

NUISANCE*

Timothy Swanson** y Andreas Kontoleon***

Aunque el término nuisance resulte desconocido al lector, lo cierto es que el fenómeno no lo es, e incluso es muy probable que lo haya experimentado él mismo.

Cada vez que alguien no puede disfrutar de su propiedad por ruidos u olores molestos por ejemplo, está siendo víctima de un nuisance. El nuisance es en concreto una interferencia con el uso o goce de la propiedad de un individuo, pero, como se verá más adelante no es una interferencia común.

Swanson y Kontoleon, a lo largo de este artículo, nos introducen al fenómeno llamado nuisance, y exponen y analizan las posturas y teorías más importantes respecto de este tema.

Timothy Swanson
Andreas Kontoleon

* El presente artículo fue publicado originalmente en Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, Encyclopaedia of Law and Economics, Vol. 2 bajo el título "Nuisance". La traducción y publicación se hacen bajo autorización expresa de Timothy Swanson. La traducción fue realizada por Michelle Salcedo Teullet, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, bajo la supervisión de Álvaro Salcedo Campodónico, Doctor en Economía, Universidad de Hamburgo.

** Profesor de University College London.

*** Profesor de University College London.

1. DEFINICIÓN

La etimología del término *nuisance* proviene del latín *nocere* –hacer daño, causar perjuicios. En términos estrictamente legales el *nuisance* ha sido comúnmente definido como “una condición o actividad que interfiere indebidamente con el uso o disfrute de la propiedad de la tierra”¹. Fifoot² indica que el *nuisance* es una de las ramas más antiguas del derecho, presente ya en las primeras sesiones jurídicas, y que su “mismo nombre –*nucumentum*– sugiere el daño que él [es decir el dueño de la propiedad] ha sufrido por una conducta que no obstante no llegó a ser una verdadera desposesión”. Las cortes han identificado las disputas sobre *nuisance* como aquellas que implican un “nocivo” u “ofensivo”, “no autorizado”, e “irrazonable” uso de la propiedad propia, que interfiere, de “manera continua”, con el uso y/o disfrute de la propiedad de otro³. En términos económicos, las disputas sobre *nuisance* pueden ocurrir cuando las elecciones de agentes independientes impactan sobre los resultados afectando a otros, esto quiere decir que son una de las posibles consecuencias legales de externalidades. El *nuisance* puede ser de dos tipos: privado o público. Un *nuisance* privado ocurre cuando la externalidad aparece en la función de utilidad de un consumidor o la función de producción de una empresa. Si la externalidad afecta a muchos consumidores o productores, entonces es un *nuisance* público. Ejemplos de este tipo de disputas incluyen a las emisiones de una fábrica que contaminan la propiedad vecina, el ruido que interfiere con el sueño de una persona, o los olores desagradables que provienen del uso que uno hace de su tierra. Generalmente, la mayoría de los casos de contaminación y usos incompatibles de la tierra pueden ser clasificados como *nuisance*, y pueden hacer surgir disputas sobre *nuisance*.

2. APROXIMACIÓN LEGAL TRADICIONAL AL NUISANCE

Los académicos han encontrado el origen del enfoque tradicional que se le da al *nuisance* en el siglo trece en Inglaterra⁴. En su desarrollo inglés, las leyes sobre *nuisance* se basaban en las leyes reguladoras de la propiedad y ofrecían una protección *absoluta* a los demandantes: o

el *nuisance* existía y se concedía un mandato judicial a favor del demandante, o las cortes evitaban conceder dicho mandato al decidir que el *nuisance* no existía.

El siglo diecinueve trajo consigo un cambio significativo en las bases de las leyes reguladoras del *nuisance* en los Estados Unidos. Esta reformulación de las leyes reguladoras del *nuisance* incluía la introducción del concepto de “racionalidad” que resultó en la abolición de los derechos absolutos que tenían los dueños de propiedades, y en la adopción del criterio del “uso razonable”. La “prueba de racionalidad” fue utilizada para determinar si un uso específico de la propiedad constituía o no un *nuisance* en ese contexto particular⁵. Esta prueba tomaba en consideración la naturaleza de la actividad que originaba la denuncia *nuisance*, el tipo de vecindad, la frecuencia de la actividad, la “hipersensibilidad” de los demandantes, y los motivos de los demandados⁶. Así, la “prueba de racionalidad” limitaba el ámbito de aplicación de la doctrina preexistente sobre *nuisance*, ya que las cortes podían ahora determinar que ciertas interferencias con el uso o disfrute de la propiedad no eran sujeto de demanda. A pesar de esto, las cortes seguían manteniendo una actitud absolutista en sus decisiones respecto de los remedios. Si se probaba la existencia de un *nuisance*, se concedía un mandato judicial rutinariamente.

Posteriormente, sin embargo, este desequilibrio fue gradualmente ajustado por las cortes americanas al incorporar la “utilidad” del demandado y de la sociedad en el marco de la “prueba de racionalidad”. En la primera *Reexpresión de Agravios* (X, 1939) el American Law Institute (ALI) adoptó la prueba de “equilibrio de equidades o utilidades”. Bajo el criterio de esta prueba, un *nuisance* se consolidaba “sólo si sus consecuencias dañinas superaban a sus beneficios para la sociedad”⁷. Sin embargo, pronto se determinó que esta prueba era defectuosa puesto que proporcionaba inmunidad absoluta a cualquier actividad, con el suficiente valor social, respecto a su responsabilidad por interferir con el uso o disfrute de tierras cercanas⁸.

Una solución judicial menos drástica al problema del impacto desproporcional que producían los mandatos judiciales fue ignorar la utilidad de la actividad al determinar la *responsabilidad*, y tomarla en cuenta sólo

¹ CLERK, John Frederic. “Clerk and Lindsell on Torts”. Edición 16. Londres: Sweet & Maxwell. 1989. p. 889.

² FIFOOT, C.H.S. “History and Sources of the Common Law”. Cambridge: Harvard University Press. 1949.

³ BUCKLEY, R.A. “The Law of Nuisance”. Londres: Butterworths. 1996.

⁴ Véase: BRENNER, Joel Franklin. “Nuisance Law and the Industrial Revolution”. En: *Journal of Legal Studies* 3. pp. 403-433; BUCKLEY, R.A. Op. cit.; ELLICKSON, Robert C. «Alternatives to Zoning: Covenants, Nuisance Rules and, and Fines as Land Use Controls”. En: *University of Chicago Law Review* 40; FIFOOT, C.H.S. Op. cit.; LEWIN, Jeff L. “Compensated Injunctions and the Evolution of Nuisance Law”. En: *Iowa Law Review* 71. pp. 777-832.

⁵ LEWIN, Jeff L. Op. cit., p. 780.

⁶ BUCKLEY, R.A. Op. cit.

⁷ LEWIN, Jeff L. Op. cit., p. 780.

⁸ *Ibid.*, p. 781.

⁹ ELLICKSON, Robert C. Op. cit.

a la hora de determinar el *remedio* a ser aplicado una vez que la responsabilidad había sido establecida⁹. Entonces, las cortes aplicarían primero la “prueba de racionalidad” para determinar la existencia de un *nuisance*, y luego utilizarían la prueba de “penuria comparativa” o prueba del “equilibrio de las conveniencias” para determinar la naturaleza del alivio que debía proporcionarse. Luego, la corte concedería un mandato judicial al demandante sólo si el daño que este experimentaba sobrepasaba al costo social de eliminarlo. Esta solución menos drástica también fue introducida en la primera *Reexpresión de Agravios* (X, 1939). Sin embargo, la coexistencia de las pruebas de equilibrio de las equidades y de equilibrio de las conveniencias fue declarada contradictoria y confusa, y la práctica judicial ha sido, consecuentemente, confinada a usar el mandato judicial como remedio¹⁰. No obstante, el enfoque que el ALI dio a la regulación sobre *nuisance*, como expresado en la segunda *Reexpresión de Agravios* (X, 1969) no fue radicalmente diferente del dado en la primera *Reexpresión*¹¹.

