, e.g., *City of Harrisonville v. W.S. Dickey Cllax Mig. Co.*, 289 U.S. 334 (1933) (los daños son un remedio apropiado cuando la prohibición perjudica un interés público importante); *Madison v. Ducktown Sulphur, Copper & Iron Co.*, 113 Tenn., 331, 83 S.W. 658 (1904) (daños apropiados debido a la demora de diez años del demandante en solicitar se prohiban los humos).

pobladores- sería la única que satisfaría tanto los objetivos distributivos como los de eficiencia⁶¹.

Podemos construir una hipótesis que resulte igualmente buena para cualquiera de las reglas. No obstante, los problemas de coerción pueden, en la práctica, ser extremadamente graves bajo la regla cuatro. ¿Cómo decidirán los propietarios detener el uso por parte de la fábrica de un carbón corriente? ¿Cómo fijaremos y asignaremos proporcionalmente los daños en términos de beneficios para los pobladores? Pero problemas equivalentes pueden aparecer en caso de aplicar la regla dos. ¿Cómo valuaremos los daños para cada uno de los pobladores? ¿Cómo informar a los pobladores de sus derechos a los daños? ¿Cómo evaluaremos y limitaremos los gastos administrativos de la actuación de la corte, que ésta solución genera?.

La complejidad del problema bajo cada una de las reglas de responsabilidad depende del número de personas a quienes los "beneficios" o "daños" deban ser imputados y del gasto y la probabilidad de error

en tal imputación. Es necesario dar respuesta a estas interrogantes para lograr una evaluación de los posibles beneficios en términos de eficiencia económica de emplear una regla con preferencia a otra. La relativa facilidad para realizar tal imputación a través de diferentes instituciones puede explicar el por qué empleamos a menudo a las cortes para la regla dos y por qué llegamos a la regla cuatro sólo a través de cuerpos políticos que pueden, por ejemplo, prohibir la contaminación o "tomar" la titularidad para construir un avión supersónico gracias a una especie de derecho de expropiar, pagando una compensación a aquéllos perjudicados por estas decisiones⁶². Pero todo esto, de ninguna manera disminuye la importancia del hecho de que la conciencia de la posibilidad de una titularidad para contaminar, protegida sólo por una regla de responsabilidad, puede en algunos casos mejorar nuestra capacidad para combinar nuestros objetivos distributivos y de eficiencia.

Habíamos dicho que hablaríamos poco acerca de la justicia, y así lo haremos. Mas debe resultar claro

61. Cualquiera de las reglas de responsabilidad puede también ser utilizada de distinta manera para lograr los objetivos distributivos. Por ejemplo, si las víctimas de la contaminación fueran pobres, y si la sociedad deseara una distribución más equitativa de la riqueza, podrá incrementar intencionalmente el resarcimiento de los daños "objetivos" si la regla dos fuera utilizada; inversamente, podría disminuir la compensación a los dueños de la fábrica, sin ningún miramiento respecto de la eficiencia económica, si la regla cuatro fuera elegida. Existen obvias desventajas en este método ad hoc de alcanzar los objetivos distributivos. Ver p. 76 supra.

62. Por supuesto, variantes de las otras reglas pueden también ser administradas a través de instituciones políticas. La regla tres, otorgar una titularidad de propiedad a un contaminador, puede ser materializada a través de créditos contra impuestos u otros incentivos tales como los subsidios para los combustibles no contaminantes ofrecidos para la voluntaria disminución de la contaminación. En tales términos, al igual que con la regla cuatro, las instituciones políticas son usadas para efectuar determinaciones comprensivas de los beneficios y superar los problemas de agentes que quieren beneficiarse sin asumir los costos de tal beneficio, y que pueden ser encontrados en una solución de mercado más descentralizado. Sin embargo, esta centralización -en la medida que reemplaza los pagos voluntarios de las víctimas individuales de la contaminación con pagos colectivos no unánimemente acordados- resulta una solución híbrida. El contaminador debe consentir en la venta de su titularidad, pero el grado de disminución de la contaminación buscado y el precio pagado por cada una de las víctimas de la contaminación no es subjetivamente determinado ni voluntariamente consentido por cada una.

