

# UN VISTAZO MÁS CLARO DE “LA CATEDRAL”: EL DOMINIO DE LAS REGLAS DE PROPIEDAD\*

Richard Epstein\*\*

*Hace ya treinta años se publicó en Estados Unidos el influyente artículo de Guido Calabresi y Douglas Melamed sobre las reglas de propiedad y las reglas de responsabilidad. Hace diez años, Themis, en su edición 21, publicó este renombrado ensayo. Desde entonces, las discusiones en torno a las propuestas de este artículo parecen inagotables.*

*A partir de una perspectiva libertaria, Richard Epstein plantea una crítica profunda y aguda a los planteamientos de Calabresi y Melamed. De acuerdo con esta perspectiva, las reglas de responsabilidad, que le permiten a cualquier persona (y al Estado) apropiarse de un bien de propiedad de un tercero y pagar por él su valor de mercado, deben limitarse exclusivamente a los casos de necesidad y de monopolio bilateral. Así, la regla de propiedad, que permite la transferencia de un bien a partir del consentimiento voluntario de su dueño, debe ser la regla y no la excepción. De lo contrario, no se podrá preservar la estabilidad de la posesión ni se garantizará el desarrollo de la sociedad.*

## I. INTRODUCCIÓN: DOS TIPOS DE REGLAS, DOS TIPOS DE RIESGO

En su artículo de 1972, Guido Calabresi y Douglas Melamed introdujeron la distinción, hoy en día clásica, entre las reglas de propiedad y las reglas de responsabilidad<sup>1</sup>. La regla de propiedad le otorga a un individuo el derecho para mantener cierta titularidad a menos y hasta que opte por deshacerse de ella voluntariamente<sup>2</sup>. La regla de propiedad supone, en este sentido, una protección absoluta, porque la propiedad de ciertos bienes le confiere a un individuo el poder único y exclusivo para determinar si retiene o se despiden de sus bienes en cualquier término que considere conveniente. En cambio, la regla de responsabilidad le niega al propietario de los bienes el poder para excluir a los otros o para mantener los bienes para sí. Más bien, bajo la definición estándar, el propietario no puede resistir los esfuerzos de otro individuo para apropiarse del bien pagando su valor justo, es decir, el valor objetivamente determinado por un tercero neutral<sup>3</sup>.

Calabresi y Melamed habrían hecho una mayor contribución si es que simplemente hubieran señalado cómo éstas elecciones entre las distintas reglas determinan que tome forma un escenario tan distinto. Sin embargo, su artículo ha llegado a ser enormemente influyente apuntando con precisión las consecuencias económicas clave que brotan de

MISCELLÁNEA

\* El presente artículo fue originalmente publicado en el Yale Law Journal, No. 106, 1997. pp. 2091-2120, bajo el título “A clear view of the Cathedral: the dominance of property rules”. La publicación se hace bajo expresa autorización del Yale Law Journal y de Richard Epstein. La traducción fue realizada por Gerardo Solís.

\*\* James Parker Hall Distinguished Service Professor of Law en la Universidad de Chicago.

<sup>1</sup> CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. “Property rules, liability rules and inalienability: one view of the Cathedral”. Harvard Law Review, No. 85, 1972. Publicado también en Themis 21, bajo el título “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad e inalienabilidad: un vistazo a la Catedral”, con autorización expresa del Harvard Law Review y de Guido Calabresi y Douglas Melamed.

<sup>2</sup> Ibid., p. 1092 («una titularidad es protegida por una regla de propiedad en el sentido de 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»).

<sup>3</sup> Ibidem, («cuando alguien puede destruir la titularidad inicial en caso esté dispuesto a pagar luego por ella un valor objetivamente determinado, la titularidad resulta entonces protegida por una regla de responsabilidad»).

estos presupuestos de protección de cualquier titularidad. En la medida en que las reglas de propiedad le dan a una persona el poder absoluto sobre el uso y disposición de un bien determinado, su dueño puede disfrutar del bien tanto como quiera antes de venderlo. En cambio, limitando la protección de la titularidad a una regla de responsabilidad, ese poder absoluto se pierde y, en su lugar, el dueño del bien recibe cierto derecho a que se le compense por el bien que, contra su voluntad, le han quitado.

Una cosa es establecer una distinción; otra determinar cómo debe ser usada. Aunque su trabajo era en muchos sentidos fundacional, Calabresi y Melamed no lograron dirigir sistemáticamente el desafío de decidir en qué circunstancias se debe conferir a los poseedores de determinados bienes la protección legal de una regla de propiedad o de una regla de responsabilidad. Es esa pregunta la que intentaré responder aquí. Mostraré claramente mis cartas desde un principio. En un mundo en el que los costos de transacción son cero, donde todas las disputas pueden ser resueltas sin costo alguno, la elección entre la regla de responsabilidad y la regla de propiedad tiene poca o ninguna importancia —esta es precisamente otra aplicación del ubicuo Teorema de Coase<sup>4</sup>. Por un lado, el peligro del poder absoluto de la regla de propiedad no tendría ninguna consecuencia porque las dos partes podrían proponer un número infinito de ofertas en un período de tiempo infinitesimal; en esencia, esto es lo que un mundo de costos de transacción cero supondría. Por otro lado, la regla de responsabilidad no generaría tampoco algún efecto perjudicial serio. Armado con nuestra suposición de costos de transacción cero, cualquier disputa sobre la valoración del daño se resolvería de manera exacta e instantánea. En ambos casos, cada bien irá a parar a las manos de la parte que lo valore más, sin que influya el marco institucional, de tal forma que la elección de este marco institucional carecería de consecuencias relevantes.

Sin embargo, nunca sabremos, si es que uno puede siquiera comprender lo que un mundo de costos de transacción cero significa, dada la fuerza en nuestra comprensión ordinaria de la importancia del tiempo. Sea como fuere, nuestro mundo no es uno en el que los costos de transacción son cero. Más bien, son positivos y bastante considerables, de modo que la elección entre las dos reglas ciertamente tendrá consecuencias importantes en el funcionamiento de cual-

quier sistema legal. En estas circunstancias, parece claro que cada sistema legal tendrá que escoger cierta regla legal que minimice los costos de transacción que se presenten, con la finalidad de asegurar la transferencia de bienes de una persona a otra. La práctica estándar en virtualmente todos los sistemas jurídicos asume el dominio de la regla de propiedad sobre la regla de responsabilidad, excepto en los casos donde se presentan ciertos serios problemas de externalidades porque las circunstancias limitan a las partes a llegar a un acuerdo sencillo. En estos casos de necesidad, el problema de las externalidades podría ser enorme, de modo que se relaja la protección de la regla de propiedad. Se puede permitir a una persona apropiarse del bien de otro bajo el pago de una compensación, pero sólo en un marco institucional que limita los casos en que este derecho puede ser ejercido y supervisa el pago de la compensación.

La razón para esta asignación del poder es la siguiente. En la mayor parte de las situaciones, el propietario de un bien en particular puede escoger entre un gran número de potenciales adquirentes. En este escenario, la ventaja de no requerir el consentimiento del dueño del bien, conferida por una regla de responsabilidad, es relativamente pequeña, porque un comprador potencial pueda desestimar una oferta de venta tras otra hasta que consiga un precio competitivo. En este punto, el intercambio normalmente se producirá sin una intervención legal explícita y en términos que deja a ambas partes satisfechas con el resultado, tomando en cuenta el mercado y los componentes subjetivos del valor que se tenga respecto de bienes específicos. El ingreso de la regla de responsabilidad en este marco, sin embargo, requiere de cierto nivel de intervención del estado en todas y cada una de las transacciones para establecer el valor apropiado para las partes. El riesgo de la subcompensación en tales situaciones es bastante elevado, dada la incapacidad para determinar con exactitud las pérdidas, tanto económicas como subjetivas, que se producen cuando los individuos encuentran que alguien arranca lejos de ellos bienes que necesitan para llevar a cabo sus propios negocios. Estos problemas se agudizan bajo la actual ley de expropiación, en que los niveles de compensación rechazan sistemáticamente cualquier elemento de pérdida subjetiva y, en consecuencia, los daños y perjuicios derivados de la actuación del gobierno<sup>5</sup>. ¿Le permitimos a una empresa entrar en posesión de ciertos equipos clave de otra, en la oscuridad de la noche, si es que luego paga una

<sup>4</sup> COASE, Ronald. "The problem of social cost". *Journal of Law and Economics*, No. 3, 1960.

<sup>5</sup> Para una discusión adicional, ver EPSTEIN, Richard. "Takings", 1985. pp. 51-56, 80-86.

compensación completa? ¿Permitimos que una persona se apropie del anillo de boda de otro simplemente pagando su valor de mercado? Con el tiempo, las ineficiencias del sistema de responsabilidad afectan hasta la seguridad de la posesión y la seguridad de los intercambios, indispensables para una vida comercial compleja.

Estas dificultades de valoración ayudan a explicar por qué cuando se utiliza una regla de responsabilidad siempre toma la forma de una “llamada” —esto es, una opción que le concede a cierta persona el derecho de apropiarse de un bien en circunstancia de necesidad. Sin duda los mercados por sí solos se inventan todo tipo de opciones, incluyendo las “colocaciones”, que permiten a los propietarios de un bien específico venderse a otra persona por un precio predeterminado<sup>6</sup>. Estos acuerdos son bastante comunes en mercados financieros, pero son escasos en el mundo de los remedios legales.

La razón parece clara. Una regla de responsabilidad es típicamente adoptada para hacer frente a la posición monopólica del propietario de los bienes. Quien posee dinero en efectivo no tiene una posición monopólica en modo alguno, por lo que parece muy difícil creer que permitiéndole al actual propietario de ciertos bienes específicos designar a la persona que se los deba quitar de las manos, aumentemos en cualquier medida el bienestar social. Los receptores potenciales son numerosos, y no existe razón alguna para creer que si al propietario de los bienes se le permite llevar a cabo la transacción, le entregará los bienes a alguien, arbitrariamente escogido, que pueda hacer mejor uso de ellos que él. Las “colocaciones”, por lo tanto, no son nunca impuestas como una cuestión de reglas sobre extraños, sino que son el resultado de transacciones consensuales en mercados organizados. Entre extraños, la regla de responsabilidad, agudamente limitada, siempre toma la forma de exigencias: la persona que tiene el dinero en efectivo puede decidir que ciertos bienes se muevan hacia su dirección, donde existe alguna razón para creer que puede hacer al menos cierto uso inteligente de él, tal vez más que su titular.

Por causa de estos peligros, las reglas de responsabilidad son limitadas a esas circunstancias en que las reglas de propiedad funcionan mal, es decir, casos donde el poder de excluir a terceros, implícito en una

regla de propiedad, llega a ser tan grande, que transacciones útiles podrían estar bloqueadas por una amplia gama de comportamientos estratégicos. Estas situaciones se presentan cuando el bien de propiedad de “A” es necesitado por “B”, de tal forma que cada uno sólo pueda negociar con el otro para que el intercambio tenga lugar. En estas circunstancias, “A” puede valorar el bien en 10 y “B” lo puede valorar en 1000, de modo que está claro que puede producirse un intercambio voluntario mutuamente beneficioso a cualquier suma entre 11 y 999, pero el punto exacto entre los dos extremos no puede ser determinado en abstracto, por lo que las partes tienen fuertes incentivos para tratar de obtener la porción más grande de la ganancia. En este punto, aún si el contrato se lleva a cabo, gran parte del excedente (igual a 1000 menos 10, ó 990) se disipa al intentar celebrarlo. Alternativamente, la negociación puede derrumbarse. Conscientes de estas posibilidades, las partes podrían tomar precauciones excesivas para evitar encontrarse alguna vez en una situación de comportamiento estratégico<sup>7</sup>.

A menudo, las partes sabrán que estos riesgos podrían ocurrir. Los arrendatarios pueden introducir términos que alivian los problemas de renovación. Los contratos de matrimonio podrían incluir disposiciones sobre la división de la propiedad en caso de divorcio. Estas reglas contractuales se deben respetar normalmente, porque las partes tienen un mejor conocimiento de su situación futura y pueden evaluar los riesgos competitivos mejor que el sistema legal, pero en muchos casos el problema del comportamiento estratégico se impone a las personas sin su consentimiento y contra su voluntad. Para impedir que la negociación se venga abajo en estos contextos, la ley podría decirle a una persona que tiene derecho a entrar en posesión de la propiedad de otro sobre el pago de una compensación justa, es decir, una cantidad que iguale el retorno que podría haber obtenido por esos bienes en una situación competitiva en la que ese potencial del comportamiento estratégico se pierde. Sin embargo, siempre que sea posible, la ley puede imponer reglas que indiquen qué propiedad puede ser tomada y a cuánto debe ascender el monto de la compensación.