3. LA APROXIMACIÓN LEGAL Y ECONÓMICA A LA LEY REGULADORA DEL NUISANCE

El nuevo paradigma del “derecho y economía”, que emergió alrededor de 1960, reconoció que la ley tradicional sobre *nuisance* enfrentaba varias deficiencias tanto doctrinarias como prácticas. Había sido caracterizada como “no sistemática”, “abandonada”, y en un estado de impotencia y confusión¹². Prosser comenta que “no existe quizá una jungla más impenetrable en todo el derecho, que aquella que rodea al *nuisance*”¹³. Esta nueva aproximación a la legislación sobre *nuisance* puede ser vista como un intento de reformular y sistematizar la aproximación tradicional. Es también el campo en el que muchos de los primeros intentos de fusionar el derecho con la economía ocurrieron.

3.1 General

El paradigma del “derecho y economía” analiza las disputas sobre *nuisance* como casos de actividades informalmente compartidas que surgen de usos, contradictorios entre sí, que se le dan a la tierra¹⁴. El *nuisance* también puede ser visto como una forma de externalidad que interfiere con el uso o disfrute de la propiedad de

otro. Estas externalidades son una forma de ineficiencia que en su momento puede ser corregida a través de la internalización de estos efectos externos. Por ello, las leyes sobre *nuisance* son un marco dentro del cual ocurre esta internalización de costos¹⁵. De forma equivalente, las leyes sobre *nuisance* pueden ser vistas como el marco dentro del cual actividades conjuntas, realizadas por agentes independientes, son coordinadas.

3.2 Coase (1960)

La literatura reconoce al célebre artículo de R. Coase, “El problema del costo social”, como el principio del enfoque moderno de las leyes sobre *nuisance*. La pregunta fundamental, hecha por Coase, fue si es que la eficiencia de asignación era invariable con respecto a la asignación inicial de los derechos de propiedad. La respuesta que Coase dio a este problema ha sido llamada el (simple) Teorema de Coase:¹⁶ en ausencia de costos de transacción, el resultado eficiente no será inherentemente respectivo a la asignación de derechos.

El artículo de Coase ha sido visto como una reacción al enfoque de Pigouvean. Este enfoque implicaba la identificación de los agentes que estaban imponiendo costos a otros, y luego exigiendo que estos agentes compensaran a las partes dañadas en el monto del costo total de sus acciones (esto quiere decir, a internalizar el costo externo). Coase enfatizó la naturaleza recíproca del problema —en el que ambas partes en una disputa sobre *nuisance* causan el *nuisance*. En el marco dado por Coase, una disputa sobre *nuisance* se presenta como el resultado de la interacción de dos o más usos de la propiedad en conflicto, y no como un costo inflingido por uno al otro.

El artículo pionero de Coase lidió con un tema más general o fundamental en la economía —el efecto de la distribución de los derechos de propiedad en la eficiencia de asignación. Fue una mera circunstancia fortuita que muchos de los ejemplos utilizados para ilustrar sus ideas innovadoras involucraran disputas sobre *nuisance* e ingreso ilegal. Al analizar estas disputas bajo el supuesto de la inexistencia de costos de transacción, Coase mostró que la asignación de derechos era irrelevante con respecto a la eficiencia de asignación. Bajo el supuesto de costos de transacción cero, la parte que incu-

⁹ LEWIN, Jeff L. Op. cit., p. 782.

¹¹ ELLICKSON, Robert C. Op. cit.; LEWIN, Jeff L. Op. cit.; POLINSKY, A. Mitchell. “Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies”. En: *Stanford Law Review* 33. 1980. pp. 1075-1112.

¹² BRENNER, Joel Franklin. Op. cit.; COASE, Ronald H. “The Problem of Social Cost”. En: *Journal of Law and Economics* 3(1). 1960. pp. 1-44; ELLICKSON, Robert C. Op. cit.; EPSTEIN, Richard. “Nuisance Law: Corrective Justice and its Utilitarian Constraints”. En: *Journal of Legal Studies* 8. 1979. pp. 49-102; NEWARK, F.H. “The Boundaries of Nuisance”. En: *Law Quarterly Review* 65. 1949. pp. 480-490.

¹³ PROSSER, William Lloyd. “Handbook of Torts”. St. Paul: West Publishing Company. 1971. p. 516.

¹⁴ CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral”. En: *Harvard Law Review* 85. 1972. pp. 1089-1128 [publicado en español en THEMIS-Revista de Derecho 21. 1992. p. 63]; COASE, Ronald H. Op. cit.; KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. “Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis”. En: *Harvard Law Review* 109. 1996. pp. 713-790; MICHELMAN, Frank I. “Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi’s Costs”. En: *Yale Law Journal* 50(3). 1971. pp. 647-686; POLINSKY, A. Mitchell. Op. cit.; POSNER, Richard A. “Economic Analysis of Law”. Boston: Little Brown.

¹⁵ COOTER, Robert y Thomas S. ULEN. “Law and Economics”. Glenview: IL, Scott Foresman.

¹⁶ POLINSKY, A. Mitchell. “An Introduction to Law and Economics”. Boston: Little Brown. 1983.

rrer en el costo que producen los usos en conflicto puede adquirir el derecho a estos usos de la otra parte, a un precio que es menor a los costos que habría de sufrir si esa utilización de los recursos fuera ineficiente. Por ello, donde la cooperación no es costosa, la asignación eficiente de los recursos será lograda a través de la cooperación privada entre las partes que actúan para maximizar el valor de sus actividades conjuntas.

Obviamente, mucho del impacto de este marco depende de la utilidad del supuesto de la existencia del costo de transacción cero. El término "costos de transacción" incluye los costos de identificar y reunir a las partes involucradas en la negociación, los costos de la negociación en sí misma, y los costos de hacer cumplir lo que resulte de la negociación. Coase reconoció que los costos de transacción son en realidad positivos. Utilizó los ejemplos que contenían disputas sobre *nuisance*, no para describir el comportamiento real, sino para ilustrar un punto. Coase notó que en presencia de costos de transacción positivos, la distribución inicial de derechos de propiedad sí afecta a la eficiencia de asignación, y que las cortes pueden estar en posición de asignar los derechos de propiedad de tal manera que se promuevan resultados eficientes. "En un mundo en el cual los costos de reasignar los derechos establecidos por el sistema legal existen, los tribunales, en casos relacionados al *nuisance*, están, en efecto, tomando una decisión acerca del problema económico y determinando cómo deben ser empleados los recursos". Y, el problema económico en casos de *nuisance* es "cómo maximizar el valor de la producción"¹⁷.

3.3 El marco de Calabresi y Melamed

Siguiendo el trabajo pionero de Coase, Calabresi y Melamed¹⁸ ofrecieron la siguiente notable contribución en la evolución del enfoque moderno a las leyes reguladoras del *nuisance*. Ellos llevaron más allá las ideas coaseanas para construir un marco unificado para el análisis de derechos en temas de propiedad y agravios. Su aporte fue resaltar que las leyes sobre propiedad y sobre agravios tienen un objetivo común: "la protección de los derechos". Sin embargo, los dos sistemas difieren en las reglas usadas para hacer cumplir los derechos: "reglas de propiedad" para derechos de propiedad y "reglas de responsabilidad" (negligencia o responsabilidad en sentido estricto) para agravios. La novedad de su aporte yace en el hecho de que ellos reconocieron que estas reglas pueden ser aplicadas incluso

en casos en los que el derecho es otorgado al demandado.

Calabresi y Melamed¹⁹ sugirieron que la resolución de una disputa sobre *nuisance* implica dos pasos: primero, debe tomarse una decisión para determinar quién debe recibir el derecho (elección de derecho), y segundo, debe tomarse una decisión para determinar cómo proteger ese derecho (elección de remedio). Dentro de este marco general, Calabresi y Melamed²⁰ notaron que las cortes han considerado tradicionalmente las siguientes reglas o soluciones en disputas sobre *nuisance*: (i) el derecho se le otorga al demandante y está protegido por una regla de propiedad (es decir, es concede un mandato judicial). El demandado debe cesar el uso, generador de *nuisance*, que está haciendo de su propiedad, a menos que el demandante acuerde en un precio al cual transfiere su derecho al demandado; (ii) el derecho se le otorga al demandante y está protegido por una regla de responsabilidad. El demandado, pagando los daños estimados por la corte, puede seguir utilizando su propiedad de la forma que originó la disputa sobre *nuisance*. En efecto, la corte determina el precio al cual el derecho puede ser transferido; (iii) el derecho es otorgado al demandado y está protegido por una regla de propiedad (esto significa que el demandado tiene el derecho de contaminar, y ningún mandato judicial contra el uso que éste hace de su propiedad será concedido). El demandado puede continuar con el uso que está haciendo de su propiedad, a menos que acuerde en un precio al cual transferiría su derecho al demandante.

