

Propiedad, responsabilidad, inalienabilidad: Una perspectiva de la catedral *

G. CALABRESI y A. D. MELAMED

Traducción de PEDRO DEL OLMO GARCÍA

(Universidad Carlos III de Madrid)

I. INTRODUCCIÓN

Pocas veces se han abordado las cuestiones relativas a *Propiedad* y las cuestiones relativas a *Responsabilidad civil extracontractual* desde un punto de vista unitario. Sin embargo, recientes estudios jurídicos¹ sobre temas relacionados con la economía y estudios sobre el derecho realizados por economistas, sugieren que sería útil tratar de integrar las relaciones jurídicas que se engloban en esas materias y que este empeño sería provechoso tanto para los estudiantes jóvenes como para los estudiosos de mayor nivel. En este trabajo se propone una visión semejante partiendo del concepto de «derecho»² y distinguiendo según se proteja la situación de poder del individuo con *reglas de propiedad*, *reglas de responsabilidad* o *reglas de inalienabilidad*³. Después se analizarán algunos aspectos del problema de la

* «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral». Artículo publicado en *Harvard Law Review*, abril de 1972, vol. 85, núm. 6, pp. 1089-1128. Debo agradecer al Prof. Dr. D. Santos Pastor la idea de traducir este artículo. También quiero agradecer al Prof. Dr. D. Fernando Pantaleón, el tiempo que dedicó a discutir conmigo la traducción más razonable de algunos términos técnicos del original.

¹ Véase, por ejemplo, MICHELMAN, «Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi's COSTS», 80 *YALE L. J.* 647 (1971) (análisis de tres posibles soluciones para problemas de contaminación); DEMSETZ, «*Toward a Theory of Property Rights*», 57 *Am. Econ. Rev.* 347 (1967) (vol. 2) (análisis de la propiedad como una dimensión de la internalización de costes que ignora las posibles alternativas en términos de reglas de responsabilidad).

² En el original se emplea el término «entitlement». Normalmente lo traducimos como «derecho», pero también emplearemos «titularidad» y/o «facultad». Se trata de definir una situación de poder que el sistema jurídico reconoce a ciertas personas, ya sea en términos generales (como derecho a la vida), o ya sea en casos concretos (se habla de tener derecho a detener la actividad contaminante de tu vecino a resultas de un procedimiento judicial concreto). (*Nota del traductor.*)

³ Una visión que supusiese una total y completa integración es probablemente imposible, por ello hay que insistir en que este artículo representa solamente una de las maneras de abordar y analizar problemas jurídicos. Por eso no nos dedicaremos a estudiar esas cues-

contaminación y del problema de las sanciones penales para demostrar que el enfoque elegido nos permite descubrir ciertas cuestiones que han sido ignoradas por los autores que han tratado cada uno de estos dos campos.

La primera cuestión que debe afrontar cualquier sistema jurídico es la de decidir, ante un determinado conflicto de intereses, cuál de las partes enfrentadas va a prevalecer, esto es, decidir en qué sentido se va a resolver un conflicto de intereses existente. En ausencia de esa decisión del Estado, imperaría la ley del más fuerte: el acceso a los bienes y servicios, el acceso a la vida misma, dependería de un criterio de mera fuerza o astucia y triunfarían siempre las pretensiones de aquel que fuese más fuerte o más astuto⁴. Ante un conflicto de intereses entre dos personas, o entre dos grupos de personas, el Estado debe, pues, decidir qué parte va a estar facultada para hacer valer sus intereses. Así nos encontraremos con decisiones del Estado acerca de si va a reconocer un derecho a hacer ruido o si, por el contrario, va a reconocer un derecho a exigir silencio, otras decisiones acerca de si va a existir un derecho a contaminar o si va a existir un derecho a respirar aire puro, acerca de si se va a reconocer el derecho a tener hijos o se va a reconocer un derecho a prohibir tener hijos.

Una vez que se ha decidido convertir en derecho la posición de una de las partes del conflicto de intereses, es decir, una vez que se ha decidido qué parte del conflicto va a resultar ganadora y se ha reconocido su correlativo derecho o facultad, el Estado debe preocuparse de que esos derechos o facultades sean respetados. Es claro que la simple decisión sobre quién tiene derecho no nos hace superar la fase en la que impera la ley del más fuerte, por lo que siempre será necesaria una mínima intervención estatal⁵ en apoyo de estas decisiones iniciales.

tiones jurídicas fundamentales que se centran en qué instituciones y qué procedimientos son los mejores para adoptar cada tipo de decisiones, a menos que en ellas se esté planteando directamente el problema de qué derechos reconocer y con qué tipo de protección. Esto no supone que infravaloremos la importancia, quizá la primacía, de las consideraciones jurídicas formales, véase, más abajo, pp. 40 y 41, sino que aquí estamos interesados por los resultados que pueda ofrecer un análisis basado en una aproximación distinta sobre problemas que usualmente se estudian a la luz de esas consideraciones de dogmática jurídica.

Como gusta decir el profesor Harry Wellington en muchas discusiones sobre Derecho, este artículo quiere ser sólo uno de los cuadros de Monet sobre la catedral de Rouen. Para hacerse una idea de cómo es la catedral hay que contemplar todos los cuadros. Vid. HAMILTON, *Claude Monet's paintings of Rouen Cathedral*, 4-5, 19-20, 27 (1960).