Formalmente, la tarea de un sistema legal consiste en minimizar la suma de errores que se originan con la expropiación y las subcompensación, donde ambas se relacionan inversamente. Empíricamente, la solución es que el riesgo de subcompensación es mayor en

<sup>6</sup> Ver, por ejemplo, MORRIS, Madeline. “The structure of entitlements”. *Cornell Law Review*, No. 78, 1993. pp 822-854.

<sup>7</sup> Ver, por ejemplo, CRASWELL, Richard. “Contract remedies, renegotiation, and the theory of efficient breach”. *South California Law Review*, No. 61, 1988. p. 629.

el caso rutinario, de modo que estamos listos para tolerar los riesgos endémicos de una regla de responsabilidad sólo en los casos en que podemos imaginar impedimentos mayores a un sistema de reglas de propiedad, y aún entonces obstruimos su operación con defensas institucionales caras que no se necesitan cuando los intercambios tienen lugar por mutuo consentimiento<sup>8</sup>. Como todas las afirmaciones de esta clase, estos reclamos son implícitamente empíricos, pero no susceptibles de una justificación precisa. Sin embargo, el conjunto de prácticas en los sistemas jurídicos sugiere precisamente que este juicio se ha hecho, tal vez inconscientemente, por un elevado número de personas que han sido forzadas a confrontar estas elecciones.

Este aspecto del problema, sin embargo, normalmente se omite en el acercamiento del análisis económico del derecho al problema. Más bien, la elección entre las reglas de propiedad y las reglas de responsabilidad se decide a un nivel muy elevado de abstracción teórica, donde se presta una atención insuficiente al contexto institucional específico en el que un conjunto de reglas desplaza al otro<sup>9</sup>. Los modelos en cuestión analizan principalmente cierto período y una situación entre dos partes, tal como la contaminación de una corriente o la resolución de un contrato sencillo, y luego tratan de establecer amplias generalizaciones sobre la fortaleza relativa de los dos tipos de reglas, sin preguntar cómo ciertos contextos institucionales específicos podrían influir en las elecciones pertinentes. De esta forma, se pierde la oportunidad para desarrollar una visión más sistemática de las esferas de influencia relativas de estas reglas sobre el rango completo de acuerdos sociales.

Más importante tal vez, el enfoque de Calabresi y Melamed, y de los que los han seguido en su vigilia, nos ha llevado a una desafortunada forma de agnosticismo intelectual que tiende a distorsionar los méritos relativos de los dos tipos de reglas, exagerando las circunstancias en las que las reglas de responsabilidad son superiores a las reglas de propiedad, o al menos sustitutos verosímiles para ellas<sup>10</sup>. Este punto de vista ha sido llevado a su más extrema formulación en el

reciente ensayo de Ian Ayres y J.M. Balkin, que proponen asignar derechos de propiedad por un sistema de «subastas internas» que contempla un arreglo teóricamente interminable de secuencias de responsabilidad<sup>11</sup>. Una persona puede tomar de otra tanto como esté preparada a pagar, pero la propiedad puede retornar a su dueño original si es que está dispuesto a pagar más, y así sucesivamente, hasta que una de las partes se retire, una vez que su voluntad para pagar se agote.

El obstinado agnosticismo de Calabresi y Melamed, y su preferencia por las reglas de responsabilidad, son errados. El tema central consiste en encontrar la regla legal que minimiza la suma de los costos asociados con la expropiación y la subcompensación, los riesgos distintivos de las reglas de propiedad y de las reglas de responsabilidad respectivamente. Estos dos riesgos no tienen un peso igual en todas las circunstancias. Concretamente, en cualquier estructura legal comprensiva, las reglas de propiedad deben dominar a las reglas de responsabilidad, como de hecho lo hacen. Para desarrollar y defender estos temas, el resto de este ensayo se desarrolla en tres pasos. En la Parte II se argumenta en favor del dominio de las reglas de propiedad en el ejercicio de transacciones ordinarias. En la Parte III se explica por qué las reglas de responsabilidad deben adoptarse sólo en los casos de necesidad y de monopolio bilateral, en los que es probable que los problemas de comportamiento estratégico sean importantes. En la Parte IV se explican las defensas institucionales que son, y deben ser, introducidas en los casos donde las reglas de responsabilidad son parte de la vida diaria, como en los casos de expropiaciones para uso público y en la regulación de las empresas de servicios públicos.

## II. EL DOMINIO DE LAS REGLAS DE PROPIEDAD

Es un hábito común de los analistas legales gravitar en torno a asuntos complejos, rechazando los más simples que yacen a lo largo del camino. Así, en lugar de hablar sobre los ordinarios contratos de compraventa o arrendamiento, prefieren analizar los casos trampo-

<sup>8</sup> Ver parte IV.

<sup>9</sup> Para ciertos esfuerzos notables en esa dirección, ver AYRES, Ian y TALLEY, Eric. "Solomonic bargaining: dividing a legal entitlement to facilitate coasean trade". Yale Law Journal, No. 104, 1995. p. 1027 (en adelante, AYRES y TALLEY. "Solomonic Bargaining"); KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven. "Do liability rules facilitate bargaining? A reply to Ayres and Talley". Yale Law Journal, No. 105, 1995. p. 221; AYRES, Ian y TALLEY, Eric. "Distinguishing between consensual and nonconsensual advantages of liability rules". Yale Law Journal, No. 105, 1995. p. 235; KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven. "Property rules versus liability rules: an economic analysis". Harvard Law Review, No. 109, 1996, p. 713 (en adelante, KAPLOW y SHAVELL. "Economic Analysis").

<sup>10</sup> KAPLOW y SHAVELL. Op.cit., "Economic Analysis".

<sup>11</sup> AYRES, Ian y BALKIN, J.M. "Legal entitlements as auctions: property rules, liability rules, and beyond". Yale Law Journal, No. 106, 1996. p. 703.

sos de necesidad o estudiar los complejos sistemas de regulación y control social que sólo el Estado podría ofrecer, como los referidos al sistema eléctrico o a las telecomunicaciones. Cualquier tentación para obtener una maestría antes de terminar la escuela primaria debe ser rechazada. Para comprender por qué en todas partes y en cada sociedad las reglas de propiedad constituyen la norma y las reglas de responsabilidad la excepción, es útil comenzar con las más simples de las transacciones, no con las más complejas, referidas tanto a responsabilidad extracontractual como a contratos.

La situación más simple en el ámbito de la responsabilidad extracontractual es una donde “A” toma para sí la propiedad de “B”. El remedio común permitido por todos los sistemas legales consiste en una simple recuperación del bien que ha sido tomado, en el derecho romano por la *vindicatio rei*, y en el derecho anglosajón por una acción real sobre la tierra. En algunos casos, el sistema legal parece no tener recursos que permitan la recuperación específica del bien, de modo que la competencia de las cortes se limita a una indemnización por daños y perjuicios. Aún cuando la línea es borrosa, las cortes pueden usar el cálculo de daños para restituir una regla de propiedad de facto. En el derecho romano, por ejemplo, al demandado que había entrado en posesión de la propiedad del demandante se le daba la opción de mantener el bien si es que estaba dispuesto a pagar su valor, lo que parece una regla de responsabilidad. Pero lo que la ley daba con una mano, quitaba con la otra, porque el valor del bien era determinado por el demandante, quien lo podía poner por encima del valor de mercado «sin salirse de la línea entre el optimismo y el perjurio»<sup>12</sup>, bajo lo que podríamos llamar un sistema de auto liquidación<sup>13</sup>. Este sistema es diseñado no para conseguir una medida exacta del valor, sino más bien para asegurar la recuperación específica del bien en sí mismo –lo que constituye una temprana preferencia por las reglas de propiedad. En realidad, podemos afirmar con cierta confianza que las reglas de propiedad están a su altura en esas situaciones en las que una persona empieza con las atribuciones completas del derecho de propiedad y la otra empieza – para usar la gráfica frase de Rose- con un «zip»<sup>14</sup>. No existe sistema legal del que tenga conocimiento que defina la titularidad de los derechos de propiedad

como entre personas extrañas sujetas a una opción de compra por parte de cualquier otra, identificada o desconocida.

Un nivel similar de claridad recae sobre el derecho de contratos en el caso de acuerdos «limpios». Una compraventa ordinaria es una transacción voluntaria en la que el vendedor transfiere un bien de su propiedad a cambio de una suma de dinero denominada precio<sup>15</sup>. Dada esta definición, no existe confusión alguna en la delineación básica de derechos. El dueño es el propietario del bien sobre el que nadie más tiene algún derecho. El comprador tiene una clara titularidad sobre el dinero en efectivo, y con el consentimiento de ambas partes se produce un intercambio instantáneo del bien por el dinero, quedando ambos más contentos que antes. Todo el régimen de esta simple compraventa presupone un régimen de sólidos derechos de propiedad que otorgue a cada una de las partes de la transacción el derecho absoluto de rechazar cualquier acuerdo que no se ajuste totalmente a sus preferencias. Los precios se mantienen en línea por la disponibilidad de sustitutos cercanos del bien en posesión del vendedor. Por definición, existen siempre sustitutos perfectos para el dinero en efectivo que el comprador accede a pagar. La velocidad de las transacciones es controlada por las preferencias de las partes. “A” podría ser un comerciante de ciertas mercancías, ansioso de mover su inventario a la máxima velocidad posible. O bien podría ser el dueño de una herencia familiar de la que de mala gana se desprendería.

Lo que hace que este sistema funcione es la estabilidad de la posesión, que David Hume reconocía como una de las reglas dominantes de la sociedad<sup>16</sup>. Así, las transacciones tienen lugar sólo si ambas partes acceden a ella, lo que significa que todos los individuos mantienen sus bienes hasta que aceptan desprenderse de ellos. Una regla de responsabilidad chocaría contra estas expectativas. En lugar de ir buscando una venta, un individuo podría tomar un bien poseído por cualquier otra persona y dejar su perfecto equivalente en dinero sobre la mesa. Por supuesto, ello no sucedería. Las cosas no tienen obvios equivalentes en dinero, dadas las complicaciones antes referidas. Un ejemplo concreto podría ayudar. Mientras que muchos académicos se encuentran bastante contentos insistiendo

<sup>12</sup> NICHOLAS, Barry. “An introduction to Roman Law”.

<sup>13</sup> LEVMORE, Saul. “Self-assessed valuation systems for tort and other law”. *Virginia Law Review*, No. 68, 1982. p. 771.

<sup>14</sup> ROSE, Carol. “The shadow of the Cathedral”. *Yale Law Journal*, No. 106, 1997. p. 2175.

<sup>15</sup> *English Sale of Goods Act*, 1894, 56 y 57 Vict., lchl. 71, 1(1) (Eng.). No hay una definición de venta en el *Uniform Commercial Code*.

<sup>16</sup> HUME, David. “A treatise of human nature”. Oxford University Press, 1978.

en que el único remedio por la resolución de un contrato de compraventa debe ser la indemnización por daños a la expectativa, las prácticas comerciales son enfáticamente opuestas<sup>17</sup>. La indemnización por daños a la expectativa, en efecto, permite que una persona tome el bien de propiedad de otro individuo y lo pague con dinero. Seguir esta secuencia permite que una persona entrapme el sistema de propiedad en dos sencillas etapas. En primer lugar, hace un mal de cierta clase, y luego compensa por el mal, pagando un precio determinado por cierto tercero neutral, que representa el valor del bien en cuestión. Esta no ha sido generalmente la norma. La santidad del contrato, se afirma, hacía imposible para "A" cambiar la prestación que le debía a "B" por el pago de ciertos daños adicionales: «donde las partes han llegado a un acuerdo, las cortes no deben hacer otro por ellas»<sup>18</sup>.