Sin embargo, por "motivos de simetría" estos dos autores introdujeron una cuarta regla adicional: (iv) el derecho es otorgado al demandado y está protegido por una regla de responsabilidad. En este caso, el demandante puede adquirir el derecho del demandado a un precio judicialmente establecido. Dicho de otra manera, el demandante puede obtener un mandato judicial contra las actividades del demandado sólo si paga los "daños" que se causarían al demandado, a un precio judicialmente establecido.

Lewin destaca que esta es la primera presentación explícita y meticulosa del concepto "mandato judicial compensado", un mandato judicial que el demandante podría obtener sólo si pagara los daños al demandado²¹. La cuarta regla es comúnmente referida como la "regla de responsabilidad invertida"²² y ha sido tema

¹⁷ COASE, Ronald H. Op. cit.

¹⁸ CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED. Op. cit.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ LEWIN, Jeff L. Op. cit. p. 790

²² Por ejemplo, KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. Op. cit.

²³ ELLICKSON, Robert C. Op. cit.; RABIN, Edward H. "Nuisance Law: Rethinking Fundamental Assumptions". En: Virginia Law Review 63. 1977. pp. 1299-1348; POLINSKY, A. Mitchell. "An Introduction to Law...". Op. cit.; AYRES, Ian y Eric TALLEY. "Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade". En: Yale Law Journal 104. 1995. pp. 1027-1117; KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. "Do Liability Rules Facilitate Bargaining? A Reply to Ayres and Talley". En: Yale Law Journal 105. 1995. pp. 221-233.

de extensos comentarios e investigaciones²³. Remarcablemente, la primera aplicación judicial de esta regla se produjo poco después de la presentación del artículo de Calabresi y Melamed, en el caso *Spur Industries, Inc. vs. Del. E. Webb Development Co.*²⁴.

3.4 La importancia de los costos de transacción

Dentro del marco establecido por Coase²⁵ (esto es, asumiendo la existencia de costos de transacción cero), la eficiencia surgirá, independientemente de qué combinación de derecho y remedio sea escogida (es decir, sin importar cuál de las cuatro reglas sea elegida)²⁶. Sin embargo, es igualmente reconocido que los costos de transacción no son cero en realidad, y así, la asignación de los derechos de propiedad debe tener serias implicancias para la eficiencia de asignación²⁷. La literatura posterior ha tratado de analizar el impacto de distintas formas de costos de transacción en la eficiencia del resultado, y las implicancias de estos impactos para la eficiencia de diversas reglas.

Haciendo eco a estas líneas, Polinsky resalta que “si hay costos de transacción positivos, el resultado eficiente puede no ocurrir bajo toda norma legal”. En estos casos, “la norma legal preferida es la que minimiza los efectos de los costos de transacción”²⁸. La idea es promover las normas legales que funcionan bien en un mundo de lo “segundo mejor”: un mundo en el cual la negociación perfecta, en un contexto de información perfecta, tiene muy pocas probabilidades de ocurrir.

El desarrollo inicial de estas ideas vino de Calabresi²⁹, Calabresi y Melamed³⁰, y Michelman, quien impulsó el criterio de “el abatimiento al costo mínimo” como un medio para la promoción de la eficiencia de asignación cuando los costos de transacción dificultan la negociación (coaseiana) entre las partes. La base para este criterio es que, al asignar la responsabilidad de abatir a la parte que puede hacerlo al menor costo, la necesidad de negociación coaseiana se hace redundante. Calabresi y Michelman³¹ muestran cómo es promovida la eficiencia de asignación por el uso del criterio “el abatimiento al costo mínimo” dado que elimina tanto los costos de transacción de negociar como el riesgo del fracaso de

ese proceso de negociación (esto es, su fracaso de alcanzar la solución eficiente).

Un seguimiento al criterio “el abatimiento al costo mínimo” consiste en lo que los comentaristas han llamado el “criterio del mejor sobornador”³². Este criterio ha sido propuesto como una segunda mejor opción cuando la información imperfecta y el comportamiento estratégico no permiten la determinación del abatimiento al costo mínimo. Bajo tales circunstancias, los costos de transacción aún podrían ser reducidos y la eficiencia puede ser obtenida, si la parte que puede sobornar a la otra al menor costo es hecha responsable³³.

En esencia, la conclusión de la literatura “clásica” sobre *nuisance* fue que el diseño de las normas legales sí importa. En un mundo caracterizado por la segunda mejor opción, impregnado de imperfecciones de mercado y costos de transacción, el mejor criterio para la selección de reglas será o intentar burlar el (costoso) proceso de negociación por completo (criterio del abatimiento al costo mínimo), o intentar hacerlo menos costoso (criterio del mejor sobornador). Mucho del resto de la literatura en ésta área concierne a los impactos de diversas formas de lo costoso de la elección de una norma legal.

4. LA MAGNITUD DE LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN Y LA ELECCIÓN DE LOS REMEDIOS

La elección óptima de remedios (daños judicialmente establecidos o derecho asignado) dependerá de lo relativamente costoso que resulte el uso de métodos centralizados (judiciales) o descentralizados (de negociación) para la determinación del precio. Kaplow y Shavell³⁴, y Krier y Schwab³⁵ observan que hay una tendencia en la literatura que sostiene que “las reglas de propiedad son las mejores cuando los costos de transacción son bajos –posiblemente porque el uso de reglas de propiedad inducirá a las partes a negociar y a alcanzar resultados deseables– mientras que las reglas de responsabilidad son las mejores cuando los costos de transacción son altos –presumiblemente porque el uso de reglas de

²⁴ LEWIN, Jeff L. Op. cit., p. 790.

²⁵ COASE, Ronald H. Op. cit.

²⁶ POSNER, Richard A. Op. cit.; POLINSKY, A. Mitchell. “Resolving Nuisance Disputes...”. Op. cit.

²⁷ Por ejemplo, CALABRESI, Guido. “The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis”. New Haven: CT, Yale University Press. 1970; CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED. Op. cit.; MICHELMAN, Frank I. Op. cit.

²⁸ POLINSKY, A. Mitchell. “An Introduction to Law...”. Op. cit. p. 13.

²⁹ CALABRESI, Guido. Op. cit.

³⁰ CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED. Op. cit.

³¹ MICHELMAN, Frank I. Op. cit.

³² CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED. Op. cit.; LEWIN, Jeff L. Op. cit.

³³ CALABRESI, Guido. Op. cit.; CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED. Op. cit.; MICHELMAN, Frank I. Op. cit.

³⁴ KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. “Property Rules Versus...”. Op. cit.

³⁵ KRIER, James E. y Stewart J. SCHWAB. “Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light”. En: New York University Law Review 70. 1995. pp. 440-483.

responsabilidad inducirán a los causantes del daño a actuar deseablemente, imitando los resultados que de otra manera hubiesen sido alcanzados a través de la negociación”³⁶.

4.1 Costos de transacción altos

Cuando los costos de negociación son altos, la implicancia es que el enfoque centralizado a la resolución del conflicto puede ser preferido; sin embargo, esto debe depender de la naturaleza y magnitud de los costos de la toma de decisiones centralizada. Esto dependerá *inter alia* de la disponibilidad de información a esa persona que tomará la decisión, o de los costos de resolver las asimetrías de información (entre el regulador y el regulado). La averiguación de los costos de la toma de decisiones centralizada en el contexto de asimetrías informales resultó en el desarrollo de un campo enteramente distinto de la economía conocido como los problemas de la teoría del “principal agente”. Dentro de la literatura sobre *nuisance*, el asunto ha sido enfocado en la pregunta acerca de la cantidad de información requerida por la judicatura para poder realizar una determinación informada de la disputa.