⁴ Se podría concebir el Estado como una gran coalición entre amigos que tendría por objeto simplemente hacer obligatorias las reglas necesarias para que se alcanzaran los deseos de la coalición dominante. Las normas jurídicas no serían otra cosa, desde ese punto de vista, que la ley del más fuerte puesta por escrito para cada caso. Esta visión del Estado no nos parece plausible aunque sólo sea por el hecho de que el Estado decide innumerables cuestiones en uno u otro sentido y para satisfacer los intereses de muy distintos grupos sociales. Este hecho, por sí mismo, postula un tipo de análisis distinto al de considerar que todos los derechos que se reconocen se basan en usos más o menos directos y descentralizados de la ley del más fuerte.

⁵ Véase la excelente exposición de esta cuestión general, hecha por un economista, en SAMUELS, «Interrelations Between Legal and Economic processes», *14 J. Law & Econ.* 435 (1971).

Esto es fácil de comprender con un ejemplo de propiedad privada. Si Taney es propietario de un campo de coles y Marshall, que es más fuerte⁶, desea una col, no bastará con que se reconozca al primero un derecho a la propiedad de la tierra y sus frutos, sino que hará falta una intervención del Estado para evitar que Marshall simplemente arrebate una col a Taney. Si el Estado no adoptase inicialmente un derecho a la propiedad privada sino un derecho a la propiedad comunal sobre la tierra y sus frutos, también se necesitaría de su intervención para que esa decisión inicial tuviese eficacia. El ejemplo sería ahora el de un fornido Marshall que ha plantado coles en un campo comunal y que se niega a proporcionárselas a Taney, que es más débil. El Estado deberá entonces intervenir para hacer que se respete el derecho de Taney a disfrutar las coles de propiedad común.

Se puede encontrar un paralelismo similar si pensamos un ejemplo relativo a la integridad física. Pensemos en la situación de un individuo canijo en un Estado que le reconoce en abstracto el derecho a su integridad, pero que no dispone de mecanismos para proteger ese derecho frente a una lujuriosa Juno. Si la decisión estatal inicial fuese la contraria, esto es, reconocer a todos un derecho a disponer del cuerpo de los demás, piénsese en la situación del canijo que pretende los favores de una Juno poco propicia cuando no exista la posibilidad de instar al Estado para que haga cumplir esa decisión inicial.

Esta necesidad de intervención del Estado para hacer respetar los derechos o facultades que haya decidido reconocer, se aprecia también, aunque de una manera un poco más complicada, en los casos en los que una persona resulta lesionada por la actuación de otro. Cuando en un accidente de automóvil se deja que sea la víctima la que sufra las consecuencias de los daños causados, no es porque así lo haya ordenado Dios, sino porque el Estado ha reconocido al autor del daño un derecho a realizar una actividad sin verse sujeto a responsabilidad por las eventuales

No creemos que esté implícito que el Estado se apoye siempre en la fuerza para hacer respetar los derechos que reconoce. Tampoco pensamos que sin la intervención del Estado sólo triunfaría la fuerza. La utilización por el Estado de creencias de que se está obligado o de normas morales es crucial para que se respete la mayor parte de los derechos reconocidos en una sociedad y, además, es de una gran eficiencia. Paralelamente, en una situación en la que no hubiese Estado, los individuos probablemente se pondrían de acuerdo en algunas normas de comportamiento para regular los derechos que solucionarían los eventuales conflictos, sobre la base de criterios distintos al de la ley del más fuerte. Esto no implica que esas normas de comportamiento obedecieran a las mismas consideraciones que, como veremos, subyacen a las normas jurídicas que establecen derechos. Lo que hay que destacar es que esos acuerdos que los individuos podrían alcanzar llegarían, de la misma manera que ocurre con las normas jurídicas, a establecer lo que podemos llamar «obligaciones», y esas obligaciones harían que los individuos se comportaran, en un caso concreto, conforme al acuerdo social que las estableció, por mucho que existiera o no un grupo dominante. En este artículo no nos ocuparemos tanto de esas obligaciones como de los motivos que pueden explicar las normas que dan lugar a su nacimiento.

⁶ «Más fuerte» no alude, evidentemente, sólo a fuerza física, sino que alude al conjunto de recursos que el individuo puede emplear. Si la pandilla de Marshall es más ingeniosa y más musculosa que la de Taney, la primera será la que consiga las coles.

consecuencias dañosas que pudieran derivarse de la misma; además el Estado estará dispuesto a intervenir para evitar que los amigos de la víctima se tomen la justicia por su mano en el caso de que resulten ser más fuertes que el autor del daño⁷. La regla inicial opuesta conducirá a casos en los que el daño no será asumido finalmente por la víctima, sino que será otra persona, por ejemplo el autor, la que sufrirá las consecuencias patrimoniales del evento dañoso. Lo que sucede en estos casos es que se habrá partido del reconocimiento estatal del derecho a ser compensado por los daños derivados de la actuación de otro, y que el Estado tendrá mecanismos preparados para evitar que el autor del daño pueda rechazar la petición de compensación de la víctima cuando ésta sea más débil que aquél.

El Estado no sólo tiene que decidir, como hemos visto, qué derechos va a reconocer y quiénes van a ser sus titulares, sino que también ha de adoptar otro tipo de decisiones que podemos considerar como de segundo grado. Estas decisiones de segundo grado se refieren a la técnica elegida para construir el derecho que se reconoce al sujeto y con las posibilidades de disposición sobre su derecho que se van a reconocer al titular. En un determinado conflicto de intereses, pues, el Estado no sólo tiene que elegir qué parte va a resultar favorecida por su apoyo, sino que también tiene que elegir el tipo de protección que se va a otorgar al titular. Este artículo va a tratar, principalmente, de este segundo tipo de decisiones del Estado, decisiones que van a dar forma a las relaciones subsiguientes entre la parte que resultó ganadora en el conflicto de intereses y la parte que resultó perdedora. En este sentido, estudiaremos tres tipos de *derechos*, distinguiendo según se reconozcan siguiendo una regla de propiedad, una regla de responsabilidad o una regla de inalienabilidad. Evidentemente, esta distinción no es absoluta, pero permite comprender algunas de las razones que nos llevan a proteger unos derechos de una determinada manera y no de otra.