La anomalía de esta situación es la siguiente: ¿por qué alguien debe estar permitido de obtener ganancias de su propio mal? Si "A" y "B" acuerdan la venta de la casa de "A" a "B" por \$100,000, entonces "B" debe obtener la casa y no sólo una indemnización por daños y perjuicios. La indemnización por daños y perjuicios aparece como una revisión unilateral del acuerdo original. Si "B" obtiene \$10,000 por daños, ello es como si la casa hubiera sido vendida primero a \$100,000 y luego, contra la voluntad de "B", readquirida por "A" a \$110,000. El remedio del cumplimiento específico no es perfecto: no puede compeler a la entrega del bien al momento establecido en el contrato<sup>19</sup>. Ni puede funcionar en los casos en que el vendedor no se encuentra legitimado. En la medida en que la ley podría asegurar el resultado, trata de imitar el efecto de la transacción voluntaria, es decir, la transferencia de la propiedad de "A" a "B". Sin duda, puede ser que "A" desee tener una opción para escaparse de la transacción mediante el pago de una indemnización por daños. Si ello es así, la práctica usual debe consistir en estipular la opción en el contrato de compraventa y especificar por adelantado la cantidad de dinero que debe ser pagada a "B" para resolver el contrato. Sin importar lo que piensen los abogados sobre esta situación, las personas en sus negocios creen que los contratos de compraventa contienen disposiciones ocultas que permiten ejercer la opción para retomar la propiedad a un precio a ser

determinado después de este hecho. Sólo en transacciones enteramente financieras, como en los casos de valores mobiliarios, domina el remedio de la indemnización por daños y perjuicios, y por muy buenas razones. Las partes se preocupan sólo de su equivalencia en dinero y fácilmente compran y venden cualquiera de los valores que poseen. Entonces, ¿por qué no llevar a cabo la transacción simplemente con dinero en efectivo?

Más al punto, el sistema de reglas de responsabilidad no tiene un límite efectivo. Permitir que un contrato sea resuelto es en efecto crear un derecho privado universal de expropiación. "B" toma un bien de "A", pero "B" tiene una titularidad protegida sólo por una regla de responsabilidad, de modo que "C" podría tomar el bien de "B" en los mismos términos que "B" lo tomó de "A". De hecho, no hay nada que le impida a "A" demandar por los bienes que le fueron expropiados por "B". En cada caso, la pregunta sobre la valoración del bien resulta espinosa y a menudo tiene que ser determinada mediante un litigio. Así, la naturaleza de la regla por la que un extraño puede forzar la reasignación de una titularidad le resta a la posesión la estabilidad que normalmente tiene. Es difícil concebir un sistema con mayores inconvenientes. Mientras que el potencial de una conducta estratégica se encuentra efectivamente negado por un conjunto de poseedores alternativos, introducir un régimen de responsabilidad supone que éste potencial llegue a su punto más bajo. La protección de un sistema de intercambios voluntarios no es una función menor del orden legal. Para estas transacciones rutinarias sobre terrenos y bienes muebles, un sistema de derechos de propiedad ofrece la única esperanza para acuerdos legales estables y productivos.

La preferencia general por un sistema de derechos de propiedad nos conduce nuevamente a los casos particulares. La regla de la oferta perfecta es normalmente tolerada por los comerciantes, hasta tal grado que un comerciante que opta por incumplir un contrato de compraventa pagando una indemnización por los daños a la expectativa es normalmente sacado del negocio<sup>20</sup>. La indemnización es insuficiente para cubrir las desarticulaciones creadas por el incumplimiento y, adicionalmente, desestabiliza las relaciones que el

<sup>17</sup> Para una argumentación a favor de la resolución eficiente, ver POSNER, Richard. "Economic Analysis of Law". pp. 117-119. El origen de la propuesta está en HOLMES, Oliver. "The common law". Legal classic library, 1982. Para una crítica poderosa, ver FRIEDMANN, Daniel. "The efficient breach fallacy". Journal of Legal Studies, 1989.

<sup>18</sup> Hoare v. Rennie, 157 Eng. Rep. 1083, 1087 (Ex. D. 1859).

<sup>19</sup> HOLMES, Oliver. Op.cit., p. 300 (notando que ley puede compeler el cumplimiento específico si «la persona en cuyo favor se ha hecho la promesa prefiere tener el bien tarde antes que nunca»).

<sup>20</sup> Para una discusión sobre los restantes asuntos de este párrafo, ver BERNSTEIN, Lisa. "Merchant Law in a Mercant Court: rethinking the code's search for immanent business norms". U. Pa. Law Review, No. 144, 1996. p. 1765.

inocente y desilusionado comprador pueda tener con sus propios clientes (que ahora están protegidos, a lo sumo, por una regla de responsabilidad si su vendedor encuentra que le resulta imposible cumplir con ellos). Las partes casi siempre quieren renegociar el contrato cuando las circunstancias requieren modificaciones en los términos de la entrega. Ellos, sin embargo, desean derechos de propiedad sólidos para asegurarse de que las nuevas negociaciones tomen un curso que no perjudique sus propias obligaciones frente a terceros. La responsabilidad, por lo tanto, es invocada cuando la entrega no es posible. Un contrato no es una opción para pagar los daños y perjuicios de la manera sugerida por Holmes en “The Common Law”<sup>21</sup>. Es una obligación de cumplimiento.

Un análisis similar se aplica en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Como antes, es mejor empezar con el caso más simple en el que “A” toma algo de “B”. Aquí no hay duda de que cuando la toma del bien es deliberada, el dueño puede siempre recobrar la tenencia del bien, más una indemnización que compense cualquier pérdida derivada de la desposesión del bien. Esta posibilidad de recuperación impide un ciclo de expropiación tras expropiación que hace de la regla de responsabilidad una regla tan inapropiada para las interacciones sociales ordinarias. Contra este telón de fondo, existe cierta ironía en la regla tradicional del *common law* que trataba la apropiación (aún una apropiación de buena fe, esto es, una en que quien se apropiaba del bien creía que tenía título para ello) como una venta forzada, en la que el dueño del bien tiene una opción que obliga a la persona que entraba en posesión del bien, a comprarlo por su valor de mercado. La regla de la «venta forzada» ha sido constantemente atacada, especialmente en los casos de apropiaciones de buena fe, en donde es usualmente rechazada hoy en día. ¿Qué posible razón existe para creer que yo quiero los zapatos usados que tomé por error de un guardarropa común? Incluso los poseedores de buena fe tienen dificultades para forzar intercambios con malhechores poco predispuestos, lo que demuestra cuán poderoso es el impulso hacia la estabilidad de la posesión.

¿Cuáles son las excepciones a este sistema? La primera y más obvia de estas excepciones tiene que ver con la destrucción de la posesión de “A” por “B”. Aquí podemos formular varias distinciones. La primera, pregunta si la destrucción del bien es accidental o deliberada. Una razón por la que esta distinción es tan importante es que nos muestra intenciones futuras. Los daños accidentales

carecen de motivaciones profundas. Nadie puede decir de ellos que su perpetrador esté haciendo un esfuerzo consciente para evitar las reglas del intercambio voluntario. Un accidente es justo eso: un conjunto de consecuencias no premeditadas e indeseadas desde el punto de vista de la parte que las ocasionó. La eventual indemnización no es parte de ningún plan.

En segundo lugar, los accidentes no suponen un peligro de transformaciones consecutivas múltiples de los derechos de propiedad. El escenario en el que “A” toma un bien de “B”, quien lo tomó a su vez de “C”, depende de interacciones deliberadas. La probabilidad de que un conjunto de equivocaciones y disparates pueda llevarnos a una desestabilización de los derechos de propiedad es minúscula, independientemente de qué tan grande sea el daño en el caso individual. Los accidentes a menudo causan un daño o aumentan el riesgo del daño a la parte que lo causa. Los malos conductores tienen tantas posibilidades de dañarse a sí mismos como de dañar a otras personas. En tanto que es probable que estas personas tomen insuficientes medidas de cuidado si es que escapan a toda responsabilidad por los daños accidentales que ocasionan, aún enfrentan ciertas restricciones a su conducta. Es sencillo identificar cierto límite superior natural en la frecuencia y severidad de los accidentes que simplemente desaparece en el contexto de los daños deliberados a los derechos de otros, lo que no está sujeto a límite alguno.

Tercero, las pérdidas accidentales originan daños o la destrucción del bien. En este caso, la restitución al dueño original no es posible, como ocurre con la apropiación de buena fe, de modo que el pago de dinero se convierte en el equivalente de mayor proximidad, tanto para la compensación en el caso inmediato como para crear desincentivos adecuados en el largo plazo. Es demasiado tarde para cualquier forma de la prohibición, de modo tal que la regla de responsabilidad es escogida en ausencia de otra posibilidad: ya no es posible la protección de los derechos de propiedad. En abstracto, podría alguien evocar cierta forma de amonestación, pero ¿a quién debería perjudicarse en beneficio de otro? Con la amenaza de los daños deliberados, las personas que quieren perturbar el orden establecido requieren un tratamiento especial.

Por supuesto, se puede poner en práctica un mandato judicial. Sino, la ley normalmente chocará con una regla de responsabilidad establecida para compensar la pérdida neta de la parte inocente. El derecho

<sup>21</sup> HOMES, Oliver. p. 301.

privado sobre la apropiación de bienes establece una aguda distinción entre quien se apropia de un bien de manera inocente y quien lo hace de forma deliberada. Al primero se le permite una compensación por el trabajo y los materiales gastados en el mejoramiento del bien, sujeto sólo a la limitación de que la parte inocente quede peor por esa compensación<sup>22</sup>. La imposición de un conjunto de sanciones es diseñada para imitar los efectos del mandato judicial. Si todas las ganancias de una de las partes son apartadas de la transacción después de que ha entrado en posesión del bien, entonces el poseedor de mala fe sufre una pérdida neta, de modo que no emprenderá este acto: un mandato de hecho con la manipulación de las reglas de daños. Los daños punitivos y las sanciones criminales son a menudo calibrados para tener el mismo efecto<sup>23</sup>. El viejo chiste de que es más barato matar que lisiar tiende a ser cierto a menos se establezcan penas adicionales. Los daños deliberados introducen efectos cíclicos que no pueden ser ignorados.

El mismo tipo de análisis puede ser aplicado a los típicos casos de abuso del derecho de propiedad que son de interés a Calabresi y Melamed. Una vez más, la regla básica en estos casos es que un mandato judicial se aplicará ante la ocurrencia de un sustancial abuso del derecho de propiedad causado por un propietario contra otro. En el caso usual, el sistema intenta parar la invasión para requerir que la alteración de los derechos de propiedad tenga lugar mediante una transacción voluntaria. Los daños y perjuicios son un remedio de segunda fila. Como con las reglas de necesidad, sería un error tratar el mandato judicial y la indemnización por daños y perjuicios como remedios mutuamente excluyentes. No existe razón alguna para que los legisladores o las cortes escojan entre estas dos formas puras del remedio. Nada les impide utilizar una fórmula mixta, como rutinariamente ocurre en los casos más comunes de abuso del derecho y contaminación que dieron origen a la distinción.

Considere las posibilidades. Una, es emitir un mandato judicial sujeto a ciertas condiciones. La fábrica puede continuar funcionando pero sólo durante hora-

rio de oficina, o sólo si se toman determinadas medidas para disminuir el ruido. Una vez que se cumple el mandato judicial, el nivel residual de ruido se puede controlar todavía, y evaluar el pago de daños de acuerdo con su severidad. Por ejemplo, en *Quinn v. American Spring & Manufacturing Co.*<sup>24</sup>, el demandante se queja del ruido generado por la maquinaria del demandado. Dejar de utilizar el equipo le hubiera ocasionado mayores dificultades al demandado para asegurar la paz y quietud que el demandante deseaba, pero era posible trasladar parte del equipo para reducir el ruido y la incomodidad generada. Si era necesario, ciertos daños adicionales podían haberse añadido a esta mezcla de remedios. La entera tradición del "balancing" de derechos, que se aplica en ciertos tribunales, empezaba con la presunción en favor de un mandato judicial de pago, que se relajaba en casos extremos<sup>25</sup>.

Estas soluciones mixtas reflejan la utilidad marginal decreciente por protecciones adicionales. Las protecciones del derecho de propiedad son permitidas contra las incursiones que las actividades del demandado pueden causar. La indemnización está prevista para limpiar el daño que queda todavía. El cambio de remedio viene de una apreciación tosca pero eficaz de los costos y beneficios relativos de los dos sistemas. El mandato judicial se dicta contra interrupciones severas del negocio del demandante, donde existe cierta razón para pensar que las ganancias de la prohibición son sustanciales. ¿Si la fábrica puede operar con una incomodidad pequeña para el demandante, por qué incitar el problema del comportamiento estratégico extendiendo el alcance del mandato judicial?