La relación de híbridos como los de arriba para las cuatro reglas básicas puede ser establecida de una manera más general. El comprador de una titularidad, sea que la titularidad esté protegida por reglas de propiedad o de responsabilidad, puede ser visto como poseyendo lo que en realidad sería un derecho de propiedad de no comprar la titularidad. Pero cuando abundan los problemas de individuos que quieren beneficiarse sin asumir los costos, ese derecho de propiedad puede en cambio ser otorgado a una clase de potenciales compradores. Esta "clase" puede ser una municipalidad, una autoridad sanitaria, o cualquier otro cuerpo que pueda decidir comprar una titularidad y compeler a aquéllos beneficiados a pagar un precio objetivo. Cuando esto se efectúa, los individuos al interior de la clase tienen ellos mismos sólo una titularidad para no adquirir la titularidad del vendedor protegida por una regla de responsabilidad. Como hemos podido observar, al poseedor de una titularidad puede serle permitido venderla a su propio precio o ser compelido a venderla a un precio objetivo; él podría tener una titularidad protegida por una regla de propiedad o de responsabilidad. Desde que en cualquier transacción el comprador podría tener una titularidad de propiedad o de responsabilidad de no comprar y el vendedor podría tener igualmente una titularidad de propiedad o de responsabilidad de no vender existen, en efecto, cuatro combinaciones de reglas para cada posible colocación original de la titularidad: vendedor voluntario y comprador voluntario; vendedor voluntario y comprador compelido; vendedor compelido y comprador voluntario; vendedor compelido y comprador compelido. Aún más, desde que la titularidad de aquéllo que se está comprando o vendiendo puede haber sido originalmente otorgada a la parte opuesta, existen, en efecto, ocho posibles reglas en vez de cuatro.

No queremos sostener por lo dicho arriba que sugiríamos que las instituciones políticas son usadas sólo para distribuir colectivamente derechos de propiedad. Todo lo contrario, la regla dos por ejemplo, da a las víctimas de la contaminación una titularidad protegida por una regla de responsabilidad para evitar la contaminación. Esta regla puede ser administrada por una fijación descentralizada del daño como en un litigio, o ser efectuada por técnicas tales como tarifas para contaminar a cargo de los contaminadores. Este último tipo de intervención colectiva puede ser preferible cuando se involucra a un gran número de personas y los costos de la valuación descentralizada de los daños son altos. Pero aún bajo cualquiera de los sistemas, el "precio de venta" es colectivamente determinado, de tal forma que el carácter básico de la titularidad de las víctimas no varía.

que si la cuarta regla mejora nuestra habilidad para combinar los objetivos de eficiencia con los objetivos distributivos, ella a la vez nos capacita mejor para combinar los mismos objetivos de eficiencia con otros objetivos que con frecuencia son descritos en el lenguaje de la justicia. Por ejemplo, asumiendo que la fábrica en nuestra hipótesis hubiera estado usando carbón barato **antes** que cualquiera de las casas de las familias adineradas fuera construída. Bajo estas circunstancias, la regla cuatro no sólo alcanzaría la eficiencia deseada y los resultados distributivos mencionados líneas arriba, sino que también concordaría con cualquiera significación de "justicia" que se entienda vinculada con haber estado allí antes que los vecinos. Y esto es así, tanto si vemos ese significado de justicia como parte de un objetivo distributivo, o como parte de un objetivo de eficiencia de largo plazo basado en expectativas de protección, o, en fin, como parte de un concepto independiente.

Hasta ahora no hemos tomado en cuenta la posibilidad de emplear reglas de inalienabilidad para resolver los problemas de contaminación. Una política general que prohíba la contaminación nos parece irreal⁶³. Pero las reglas de inalienabilidad pueden ser usadas apropiadamente para limitar los niveles de contaminación y para controlar el nivel de actividades que causan dicha contaminación⁶⁴.

Un argumento a favor de la inalienabilidad puede estar en la difundida existencia de moralismos contra la contaminación. Así, puede resultar dañoso para los Marshalls -hacendados-agricultores-el ver como Taney, un ciudadano acostumbrado a la sofocación de la ciudad, vende su titularidad para estar libre de contaminación. Un tipo diferente de externalidad o de moralismo puede resultar aún más importante. Los Marshalls pueden sentirse dañados por las expectativas que, mientras la generación presente puede soportar los actuales niveles de contaminación con leves daños a la salud, las generaciones futuras con seguridad enfrentarán más tarde desoladas y riesgosas condiciones ambientales, las cuales les resultarán imposibles de revertir⁶⁵. Este campo para la inalienabilidad pudiera ser fortalecido si es que obtuviéramos

una conclusión similar en el ámbito del auto-paternalismo. Finalmente, la sociedad podría restringir la alienabilidad apoyándose en fundamentos paternalistas. Los Marshalls podrían creer que aunque Taney mismo lo ignore, él estaría en mejores condiciones si realmente pudiera ver las estrellas en la noche, o respirar un aire sin 'smog'.