4.1.1 Costos de transacción altos con perfecto conocimiento del nivel de daños

En presencia de costos de transacción altos, las reglas de responsabilidad (daños) son superiores a las de propiedad (mandatos judiciales) cuando las cortes tienen conocimiento del nivel real de daños que resulta del conflicto³⁷. Se sostiene que, si los daños son calculados perfectamente, entonces el demandado hará cesar el *nuisance* y cederá sólo cuando sea más costoso pagar por (el nivel correcto de) los daños. Si hubiese una regla de propiedad vigente (y los costos de transacción evitaran que el conflicto fuera resuelto mediante la negociación) entonces el demandado tendría que ceder incluso si los costos de dejar de realizar la actividad generadora del *nuisance* fueran mayores que los daños (llegando así a la ineficiencia).

4.1.2 Costos de transacción altos con información imperfecta

Polinsky³⁸ sostiene que si la corte carece de conocimiento acerca tanto de los daños al demandante como de los costos de cesar la actividad generadora

de *nuisance* para el demandado, entonces ninguna solución clara y tajante podría ser precisada a priori. Kaplow y Shavell³⁹, sin embargo, discrepan con este punto de vista y prueban que “incluso cuando las cortes no están seguras acerca de la magnitud de los daños, las reglas de responsabilidad son superiores a las de propiedad”. Ellos demuestran que cuando las cortes se enfrentan a información imperfecta a la hora de igualar los daños a un nivel promedio de daños para casos caracterizados por hechos similares, los resultados bajo las reglas de responsabilidad serán superiores en promedio a los obtenidos bajo reglas de propiedad (bajo el supuesto de que las cortes no subestiman ni sobreestiman sistemáticamente los daños). Esto implica que las cortes no requieren información perfecta para poder establecer un precio apropiado para continuar con el *nuisance*, lo único que necesitan es información suficiente como para poder determinar un estimado imparcial de ese precio.

Este criterio tiene sentido. Afirma que los tribunales no tienen que tener información perfecta para ser una alternativa razonable a un costoso mecanismo descentralizado de establecimiento de precios; serán tan efectivos estableciendo precios como lo sea la información que tengan a su disposición. Mientras más información recolecten los tribunales acerca de una forma determinada de conflicto, más imparcial será su cálculo de lo costoso del mismo y más acertado será su intento de determinación del precio apropiado (daños). Talley⁴⁰ también apoya la proposición de que las reglas de responsabilidad, con un nivel “apropiadamente” elegido de daños, son superiores a las reglas de propiedad en presencia de costos de transacción altos. Por ello, la pregunta sobre la eficiencia de los tribunales como reguladores tiene que ver con su imparcialidad a la hora de estimar los daños, y no con cuan perfecta sea la información que manejan.

4.2 Costos de transacción bajos

Muchos comentaristas sostienen que el mecanismo descentralizado (la negociación) es siempre el método más eficiente para resolver un conflicto cuando los costos de transacción son bajos. Ejemplos de esta tendencia incluyen a Posner⁴¹ y a Calabresi y Melamed⁴². Merrill⁴³, por ejemplo, arguye que las leyes de entrada ilegal o traspaso deberían ser utilizadas cuando los costos de transacción son bajos, mientras

³⁶ KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. “Do Liability Rules...”. Op. cit. p. 718.

³⁷ CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED. Op. cit.; BARNES, David W. y Lynn A. STOUT. “Economics of Property Rights and Nuisance Law”. St. Paul, MN: West Publishing. 1992; KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. “Property Rules Versus...”. Op. cit.

³⁸ POLINSKY, A. Mitchell. “Resolving Nuisance Disputes...”. Op. cit.; POLINSKY, A. Mitchell. “An Introduction to Law...”. Op. cit.

³⁹ KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. “Property Rules Versus...”. Op. cit. p. 719.

⁴⁰ TALLEY, Eric. “Property Rights, Liability Rules, and Coasean Bargaining Under Incomplete Information”. Working Paper, Stanford Law School, 114.

⁴¹ POSNER, Richard A. “Economic Analysis...”. Op. cit.

⁴² CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED. Op. cit.

⁴³ MERRILL, Thomas W. “Trespass, Nuisance, and the Costs of Determining Property Rights”. En: Journal of Legal Studies 14. pp. 13-48.

que las leyes de *nuisance* (implicando pago por daños) deberían usarse cuando los costos de transacción son altos. Sin embargo, varios comentaristas (por ejemplo Ayres y Talley⁴⁴, Kaplow y Shavell⁴⁵, y Polinsky⁴⁶) creen que esta tendencia está mal fundamentada. El tema general en esta crítica es que incluso cuando los costos de transacción son bajos, ambas, las reglas de propiedad y las reglas de responsabilidad, pueden inducir a la negociación y, de hecho, en muchos casos pueden obtenerse soluciones más eficientes bajo reglas de responsabilidad.

4.2.1 Costos de transacción muy bajos

Polinsky⁴⁷ aplica el Teorema de Coase y muestra que, bajo costos de transacción cero, las reglas de propiedad y las de responsabilidad llevan a resultados igual de eficientes. Este razonamiento es seguido por varios comentaristas posteriores⁴⁸. El razonamiento es que, si la negociación virtualmente no tiene costo, entonces las partes podrán resolver su conflicto sin importar el proceso dentro del cual la negociación esté enfrascada. En pocas palabras, las preguntas institucionales sólo se vuelven interesantes cuando la cooperación privada parece fallar como mecanismo de coordinación, es decir, cuando los costos de las transacciones privadas son significativos.

4.2.2 Costos de transacción bajos e información imperfecta

El invariable resultado del Teorema de Coase no es robusto a la luz de un amplio rango de costo institucional. Una vez que existen por lo menos algunos costos de transacción y costos de información, la elección óptima de una regla o criterio es más complicada. Polinsky⁴⁹ argumenta que bajo información imperfecta resulta incierto si las reglas de responsabilidad son superiores a las de propiedad o viceversa.

Kaplow y Shavell⁵⁰ afirman que las reglas de responsabilidad pueden no ser mejores que las de propiedad bajo condiciones de información imperfecta, pero que (si se les construye de manera imparcial) *tienden* a ser mejores. Estos autores basan su argumento en la idea de la estimación imparcial que hacen las cortes de los daños, expuesta anteriormente, y en la capacidad de los tribunales de utilizar la información acumulada para resolver conflictos en curso. Ayres y Talley⁵¹ afirman también que las reglas de responsabilidad pueden ser superiores a las reglas

de propiedad bajo información imperfecta, pero ofrecen una base diferente para su argumentación. Estos autores sostienen que en casos de información imperfecta y negociación costosa “las reglas de responsabilidad poseen una cualidad de “obligación de información” que puede inducir y facilitar una negociación más eficiente. En su enfoque, el precio anunciado por la corte separa al total de los demandantes en los adecuadamente compensados y los inadecuadamente compensados. Esta separación es la característica de “obligación de información” de las reglas de responsabilidad, la cual facilita la negociación (mientras que una negociación así no es inducida bajo reglas de propiedad). En efecto, la respuesta de los demandantes al precio judicialmente establecido da inicio al proceso de negociación al proveer información acerca de la posición de negociación en la que se encuentra esa parte.

Por ello, la intervención judicial ha sido presentada como una forma potencialmente útil de actividad centralizada, incluso cuando los costos de una solución descentralizada sean bajos. Puede ser un método eficiente para acumular y aplicar información acerca de conflictos similares previos a aquellos en curso (ganancias de eficiencia de información). O puede ser una aproximación efectiva para iniciar la negociación entre las partes cuando la información asimétrica hace la negociación muy costosa (ganancias de eficiencia en la negociación).

5. OTROS FACTORES IMPORTANTES PARA DETERMINAR EL REMEDIO APROPIADO

El costo comparativo de soluciones centralizadas (precios judicialmente determinados) versus soluciones descentralizadas (precios determinados gracias a la negociación) depende de diversos factores y no sólo de los costos de negociar. Están también los costos institucionales, los costos de implementación e imposición de cumplimiento, y los impactos sobre otros objetivos sociales legítimos. Una literatura sustanciosa estudia la gama de costos que deben ser tomados en cuenta a la hora de emprender la resolución de un conflicto causado por *nuisance*.

5.1 Imposición de cumplimiento

Cuando el demandado no puede pagar los daños calculados entonces Kaplow y Shavell⁵² demuestran

⁴⁴ AYRES, Ian y Eric TALLEY. “Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade” En: Yale Law Journal 104. 1995. pp. 1027-1117.

⁴⁵ KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. “Property Rules Versus...”. Op. cit.