En la mayor parte de los casos, el mandato judicial proveerá protección suficiente, pero es fácil imaginar situaciones donde aun la más modesta protección del derecho de propiedad puede resultar excesiva. En *Madison v. Ducktown Sulphur, Copper & Iron Co.*<sup>26</sup>, un caso citado por Calabresi y Melamed<sup>27</sup>, la corte negó cualquier amonestación a los demandantes, que eran los dueños de «estrechas tierras montañosas, de escaso valor agrícola»<sup>28</sup>. El valor estimado de las tierras de los demandantes era del orden de \$1000 y

<sup>22</sup> Un sencillo ejemplo numérico ilustra este punto. Suponga que cierta madera de construcción no cortada vale \$100 para su dueño. Es cortada por \$50 y ahora tiene un valor de mercado de \$140. El dueño recupera la madera por el pago de \$40. En efecto, el inocente suministrador del trabajo asume el riesgo de sus mayores costos de estructura. Bajo ninguna circunstancia se debe quedar el dueño original con la madera cortada, que tiene un valor neto de \$100 para él. El análisis completo es ciertamente complicado cuando los costos del litigio son mayores que cero.

<sup>23</sup> CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. Op.cit., pp. 1124-1126.

<sup>24</sup> 141 A. 855 (Pa. 1928).

<sup>25</sup> Ver "Developments in the Law- injunctions". Harvard Law Review, No. 78, 1965. p. 994.

<sup>26</sup> 83 S.W. 658 (Tenn. 1904).

<sup>27</sup> CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. Op.cit., p. 1120.

<sup>28</sup> Id. at 659.



el de las operaciones mineras e industriales de los demandados ascendía a más de \$2,000,000 en impuestos y sueldos locales para el pueblo. No se necesita un *Ph.D.* en economía para darse cuenta del peligro de comportamiento estratégico implícito en este caso. La corte se percató de que el zapato estaba en el otro pie, de modo que permitir el mandato judicial suponía una confiscación de hecho de los intereses de los demandados. Uno no tiene que ir tan lejos para indicar que, esencialmente, la solución apropiada consiste en permitir un mandato judicial de pago de daños cuando el relativo equilibrio de conveniencia es cercano o igual para ambas partes, pero impedirlo (íntegramente, si es necesario) cuando el equilibrio de la conveniencia se incline fuertemente en favor del demandado. La presunción usual es que el riesgo de explotación es mayor que el riesgo de un comportamiento estratégico. Esta presunción se puede revertir mostrando la diferencia dramática de valores en *Madison*.

Aun esta visión del problema le resta importancia inadecuadamente al nivel de variaciones que puede seguirse en las normas sobre abuso del derecho. Como Calabresi y Melamed señalan, la única forma de compensación que parece permisible bajo una regla de responsabilidad es la indemnización de dinero en efectivo. Dos aspectos de las normas sobre abuso del derecho de propiedad, que he comentado detalladamente en otro ensayo<sup>29</sup>, merecen cierta atención especial. La regla del «viva y deje vivir» niega la habilidad de cada propietario para llevar a cabo ciertas interferencias de bajo nivel con su silencioso disfrute. La razón es que la frecuencia de estas interferencias es tan alta que cualquier regla que permite que una parte busque un mandato judicial contra un daño imaginario seguramente le permitirá a la otra parte buscar un mandato judicial contra otro daño igualmente imperceptible. En vista de lo mencionado, ¿por qué permitir un mandato judicial donde los daños son pequeños en relación con las ganancias previstas para ambos lados? Sin embargo, no debe asumirse que porque se niega el mandato judicial, se impondrá una regla de responsabilidad. Aquí no se impone el pago de una indemnización por razones que son completamente consistentes con el modelo económico. Los beneficios de cada parte de poder

realizar sus actividades preferidas son la compensación que cada una recibe por pasar por alto las pequeñas molestias causadas por otros. El «la reciprocidad promedio de la ventaja», tomando la famosa frase de Holmes<sup>30</sup>, es tal que no se debe pagar dinero alguno en una u otra dirección. Además, la regla no es cíclica. Es ejecutada de una vez por todas por el estado, una parte neutral, y así se evitan los peligros de las apropiaciones privadas.

Aún hay más. En esas circunstancias en donde el vecindario está dedicado a ciertos usos industriales, los daños de la contaminación se compensan con los recíprocos beneficios, que normalmente se incrementan, de tal forma que la regla local del *common law* adopta también la misma regla del «viva y deje vivir». El sistema legal es nuevamente capaz de invocar un mayor repertorio que la simple dicotomía de Calabresi y Melamed, para hacer ajustes entre vecinos en materias que preservan sus posiciones relativas y mejoran la eficiencia del sistema del *common law*.

Es instructivo notar una regla que no aparece en el riesgo de los remedios: la famosa y subversiva «regla 4»<sup>31</sup>. Como antes mencioné, el conjunto de recursos permisibles para la violación de los derechos de propiedad consiste en cierta mezcla de mandato de indemnización en específico y protección de daños y perjuicios, con una fuerte presunción en favor del primero. Esta dicotomía no excluye la conclusión obvia de que en esos casos donde no se ha presentado un abuso del derecho, el demandante carece de remedio alguno. Calabresi y Melamed, sin embargo, no tratan esta conclusión como una simple declaración de que el demandante no tiene ningún recurso porque el demandado ha actuado dentro del perímetro de su derecho de propiedad. Por el contrario, ellos tratan la ausencia de una opción de responsabilidad como un tercer tipo de regla legal, que emparejan con su cuarta regla: «Marshall puede hacer que Taney deje de contaminar, pero si lo hace debe compensar a Taney»<sup>32</sup>. El riesgo enorme de esta regla se observa instantáneamente si proponemos una analogía para violaciones a la persona. Afirmar simplemente que «una mujer puede hacer que un hombre deje de violarla, pero si lo hace debe compensarlo» muestra

<sup>29</sup> EPSTEIN, Richard. “For a Bramwell revival”. *American Journal of Legal History*, No. 38, 1994. p. 246. (Justificando la posición intelectual del siglo XIX del juez Baron George Bramwell, que sostenía que los acuerdos entre los individuos deben ser exigidos por la ley sin considerar los términos sustantivos de los mismos); EPSTEIN, Richard. “Nuisance Law: corrective justice and its utilitarian constraints”. *Journal of Legal Studies*, No. 8, 1979. p. 49. (Desarrollando las normas sobre abuso del derecho de propiedad y examinando la interacción de «limitaciones utilitarias» y principios de justicia correctivos al diseñar estas normas).

<sup>30</sup> *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 EE.UU. 393, 415 (1922).

<sup>31</sup> CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. *Op.cit.*, p. 1116.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

qué lejos está esta posición de una comprensión ordinaria de derechos, y es con gran alivio que Calabresi y Melamed no llevan su innovación hasta este extremo. Más bien, hacen notar en otra parte que el asunto de la «integridad física» excluye la aplicación de una responsabilidad ordinaria (entre en posesión y pague) en estos contextos<sup>33</sup>. Obviamente, la regla cuatro pueda ser aun más grotesca.

No obstante, la regla cuatro tuvo su momento de fama en un caso que se desarrollaba cuando el ensayo de Calabresi y Melamed fue publicado, *Spur Industries v. Del E. Webb Development Co.*<sup>34</sup>, en el que la corte sostuvo que una empresa propietaria de ciertas tierras podía ser obligada a pagar los costos de cierre al dueño de un pastizal de ganado cuyas operaciones eran intolerables para las personas que vivían cerca. Aparte de esa coquetería, la cuarta regla de Calabresi y Melamed ha sido largamente ignorada en los casos de abuso del derecho de propiedad, y por muy buenas razones: invierte totalmente la naturaleza de los derechos de propiedad. Recuerde que Calabresi y Melamed anunciaban que el tema de su ensayo era la elección entre los diversos remedios, una vez que la titularidad ya había sido establecida<sup>35</sup>. Aquí la regla básica de las normas de abuso del derecho de propiedad es que todas las personas tienen derecho al disfrute de sus bienes libre de las invasiones de sus vecinos. La regla que adjudica una indemnización por daños o un mandato judicial, o cierta combinación entre ambas, respeta claramente esa forma de la titularidad. Mientras más haga una regla que no ofrece compensación alguna, mayor la justificación bajo la regla del “viva y deje vivir”.

Sin embargo, una vez que el mandato judicial es puesto sobre la mesa, el discurso cambia. Ahora lo que se dice en esencia es que los individuos tienen el derecho a contaminar. Este sería el caso si un terrateniente ha comprado una servidumbre para contaminar, pero es subversivo de cualquier sistema ordinario de derechos de propiedad entre vecinos asumir que esta situación existe separada de ciertos acuerdos especiales, tal como la compra de una servidumbre de contaminación. Decir que las cortes o los legisladores tienen el derecho de escoger entre estas cuatro alternativas es otorgarles el derecho de definir y redefinir

los derechos de propiedad, y con ello participar en una masiva desestabilización de los derechos de propiedad. La revocación del flujo del dinero en efectivo es equivalente a decir que el contaminador tiene derechos de propiedad en las actividades generadoras de contaminación, que es asunto muy distinto.

Esta conclusión puede parecer convincente, al menos por un momento, en los casos como *Del Webb*, donde la actividad de abuso del derecho de propiedad se inició antes de que otras personas ocuparan las tierras cercanas; pero una comprensión apropiada de este modelo indica que estos casos no se deben tratar bajo la cuarta regla. La explicación básica radica en la operación de las normas de prescripción, que juegan un rol crítico en estos casos<sup>36</sup>. Así, en el momento de la interacción inicial, el demandante y el demandado poseen parcelas colindantes. El demandado empieza entonces la contaminación, que se extiende a las tierras del demandante, sin que le ocasione daño alguno.

El mayor riesgo es que el sistema legal alcanzará dos conclusiones a un mismo tiempo: (1) el demandante carece de acción alguna, porque no ha sufrido ningún daño; y (2) el plazo de prescripción empezará a correr, no obstante que el demandado ha iniciado una conducta potencialmente dañina, como por ejemplo, la de contaminar. Para este detestable dilema, debe hacerse una de las siguientes elecciones: o la demanda debe ser admitida inmediatamente, para impedir que el demandado obtenga por prescripción una servidumbre para contaminar, o el plazo de prescripción debe suspenderse hasta que la propiedad del demandante sea efectivamente dañada por la contaminación. La más adecuada es la segunda alternativa, y por dos buenas razones. En primer lugar, se difiere el tiempo del litigio y así se le garantiza al demandado un uso interino de bienes que, de otra manera, podría ser impedido por la corte, a menos, por supuesto, que le comprara al demandante la titularidad para contaminar. En segundo lugar, aumenta la probabilidad de que el conflicto desaparezca. Nada nos dice que el uso presente del demandado de sus bienes es permanente. Así, es posible que cuando el vecindario cambie, el demandado abandone su viejo uso al tiempo

<sup>33</sup> Calabresi y Melamed explican que, en otras palabras, aparte del costo de llegar colectivamente a tal valuación objetiva (como se requiere con una regla de responsabilidad), no está garantizada la eficiencia económica de la transferencia. Si esto es así con la propiedad, más aun con la integridad física, y no podríamos presumir colectiva y objetivamente el valor de los costos de una violación para la víctima frente a los beneficios para violador, aún si la eficiencia económica es nuestro único motivo.

<sup>34</sup> 494 P.2d 700 (Ariz. 1972).

<sup>35</sup> CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. Op.cit., p. 1092.

<sup>36</sup> *Sturges v. Bridgman*, 11 Ch. D. 852 (1879).

que el demandante comienza a utilizar sus tierras. Después de todo, si la propiedad del demandante es valiosa para un real desarrollo, es probable que la parcela adyacente del demandado se convierta valiosa para ese uso también.

Existen buenas y suficientes razones, entonces, para extender la conclusión de que el demandante debe obtener un mandato judicial sin tener que comprar el derecho, como mal aconseja la regla cuatro. Más precisamente, el caso es uno en el que el mandato judicial debe permitirle algún tiempo al demandado para alterar su comportamiento, mientras que paga daños interinos –una combinación de la primera y la segunda regla. Pero no existe razón alguna por la que el demandante tenga que comprar, por segunda vez, un terreno que ya había comprado antes.