Cualesquiera sean los campos para la inalienabilidad, debemos volver a enfatizar que los efectos distributivos deben ser cuidadosamente evaluados al realizar la elección por o contra la inalienabilidad. Así, a los habitantes de un pueblo puede otorgárseles una titularidad para evitar la contaminación del agua a causa de la descarga de desperdicios de una fábrica de químicos; y dicha titularidad puede ser hecha inalienable basados en que, de esta forma, los habitantes del pueblo realmente estarán, en el largo plazo, en mejores condiciones para acceder a playas limpias. Pero la titularidad puede también ser hecha inalienable para asegurar el mantenimiento de una bella área de reserva para gente rica, dejando, al mismo tiempo, a los habitantes del pueblo sin trabajo⁶⁶.

V. EL ESQUEMA PLANTEADO Y LAS SANCIONES PENALES

Obviamente, no podemos extender la relevancia de nuestra aproximación a muchas áreas del Derecho. Pero sí la creemos útil para examinar una adicional: aquélla de los crímenes contra la propiedad y la integridad corporal. La aplicación del esquema para el uso de sanciones penales en los casos de robo o violaciones de la integridad corporal es útil en tanto puede contribuir a la comprensión de las materias tratadas con anterioridad, especialmente al ayudarnos a distinguir diversos tipos de problemas legales y a identificar los diferentes modos de resolver tales problemas.

Los estudiantes novatos, instruidos inicialmente en las nociones de eficiencia económica, se preguntan algunas veces por qué no debe un ladrón simplemente quedar obligado por el valor de la cosa robada. La misma pregunta se la han planteado alguna vez

63. Ver Michelman, *supra* nota 1, 667.

64. Esta es la analogía exacta del disuasivo específico de las actividades causantes del daño, ver COSTS 95-129. Aunque pueda parecernos caprichoso, existe por supuesto la posibilidad de que un Estado desee otorgar una titularidad inversa: Una titularidad inalienable para contaminar en algunas instancias. Esto puede suceder cuando el Estado cree que, en el largo plazo, todos estarán en mejor condición, permitiendo a los productores de la contaminación fabricar sus productos, sin tomar en cuenta si el contaminador cree ventajoso aceptar una compensación por dejar de contaminar.

65. Ver Michelman, *supra* nota 1, 684.

66. Cf. Frady, *The View from Hiton Head*, HARPER'S, may, 1970, 103-112. (el conflicto sobre la propuesta de establecer una fábrica de químicos que contaminaría el área de las playas en la económicamente deprimida comunidad de Carolina del Sur; grupos ambientalistas opuestos a la fábrica, apoyados en los promotores de reservas para gente adinerada en el área, los promotores de la fábrica apoyados por los habitantes desempleados del pueblo).

los filósofos del Derecho⁶⁷. ¿Si la cosa robada fue más valiosa para el ladrón que para el propietario, una sanción de este tipo, no cumple acaso suficientemente con el objetivo de la eficiencia económica?. Nuestras respuestas a tal pregunta tienden a tomar un tono altisonante al incursionar en consideraciones morales de indudable relevancia. Pero estas consideraciones con frecuencia no resultan de mucha ayuda para la persona que nos cuestiona, ya que se sustentan en la existencia de obligaciones a cargo de los individuos que les impiden robar por un precio fijo y la pregunta original sería entonces por qué debemos después de todo imponer tales obligaciones.

Una respuesta simple a tal pregunta sería que los ladrones no son capturados todas las veces que roban y por lo tanto los costos del ladrón deben al menos tomar en cuenta la improbabilidad de la captura⁶⁸. Pero ello no resolvería totalmente el problema, ya que aun si los ladrones fueran siempre apresados, la pena que desartaríamos sería siempre mayor que los daños objetivos causados a la persona robada.

Una posible explicación, más amplia, se apoya en la consideración de la diferencia existente entre las titularidades de propiedad y las titularidades de responsabilidad. Para nosotros, imponer al ladrón una pena igual al valor objetivamente determinado de la propiedad robada sería convertir todas las titularidades basadas en la regla de propiedad en titularidades basadas en la regla de responsabilidad.