⁴⁶ POLINSKY, A. Mitchell. “Resolving Nuisance Disputes...”. Op. cit.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Por ejemplo, KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. “Property Rules Versus...”. Op. cit.

⁴⁹ POLINSKY, A. Mitchell. “Resolving Nuisance Disputes...”. Op. cit.

⁵⁰ KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. “Property Rules Versus...”. Op. cit.

⁵¹ AYRES, Ian y Eric TALLEY. Op. cit. pp. 1032-1033.

⁵² KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. “Property Rules Versus...”. Op. cit.

que los “incentivos para tomar precauciones [para reducir o evitar el *nuisance*] relacionados a la responsabilidad, se verán comprometidos”. Por ello, se preferirá una solución que involucre reglas de propiedad. “Alternativamente, puede ser posible retener las ventajas de las reglas de responsabilidad, en algunos contextos, al requerir a los causantes del daño el pago por adelantado de los daños futuros pronosticados en lugar del pago por los daños reales en el momento en que estos ya hayan ocurrido”. Finalmente, otra manera de vencer el problema a prueba de juicio es requerir a los potenciales causantes de daños que demuestren que están en capacidad de pagar por los daños antes de que estos se produzcan (por ejemplo, comprando un seguro)⁵³.

5.2 Números; *nuisances* públicos contra privados

La razón principal por la que los *nuisance* públicos se manejan por separado es porque estos involucran problemas de *free-rider* (polizante) y *hold out* (alargamiento). Respecto de los remedios, Calabresi y Melamed⁵⁴ insinúan que los mandatos judiciales son más eficientes que el pago por daños cuando existe sólo una víctima y un causante. Cuando se presenta un *nuisance* público (esto es, muchas víctimas) Calabresi y Melamed⁵⁵ afirman que los remedios que implican el pago de daños tienden a ser más eficientes. Ellickson⁵⁶ ha discrepado con este argumento. Posner⁵⁷ afirma que el pago de daños debe ser concedido cuando los costos de transacción son altos, y los mandatos judiciales deben ser concedidos en el caso opuesto. Sin embargo Posner sostiene que los costos de transacción pueden ser altos tanto en disputas sobre *nuisance* públicos como en disputas sobre *nuisance* privados (en el último caso debido al comportamiento estratégico). Michelman⁵⁸ también sugiere que los remedios que implican el pago de daños deben ser utilizados en los casos en los que existe un causante del daño y varias víctimas, a menos que el causante del daño sea el “que evita el costo más barato”. Para otros comentaristas sin embargo, el caso de *nuisance* público es visto como un reto teórico menos serio, ya que puede ser reducido a un análisis de *nuisance* privado englobando a las partes en una acción de

clase⁵⁹.

5.3 Costos institucionales

Los costos institucionales son los costos de la aproximación escogida al ejercicio del poder. En el contexto de las disputas sobre *nuisance*, los costos institucionales son los costos en los que incurre la judicatura al involucrarse en la resolución del conflicto. Claramente, una de las ventajas más significativas de las soluciones basadas en la propiedad es el hecho de que la participación del poder judicial es minimizada. Sólo se requiere identificar a la parte en disputa que tiene el derecho. Esta es la razón por la cual cualquier intento de aumentar la intervención judicial debe ser justificado equilibrando los beneficios de esa intervención con los costos que la misma conlleva.

Esta es la esencia del enfoque de Calabresi y Melamed⁶⁰, quienes argumentaron a favor de los mandatos judiciales cuando los costos administrativos eran bajos. Estos autores sostuvieron que una solución basada en propiedad evitaba dos costos: (a) los costos administrativos de valorizar judicialmente los daños y (b) los costos de imponer el cumplimiento de la sentencia contra demandantes que tienen que cambiar su derecho a precios con los que podrían no estar de acuerdo. A pesar de esto, Ellickson⁶¹ dice que Calabresi y Melamed⁶² fallaron al no darse cuenta que una combinación de reglas puede significar costos administrativos menores a los de un simple mandato judicial (incluso cuando los costos administrativos son bajos). Afirma que los mandatos judiciales pueden significar tres costos administrativos adicionales: “el costo de búsquedas dificultosas de valores subjetivos, demoras en el inicio de actividades generadoras de *nuisance* justificadas por su costo, y costos administrativos adicionales al determinar qué remedios existen para un caso específico⁶³”.

5.4 Efectos sobre derechos y bienestar

Mucho del análisis presentado hasta el momento ha asumido que la externalidad era de naturaleza unilateral, mientras que Coase había hecho notar que la mayoría de los *nuisance* son vistos de manera más acertada si se les considera como situaciones de

⁵³ KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. “Property Rules Versus...”. Op. cit. pp. 740-741.

⁵⁴ CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED. Op. cit.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ ELLICKSON, Robert C. Op. cit.

⁵⁷ POSNER, Richard A. “Economic Analysis...”. Op. cit.

⁵⁸ MICHELMAN, Frank I. Op. cit.

⁵⁹ Por ejemplo, POLINSKY, A. Mitchell. “Resolving Nuisance Disputes...”. Op. cit.; POLINSKY, A. Mitchell. “An Introduction to Law...”. Op. cit.

⁶⁰ CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED. Op. cit.

⁶¹ ELLICKSON, Robert C. Op. cit.

⁶² CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED. Op. cit.

⁶³ ELLICKSON, Robert C. Op. cit. p.747.

externalidad recíproca. Si los demandantes pueden elegir el comportamiento que los expone a un *nuisance* (como en los casos de “ir hacia el *nuisance*”) o pueden mitigar los efectos de un *nuisance* (por ejemplo a través de la utilización de un purificador de aire), entonces es mejor pensar en la externalidad como un costo compartido determinado por las actividades conjuntas de ambas partes. En este caso resulta probablemente inapropiado pensar que el remedio es simplemente el marco para determinar el precio al cual se logra una transferencia unilateral. Es mejor pensar que es el marco dentro del cual las partes deben trabajar para alejarse del resultado no cooperativo y acercarse al resultado cooperativo. Bajo este enfoque, el asunto importante pasa a ser los efectos diferenciales de riqueza de las distintas reglas de derechos. Esto es, sin importar el remedio utilizado para hacer cumplir la regla y el logro último de eficiencia de asignación, la elección de derechos va a conceder efectivamente a una de las partes, en lugar de a la otra, el bienestar que representa el uso conjunto. Estos efectos de bienestar pueden tener muchos otros impactos dentro de la sociedad, y sobre metas sociales distintas a la eficiencia de asignación. Esta es la esencia del argumento del pago de una bonificación a favor de los remedios a daños, resumidos por Polinsky⁶⁴ como sigue: una vez que el pago por daños ha sido concedido, entonces “es posible perseguir metas de distribución adicionales haciendo que la responsabilidad del demandado sea más o menos que los daños reales que sufre el demandante”⁶⁵. Por ejemplo, si el demandante está en una peor situación que el demandado, y se desea una distribución más equitativa, entonces el monto concedido como compensación por los daños sufridos puede ser aumentado mediante el pago de una bonificación por el monto que la corte considere que hará surgir la distribución deseada⁶⁶. “Bajo el remedio de mandato judicial, por otro lado, los resultados distributivos son inciertos”⁶⁷.

Las reglas basadas en propiedad no permiten ninguna consideración de estos otros objetivos, esto es, los efectos distributivos de los derechos. La corte sólo decide cual de las partes va a recibir el derecho, y lo deja ahí. Un sistema de remedios basado en la responsabilidad permite a la corte balancear estos otros objetivos, al determinar el precio al cual puede ser transferido el derecho. En efecto, los tribunales están en mejor posi-

ción de “balancear las equidades” de la situación al determinar ambos aspectos; el derecho y su precio.