### III. RESPONSABILIDAD Y NECESIDAD

Siempre que la ley escoge entre ordenar la restitución del bien o el pago en dinero por los daños generados, escoge entre una regla de propiedad y una regla de responsabilidad. Siempre que en el área contractual escoge entre el cumplimiento específico y el pago de una indemnización, hace la misma elección. Siempre que prefiere un mandato judicial a un pago por daños, hace lo mismo. Para los abogados clásicos, lo que llamamos la elección entre las reglas de propiedad y las reglas de responsabilidad es una elección entre una regla absoluta que privilegia la autonomía y una regla legal que permite que una de las partes inicie un intercambio forzoso de titularidades. Como una materia teórica general, la naturaleza de la propiedad exige, casi por definición, que el derecho sea respetado por todos los demás, a menos que se desprenda de él voluntariamente, o sea tomado del individuo para satisfacer la obligación impuesta a esa persona en virtud de cierto mal que ha cometido, ya sea un daño extracontractual o la resolución de un contrato<sup>37</sup>. La propiedad es algo que es mío, y no puede ser mío si tú puedes entrar y tomarla a tu libre arbitrio y placer<sup>38</sup>.

Una definición fuerte de los derechos de propiedad no nos debe llevar al otro extremo y asumir que los derechos de propiedad nunca podrán ser tomados por

otro. Los casos en que otros individuos pueden entrar y tomar, o aún usar, la propiedad de otro individuo están cuidadosamente circunscritos a los supuestos de necesidad. La naturaleza de la necesidad podría, por supuesto, variar con las circunstancias. Así, uno de los principales tópicos del derecho romano era la ley de la fusión, que suponía una combinación inadvertida e irreversible de la propiedad o trabajo de dos o más individuos<sup>39</sup>. Para tomar sólo el caso más simple, “A” erróneamente cinceló su propia escultura en una pieza de mármol de propiedad de “B”. El problema no era de poco interés, porque una vez que la escultura fue hecha, no es posible ordenar una restitución –una ilustración de una regla de propiedad- por la cual el bien retorne a poder de su dueño<sup>40</sup>. Dadas estas circunstancias, o bien el dueño del mármol debe renunciar a él sin consentimiento, o bien el escultor tiene que renunciar al producto de su trabajo sin su consentimiento. En este caso, es literalmente imposible respetar la titularidad que ambos ostentan, y la primera tarea legal consiste en resolver el conflicto sobre la propiedad del bien, que debe resolverse a favor del escultor, dada la naturaleza distintiva de su aporte. Pero el dueño del mármol no debe quedarse sin compensar su pérdida. Una posibilidad es entregarle una losa de mármol de igual calidad a la losa que le ha sido arrebatada, y otra es entregarle una compensación dineraria igual a la de su valor de mercado. Los extensos y erráticos textos romanos sobre la materia evidencian las dificultades que enfrentaba cualquier sistema que permitiera la necesaria transferencia de propiedad sin consentimiento. Estaba lejos de ser evidente, al menos para ellos, que la división antes mencionada debe dominar en todos los casos; el código de Justiniano, por ejemplo, en muchos casos parece favorecer el darle la propiedad al dueño de los materiales<sup>41</sup>. Para estos propósitos, el punto clave es únicamente este: la buena voluntad para usar una regla de responsabilidad sólo aparece por la necesidad de la situación creada por la errónea acumulación de la propiedad y el trabajo de dos o más individuos. Las reglas de propiedad eran claramente preferidas.

Otra medida del mismo nivel de íntima interconexión está presente en la ley de copropiedad, donde la necesidad de las circunstancias también hace imposi-

<sup>37</sup> COLEMAN, Jules y KRAUS, Jody. “Rethinking the theory of legal rights”. Yale Law Journal, No. 95, 1986. pp. 1338- 1339.

<sup>38</sup> Por ello, se define la propiedad como “cualquier objeto de valor que una persona legalmente puede adquirir y mantener; cualquier cosa que se pueda poseer; valores, tierras, etc.; cualquiera tenencia». Funk & Wagnalls New Comprehensive International Dictionary of the English Language”, 1978. El “mantener” excluye la posibilidad de que otros puedan entrar en posesión del mismo bien.

<sup>39</sup> Para algunos de textos relevantes ver las Institutas de Gayo, 2.73-79 y las Institutas de Justiniano, 2.1.25-34.

<sup>40</sup> Institutas de Gayo, 3.91.

<sup>41</sup> Institutas de Justiniano, 1.25 (“si el nuevo objeto se puede reducir a los materiales con los que fue hecho, pertenece al dueño de los materiales; de lo contrario, ello pertenece a la persona que lo hizo”). Poco se dice aquí sobre la compensación por el trabajo perdido. En otros contextos, el dueño de un bien que había sido mejorado por otro sólo lo recuperaba si estaba dispuesto a pagar los gastos asociados con la mejora. Institutas de Gayo, 2.76-77; Institutas de Justiniano, 130.

ble respetar las titularidades de ambas partes. Para recapitular brevemente una situación legal complicada, cada uno de los copropietarios se encuentra legitimado para satisfacer su interés creando una posesión en común que destruye el derecho previo de supervivencia<sup>42</sup>. Esa forma de separación niega a ambas partes la ventaja del comportamiento estratégico de la relación legal actual y, en ciertas instancias al menos, conlleva una implícita transferencia de la riqueza entre las dos partes, dado que el valor del derecho de la supervivencia depende de las edades relativas de ambas<sup>43</sup>. Los copropietarios tienen en común el derecho adicional de buscar la partición física de la propiedad, que crea una regla de responsabilidad de clases, pero que confiere a cada copropietario cierta porción de la propiedad original, que valga idealmente tanto o más que su previa parte indivisa<sup>44</sup>. Aún aquí, si la partición no es posible, una corte puede ordenar la venta de la propiedad, que a diferencia de la partición supone una división uniforme de los productos. Hoy en día la práctica general favorece la partición sobre la venta, una presunción a favor de la regla que más se asemeja a una regla de propiedad.

Otra situación de control dividido se presenta cuando una persona es propietaria de un bien hipotecado. Ordinariamente, se le permite al acreedor hipotecario tomar el bien y venderlo para la satisfacción de su deuda, siempre que el deudor se niegue a cancelarla, lo que constituye una regla similar a la de propiedad, que respeta los términos del contrato de préstamo original. Dentro del marco del sistema concursal, sin embargo, este derecho es degradado a una (limitada) regla de responsabilidad por la cual el administrador del patrimonio sujeto a concurso está permitido de impedirle al acreedor hipotecario la venta del bien del insolvente, hasta que el administrador lo provea con una serie de pagos dinerarios que supongan una «indubitable equivalencia» con el valor habría obte-

nido luego del proceso de ejecución de garantías, tarea que requiere un cálculo exacto del interés, lo que no es sencillo de alcanzar<sup>45</sup>.

Los principios de necesidad no se encuentran limitados a los casos de copropiedad, sino que también se extienden a otras situaciones. La más dramática de éstas se presenta cuando una persona trata de entrar sin permiso al inmueble de otra, cuando se encuentra en un peligro inminente de daño o muerte<sup>46</sup>. En situaciones menos dramáticas, la necesidad permite cruzar por terrenos privados que lindan con una autopista pública, si es que esta es la única manera de llegar a ella<sup>47</sup>. Estas deben ser necesidades del momento, y tienen que ser ocasionadas por cambios repentinos e inesperados en condiciones externas que impedian una rápida adaptación. Desde luego, nadie pueda ocupar sin derecho el terreno de otro simplemente porque ha sido despedido de su propio terreno. Similarmente, la duración de la intrusión se limita a la necesidad que la creó. El marinero puede entrar en posesión de un refugio de otro sólo mientras dure la tormenta; el transeúnte puede caminar sobre un terreno ajeno, pero no puede ponerlo en peligro como si fuera de él. Una vez que la necesidad ha pasado, el dueño puede reafirmar sus derechos, incluyendo el de la tenencia exclusiva, sin tener que negociar nada con el intruso. Finalmente, en la mayor parte de los casos, cualquier destrucción o daño a la propiedad da origen a una obligación correlativa de indemnizar por el daño causado. Los casos de necesidad son reales, y no se pueden eliminar de cualquier resumen exacto de las reglas del *common law* ni de cualquier estudio filosófico sistemático de estas cuestiones<sup>48</sup>. Las situaciones más dramáticas no ocurren frecuentemente, tal vez una vez en la vida. Sin mucho esfuerzo de imaginación, es posible señalar que estas reglas constituyen el marco que gobierna el comercio ordinario, e incluso las interacciones sociales ordinarias.

<sup>42</sup> Para la discusión de estas reglas, SWENSON, Robert y DEGNAN, Ronald. "Severance of joint tenancies". Minnesota Law Review, No. 38, 1954. p. 466.

<sup>43</sup> Vale notar que la presunción de valor igual para porciones iguales es tan fuerte que ningún copropietario puede convertir unilateralmente una posesión común en una copropiedad.

<sup>44</sup> Para una ilustración de los enredos que pueda resultar de la copropiedad, revisar *Johnson v. Hendrickson*, 24 N.W.2d 914 (S.D. 1946), donde, a la muerte de un granjero, la granja fue dividida entre su viuda y tres niños. Cuarenta años después, el segundo esposo de la viuda y dos niños de ese matrimonio también tenían intereses en la propiedad, y la porción de la viuda se constituyó como un patrimonio familiar a favor de su esposo. La partición era impracticable, y se ordenó la venta de la granja mediante una división de procesos. La «regla general», tal cual es, favorece la partición sobre la venta.

<sup>45</sup> Ver *Koopmans v. Farm Credit Services*, ACA de crédito, 102 F.3d 874 (7 Cir. 1996), donde el juez Frank Easterbrook correctamente sostuvo que el costo del capital en todos los casos era igual a la tasa de interés de mercado, representando el costo de oportunidad del capital.

<sup>46</sup> Ver, por ejemplo, *Vicent v. Lake Erie Transp. Co.*, 124 N.W. 221 (Minnesota, 1910). Nótese que una vez que el derecho de propiedad se transfiere temporalmente al poseedor necesitado, el dueño original es privado de impedir la posesión y usar la fuerza para ganar la entrada a la propiedad que no posee. Ver *Ploof v. Putnam*, 71 un 188 (Vt. 1908). Estos casos son discutidos extensamente en AYRES, Ian y Balkin, J.M. Op.cit., pp. 715-16.

<sup>47</sup> *Ploof*, 71 A. at 189 («un viajero en una autopista que la encuentra obstruida por una causa repentina y temporal puede pasar por las tierras colindantes, sin convertirse en un transgresor debido a la necesidad»).

<sup>48</sup> PUFENDORF, Samuel. "The law of nature and nations. Amsterdam, Andreas Van Moogenhuysen, 1688 .

Esta visión de los casos de necesidad ha sido rechazada, erróneamente a mi juicio, en el reciente trabajo de Ayres y Balkin<sup>49</sup>. Ellos sostienen que los casos de necesidad representan un poderoso reflejo de la profunda estructura de las titularidades legales, esto es, una situación en la que el uso consecutivo de reglas de responsabilidad genera una continua subasta interna. En la primera etapa, una parte puede tomar un bien de otra, y hacer uso de cualquier información privada que tenga sobre el valor de la titularidad para él en relación con el precio que debe pagarle a la otra parte. El problema con este sistema es que ignora cualquier información privada de la “toma”, respecto de la parte cuya propiedad es tomada. Esa información a su vez puede equipararse, como hemos dicho, cuando se invierten los roles de las partes. El propietario original puede retomar el bien que le fue quitado siempre que pague por él un precio más alto. En principio, dicho ciclo puede repetirse indefinidamente, hasta que una de las partes deje de hacer una oferta. Parece extraño que tengamos que sufrir el repetido uso de la fuerza para lograr tal resultado, cuando se puede lograr normalmente haciendo ofertas y contraofertas sin ninguna toma real. Esas ofertas pueden ser una farsa, y la combinación instantánea de toma y pago reprime esa posibilidad.