⁷ Culturas diferentes dan un trato diferente a estas cuestiones. Véase el siguiente relato periodístico:

La póliza del «seguro de vida» es cuatro toros y 1.200 dólares. Port Moresby, Nueva Guinea. Peter Howard demuestra que valora su vida más que cuatro toros y 1.200 dólares. Pero exige 24 dólares y un cerdo en compensación.

El Sr. Howard entregó el dinero y las reses a miembros de la tribu Jiga, que le habían amenazado de muerte por haber matado a un miembro de la tribu en un accidente de automóvil el pasado 29 de octubre.

La policía se mostró conforme con el acuerdo después de advertir al Sr. Howard que no podían protegerle de la venganza anunciada por la tribu, que habita en el monte Hagen, a unas 350 millas al noreste de Port Moresby.

El Sr. Howard, de 38 años y originario de Cambridge, Inglaterra, fue atacado y golpeado duramente por los miembros de la tribu después del accidente. Le dijeron que le matarían a menos que entregara el número de reses y el dinero que exigían las tradiciones de la tribu. Es la primera vez que un hombre blanco se ha visto obligado a acatar las leyes tribales de Nueva Guinea.

Después del pago, el Sr. Howard pidió ser compensado con 24 dólares y un cerdo por los daños debidos al ataque de los miembros de la tribu. Un portavoz de la tribu le dijo que la tribu Jiga «lo pensaría». *New York Times*, 16 de febrero de 1972, p. 17, col. 6.

Decimos que un derecho está protegido por una *regla de propiedad* cuando sólo a través de un acuerdo con su titular se le puede desalojar de la posición de tal; es decir, el que quiera ocupar la posición de titular deberá convencer al que actualmente la ocupe para que se la ceda por un precio. El titular actual de un derecho construido según un criterio de propiedad puede decidir, pues, tanto sobre la transmisión de su derecho como sobre el precio por el que accede a transmitirlo. Éste es el tipo de protección de un derecho que exige menos intervención estatal, ya que una vez que se ha decidido el derecho que se va a reconocer, el Estado no se tiene que preocupar de establecer su valor⁸, sino que se deja al arbitrio de los interesados. En efecto, el Estado permite a cada parte que exprese el valor que otorga a la titularidad del derecho en cuestión, y concede al titular actual una especie de poder de veto: si el interesado en ocupar la posición de titular no ofrece una cantidad suficientemente alta, el titular actual de ese derecho protegido por una regla de propiedad podrá negarse a transmitirlo. De esta manera, podemos decir que las reglas de propiedad implican una decisión estatal sobre a quién debe reconocérsele inicialmente el derecho, pero no sobre el valor a asignar a la titularidad del mismo.

Hablamos, en segundo lugar, de derecho protegido por una *regla de responsabilidad*, cuando cualquiera puede privar del mismo a su titular si está dispuesto a pagar por ello una cantidad establecida objetivamente. Ese valor objetivo que se va a dar a la titularidad de un derecho protegido por una regla de responsabilidad, podrá establecerse por relación al valor hipotético que el titular inicial del mismo habría exigido para acceder a un intercambio voluntario o por otro criterio objetivo, pero una vez establecido ese valor, no se atenderá a las reclamaciones del concreto titular que alega que él hubiera exigido más en un intercambio voluntario.

El construir un derecho o facultad según un criterio de responsabilidad, implica dar un paso más en la intervención del Estado, ya que ahora no basta con decidir qué derecho se va a reconocer y quién va a ser su titular, sino que se necesitará de un órgano estatal para decidir sobre el valor que se va a otorgar a la titularidad del concreto derecho de que se trate.

Decimos, por último, que un derecho es *inalienable* cuando no está permitido un intercambio voluntario de su titularidad. No se podrá, pues, transmitir uno de estos derechos por mucho que exista un acuerdo en tal sentido entre el titular actual del mismo y un tercero interesado en su

⁸ Una regla de propiedad exige una menor intervención estatal en el sentido de que, aunque sí supone intervención para establecerla y para hacerla respetar, no supone esa intervención en el problema de determinar el valor que se va a otorgar al derecho en cuestión. Entonces, ante un caso concreto en el que sea especialmente difícil hacer respetar un concreto derecho protegido por una regla de propiedad -por ejemplo, el derecho a la seguridad personal en determinadas zonas urbanas- nos podemos encontrar con que se da un nivel de intervención estatal muy alto, tanto que puede llegar a superar el nivel de intervención que exigiría actuar con derechos protegidos por reglas de responsabilidad.

adquisición. El Estado no sólo interviene aquí para determinar quién ocupa inicialmente la titularidad del derecho y la compensación que le es debida en caso de que su posición sea atacada, sino que también interviene para prohibir la enajenación del derecho en todas o algunas circunstancias. La diferencia fundamental de los derechos que se construyen como inalienables respecto de los que emplean reglas de propiedad o de responsabilidad, está en que en estos últimos el Estado se limita a otorgar a sus titulares una protección de manera genérica, mientras que en los primeros, en la medida en que no se permita el intercambio voluntario, está implícita una cierta limitación a la posición jurídica que se le reconoce al titular.