6. DETERMINANDO DERECHOS: LA DOCTRINA DE “VENIR HACIA EL *NUISANCE*”

Muy a menudo la asignación de un derecho dentro de una disputa sobre *nuisance* descansa en el impacto relativo de un uso de la tierra sobre el otro, esto es, en el nivel de interferencia con los usos razonables de otra parcela de tierra. Cuando un uso específico de una parcela de tierra descalifica a muchos otros usos razonables de otra parcela, entonces el uso ofensor está destinado a ser el *nuisance*. De forma equivalente el otro propietario está destinado a tener el derecho a perseguir poder darle a su tierra una variedad de usos razonables sin sufrir ningún tipo de interferencia. La excepción a esta regla ha sido la situación en la que se considera que el propietario que sufre el *nuisance* ha “venido hacia el *nuisance*”. Esta doctrina supone un demandado que ha usado su propiedad de una manera específica por un largo periodo sin recibir queja alguna, y que luego recibe una queja cuando el demandante introduce un uso nuevo en una parcela de tierra vecina. En este caso, el demandado puede argüir que tiene derecho a dar ese uso a su propiedad por un motivo de apropiación anterior, mientras que el demandante no tiene derecho a dar a la tierra vecina este nuevo uso.

“Venir hacia el *nuisance*” ha sido considerado como una defensa en las disputas sobre *nuisance*. La doctrina de venir hacia el *nuisance* tiene sus raíces en la máxima *volenti non fit injuria* (ningún daño legal se le hace a aquel que lo consiente). La persona que viene hacia el *nuisance* consiente implícitamente al momento de establecer voluntariamente su residencia o negocio en una tierra cercana a la de un ocasionador preexistente de externalidades negativas⁶⁸. Aún así, se considera que la influencia del principio de venir hacia el *nuisance*, en la toma de decisiones judiciales moderna, ha ido disminuyendo gradualmente⁶⁹.

Varios defensores del paradigma del derecho y la economía argumentan que el peso de “estar primero” debería ser considerado en las prácticas judiciales debido a que tiene implicancias para la eficiencia de asignación⁷⁰. Si los derechos son asignados sobre la base de estar primero, hay un costo de eficiencia asociado con

⁶⁴ POLINSKY, A. Mitchell. “Resolving Nuisance Disputes...”. Op. cit.

⁶⁵ Por ejemplo, CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED. Op. cit.; ELLICKSON, Robert C. Op. cit.

⁶⁶ POLINSKY, A. Mitchell. “Resolving Nuisance Disputes...”. Op. cit. p. 1078.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ WITTMAN, Donald A. “First Come, First Served: An Economic Analysis of “Coming to the Nuisance”. En: *Journal of Legal Studies* 9. 1980. pp. 557-568.

⁶⁹ EPSTEIN, Richard. Op. cit.; TROMANS, Stephen. “Nuisance-Prevention or Payment?”. En: *Cambridge Law Journal* 41. 1982. pp. 87-109; WITTMAN, Donald A. Op. cit.

⁷⁰ POSNER, Richard A. “Economic Analysis...”. Op. cit.; WITTMAN, Donald A. Op. cit.; ROB, Rafael. “Coming to the Nuisance: An Efficiency Analysis”. University of Pennsylvania Center for the Study of Organizational Innovation Working Paper, 20; SNYDER, C.M. y R. PITCHFORD. “Property Rights and Incomplete Contracts: Dealing with Nuisance”. Working Paper, Department of Economics, Australian National University. 1996.

establecerse “ahí” primero. Por ejemplo, un individuo puede realizar una inversión en un momento innecesario o inapropiado, en un intento de establecer derechos anteriores o previos a los de quienes vengan después⁷¹.

Una contribución notable a este tema es la hecha por Wittman⁷². Wittman sugiere que para poder evitar este tipo de comportamiento estratégico debe seguirse un procedimiento de dos fases en los casos de venir hacia el *nuisance*: primero, la corte debe establecer, basándose en criterios de eficiencia, quién debió estar primero, en lugar de quién estuvo primero; y luego, una vez que se ha determinado la secuencia eficiente, la corte debe “determinar la regla de responsabilidad o de propiedad que promueve la secuencia eficiente”. Al buscar la secuencia más eficiente el tribunal debe tomar en consideración los costos y beneficios de las dos partes involucradas (la “primera parte” y “la recién llegada”). Wittman⁷³ hace notar que ninguna secuencia eficiente daría lugar a una compensación por reubicar a la “primera” parte si es que esa parte no debió estar ahí primero.

Otro concepto relacionado al tema de venir hacia el *nuisance* es la “previsibilidad”: en determinados casos, la parte que llega a un lugar primero puede, basándose en las características de ese lugar, prever que esa zona es propensa a generar una disputa sobre *nuisance*. Consecuentemente, esa parte no debería haber estado ahí primero y su inicial apropiación no debería hacer surgir un derecho⁷⁴.

En esencia, los analistas de las leyes y de la economía están de acuerdo en que el momento del uso no debe dictaminar la asignación de un derecho. El objeto de la eficiencia de asignación sólo será adelantado si la persona que llega primero le da a la tierra el uso que resulta mejor desde la perspectiva social. Esto sólo puede determinarse al referenciar a los costos y beneficios sociales, y no al momento de llegada. Adicionalmente, la regla de “llega primero, se sirve primero” trae consigo una serie de costos propios, puesto que incentiva carreras y concursos ineficientes relacionados con la apropiación. Por ello, la asignación de derechos no debería basarse en nociones de primeras apropiaciones o apropiaciones anteriores, sino en consideraciones amplias del bienestar social y la eficiencia.

7. ENFOQUES ALTERNATIVOS A LA SOLUCIÓN DE DISPUTAS DE *NUISANCE*

La literatura del análisis económico del derecho sobre *nuisance* se ha centrado en una bastante limitada (pero fundamentalmente importante) elección institucional entre el pago de daños judicialmente determinados y soluciones negociadas entre las partes. Existe –sin lugar a duda– una gama muy amplia de instituciones posibles que van desde el libre mercado en todo tipo de derechos garantizados de propiedad, hasta instituciones reguladoras totalmente centralizadas. Algunos comentaristas han señalado estas alternativas y las limitaciones generales del enfoque clásico en cuanto a las disputas sobre *nuisance*.

7.1 Enfoques más descentralizados

Knetsh⁷⁵ afirma que la aproximación casuística, adherida por la corriente del análisis económico del derecho, a la resolución de disputas sobre *nuisance* aumenta la incertidumbre asociada con la inversión en propiedad, puesto que la doctrina de maximización de la eficiencia puede conceder un derecho o elegir un remedio “dependiendo de las circunstancias”⁷⁶ que maximicen la eficiencia. La incertidumbre acerca de estas “circunstancias” y acerca de cómo va a reaccionar una corte ante estas, reduce la seguridad de la inversión en propiedad. Knetsh⁷⁷ propone una aproximación alternativa, basada en el mercado, que apunta a reconciliar la seguridad en la inversión con la eficiencia de asignación, en la cual se le solicitaría a la parte causante del *nuisance* que compre los “derechos de servidumbre” de los propietarios vecinos en manera de compensación. Los futuros compradores de tierras tendrían que “comprar de vuelta” los derechos de servidumbre si quieren que se le ponga fin al *nuisance*. Un sistema de este tipo, según Knetsh, trae consigo derechos seguros e inequívocos. Otro ejemplo de un mecanismo privado para resolver una disputa sobre *nuisance* es el uso de “pactos restrictivos”⁷⁸.

7.2 Enfoques más centralizados

Burrows⁷⁹ ofrece una confrontación más general al marco de lineamientos generales desarrollado por Coase⁸⁰ y Calabresi y Melamed⁸¹. Burrows sostiene que en las disputas sobre *nuisance* se requieren métodos

⁷¹ POSNER, Richard A. “Economic Analysis...”. Op. cit.; WITTMAN, Donald A. Op. cit.

⁷² WITTMAN, Donald A. Op. cit. pp. 559-561.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ KNETSH, J. “Property Rights and Compensation - Compulsory Acquisitions and Other Losses”. Toronto: Butterworths. 1983.

⁷⁶ POLINSKY, A. Mitchell. “An Introduction to Law...”. Op. cit.

⁷⁷ KNETSH, J. Op. cit.

⁷⁸ Por ejemplo, ELLICKSON, Robert C. Op. cit.

⁷⁹ BURROWS, Paul. “Nuisance, Legal Rules and Decentralised Decisions: a Different View from the Cathedral Crypt”. En: Burrows, P. y Veljanovski, C.G. “The Economics Approach to Law”. London: Butterworths. 1980. pp. 151-166.

⁸⁰ COASE, Ronald H. Op. cit.