Sin embargo, la pregunta permanece. ¿Por qué no convertir todas las reglas de propiedad en reglas de responsabilidad? La respuesta es por supuesto, obvia. Las reglas de responsabilidad representarán sólo una aproximación del valor del objeto para su propietario original y la disposición a pagar tal valor aproximado no es indicativa de que valgan más para

el ladrón que para el propietario. En otras palabras, aparte del costo para llegar colectivamente a tal valuación objetiva, no es garantía de la eficiencia económica de la transferencia⁶⁹. Si esto es así con la propiedad, con mayor razón con la integridad corporal, y no pretenderemos colectiva ni objetivamente, valuar el costo de la violación para la víctima contra el beneficio del violador aun cuando la eficiencia económica fuese nuestro único motivo. Incluso cuando nos aproximamos al área de la integridad física pisamos campos en los que no admitimos que una titularidad sea vendida y donde la eficiencia económica participa, si es que llega a participar, en una manera mucho más compleja... Pero aún en los casos en que los objetos tomados o destruidos son cosas que permitimos sean vendidas, no impondríamos al vendedor un precio de venta objetivo a no ser que lo exijan razones especiales.

Una vez que hemos llegado a la conclusión de que no sólo debemos tener reglas de responsabilidad sino que, con frecuencia, aunque sólo sea por motivos de eficiencia económica, requeriremos de reglas de propiedad, la respuesta que daríamos a aquellos estudiantes novatos se torna clara. Así, aun cuando en un caso determinado podamos estar seguros que el valor del objeto robado no es más de "x" dólares, y el ladrón ha sido apresado y está listo para compensar, no estaremos satisfechos si simplemente le obligamos a pagar "x" dólares. Dado que en la mayoría de los casos no podemos estar seguros de la eficiencia económica de la transferencia operada por el robo, debimos agregar a cada caso una sanción que representa la necesidad por parte de la sociedad de evitar que las reglas de propiedad sean convertidas, a voluntad, en reglas de responsabilidad⁷⁰. En otras palabras, imponemos sanciones penales como un medio de desalentar futuros intentos de convertir reglas de propiedad en reglas de responsabilidad⁷¹.

67. Uno de los últimos artículos del Profesor Giorgio del Vecchio se aproxima a hacerse esta pregunta, ver Del Vecchio, *Equality and Inequality in Relation to Justice*, II NAT. LAW FORUM 36, 43-45 (1966).

68. Ver, e.g., Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. (1968).

69. Se podría señalar que muy a menudo un ladrón no tendría el dinero para hacer frente al precio objetivamente determinado del objeto robado; en efecto, su falta de recursos es probablemente su principal motivación para el robo. En tales casos, la sociedad, si insiste en una regla de responsabilidad, tendrá que compensar al poseedor inicial de la titularidad desde las arcas del Estado. Cuando esto sucede el ladrón no sentirá el impacto de la regla de responsabilidad y en consecuencia no estará suficientemente disuadido de incurrir en una actividad similar en el futuro. cf. COSTS 147-48.

70. Si no estuviéramos interesados en la integridad de las reglas de propiedad y por ende no estuviéramos usando una sanción, presumiblemente aún trataríamos de ajustar la cantidad de daños imputados al ladrón para así reflejar el hecho que sólo un porcentaje de ladrones sean apresados; esto es, que fijaremos un precio-penal que reflejaría el valor del bien y el riesgo de la captura.

71. Un problema relativo a las sanciones penales es aquél de los daños punitivos en los daños intencionales. Si Taney prepara una escopeta con el propósito de matar o mutilar a cualquiera que traspase su propiedad, Taney sabe lo que está haciendo y cuáles son los riesgos involucrados, lo cual implica un vínculo más directo con el criminal del que existiría entre un conductor negligente y la víctima de un accidente. Pero debido a que Taney no sabe con precisión cuáles de los muchos Marshalls será la víctima de sus acciones, las negociaciones ex ante parecen difíciles. ¿Cómo justificaremos luego el uso de sanciones penales y el pago de algo más que daños compensatorios? Probablemente la respuesta está en el hecho que asumimos que los beneficios del acto de Taney no valen el daño que ocasionan si tal daño fuera valuado totalmente. Suponiendo que este hecho, en contraste con lo que implica un simple caso de

El estudiante de primer año podría, sin embargo, insistir y preguntar por qué tratamos al ladrón o al violador en forma diferente a aquél que causa daños en un accidente automovilístico o contaminador. ¿Por qué permitimos reglas de responsabilidad en dichos casos? En cierto sentido, ya hemos respondido a esta pregunta. Los únicos casos en los que, antes del accidente, el conductor puede negociar el valor de aquello de lo que pudiera privar a su víctima potencial, son aquéllos en los que las transacciones son demasiado costosas. El ladrón o el violador, por otro lado, pueden haber negociado sin gasto excesivo (al menos si el bien era uno de aquéllos cuya venta está totalmente permitida) porque asumimos que él sabe lo que va a hacer y a quién se lo hará. El caso de un accidente es diferente porque allí el conocimiento sólo llega al nivel de decidir conducir o quizás al de hacerlo rápidamente, y a ese nivel las negociaciones con las víctimas potenciales no resultan usualmente factibles.