No debería hacer falta aclarar que la mayor parte de los derechos que conocemos en la práctica serían, desde el punto de vista que aquí se propone, de carácter mixto; es decir, no responderían exclusivamente a uno de los tipos de reglas que acabamos de exponer. Así, el derecho que Taney ostenta sobre su casa estaría protegido por una regla de propiedad cuando Marshall intenta comprarla. La protección respondería, sin embargo, al esquema propio de una regla de responsabilidad en los casos en los que una administración pública necesitase expropiar la casa. Por último, encontraríamos una protección de la titularidad de Taney basada en una regla de inalienabilidad, en los casos en los que Taney estuviera incapacitado temporal o definitivamente para expresar un consentimiento libre y espontáneo, por ejemplo, en los casos en los que Taney, estando borracho, pretendiera vender su casa.

Este artículo va a tratar de dos cuestiones: 1.^a ¿En qué circunstancias y a quién se debe reconocer un derecho?, 2.^a ¿En qué circunstancias debemos proteger esos derechos por medio de reglas de propiedad, reglas de responsabilidad o reglas de inalienabilidad?

II. EL ESTABLECIMIENTO DE UN CONJUNTO DE DERECHOS

¿Qué razones hay para decidir si se reconoce un derecho a contaminar libremente o, por el contrario, se reconoce un derecho a respirar aire puro? ¿Con qué criterio elegir entre el derecho a tener los hijos que se deseen o el establecimiento de límites a la procreación? ¿Qué razones nos llevan a elegir el reconocimiento de un derecho a la propiedad privada o el reconocimiento de un derecho a la propiedad común? Podemos tratar de agrupar esas razones bajo tres rúbricas: eficiencia económica, preferencias distributivas y otras consideraciones de justicia⁹.

⁹ Véase, en general, CALABRESI, *The Costs of accidents* 24-33 (1970), a partir de ahora citado como *COSTS*. Existe traducción al español de J. BISBAL: *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Barcelona: Ariel, 1984.

A. Eficiencia económica

Quizá la razón más simple para decidir el reconocimiento de un derecho y no de otro, es la de minimizar los costes de ejecución para el Estado. Este era el argumento que empleaba HOLMES para justificar que fuese la víctima de un accidente la que asumiera los costes del mismo, costes que sólo habría que trasladar a otra persona cuando de ello se obtuviera un beneficio social claro¹⁰. En realidad, esta razón de economía administrativa sólo justificaría que prevaleciese siempre el más fuerte, ya que ese resultado se produciría por sí mismo, con unos costes estatales mínimos.

De todas maneras, este criterio de eficiencia administrativa puede resultar, en ocasiones, decisivo. Así, cuando otros criterios de eficiencia no nos hagan preferir el resultado que se alcance por el establecimiento de uno u otro de los derechos alternativos, el criterio de eficiencia administrativa nos impulsará a elegir el establecimiento de aquel derecho que implique unos menores costes de ejecución para el Estado. De igual manera, será relevante este criterio de la eficiencia administrativa cuando sea pequeña la diferencia entre los resultados que obtendríamos al reconocer uno u otro derecho como punto de partida, y sin embargo el establecimiento de uno de ellos produjera unos costes de ejecución para el Estado mucho más elevados.

En cualquier caso, la eficiencia administrativa es sólo una pequeña parte del concepto de eficiencia económica. La eficiencia económica postula el establecimiento de aquel conjunto de derechos que conduzcan a una asignación de recursos tal que no pueda ser mejorada en el sentido de que un cambio en dicha asignación no mejore la condición de los que ganan con el cambio hasta el punto de que puedan compensar con su ganancia a los que hayan perdido y aun así queden en una situación mejor que la inicial. Esto es lo que se suele llamar «óptimo de Pareto» o criterio de eficiencia óptima de Pareto¹¹. Por ejemplo, la eficiencia postula el establecimiento

¹⁰ Véase HOLMES, *The Common Law* 76-77 (Howe ed., 1963). Para una crítica actual de esa justificación en materia de accidentes, véase COSTS 261-63. Cfr. POSNER, *A Theory of Negligence*, 1 J. Legal Stud. 29 (1972).

¹¹ No nos ocupamos de la multitud de versiones que se dan en torno al concepto de eficiencia de Pareto. Muchas de estas variaciones nacen del hecho de que, a menos que se produzca una compensación después del intercambio (y esto implica por sí mismo que preexiste un conjunto de derechos desde el cual se llega al acuerdo que permite alcanzar un óptimo paretiano), la nueva distribución de la riqueza que provoca el intercambio puede hacernos retornar a la previa posición que también aparecería como óptimo paretiano. No hay ninguna variación de este tipo que los economistas no hayan estudiado en profundidad, pero como en el mundo en que los juristas viven no se puede aspirar a nada que sea eficiente desde un punto de vista paretiano, y hasta es posible que sea mejor así, no nos detendremos en estas sutilezas por mucho que sean esenciales para comprender en profundidad el concepto de eficiencia de Pareto.

La mayor parte de las versiones de la eficiencia de Pareto se basan en la premisa de que nadie conoce mejor que los individuos lo que es mejor para ellos. Entonces, está

de la combinación entre el derecho a desempeñar actividades potencialmente dañosas y el derecho a estar libre de daños derivados de esas actividades, que más previsiblemente conduzca a que sea más baja la suma entre los costes de los accidentes y los costes de adoptar precauciones para evitar los accidentes¹². Asimismo, la eficiencia postula el establecimiento de aquel tipo de derecho de propiedad, privada o pública, que lleve a alcanzar el mayor valor del producto para un esfuerzo productor dado.