Para ilustrar su sistema, Ayres y Balkin regresan al dúo familiar de *Ploof* y *Vicente*, los dos casos que más tratan diversos aspectos de los casos de necesidad en el mar. Esta elección es idónea porque ambos casos ilustran la naturaleza incompleta del privilegio en el *common law*. *Ploof* aclara que el forastero tiene un derecho para entrar en el bien de otro; *Vicente* establece el deber correlativo de pagar. Así, la primera parte del análisis de Ayres y Balkin es fácil y resiste el reconocimiento de la regla de responsabilidad. Bajo la regla en *Vicente*, el dueño del barco puede acceder al muelle de otro para preservar su vida. Ayres y Balkin yerran el camino cuando escriben: «el dueño del muelle tiene una opción para desamarrar el buque, pero a un costo: el dueño del muelle renuncia a la posibilidad de demandar al marinero por los daños ocasionados y se expone a sí mismo al pago de una indemnización por los daños que su acción le cause al buque y a su tripulación»<sup>50</sup>. Esta conclusión malinterpreta la posición legal. Sin duda, *Ploof* mismo permitía tal demanda, dado que el demandante había sido arrojado hacia el mar cuando el dueño del buque

no pudo impedir que el demandado desatara el barco del muelle.

En este sentido, el dueño del muelle no tiene opción para reclamar el muelle por una oferta más alta, porque la estructura entera de las titularidades cambia drásticamente una vez que la necesidad es verdaderamente identificada. Normalmente, el propietario de un bien se encuentra facultado para usar la fuerza con un intruso que no sale después de que se le pide que lo haga<sup>51</sup>. ¿Qué sucede con la necesidad? *Ploof* aclara que el dueño del muelle no se encuentra facultado para usar la fuerza contra el dueño de barco. ¿Se encontraría justificado el dueño de barco para hacer uso de la fuerza contra el dueño del muelle para poder amarrar el barco? Sí, porque la propiedad del muelle literalmente llega a ser de quien lo toma mientras dura el estado de necesidad. Así, el dueño del barco se encuentra facultado para hacer uso de la fuerza y vencer las defensas del demandado, incluyendo la fuerza de muerte si pelagra su vida o la de su familia y tripulación. El sistema legal no crea una serie indefinida de opciones entre las dos partes, como si tuvieran tiempo para formular sucesivas ofertas una contra la otra. Más bien, crea en el corto plazo un derecho de propiedad temporal en el forastero, un derecho que pellizca cualquier subasta en el trasero. Los derechos no pueden ser absolutos, pero el modo de su revocación no es el que Ayres y Balkin sugieren. La única manera en que el dueño original podría reclamar el muelle es mostrando que él también se encuentra en un estado de necesidad, por lo que la regla es que cuando ambas partes enfrentan una necesidad común la ventaja retorna al dueño original, al menos asumiendo que sólo una de las partes puede salvarse. Como señala Pufendorf: «un hombre no debe ser despojado de sus posesiones contra su voluntad, si es que resulta claro que él puede atravesar por la misma necesidad, si la propiedad del bien pasa para otro»<sup>52</sup>.

Los dramáticos efectos de la necesidad en la posición legal completa se confirma observando cómo la doctrina de la necesidad influye no sólo en las normas sobre propiedad y defensa propia sino también en la actitud legal hacia la ejecución de los contratos. Bajo circunstancias normales, el dueño que tiene el poder para excluir puede admitir a alguien en los términos y condiciones que tenga por convenientes. Bajo los términos de necesidad, sin embargo, el poder para

<sup>49</sup> AYRES, Ian y Balkin, J.M. Op.cit.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Ver *M'Ilvoy v. Cockran*, 2 A.K. Marsh 271 (Ky. 1820).

<sup>52</sup> PUFENDORF, Samuel, Op.cit., p. 305.

excluir está perdido, y así también cualquier derecho contractual mediante el cual el dueño del barco pueda haber acordado la entrega de sus bienes para ganar la seguridad para sí y para su familia. Como el dueño del muelle haya negado el acceso del dueño del barco a su propio muelle, el contrato se puede resolver por coacción, así como bajo circunstancias ordinarias el dueño del muelle puede resolver cualquier contrato que le fuerce a venderle su muelle a un extraño. El dueño del barco puede hacer cualquier promesa que se le demande y alegremente negarla más adelante. Si ha pagado por adelantado, podría reivindicar lo que haya pagado bajo la teoría de la restitución. El sistema entero está engranado para hacer un cambio decisivo en los derechos de propiedad. No mantiene ninguna relación con cualquier subasta consecutiva, ya sea real o imaginaria.

Este abanico de respuestas legales tiene sentido. La necesidad de salvar la vida es tan evidente que la ley le permite al individuo en riesgo usar la propiedad de otro como si fuera de él. La superioridad ostensible de una regla de responsabilidad, que equipara la información privada de la parte que entra en posesión, no tiene una gran importancia. Nadie podría sostener seriamente que por cierta razón oculta el dueño tiene mayor necesidad de su muelle que el marinero cuya vida está en riesgo. No necesitamos ahondar en especulaciones sobre los valores relativos o suponer que la información privada y asimétrica en este contexto genere algún problema digno de una solución social. Sólo los cínicos podrían dudar que, al momento crítico, para el dueño del barco el uso del muelle tiene un mayor valor que para su dueño el valor de su derecho para excluir a los extraños. Cualquier incertidumbre que se pueda evocar sobre su magnitud relativa, no altera la dirección de la desigualdad. El sistema legal no tiene interés en bloquear este tipo de intercambios forzados. Más bien, su tarea clave es asegurarse de que el extraño no cause daños innecesarios al muelle, lo que puede lograrse haciéndolo responsable por negligencia en su uso (asumiendo que sabemos lo que ello significa) o, como en el caso *Vicente*, haciendo que pague cualquier daño que cause. Las reglas legales no muestran una propensión para las subastas internas indefinidas, sólo la recomendable preferencia de la vida sobre la propiedad. De hecho, es gráfico que estas complicaciones sólo se presenten bajo circunstancias de necesidad. Ayres y

Balkin no sugieren otro conjunto de circunstancias en que una regla de propiedad es degradada a una regla de responsabilidad en el *common law*, y yo no conozco de alguno. El privilegio incompleto en los casos de necesidad privada muestra que las ordinarias reglas de propiedad dominan en casos donde la necesidad está misericordiosamente ausente.

#### IV. EL MARCO INSTITUCIONAL

Las diversas reglas de responsabilidad esbozadas no se presentan aisladamente, sino dentro de cierta particular estructura institucional. Los casos en que la propiedad o el trabajo de dos partes se combina por inadvertencia pueden ser solucionados por acuerdo privado, pero nunca por una acción unilateral. Donde exista cierto desacuerdo en relación a quién se queda con el bien y a cuánto asciende la compensación debida, el problema se resuelve en las cortes. Los casos dramáticos de necesidad privada suponen situaciones en las que no es posible la intervención administrativa antes que ocurran, de modo que la intervención pública está limitada a determinar los daños, si es que existen, que deben ser indemnizados. El marco institucional, sin embargo, llega a ser mucho más denso cuando el discurso se mueve de la esfera pública a la esfera privada, concretamente en los casos que suponen el uso del poder de expropiación.

La conexión entre las normas de responsabilidad y el poder de expropiación ha sido largamente reconocida en la literatura, especialmente en relación con los casos de interés público; es decir, aquellos en los que el gobierno toma o destruye la propiedad privada para brindar determinado bien público<sup>53</sup>. En algunos de estos casos, la pregunta última de la política es desviada por un asunto casual, por lo que no se otorga una compensación cuando la propiedad destruida por el gobierno hubiera caído en manos del enemigo<sup>54</sup>. En otros casos, el interés público claramente requiere una compensación, como cuando fábricas y minas que no están en la línea de tiro son expropiadas por asuntos militares.

La relación entre las reglas de responsabilidad y el poder de expropiación escapa a Calabresi y Melamed, quienes anotaron, por ejemplo, que el poder de expropiación es a menudo utilizado para juntar pequeñas parcelas de tierra en una unidad más grande que puede ser convertida en un bien de uso público. El caso que

<sup>53</sup> BROEDER, Dale. "Torts and just compensation: some personal reflections". *Hastings Law Journal*, No. 17, 1965. (discutiendo la relación entre las reglas de la compensación justa y los casos de necesidad privada).

<sup>54</sup> *United States v. Caltex (Filipinas), Inc.*, 344 U.S. 149 (1952), negando adjudicar una compensación cuando la propiedad era destruida durante la segunda guerra mundial, en el camino de avance japonés.

exponen suponía una extensión de tierra poseída separadamente por 1000 personas, que es expropiada para utilizarla como un parque público. Las diversas parcelas eran compradas con los recursos adquiridos de impuestos de las 100,000 personas (en un pueblo diferente) que se beneficiarían de la medida<sup>55</sup>. En realidad, ese problema se presenta mucho más a menudo con mejoramientos de la vía pública y tasaciones especiales, donde opera exactamente la misma lógica. El riesgo de un comportamiento estratégico en estos casos es demasiado grande para ser negociado, pero las tierras tienen un valor de mercado bien establecido antes de la intervención del gobierno, que pueda servir a su vez para delimitar expropiaciones. De hecho, en esos casos en que los individuos que usan el parque son idénticos de los que fueron expropiados, la compensación en dinero en efectivo se vuelve irrelevante porque cada persona contribuye para el bien común con el mismo importe que las demás y reciben la misma ganancia<sup>56</sup>. Poner dinero en un fondo común y luego quitarlo sólo supone una recirculación del dinero en efectivo, sin alguna transferencia de o para alguna persona, de modo que todos pierden igualmente sufriendo los costos de transacción proporcionales de administrar el sistema de pago.

Debe estar claro de estos ejemplos que la adquisición de tierras por el estado rutinariamente tiene lugar por el poder de expropiación. Normalmente el estado tiene una elección de dónde comprar o alquilar, y encuentra más barato comprar que condenar, debido a la completa ausencia del problema del comportamiento estratégico. Los funcionarios públicos recurren al poder de expropiación sólo donde el comportamiento estratégico impide transacciones voluntarias. Sin embargo, la utilización del poder de expropiación por el gobierno, o aún por cierto privado haciéndolo por delegación administrativa, contiene un enorme riesgo genérico de reglas de responsabilidad. Lo cíclico no puede ocurrir. El bien es expropiado en defecto de una transferencia voluntaria. La titularidad permanece segura contra una intrusión adicional.

Por la misma razón, es una equivocación considerar el poder de expropiación simplemente como una

regla de responsabilidad pro- gobierno. Una clara actitud hacia las expropiaciones revela una aversión para conferir un poder desenfrenado al estado o sus delegados preferidos. Para contener este riesgo, la Constitución, al menos superficialmente, ha establecido un régimen más complejo que el de la simple dicotomía aparentemente comprendida en las reglas de propiedad y las reglas de responsabilidad. Aunque es sencilla de olvidar o minimizar, la cláusula de expropiaciones contiene un explícito uso público entre sus componentes: «la propiedad privada no puede ser expropiada para uso público sin el pago de una compensación justa»<sup>57</sup>. El clásico chiste sobre las normas de expropiaciones es que la propiedad puede ser expropiada para un uso privado y sin compensación alguna, posición totalmente inconsistente con la visión de que la cláusula de expropiaciones está diseñada para limitar el poder del estado para actuar, aún cuando lo haga en virtud del interés público<sup>58</sup>. La única interpretación sensata de la cláusula de uso público es que indica que el estado no siempre puede operar bajo un régimen de tomo y pago, esto es, con el beneficio de una regla de responsabilidad irrestricta. Como una propuesta inicial, cuando la expropiación no sea para un uso público (cualquiera que sea su contenido preciso), el propietario individual del bien se encuentra una vez protegido por una regla de propiedad, de modo que lo que puede ser tomado sólo puede serlo con el consentimiento de su propietario, asumiendo (lo que es de por sí dudoso) que el gobierno tiene algún negocio adquiriendo las tierras.

¿Qué tipo de limitaciones son apropiadas? Aquí los casos de las *Mill Acts* del siglo XIX son sugestivos de tempranas actitudes sobre este problema<sup>59</sup>. En la práctica, es posible identificar dos clases de represas —represas de suministro, que estaban abiertas al público bajo un uso razonable; y, represas de poder, cuya salida era controlada por su dueño, sin ninguna obligación similar a la de los servicios públicos— de manera que se aclare por qué los privados pueden destinar la propiedad para uso público. Ambos tipos de represas implican fuertes inversiones en un lugar específico, y el poder que generan suele obtenerse tomando el flujo de agua

<sup>55</sup> CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. Op.cit., pp. 1106-07.