El caso de la contaminación parece, sin embargo, diferente. Allí el contaminador sabe lo que hará y, a menudo, a quién le resultará perjudicial. Pero, como ya hemos señalado, los problemas de aquéllos que quieren beneficiarse sin asumir los costos o de los que ocultan sus expectativas reales pueden con frecuencia impedir cualquier negociación exitosa entre el contaminador y las víctimas de la contaminación; adicionalmente, nos resulta casi siempre incierto conocer quién es el que evita de manera más barata los costos de la contaminación. En tales circunstancias, una regla de responsabilidad que por lo menos permitiera que la eficiencia económica de la transferencia de titularidades propuesta fuera probada, parecería apropiada, aun cuando permitiera tomar la titularidad en forma no-accidental y sin consentimiento. Debemos enfatizar, sin embargo, que allí donde los costos de transacción no impidan las negociaciones entre el

contaminador y las víctimas, o donde podamos estar suficientemente seguros de quién es el que evita de manera más barata los costos, no existirán razones de eficiencia para permitir despojos intencionales y las reglas de propiedad, apoyadas en prohibiciones o sanciones criminales, resultarán apropiadas⁷².

VI. CONCLUSION

El presente artículo ha tratado de demostrar cómo una amplia variedad de problemas legales pueden recibir una útil aproximación en términos de un esquema específico. Este esquema o modelo conceptual adolece de dos defectos o limitaciones. El primero es que los modelos pueden resultar equivocados ante una visión global del fenómeno, del mismo modo como las relaciones legales son demasiado complejas para ser todas pintadas en un único cuadro. El segundo consiste en que los modelos generan compartimentos dentro de los cuales uno se siente compelido a forzar situaciones que en realidad no encajan en ellos. En compensación, existen, sin embargo, algunas ventajas. Los estudiantes de Derecho, precisamente porque han tendido a escapar de los modelos conceptuales, con frecuencia han procedido de una manera ad-hoc, mirando los casos y viendo qué categorías emergían de ellos. Pero esta aproximación sólo nos da una visión y perspectiva de la Catedral. Esta puede hacernos perder de vista algunas relaciones entre los problemas involucrados en los casos que la construcción del modelo puede percibir, precisamente porque ésta genera compartimentos o categorías. El esquema que hemos empleado puede ser aplicado a varias áreas distintas del Derecho. Creemos que su aplicación facilita la percepción y definición de la solución del problema de la contaminación ambiental. Así, tenemos fe en que la pintura resultante bien valía el óleo empleado.

negligencia, fuera, y en cierto sentido pudiera ser, conocido por el autor en el momento en que actúa, obtendríamos daños extras. Nuestra opinión es que muchos actuarían diferente si una verdadera carga costo-beneficio pudiese ser impuesta. Dada tal opinión y la imposibilidad de imponer una verdadera carga costo-beneficio por medio de valuaciones colectivas -debido a un conocimiento inadecuado- estamos seguros que si erramos lo haremos por sobreestimación de costos. Puede existir una dimensión adicional. A diferencia de las multas u otras sanciones penales, los daños punitivos conllevan una compensación extra para la víctima. Y esto puede no ser del todo provechoso. Una vez que se decide que los daños considerados intencionales son menos deseables que los daños no intencionales -sea porque se espera que sean menos eficientes o porque es menos justificable para el que agravia el no haber obtenido la titularidad en negociaciones ex ante-, luego pudiera ser que el actual perjuicio subjetivo para la víctima del daño sea más grave. Alguien cuyo automóvil es destruido accidentalmente sufre por la pérdida de su auto; alguien cuyo automóvil es destruido intencionalmente sufre por la pérdida de su auto y los perjuicios son agravados por el hecho de saber que la pérdida fue intencional, voluntaria o de algún modo evitable.

72. Cf. pp. 76-77.

No hemos discutido los objetivos distributivos en su relación con las sanciones penales. En parte debido a que hemos asumido la asignación de la titularidad inicial hemos asumido que la víctima de un crimen obtuvo la titularidad sobre el bien robado o su integridad corporal. Existe, sin embargo, otro aspecto de los objetivos distributivos que se relaciona a la regla particular que escojamos para proteger la titularidad inicial. Por ejemplo, alguien puede sugerir la pregunta de unir la severidad de la sanción penal a la riqueza del criminal o de la víctima. Aunque este aspecto de los objetivos distributivos sería ciertamente un área fructífera para la discusión, se encuentra fuera del alcance del presente artículo.