Recientemente se ha argumentado que, con ciertos postulados normalmente resumidos con la expresión «ausencia de costes de transacción», se alcanzaría un resultado eficiente, un óptimo paretiano, independientemente de los derechos establecidos como punto de partida y de sus titulares¹³. Para poder mantener esta afirmación, hay que entender la expresión «ausencia de costes de transacción» en un sentido muy amplio que englobe un conocimiento perfecto y una total ausencia de impedimentos y/o costes de negociación. Entre estos costes de negociación hay que considerar, por ejemplo, los costes de excluir a los beneficiarios que no pagan (*freeloaders*)¹⁴ de los resultados que produzca el funcionamiento del mercado.

implícito que para determinar cuándo los que ganan con un intercambio van a poder compensar con su ganancia a los que pierden, lo que hay que tener en cuenta es la valoración que esos individuos hacen respecto de las ganancias y de las pérdidas. En cualquier caso, podemos dar una noción más amplia de eficiencia económica que no arranque necesariamente de las valoraciones que los individuos otorgan a las cosas. Así, podemos considerar que en ocasiones el Estado puede estar, por razones de paternalismo, véase más abajo el apartado III. B. en mejores condiciones para determinar cuando la ganancia total de los que ganan con un intercambio es mayor que la pérdida total de los que pierden.

¹² El término «costes» es empleado aquí en un sentido amplio que englobaría todas las consecuencias negativas que produce un accidente y su evitación. Por ello ese término aludiría no sólo a costes monetarios, ni a costes que son de alguna manera cuantificables en dinero, sino que también comprendería «costes» —como por ejemplo la pérdida de una pierna a resultas de un accidente— cuya mera enunciación en términos monetarios parecería de gran insensibilidad. Una de las consecuencias de que no podamos asignar un valor monetario a algunos de los «costes» o daños es la de que, en tales casos, el mercado no servirá para establecer su valor; cuando esto ocurra estaremos en presencia de uno de los motivos que nos harán abandonar las reglas de propiedad y acudir a reglas de responsabilidad o de inalienabilidad.

¹³ Esta proposición fue establecida por primera vez por COASE en su clásico artículo «The problem of Social Cost», 3 *J. Law & Econ.* 1 (1960), (existe versión en español en *Hacienda Pública Española*, núm. 68, 1981, pp. 245-374), y ha sido objeto de posterior desarrollo en la literatura económica. Véase CALABRESI, «Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules - A Comment», 11 *J. Law & Econ.* 67 (1968); NUTTER, «The Coase Theorem on Social Cost: A Footnote», II *J. Law & Econ.* 503 (1968). Véase también, STIGLER, *The Theory of price* 113 (3.ª ed. 1966); MISHAN, «Pareto Optimality and the Law», 19 *Oxford Econ. Papers* 255 (1967).

¹⁴ Beneficiario que no paga (*freeloader*) es la persona que no se vacuna contra la viruela porque piensa que, como la mayor parte de la gente está vacunada, el riesgo de contraer la enfermedad es menor que el de sufrir daños a causa de la vacunación. Es también aquel que no está dispuesto a contribuir para el establecimiento de un nuevo parque en la ciudad, a pesar de que él también lo desea, porque cree que otros pondrán el dinero suficiente para ello, de tal forma que el parque se establecerá y él podrá utilizarlo sin tener que pagarlo. Véase *COSTS*, 137, núm. 4. Los costes necesarios para excluir al beneficiario que no paga de las ventajas por las que no quiere pagar, pueden ser muy elevados, como sugieren los dos ejemplos anteriores. Serán especialmente altos cuando tengamos que considerar, dentro de esos costes, la ineficiencia debida a la necesidad de poner un precio a

En una sociedad tan poco conflictiva, se producirían intercambios hasta que nadie pudiese resultar beneficiado en una nueva transacción sin que otro se viera perjudicado. En realidad, este resultado nos parece una consecuencia necesaria, si no tautológica, de la definición que hemos dado de óptimo paretiano y de la expresión de «ausencia de costes de transacción».

Aunque admitamos que se llegará a un óptimo paretiano con independencia del inicial reparto de derechos, ha de quedar claro que sí depende de ese punto de partida la asignación de recursos que al final se va a alcanzar. Por ejemplo, la predisposición de Taney a pagar por el derecho de hacer ruido depende de su nivel de riqueza, al igual que la predisposición de Marshall a pagar por gozar del silencio, que también depende del suyo. En una sociedad que reconozca el derecho de Taney para hacer ruido, de tal manera que Marshall tenga que pagarle para poder gozar de silencio, el primero será más rico de lo que sería en una sociedad que hubiese establecido el conjunto de derechos alternativo como punto de partida, esto es, reconociese el derecho de Marshall a gozar del silencio y obligase a Taney a compensarle para poder hacer ruido. Dependiendo de cómo el deseo de Marshall de gozar de silencio y el deseo de Taney de hacer ruido varíen con sus respectivos niveles de riqueza, el nivel de ruido que se alcanzará tras la negociación será distinto si el punto de partida es el reconocimiento de un derecho al silencio o si, por el contrario, partimos de un derecho a hacer ruido¹⁵. Esta variación en los niveles de ruido y de silencio a que conduce el partir del reconocimiento de uno u otro derecho, es un ejemplo de cómo se llega a situaciones distintas, pero igualmente eficientes, si se

ciertos bienes, como un precio de entrada en el parque una vez construido, por encima de su coste marginal para que el beneficiario que no paga se vea forzado a revelar su verdadero deseo de utilizar el parque, de tal manera que en función de ese deseo podamos hacerle contribuir inicialmente por una parte de los costes de construcción.