<sup>56</sup> EPSTEIN, Richard. “Takings”. Op.cit., pp. 195-215.

<sup>57</sup> U.S. CONST. Amend. V; véase también *Ruckelshaus v. Mosanto Co.*, 467 U.S. 986, 1003-04 (1984).

<sup>58</sup> Es algo que se ha repetido con fingida seriedad: se puede argumentar que si la expropiación no es para un uso público, es inconstitucional, pero tal vez no como una expropiación; para todas las expropiaciones la cláusula dice que « la propiedad privada no puede expropiada para un uso público, sin el pago de una compensación justa.» Este lenguaje especifica la consecuencia si es que la propiedad es expropiada para un uso público, pero guarda silencio sobre las consecuencias si la propiedad es expropiada para un uso privado. *Coniston Corp. v. Village of Hoffman Estates*, 844 F.2d 461,464 (7 Cir. 1988) (Posner, J.).

<sup>59</sup> *Murdock v. Stickney*, 62 Mass. (8 Cush.) 113 (1851); *Miller v. Troost*, 14 Minnesota. 365 (1869).

de un río, y a menudo inundando tierras privadas. Para estos propósitos, vamos a ignorar el efecto del molino en otros usos<sup>60</sup>, y concentrar nuestra atención a los casos en los que el terreno se inunda.

La pregunta clave es si el dueño de esas tierras podría impedir la expropiación sobre la base de que no era para el uso público, dado el uso privado de la salida de agua. En virtud de lo expuesto, la respuesta debe ser que sí puede. En la práctica, la respuesta se vuelve negativa. Aquí, los jueces toman un lenguaje constitucional que no estaba adaptado para su propósito, y sostuvieron que mientras que se presente un serio problema de comportamiento estratégico, el estado puede cambiar de un sistema fuerte de derechos de propiedad a un sistema que depende en parte del uso de una regla de responsabilidad. En esencia, el requerimiento de uso público era satisfecho, no debido a la naturaleza pública del uso, sino porque el problema del comportamiento estratégico requería un cambio de una regla de propiedad a una regla de responsabilidad limitada. El imperativo funcional alteraba la doctrina constitucional<sup>61</sup>.

En esta coyuntura, sin embargo, es de vital importancia notar, como el análisis de Calabresi y Melamed no hace, la naturaleza limitada de estas reglas de responsabilidad. Su visión está desprovista de estructuras y defensas institucionales. Está compuesta de Taney y Marshalls (con un ocasional Chase arrojado por ahí) que actúan como individuos autónomos, sin identidades institucionales de ninguna clase. Sin embargo, la *Mill Act* contenía una estructura institucional explícita para limitar los riesgos que se presentaban cuando a una persona se le daba el derecho para tomar un bien de propiedad de otro para su propio uso. Quienes diseñaron el reglamento sabían que se necesitaban normas para superar un específico problema de comportamiento estratégico. Niegue los derechos de expropiación y la represa nunca será construida, quizás sólo porque cada propietario de tierras puede insistir en la obtención de una mayor porción de las ganancias anticipadas de la construcción del molino. Si existen muchos propietarios, la codicia de cada uno podría fácilmente obstaculizar los deseos de

los otros, de modo que la represa que todos pueden desear tener construida, nunca lo sería<sup>62</sup>.

Tampoco es satisfactorio permitir la inundación bajo una promesa de pagar los daños generados. No sólo nos enfrentamos con la pregunta de si la parte que inunda estará bien por los daños en cuestión, sino también si se le debe permitir determinar la extensión de la inundación que impone a sus vecinos. Para controlar este riesgo, la regla de responsabilidad no funciona a gusto del dueño de la futura represa. Más bien, tiene que formular una solicitud a ciertos funcionarios públicos independientes antes de la inundación, y estos funcionarios tienen que determinar si la represa debe ser fabricada y, si es así, su ubicación y tamaño<sup>63</sup>. Una ventaja de este procedimiento es que impedía la construcción de múltiples represas a lo largo de un río con poco agua, cuya operación puede ser inconsistente con la de las demás.

Una regla de responsabilidad privada no puede resolver estos problemas, de tal forma que presentan complicaciones que no fueron consideradas en las situaciones relativamente simples ensayadas por Calabresi y Melamed. Además, la regla de compensación bajo la *Mill Act* otorgaba el pago de cierto premio, en este caso del cincuenta por ciento, sobre el valor de mercado<sup>64</sup>. Mientras que esto tiene la desventaja de bloquear ciertas transacciones donde las ganancias netas eran mayores que las pérdidas netas, tiene probablemente la mayor ventaja de ofrecer una protección moderada para esos elementos de valor que son a veces difíciles de cuantificar mediante una valoración objetiva. Para tierras de cultivo, la regla parece ir más allá de ese objetivo dándole al dueño de las tierras cierta porción de la ganancia proveniente de la expropiación de sus tierras. El principio de Hayek establece que el uso del poder del estado se debe tolerar sólo donde podemos establecer una ventaja manifiesta de su uso. El premio es una comisión por esa mayor ventaja neta. En esencia, la posición tomada era que donde se presente el problema del comportamiento estratégico, la expropiación podía fijarse para un uso público<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> En la primera situación, La Corte Suprema ha sostenido que la disminución del poder de un molino por la construcción de un dique no constituya una expropiación. Su fallo reposa en la errónea suposición de que la soberanía pública sobre ríos navegables bajo poder comercial confiere derechos de propiedad que le permiten al gobierno aplastar los correlativos derechos de los ribereños. En la regulación de tierras, la expansión del poder del gobierno es sostenida en nombre de valores comunitarios. En los casos de derechos ribereños, el delicado equilibrio de deberes correlativos entre ribereños y el público en general se erradica simplemente por la aceptación judicial de un fuerte interés federal sobre las aguas navegables.

Para una lamentable prueba de este desarrollo, ver, por ejemplo, *United States v. Twin City Power Co.*, 350 U.S. 222 (1956).

<sup>61</sup> MERRILL, Thomas. "The economics of public use". *Cornell Law Review*, No. 72, 1986. pp. 61, 66-72.

<sup>62</sup> CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. *Op.cit.*, pp. 1107-08.

<sup>63</sup> Ver *Head v. Amoskeag Mfg. Co.*, 113 U.S. 9, 1s11 (1885).

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Ibid.*



La interpretación alternativa de la *Mill Acts* trata el premio sólo como un esfuerzo para asegurarse de que la regla de responsabilidad opere a un precio eficiente. Para reforzar este argumento, Ayres y Balkin observaron que, «la legislatura debe haber creído que el terrateniente promedio de aguas arriba (que no haya vendido su casa) tiene un valor promedio que está cincuenta por ciento por encima del precio de mercado»<sup>66</sup>. El dato revelador de este error es que asume que las casas, a diferencia de los terrenos sin construir, pueden ser inundadas a fin de ayudar a la construcción de la represa. El reglamento aplicable, sin embargo, parece limitar el privilegio para inundar sólo a aquellos casos en que «las tierras de cualquier persona será inundada o de alguna manera dañaba por el uso de tal represa»<sup>67</sup>. En el caso usual, sólo la tierra se inunda, y la tierra en cuestión es ordinariamente tierra de cultivo, la que es improbable que tenga un valor subjetivo algo cercano al de la bonificación de cincuenta por ciento establecida en el reglamento. En realidad, es mucho más probable que la bonificación fuera incluida para reducir la resistencia política a la expropiación, que fácilmente puede alabarse bajo la perspectiva de que el agresor privado mantendría toda la ganancia de su propia acción, problema de *public choice* que es ignorado en el análisis estático de las normas de expropiación. Si la única razón para la bonificación fuera adecuar la regla del daño a la valoración subjetiva, una figura menor sería mucho más probable. Esta bonificación, además, sería requerida no sólo en los casos de la *Mill Act*, que son iniciados por privados, sino también en casos ordinarios de expropiaciones iniciados por entidades del gobierno. Simplemente equivoca el contexto social para igualar en esta instancia el poder de expropiación con una regla de responsabilidad administrada por el estado.

Un análisis similar se aplica al segundo de los clásicos casos de expropiación, *Miller v. Schoene*<sup>68</sup>. Este caso,

cabe recordarlo, envolvía una peste que gastaba parte de su ciclo vital como un habitante inofensivo de árboles de cedro y sólo en una fase posterior de su desarrollo causaba estragos en los valiosos manzanos que estaban cerca. En este caso se sostuvo que los dueños de los árboles de cedro no recibían ninguna compensación cuando sus árboles se destruían para proteger los manzanos cercanos. Sin embargo, un enfoque institucional completo del caso debe preguntar quién corta los árboles y cuándo. Aquí la regla más simple permitiría a los dueños de los manzanos actuar de acuerdo con su propia conveniencia, sin tener que pagar una compensación. El reglamento rechazaba la iniciativa requiriendo que un entomólogo del estado certifique el peligro a manzanos cercanos y ordene el corte<sup>69</sup>. La intervención del funcionario estatal proporciona un parachoques entre el dueño de los árboles de cedro y la cólera de los cultivadores de manzanos. Esta característica habría sido deseada aún si la compensación fuera debida por el estado, o más probablemente por el dueño de los árboles de cedro afectados<sup>70</sup>. En la esfera pública, ciertas limitaciones y condiciones normalmente se establecen en el uso de la regla de responsabilidad.

La regla de expropiación, sin embargo, se parece al derecho de daños en otro aspecto: la regla cuatro debe ser terminantemente limitada en todos los casos de expropiación debido a la masiva desestabilización de los derechos de propiedad que crea. Calabresi y Melamed se refieren indirectamente al uso de la regla 4 en las expropiaciones de usos alternativos imposibles: servidumbres ecológicas y cobro de impuestos<sup>71</sup>, los que se han convertido en temas calientes. Lo que es raro entonces, es que nunca mostraron la conexión con *Hadacheck v. Sebastian*<sup>72</sup>, la expropiación análoga a la pregunta sobre abuso del derecho de propiedad que recibió tan idiosincrásica respuesta en *Del Webb*. En *Hadacheck*, la pregunta era si el dueño de un almacén de ladrillos debía recibir una compensación de acuer-

<sup>66</sup> AYRES, Ian y BALKIN, J.M. Op.cit., p. 742, criticando mi posición en “Takings”, Op.cit., p. 174.

<sup>67</sup> *Act for the Encouragement of Manufactures*, 1868 leyes de N.H. 152, Ichl. 20, 2.

<sup>68</sup> 276 U.S. 272 (1928).

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> La Corte Suprema negaba la compensación basándose en que el *common law* del abuso del derecho de propiedad no brindaba ninguna ayuda para la decisión del caso, de modo que el estado tiene el derecho para decidir lo menor para el mayor valor. Aún si uno defiende el (dudoso) resultado de *Miller*, esta razón no pueda triunfar, pues permita la expropiación de tierras por una persona para quien tiene mayor valor que para otra. Una manera de entender el caso es preguntar lo que debía haberse hecho si la peste se había originado en los manzanos sólo para causar daño a los árboles de cedro. Permitirle al dueño de los manzanos ganar siempre sugiere una predisposición política, no una teoría neutral. Si *Miller* es correcto, entonces los dueños de manzano tienen que perder. Tal vez no se les debe ordenar que corten sus árboles dado su mayor valor, pero al menos deben pagar una indemnización por los daños causados. Actualmente, por intervención del estado una regla de responsabilidad sólo protege los objetos de menor valor del bien más valioso: evitando el problema del comportamiento estratégico que podía ocurrir en la nueva negociación. Para una buena discusión de los problemas de *Miller*, ver FISCHER, William. “Regulatory takings: law, economics, and politics”. 1995. pp. 151-157.

<sup>71</sup> CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. Op.cit. p. 1117.

<sup>72</sup> 239 U.S. 394 (1915).

do con la cláusula de expropiaciones, cuando se le ordenaba cesar sus operaciones para beneficiar a sus vecinos recién llegados. La corte le negó la compensación basándose en que un solo propietario no puede establecer un uso que amarre para siempre al resto del vecindario a su elección<sup>73</sup>. Ese resultado es correcto en el análisis de los casos de abuso del derecho de propiedad. El estado actúa como el agente de vecinos que, bajo la regla de daños aplicable, puede obtener el mandato judicial sin tener que comprarlo.