⁸¹ CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED. Op. cit.

más centralizados, tales como el control de la contaminación⁸². Afirma que (a) resulta contradictorio recurrir al mejor sobornador cuando, por supuesto, negociar es difícil y (b) que (en casos de información imperfecta respecto del nivel eficiente de *nuisance*) identificar el “abatir al costo mínimo” es un criterio insuficiente. Burrows⁸³ agrega que los criterios de Calabresi son irrelevantes si los costos de transacción son considerablemente bajos. De hecho, en una situación de este tipo no hay necesidad de ningún criterio, dado que “el proceso descentralizado eficiente se asegurará de que el “evitamiento del costo mínimo” logre abatirlo hasta un nivel eficiente. Si los costos de transacción son altos (o existen otros obstáculos a la negociación), entonces Burrows afirma que los criterios son ambiguos. En este caso, los costos de transacción son “demasiado altos como para permitir transacciones descentralizadas sin importar cuál de las cuatro reglas legales sea elegida”. Burrows concluye que “si se quiere avanzar en dirección a la eficiencia y justicia en el contexto de la contaminación debemos buscar más políticas centralizadas de evaluación y control de la contaminación”; y propone que las investigaciones futuras deben enfocarse en el desarrollo de un “enfoque estatutario sistemático” para el control del *nuisance*.

7.3 Ellickson sobre zonificación

Influenciado por Coase⁸⁴ y Calabresi y Melamed⁸⁵, Ellickson⁸⁶ argumentó a favor de los mecanismos descentralizados para lidiar con los conflictos entre propietarios vecinos. Ellickson criticó el sistema de zonificación “como un modelo ideal para resaltar las consecuencias económicas de toda regulación (centralizada) obligatoria”. Otras contribuciones notables, que examinan críticamente los mecanismos centralizados para resolver conflictos entre propietarios vecinos, a la manera de Ellickson⁸⁷, incluyen a Crecine⁸⁸, Davis y Jackson⁸⁹, Note⁹⁰ y Siegan⁹¹.

Ellickson⁹² hace notar que la práctica usual en la legislación tradicional sobre *nuisance* (recurrir a la solución brindada por una regla de propiedad) resultaba en la creencia de

que la zonificación era necesaria. Desde su punto de vista, zonificación no es deseable en términos de eficiencia, puesto que falla en reducir los costos del *nuisance* e incrementa los costos preventivos y administrativos asociados a él. Con respecto a la equidad, la zonificación no corrige los cambios en la distribución de riqueza que este causa. Por ello, la zonificación como una manera de controlar el *nuisance*, no es vista ni como algo eficiente ni como algo equitativo si se le compara con otras alternativas. Ellickson, de este modo, concluye que deben utilizarse otros remedios menos centralizados.

Ellickson⁹³ propone la utilización de convenios (acuerdos consensuados entre los dueños de tierras que limitan los usos que estos pueden hacer de su propiedad) como una forma de lidiar con las disputas sobre *nuisance*. Su argumento está formulado, una vez más, en términos de eficiencia: “Los convenios negociados entre propietarios de tierras tenderán a optimizar la asignación de los recursos entre ellos”. En otras palabras, la reducción de futuros costos de *nuisance* para cada parte superará a la suma de los costos de prevención y administración que cada uno está dispuesto a soportar, con todos los costos descontados al valor actual. Aún así, Ellickson reconoce que “no todos los conflictos entre vecinos pueden ser resueltos mediante convenios”, los que “generados por el mercado tenderán a promover la eficiencia”, y que “asumiendo igual poder de negociación e información, los convenios consensuados no implicarán pérdidas o ganancias desiguales para ninguna de las partes”. Los convenios son problemáticos “cuando imponen costos externos a terceros, creando así una deficiente asignación de recursos e injusticia” (por ejemplo, cuando ciertas minorías raciales son excluidas de zonas específicas). Aunque las prácticas judiciales antiguas y los altos costos de transacción del pasado han limitado el uso de convenios, Ellickson⁹⁴ insiste en que la nueva actitud judicial emergente (influenciada por la nueva escuela del “análisis económico del derecho”) y la estandarización de procedimientos legales puedan provocar la reducción de los costos de transacción y, de esta manera, facilitar la utilización de convenios.

⁸² BURROWS, Paul. Op. cit.; BURROWS, Paul. “Efficiency Levels, Efficiency Gains and Alternative Nuisance Remedies”. En: *International Review of Law and Economics* 5. 1985. pp. 59-71.

⁸³ BURROWS, Paul. “Nuisance, Legal...”. Op. cit. pp. 156-164.

⁸⁴ COASE, Ronald H. Op. cit.

⁸⁵ CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED. Op. cit.

⁸⁶ ELLICKSON, Robert C. Op. cit.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ CRECINE, John P.; DAVIS, Otto A. y John E. JACKSON. “Urban Property Markets: Some Empirical Results and their Implications for Municipal Zoning”. En: *Journal of Law and Economics* 10. 1967. pp. 79-99.

⁸⁹ DAVIS, Otto A. “Economic Elements in Municipal Zoning Decisions”. En: *Land Economics* 39. 1963. pp. 375-386.

⁹⁰ NOTE. “An Economic Analysis of Land Use Conflicts”. En: *Stanford Law Review* 21. 1969. pp. 293 y siguientes.

⁹¹ SIEGAN, Bernard H. “Non-Zoning in Houston”. En: *Journal of Law and Economics* 13. 1970. pp. 71-147.; SIEGAN, Bernard H. “Land Use Without Zoning”. Lexington, Mass.: Health - Lexington Books. 1972.

⁹² ELLICKSON, Robert C. Op. cit. p. 699.

⁹³ *Ibid.*, pp. 713-714.

⁹⁴ *Ibid.*

Recientemente, Ellickson⁹⁵ ha adelantado estas ideas y ha luego argumentado a favor de la utilización de mecanismos informales como medios eficientes para resolver disputas sobre *nuisance*. Este autor demuestra como los controles sociales no legales e informales son propensos a suplantar a las normas legales cuando los costos de transacción son altos. Afirma que en ciertos casos de usos conflictivos de la propiedad, los individuos suelen recurrir a este tipo de formas informales para llegar a acuerdos, no sólo porque tienden a ser administrativamente más baratos, sino porque son más propensos a promover la eficiencia (maximización del bienestar social).

Donde no es factible la aplicación de convenios u otros mecanismos legales informales debido a altos costos administrativos y de información, puede encontrarse un remedio para la disputa sobre *nuisance* si se alteran los derechos de propiedad entre los dueños de tierras. Ellickson⁹⁶ sostuvo que un remedio para resolver una disputa sobre *nuisance* será eficiente para una parte si sus costos preventivos (los costos de evitar el *nuisance*) y sus costos administrativos (los costos de litigio y negociación) son menores a los costos de reducción del *nuisance*. Las normas legales no pueden afectar los costos preventivos, puesto que estos últimos son afectados sólo por las innovaciones tecnológicas. Sin embargo, las normas legales sí pueden afectar los costos administrativos implicados en la ejecución de una medida específica, y así los derechos de propiedad deberían ser asignados de manera tal que se minimicen los costos administrativos que llevarán al incremento del número de medidas preventivas, pues las partes percibirán que esto es lo que más les conviene. Ellickson⁹⁷ desarrolló un marco compuesto por cuatro directrices para la elección de un remedio para casos de *nuisance*: (a) asignar el derecho a la parte con el mayor *conocimiento* de los riesgos involucrados; (b) asignar el derecho a la parte con la mejor organización para lidiar con el riesgo; (c) asignar el derecho a la parte con el mayor control sobre la implementación de las medidas preventivas más eficientes; (d) usar las reglas de responsabilidad más simples, dado que son menos costosas que las reglas complejas.