La capacidad del mercado para hacer que los individuos revelen sus verdaderas preferencias es lo que abre paso a la posibilidad teórica de que el funcionamiento de ese mercado lleve a situaciones de óptimo paretiano por medio de sucesivos intercambios. La presencia de beneficiarios que no pagan (*freeloaders*) es una de las numerosas circunstancias en las que el mercado no es capaz de hacer revelar esas preferencias. Si suponemos un conocimiento perfecto (definido en términos más amplios de los habituales), de forma que incluya también el conocimiento de las preferencias individuales, no se nos planteará el problema de los beneficiarios que no pagan. Esta definición de conocimiento perfecto, a pesar de que quizá esté ya incluida en la noción de ausencia de costes de transacción, supone que no sólo podremos llegar fácilmente a situaciones de óptimo paretiano por medio del mercado, sino que también es igualmente sencillo alcanzar resultados similares a través de decisiones institucionales.

Para una discusión más profunda de lo que supone manejar una noción amplia de ausencia de costes de transacción, véase más abajo la nota 59. Para una discusión sobre otros mecanismos que pueden hacer que los individuos revelen sus preferencias, véase más abajo la nota 38.

¹⁵ Véase MISHAN, «Pareto Optimality and the Law», 19 *Oxford Econ. Papers* 255 (1967). A menos que los deseos de Taney y Marshall de hacer ruido y de gozar de silencio, respectivamente, no varíen en absoluto según su nivel de riqueza, es decir, sean completamente inelásticos respecto de su riqueza, un cambio en ese nivel de riqueza alterará el valor que cada uno asigna al ruido y al silencio, por lo que también resultará afectado el acuerdo que alcancen a través de negociaciones entre ellos.

parte de distintas distribuciones de riqueza. Vemos así, que una situación es óptima según un criterio de Pareto para una distribución de la riqueza dada y que si partimos de una distribución de la riqueza diferente alcanzaremos asignaciones de recursos distintas pero que también serán situaciones de óptimo paretiano. Cada distribución inicial de la riqueza implica, pues, su propia asignación óptima (Pareto) de recursos¹⁶.

Esta argumentación sugiere cómo la distribución inicial de la riqueza puede afectar a que la sociedad elija establecer unos derechos y no otros, pero no conduce a ninguna conclusión sobre cómo elegir esos derechos con criterios de eficiencia si partimos de la ausencia de costes de transacción. Lo que sucede es que, en la práctica, nadie puede decir que no existan costes de transacción. Suponer que no existen costes de transacción, igual que el suponer que no existe rozamiento para un físico, o la ley de Say en macroeconomía, puede ser un buen punto de partida, una buena herramienta, para estudiar cómo al ir adquiriendo importancia en el análisis diferentes elementos que podemos llamar «costes de transacción», el criterio de eficiencia empieza a hacer preferible una determinada elección de derechos frente a las posibles alternativas¹⁷.

Como uno de nosotros ha estudiado en profundidad la manera en que una sociedad debe afrontar los distintos tipos de costes de transacción a través del establecimiento de unos determinados derechos en el campo del derecho de accidentes¹⁸, bastará con decir aquí lo siguiente:

1.º Desde el punto de vista de la eficiencia, es aconsejable el establecimiento de aquel conjunto de derechos que facilite la posibilidad de hacer elecciones racionales entre «beneficios sociales» y los costes necesarios para obtenerlos y «costes sociales» y los costes necesarios para evitarlos.

2.º Eso implica, si no hay certeza de que un resultado merezca la pena para la sociedad, que el coste sea asignado a la parte o a la actividad que esté en mejor posición para hacer ese cálculo de coste-beneficio.

¹⁶ Esto no implica que una situación de óptimo paretiano sea preferible a otra situación que no represente un óptimo paretiano y que resulte de una distinta distribución de la riqueza. Lo único que implica es que partiendo de la misma distribución de la riqueza, la situación de óptimo paretiano es preferible, desde luego, a otra que no lo sea.

¹⁷ Véase DEMSETZ, «When Does the Rule of Liability Matter?», *I.J. Legal Stud.* 13, 25-28 (1972); STIGLER, «The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars», *I.J. Legal Stud.* 1, 11-12 (1972).

El problema de expresiones como «ausencia de costes de transacción» es el de que en ellas se engloban múltiples fallos del mercado. Si el objetivo es tender hacia una situación de óptimo paretiano, la respuesta estatal tendrá que ser muy distinta según se enfrente a uno u otro tipo de impedimentos a la negociación. En algunos casos la respuesta correcta será la de ignorar el impedimento: si el obstáculo está representado por los costes administrativos de establecimiento de un mercado, será mejor no tratar de corregirlos, porque los costes de una acción institucional en tal sentido pueden ser aún mayores. De la misma forma, si los impedimentos se deben a la incapacidad del mercado para hacer que los beneficiarios que no pagan (*freeloaders*) revelen sus verdaderas preferencias, es posible que no se pueda obtener un resultado mejor a través de una intervención estatal.

¹⁸ Véase, *COSTS* 135-97.

3.º En algunos campos, como el de accidentes o el de contaminación, esto llevará a asignar los costes a la parte o actividad que pueda evitarlos de manera más barata.

4.º Si no estamos seguros de qué parte puede evitar los costes más fácilmente, se deberá asignar dichos costes a la parte o actividad que pueda, con los costes de transacción más reducidos, actuar en el mercado para, corrigiendo un error en la elección inicial del conjunto de derechos, «sobornar» o persuadir (por un precio) al que pueda evitar más fácilmente los costes de que los evite¹⁹.

5.º Como estamos en un área en la que, por hipótesis, el mercado no es perfecto —hay costes de transacción—, a menudo habrá que decidir si es preferible acudir al mecanismo del mercado o a medidas institucionales para acercarnos al óptimo paretiano que hubiera alcanzado un mercado perfecto²⁰.