Es interesante que los casos subsecuentes que han comentado *Hadacheck* no lo tratan como un caso de abuso del derecho de propiedad, sino que, en línea con *Miller v. Schoene*, lo toman como una instancia de una entidad regulada haciendo cierto uso legal de tierras que el estado puede dar por terminado para el mayor beneficio de otros grupos e individuos<sup>74</sup>. *Hadacheck* es reinterpretado para permitir a los poderes públicos limitar a los privados, aún si no estaban haciendo algo malo. Así, si un propietario tiene que comprar protección contra la contaminación, es un paso corto a la propuesta de que, en ausencia de contaminación, al propietario puede permitírsele desarrollar y usar su propiedad sólo si compra ese derecho de nuevo del estado. Por lo tanto, podemos desarrollar un sistema de «mitigación» ambiental, por medio del cual el desarrollo ordinario que cae lejos de la definición de abuso del derecho en el *common law* se puede permitir sólo si el privado renuncia a sus tierras a favor del estado, creando una servidumbre ecológica por la que no recibe compensación alguna a cambio. La elección de la palabra «mitigación» no es accidental<sup>75</sup>. El terrateniente llegue a ser, por declaración estatal, un malhechor potencial al que se le puede exigir que mitigue los daños que crea.

Los peligros de la regla cuatro se hacen ahora evidentes: tratarla como una de las cuatro posibilidades es desestabilizar el sistema entero de derechos de pro-

piedad, resultado que Calabresi y Melamed deploran, cuando individuos privados usan actos de la agresión para sacarle la vuelta a las reglas de transferencia voluntaria<sup>76</sup>. En este punto, la empresa entera ya no se determina decidiendo qué remedio debe darse por una particular titularidad, porque parece muy difícil pensar que alguien va a querer ser propietario de una extensión de tierra si se le obliga a comprar una segunda vez la posesión asociada con la propiedad. Si sólo se requiere una compra, ¿por qué una segunda amenaza de contaminación no puede ser usada como una ocasión para recomprar la tierra una tercera vez, y así sucesivamente? Estas posibilidades no son tan forzadas como parecen. Las disputas actuales sobre la pregunta de la preservación del medio ambiente bajo la *Endangered Species Act*<sup>77</sup> que llegó a la Corte Suprema en *Babbitt v. Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon*<sup>78</sup>, suscitan precisamente esta pregunta. Al individuo que quiere cultivar sus tierras se le dice que esta actividad daña a las especies que viven allí y que sólo se va a tolerar si «mitiga» el daño por la compra privada de un hábitat alternativo adecuado para estas especies, cuyo gasto es asumido por el propietario, estrategia que puede funcionar una docena de veces si funciona una sola vez<sup>79</sup>. Esos casos de hábitat son sólo la punta del iceberg, porque la ambivalencia judicial sobre el estatus de los derechos de propiedad nos ha conducido a una serie de normas difíciles y confusas de expropiaciones, que aún no han alcanzado su punto final<sup>80</sup>. Por un lado, la lógica de los derechos de propiedad es de plano inconsistente con el enfoque que le ofrece al estado el derecho ilimitado para requerir permisos que pueden ser vendidos nuevamente a los individuos por sus tierras. A la larga, por lo tanto, la regla cuatro socava la modesta misión original de Calabresi y Melamed. Un análisis económico diseñado para explicar los derechos de propiedad no debe ser usado para forzar su transferencia al gobierno sin compensación.

<sup>73</sup> Ibid.

<sup>74</sup> Ver *Penn Cent. Transp. Co. v. New York City*, 438 EE.UU. 104,126 (1978).

<sup>75</sup> Ver *Bersani v. Robichaud*, 850 F.2d 36 (2d Cir. 1988).

<sup>76</sup> CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. Op.cit., pp. 1124-1126.

<sup>77</sup> La *Endangered Species Act* de 1973, 87 Stat. 884 (codificaba a 16 U.S.C. 1531, 1994).

<sup>78</sup> 115 S. Ct 2407 (1995).

<sup>79</sup> EPSTEIN, Richard. "Babbitt v. Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon, the law and economics of habitat preservation". *Sup. Ct. Econ. Rev.*, 1996. pp. 37-40.

<sup>80</sup> Los dos casos clave son *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 EE.UU. 825 (1987), y *Dolan v. City of Tigard*, 512 EE.UU. 374 (1994). Los dos casos son difíciles de resumir, pero la sustancia parezca ser esta: en *Nollan*, la Corte aclaró que la doctrina de condiciones inconstitucionales de aplica al área de las expropiaciones, de modo que una simple declaración de la trivialidad de que el mayor poder sustituye al menor no podría justificar por sí sola una regulación estatal sobre el uso de tierras. En *Dolan*, la Corte abordó la pregunta de qué tipo de justificaciones podían ser ofrecidas, y concluye que el estado puede mostrar alguna proporcionalidad entre la restricción en cuestión y cierto beneficio conferido al dueño o, alternativamente, cierto daño que el dueño ha infligido sobre bienes públicos o sobre la propiedad de otros. Para mi análisis del problema, ver EPSTEIN, Richard. "Bargaining with the state", 1993; y EPSTEIN, Richard. "The harms and benefits of *Nollan* and *Dolan*". *Illinois University Law Review*, 1995.

Hasta ahora he insistido sobre el uso limitado de las reglas de responsabilidad a los casos de aguas comunes y usos de tierra, que yacen en el núcleo del problema de las expropiaciones, pero el argumento institucional alcanza una institución social central a la que se hace referencia en la discusión de los casos de la *Mill Acts*, como es la regulación de las empresas de servicios públicos. La posición legal con respecto a estas instituciones fue bien manifestada en el siglo XVII por Sir Matthew Hale, por escritos que reflejan, tal vez imperfectamente, una temprana tradición<sup>81</sup>. La empresa de servicios públicos es una que tiene un monopolio sobre cierto tipo particular de servicio. La concesión exclusiva de la corona es, después de todo, el monopolio legal esencial. El deber correlativo es atender a todos los clientes a un precio razonable, a menos que la empresa tenga cierta causa específica para declinar la prestación del servicio, entre las que la falta de pago o el comportamiento fraudulento son dos de las más comunes.

La obligación de prestación universal del servicio a todos los potenciales clientes es la manera obvia y efectiva de superar la ventaja del comportamiento estratégico que de otra forma las empresas de servicios públicos poseerían con sus clientes. El ordinario poder de exclusión de los propietarios no existe aquí, lo que afecta una enorme variedad de derechos de propiedad como concesiones, trenes, barcos, gas, electricidad, y telecomunicaciones. El titular de un derecho de propiedad dedicado a la prestación de servicios públicos está protegido por una regla de responsabilidad: aquellos que quieren el servicio deben pagar el valor justo por ello. La cantidad pagada por el servicio ofrecido es la compensación por la asignación de la propiedad al servicio público. Aquí, como en otros casos, ciertos modelos de comportamiento son exigidos. La cantidad en cuestión no está determinada unilateralmente, ni los contribuyentes se convierten en dueños del negocio<sup>82</sup>. Se adopta un elaborado procedimiento para determinar la cantidad que debe pagarse con el propósito de establecer cantidades que sean lo suficientemente altas como para permitirle a la industria regulada cubrir enteramente sus costos, incluyendo aquellos de capital atractivo, y que sean lo suficientemente bajas como

para impedir la expropiación de las ganancias del monopolio de una clase de clientes cautivos<sup>83</sup>. Adicionalmente, el arreglo es estructurado de modo que la utilidad es requerida sólo para ofrecer el servicio, y no para desmembrar la empresa en beneficio de los clientes. Los pasajeros de un ferrocarril tienen derecho al viaje en el tren, pero no para reclamar como propiedad una pieza del tren o de la estación.

Una situación similar se ha desarrollado bajo la *Telecommunications Act* de 1996<sup>84</sup>. Este reglamento tiene como propósito central terminar con el viejo sistema bajo cada una de las *Regional Bell Operating Companies* y otras compañías de teléfono locales que obtenían monopolios locales sujetos a la regulación del precio por el *Federal Communications System* y las diversas comisiones estatales de utilidad<sup>85</sup>. Una simple declaración de que la competencia debe reinar no es posible en el ámbito de las telecomunicaciones debido al imperativo de permitirle al abonado de cualquiera de las compañías de telecomunicaciones pasarse a cualquiera de las otras compañías. Este resultado se podría conseguir si todas las empresas de servicios públicos pudieran celebrar contratos voluntarios para la interconexión de sus redes, pero la posición de bloqueo de los monopolios locales es tal que tendrían todos los incentivos para proteger el acceso a sus redes contra sus presuntos competidores.

La *Telecommunications Act* tiene, por lo tanto, como uno de sus propósitos centrales la creación de complejos planes institucionales para superar este problema de comportamiento estratégico. En cierto punto, la intervención estatal será necesaria para decidir qué interconexiones tendrán lugar y a qué precio. Por lo tanto, este reglamento contiene provisiones detalladas que articulan la obligación de interconexión básica y delimitan las respectivas esferas de regulación federal y estatal en caso de que fallen las negociaciones privadas para la interconexión<sup>86</sup>. No es mi propósito aquí examinar las diversas interpretaciones que se han dado a las disposiciones más importantes del reglamento, cuestión que sin duda va a terminar en la Corte Suprema<sup>87</sup>. Note que el sistema de interacción forzada estaba en el

<sup>81</sup> HALE, Matthew. "De portibus maris", 1670.

<sup>82</sup> Ver *Board of Pub. Util. Comm'rs. v. New York Tel. Co.*, 271 U.S. 23, 31-32 (1926).

<sup>83</sup> Para una discusión, ver *Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 EE.UU. pp. 299, 307-316 (1989); y *Federal Power Comm'n v. Hope Natural Gas Co.*, 320 U.S. 591, 603-OS (1944).

<sup>84</sup> *Telecommunications Act* de 1996, Pub. L. No.104-104, 110 Stat. 56 (codificaba en distintas secciones de 47 U.S.C. 151-613).

<sup>85</sup> Ver *United States v. American Tel. & Tel. Co.*, 552 F. Supp. 226 (D.D.C. 1982).

<sup>86</sup> Ver 47 U.S.C. 251-254 (1994).

<sup>87</sup> He trabajado en esta materia como consultor de Bell Atlantic y SBC Communications, ambas compañías regionales de Bell.

antiguo modelo de regulación de empresas de servicios públicos y contenía limitaciones sustantivas e institucionales complejas sobre el poder de cualquier persona simplemente para tomar la propiedad de otra. Como mínimo, el reglamento autoriza a la FCC o las comisiones estatales para proponer ciertas reglas en los deberes impuestos a las empresas de servicios públicos: acceso a "derechos de paso", creación de acuerdos de compensación recíprocos e interconexión y reventa de ciertos servicios. También impone a las partes la obligación para negociar de buena fe (para evitar el peligro de comportamiento estratégico en ambas partes), y para permitir a las comisiones estatales que supervisen los arbitrajes forzosos entre las partes una vez que esas relaciones directas fracasan. La necesidad de crear este conjunto complejo de reglas demuestra una vez más que una regla de responsabilidad ilimitada es demasiado cruda para ser usada en complejas cuestiones regulatorias.

## **V. CONCLUSIÓN**

La mayor contribución de Calabresi y Melamed fue introducir una medida de rigor económico en la

discusión sobre remedios. El rango de cuestiones que se trataron en su artículo era verdaderamente extenso, pero dejaron su trabajo incompleto. En los veinticinco años desde la publicación de su artículo mucho se ha escrito sobre el tema, y ahora es posible alcanzar una conclusión definitiva en algunas de las preguntas que plantearon. La elección entre las reglas de propiedad y las reglas de responsabilidad se debe resolver normalmente en favor de las primeras, para preservar la estabilidad de la posesión y de las expectativas sociales que son necesarias para el crecimiento de cualquier orden social complejo. Las excepciones a la regla se aplican en casos de necesidad, que pueden ocurrir en ámbitos delimitados (necesidad privada) o en acuerdos sociales a gran escala (empresas de servicios públicos). Donde las reglas de responsabilidad son invocadas, es normalmente insuficiente implementarlas sin protecciones procesales extensivas. Además, es fundamental introducir otras salvaguardas institucionales para asegurar que sean expropiados los bienes correctos y que se pague el precio adecuado. Y la regla cuatro debería desaparecer de la faz de la tierra.