Utilizando estas directrices, Ellickson⁹⁸ genera remedios eficientes para las disputas sobre *nuisance*. Recomienda

encarecidamente el uso de pago de daños antes que el de mandatos judiciales. Propuso la eliminación de los mandatos judiciales como remedio tradicional en las disputas sobre *nuisance*. En el contexto del marco establecido por Calabresi y Melamed⁹⁹ sugirió que sólo sean aplicadas la regla ii (es decir, el pago de daños) y la regla iv (mandato judicial compensado)¹⁰⁰. Ellickson argumentó contra el uso de mandatos judiciales como remedios sobre la base de que el equilibrio de las pruebas de equidades o conveniencias eran incierto y costoso, y, que por lo tanto, permiten la posibilidad de ineficiencias como aquellas en las que la concesión de un mandato judicial genera más costos al demandado que beneficios al demandante. Una novedad en el trabajo de Ellickson¹⁰¹ es que implica que los mandatos judiciales compensados podrían ser concedidos a un demandante al que *no* se le hubiese concedido el pago de daños. Por ejemplo, en los casos en los que no se le conceda al demandante el derecho a recibir el pago de daños por considerarse que este es “hipersensible a los daños” o que ha “venido hacia el *nuisance*”, el demandante puede, a pesar de esto, adquirir un mandato judicial compensado en los casos que “tengan que ver con su seguridad personal o derechos fundamentales”¹⁰². Es más, un demandante que ha sido protegido por una regla de responsabilidad puede también recibir un mandato judicial compensado (regla iv) si no estuviera satisfecho con el monto concedido por los daños sufridos (regla ii)¹⁰³. Por esto es que los comentaristas consideran que Ellickson propone un remedio que es un “híbrido de las reglas de remedio Dos y Cuatro”¹⁰⁴.

7.4 Merrill sobre traspaso ilegal

Merrill¹⁰⁵ discute la legislación sobre *nuisance* y traspaso ilegal, y sobre como éstas difieren en los remedios que pueden resultar efectivos. Considera la legislación sobre *nuisance* y traspaso ilegal en el contexto del derecho de excluir intrusiones por parte de otros. Afirma que este derecho no es sólo un derecho, sino un “paquete” de derechos. En caso de intrusión en forma de traspaso ilegal se aplica fácilmente la estricta regla de responsabilidad. La intrusión en forma de *nuisance* es, sin embargo, más compleja tanto a la hora de establecer el *nuisance* (acción), como a la hora de

⁹⁵ ELLICKSON, R.C. “Order Without Law”. Cambridge, MA: Harvard University Press. 1991.

⁹⁶ ELLICKSON, Robert C. “Alternatives to Zoning...”. Op. cit.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED. Op. cit.

¹⁰⁰ ELLICKSON, Robert C. “Alternatives to Zoning...”. Op. cit. pp. 115-122.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*, p. 740

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 745-746.

¹⁰⁴ LEWIN, Jeff L. Op. cit. p. 796.

¹⁰⁵ MERRILL, Thomas W. Op. cit.

decidir sobre el remedio apropiado. Mientras que bajo las leyes sobre *nuisance* decidir acerca de la acción y los remedios implica un balance de los costos y beneficios, esto no se requiere en los casos de traspaso ilegal. Merrill¹⁰⁶ desarrolla luego la distinción “mecánica-jurídica”: la legislación sobre traspaso ilegal conlleva una discreción judicial limitada en la determinación de remedios (estos son determinados “mecánicamente”). La legislación de *nuisance* implica que la discreción y los derechos son establecidos juiciosamente. Merrill posteriormente analiza las bases económicas de la diferencia entre las leyes de *nuisance* y las de traspaso ilegal. Su tesis principal es que “cuando los costos de negociación sean bajos, el sistema legal gravitará hacia la regla que determine derechos a un costo menor—como la estricta regla de responsabilidad de traspaso ilegal. Por el contrario, cuando los costos de transacción tiendan a ser altos el sistema legal se inclinará hacia reglas más costosas para la determinación de derechos—como el enfoque de equilibrio o costo beneficio del *nuisance*”. Esto quiere decir que en presencia de costos de transacción altos, las transacciones del mercado son más propensas a fallar y, así, se necesita de estas reglas de determinación de derechos más costosas para poder darle a los jueces la discreción requerida para adoptar lo que ellos perciben como la mejor solución “de compromiso” (la solución eficiente) a las disputas sobre usos de la tierra.

8. NUISANCE COMPARATIVO: SISTEMAS DIFERENTES EN DIFERENTES JURISDICCIONES

Refiriéndose a las tendencias relativas en la aplicación de mandatos judiciales y remedios en forma de pago de daños, la mayoría de los comentaristas sostiene que los remedios en forma de pago de daños han sido utilizados con cada vez más frecuencia por las cortes americanas a lo largo de las últimas cuatro décadas¹⁰⁷. Por otro lado, las cortes inglesas han mostrado tradicionalmente una preferencia por la concesión de mandatos judiciales, basándose en la alta estima que le tienen a la propiedad privada, a pesar de que las leyes inglesas establecen que los mandatos judiciales son remedios discrecionales¹⁰⁸. Sin embargo, se ha dicho que “la actitud judicial puede estarse ablandando” respecto de esta preferencia¹⁰⁹.

Para efectos de comparación del tratamiento judicial al *nuisance* dado en Inglaterra y en el Reino Unido referirse a Stephen¹¹⁰ mientras que Lang¹¹¹ ofrece una discusión comparativa acerca del desarrollo y aplicación del derecho privado en casos de externalidades dañinas en Inglaterra, Francia y Alemania. Ogus y Richardson¹¹² examinan ciertas prácticas judiciales en el área de las leyes sobre *nuisance*, y cómo estas se comparan a los modelos económicos desarrollados por la tradición económica y legal.

9. CONCLUSIÓN: ¿EL FIN DEL NUISANCE?

Mucha de la literatura acerca de *nuisance* está hoy en día un tanto anticuada, y esto es así por una buena razón. Muchos de los temas más importantes de la economía y el derecho surgieron del artículo de Coase y por lo tanto emergieron fortuitamente en el contexto de las disputas sobre *nuisance*. Los problemas de marcos legales, asignación de derechos de propiedad, costos de negociación, costos de información y asimetrías, costos institucionales, fideicomisos y resultados invariables—fueron puestos a la luz por Coase en su artículo acerca del costo social. Por buenas razones cada uno de estos temas es, hoy en día, un campo de investigación en sí mismo. Algunos pueden seguir ocurriendo dentro de los confines de las disputas sobre *nuisance*, pero la mayoría de temas es mucho más fundamental y va mucho más allá de este único contexto. Es por esto que la literatura económica y legal acerca de *nuisance* fue increíblemente rica en un primer momento y es increíblemente limitada hoy en día. Se trata de un campo de investigación mucho más notable por su pasado que lo que jamás podrá ser por su futuro.

Sin embargo, las disputas sobre *nuisance* siguen brindando un contexto para el análisis sustancial y el interés académico. La naturaleza fundamental de las disputas sobre *nuisance*—actividades individuales con resultados compartidos por razones de proximidad física—hace surgir muchos de los interesantes temas implicados en la coordinación de la sociedad. Las aproximaciones alternativas a su resolución—establecimiento centralizado o descentralizado de precios y transferencias—hacen surgir muchas de las preguntas fundamentales acerca del uso del poder. El campo de las disputas sobre *nuisance* seguirá proporcionando un contexto sumamente interesante para el estudio de estos temas fundamentales.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 14.

¹⁰⁷ ELLICKSON, Robert C. “Alternatives to Zoning...”. *Op. cit.*; NOTE. “Efficiency Land Use and the Internalisation of Beneficial Spillovers: An Economic and Legal Analysis”. En: *Stanford Law Review* 31. 1979. pp. 457y siguientes.; RABIN, Edward H. *Op. cit.*; POLINSKY, A. Mitchell. “Resolving Nuisance Disputes...”. *Op. cit.*

¹⁰⁸ ATIYAH, Patrick S. “Liability for Railway Nuisance in the English common Law: A Historical Footnote”. En: *Journal of Law and Economics* 23. 1980. pp. 191-196.; BRENNER, Joel Franklin. *Op. cit.*; TROMANS, Stephen. *Op. cit.*

¹⁰⁹ OGUS, Anthony I. y G. RICHARDSON. “Economics and the Environment: A Study of Private Nuisance”. En: *Cambridge Law Journal* 36. 1977. pp. 284-325.

¹¹⁰ STEPHEN, Frank H. “The Economics of the Law”. Harvester Wheatsheaf. 1988.

¹¹¹ LANG. “Grundfragendes privatrechtlichen Immissioschutzes in Rechtsvergleichender Sicht”. En: *Archiv für die civilistische Praxis* 174. 1979. pp. 381y siguientes.

¹¹² OGUS, Anthony I. y G. RICHARDSON. *Op. cit.*