¹⁹ En *The Costs of Accidents*, los criterios resumidos en el texto son estudiados con mayor profundidad y son subdivididos en otros criterios más específicos para evitar las distintas externalidades y para identificar al «mejor sobornado» («*best briber*»). Ese análisis detallado es necesario para aplicar los criterios que se resumen en el texto a cada sector concreto del ordenamiento, pero en el nivel de generalidad en que se mueve este artículo, no nos parece necesario.

²⁰ En el campo del Derecho de accidentes o de la responsabilidad civil, esa decisión se plantea como una opción entre prevención (disuasión) general o de mercado y prevención específica, que supone que el nivel de actividad permitido y la manera de desarrollar actividades potencialmente peligrosas se determinan por medio de una decisión institucional. Por ejemplo, la sociedad puede reconocer un derecho a conducir automóviles y un derecho a ser indemnizado por los daños causados en un accidente de tráfico, permitiendo que sean los individuos los que decidan cómo y cuánto conducen. Pero la sociedad puede obtener un mayor grado de prevención específica por medio del establecimiento de un conjunto de derechos distinto y acorde al análisis coste-beneficio que ella misma realice. La sociedad puede, por ejemplo, prohibir los coches que tengan más de una potencia determinada.

En comparación a la prevención general, el principal inconveniente de la prevención específica es el de que exige, a quien vaya a adoptar una decisión al respecto, el conocer no sólo los costes que pueda generar una actividad, sino también el medir los beneficios que se puedan esperar de ella, para así poder decidir cuál es el nivel óptimo de actividad. La cuestión está en que es muy difícil y muy costoso para una instancia de decisión centralizada, el tener toda la información sobre costes y beneficios que se puedan esperar a resultados de una gama amplia de actividades. Lo irónico es que ese tipo de decisiones institucionales pueden funcionar de la mejor manera posible cuando tenemos una información perfecta y sin costes; y lo que ocurre es que, en un mundo en el que no hubiera costes de transacción, lo cual supone una información sin costes, la asignación óptima de recursos se alcanzaría por medio de acuerdos en el seno del mercado, sin que surgiera, por tanto, la necesidad de acudir a decisiones institucionales. También se puede plantear la ironía del caso de manera opuesta, si consideramos que el mercado funcionaría de la mejor manera posible cuando hubiese un conocimiento perfecto, circunstancia bajo la que los mecanismos institucionales funcionarían perfectamente, haciendo innecesario el acudir a las decisiones de mercado. El hecho de que tanto el funcionamiento del mercado como el acudir a decisiones institucionales presenten dificultades a la hora de alcanzar esa situación de óptimo paretiano, a la que se llegaría si hubiese un conocimiento perfecto y en ausencia de costes de transacción, no implica que esas dificultades sean siempre igual de grandes para las dos posibles formas de actuar. Por ello, habrá numerosas ocasiones en las que podremos suponer con bastante seguridad que el mercado va a funcionar mejor que una instancia centralizada de decisión, y habrá otras en las que podremos suponer lo contrario. Véase *COSTS* 103-13.

Aunque esta breve enumeración refleja lo complicada que puede ser la decisión sobre qué derechos reconocer como punto de partida, en la práctica los criterios que se han resumido indicarán qué asignación de titularidades es más probable que conduzca a decisiones de mercado óptimas sobre si es mejor comprar otro coche o viajar en tren, si es preferible recolectar una col más o trabajar menos tiempo bajo un sol de justicia, si es mejor tener más artefactos o dejar de respirar la contaminación que supone el fabricarlos.

La eficiencia económica no es, de todas formas, la única razón que una sociedad tiene en cuenta para seleccionar el conjunto de derechos que va a reconocer. Las preferencias por una cierta distribución de la riqueza también son tenidas en cuenta, por lo que ahora pasamos a estudiar qué razones distributivas puede haber para elegir un determinado conjunto de derechos.

B. Fines distributivos o de equidad

A la hora de elegir los derechos que se van a reconocer, se puede distinguir la cuestión de la distribución de la riqueza propiamente dicha y la distribución de lo que a veces se ha llamado bienes *preferentes* o *meritorios* (*merit goods*).

Cada sociedad tiene preferencias por ciertos modos de distribución de la riqueza, que son más difíciles de estudiar que las cuestiones relativas a la eficiencia. Estas últimas pueden ser discutidas en el marco de un concepto general, como el criterio de Pareto, y un conjunto de excepciones, como el paternalismo²¹. En cambio, estudiar las preferencias de distribución de la riqueza es más difícil, ya que no pueden ser estudiadas en un único marco conceptual. Hay algunas preferencias que son generalmente aceptadas (distribución según criterios de casta en unas sociedades mientras que en otras se tiende más al igualitarismo). Junto a ellas hay otras preferencias vinculadas a conceptos de eficiencia de carácter dinámico, como pueda ser la de que los productores deben ser recompensados porque, al final, todos nos beneficiamos del resultado de su actividad. Hay, por fin, una multitud de preferencias muy individualizadas sobre quién debe ser más rico y quién más pobre, que no tienen nada que ver con criterios de eficiencia o de equidad —se debe apoyar a los amantes del silencio frente a los amantes de hacer ruido porque lo merecen²².

²¹ Para una discusión sobre el paternalismo, véase más abajo el apartado III. B.

²² El primer tipo de preferencias viene a coincidir más o menos con las nociones que autores como FLETCHER, siguiendo a ARISTÓTELES, llaman «justicia distributiva». El segundo y el tercer grupo, en cambio, tienen que ver presumiblemente con la noción de «justicia compensatoria» («*corrective*») que mantiene FLETCHER (recompensas basadas más en lo que la gente hace que en lo que la gente es). Véase FLETCHER, «Fairness and Utility in Tort Theory», 85 *Harv. L. Rev.* 537, 547 núm. 40 (1972).

Dentro de la categoría de «justicia correctiva», nuestros grupos segundo y tercero distinguen entre aquellas preferencias que están nítidamente vinculadas a nociones de efi-

Aunque estas razones distributivas sean difíciles de estudiar, está claro que juegan un papel fundamental para decidir qué conjunto de derechos serán reconocidos en cada sociedad y a favor de qué titulares, ya que de esa elección depende en gran medida la propia distribución de la riqueza en esa sociedad. En efecto, si una sociedad pretende una distribución de la riqueza absolutamente igualitaria, no bastará con partir de una situación inicial en la que todos sus miembros tengan igual cantidad de dinero: aun partiendo de una distribución equitativa del dinero, una sociedad que reconoce el derecho de hacer ruido libremente estará haciendo más rico al eventual ruidoso que al amante del silencio²³.

De igual forma, una sociedad que permite a las personas inteligentes apropiarse de los frutos de su ingenio, tendrá una distribución de la riqueza distinta de la que se producirá en una sociedad que exige de cada cual según su capacidad y da a cada cual según su necesidad. Se puede dar un paso más y considerar que una persona bien parecida es más rica en una sociedad que reconoce el derecho a la integridad física de lo que sería en una sociedad que reconoce a todos el libre disfrute de la belleza existente.

Con estos razonamientos podemos ver lo difícil que es imaginar una sociedad en la que haya una absoluta igualdad en la distribución de la riqueza. Tal sociedad tendría que estar integrada por individuos idénticos, o bien habría que articular mecanismos para compensar a los que resultaron relativamente menos favorecidos en el inicial reparto de titularidades. La primera idea es un absurdo que llevaría a una sociedad formada por individuos clónicos y la segunda es casi imposible de imaginar debido a la necesidad de conocer los gustos y preferencias de cada uno y de gravar con tributos al titular de cada derecho de tal forma que pague por su titularidad una cantidad tal que eliminara la ventaja relativa que esa titularidad le ha conferido. La segunda idea implicaría, por ejemplo, que cada beneficiado por el ejercicio del derecho a aprovechar su belleza o su ingenio pagase lo necesario para compensar a los menos dotados que, sin embargo, desearan gozar de los frutos que puede reportar el ser guapo o el ser inteligente.

Como esa perfecta igualdad es inalcanzable, la sociedad deberá manejar criterios distintos al de igualdad absoluta para elegir el conjunto de derechos que va a reconocer. La sociedad puede hacer esa elección de

ciencia y aquellas otras cuyos fundamentos son menos obvios. Si contásemos con una teoría de merecimientos (*desserts*) generalmente aceptada, podríamos hablar en términos generales del papel que juega el tercer grupo de la misma manera en que hablamos del que juega el primero y el segundo. No creemos que exista una «teoría de merecimientos» y es dudoso que pueda existir. Véase también, más abajo, el apartado II. C.

²³ Suponemos que no existe bastante espacio como para que el ruidoso y el amante del silencio coexistan sin interferencias. En otras palabras, estamos suponiendo que nos enfrentamos con un problema de asignación de recursos escasos, ya que si no lo fueran no surgiría la necesidad de establecer una titularidad inicial sobre los mismos. Véase más arriba, en general, MISHAN, nota 12.

muchas formas y, según emplee una u otra, las consecuencias distributivas serán diferentes. Puede, por ejemplo, conceder un derecho con generalidad y luego, para proteger a los que se han visto perjudicados por el establecimiento de ese derecho, pagar a los titulares del mismo para que limiten su ejercicio. Alternativamente, la sociedad podría reconocer el derecho a realizar ciertas actividades sólo a los que previamente obtuvieran, mediante precio, el permiso necesario para ello. Así se puede, por ejemplo, permitir que cada uno tenga el número de hijos que estime conveniente y luego crear incentivos para que controlen la natalidad, o bien, alternativamente, exigir que aquel que desee tener hijos obtenga un permiso estatal mediante el pago de cierta cantidad. De igual forma, la sociedad puede establecer que las personas no estén sujetas a un servicio militar obligatorio y luego incentivarlas a que se alistén, o bien puede establecer un servicio militar obligatorio y permitir que se libren de su cumplimiento los que paguen una cierta cantidad.

Parece razonable suponer que la sociedad elegirá entre estos dos métodos alternativos de reconocer un derecho (concesión general y gratuita frente a concesión particular mediante precio) basándose, al menos en parte, en que la decisión adoptada favorezca la distribución de la riqueza que la sociedad estime más deseable²⁴.

²⁴ Cualquier derecho que se reconozca con generalidad y de forma gratuita implica una posición contraria por la que hay que pagar. Frente a los que les gustan los niños, hay otras personas a las que les fastidian; frente a los que rechazan los ejércitos, hay otros que desean lo que los ejércitos pueden lograr. De otra manera, no se plantearía el problema de asignar recursos escasos, con lo que tampoco se plantearía la necesidad de reconocer unos derechos como medio de resolver conflictos de intereses. A pesar de todo, no se puede decir de forma simplista que reconocer un derecho con generalidad y de forma gratuita sea más progresivo y que reconocerlo sólo de forma particular, mediante precio, sea más regresivo. Es cierto que cuantos más bienes se proporcionen de forma gratuita sin alterar la situación de los demás, mayor será el nivel de igualdad; pero como el reconocer un derecho de forma gratuita y con generalidad implica siempre la aparición de la necesidad de pagar para poder adquirir la posición contraria, no podemos considerar el reconocimiento de derechos como una manera de proporcionar bienes de forma gratuita. Así, la cuestión de la progresividad o regresividad de un conjunto de derechos generales y gratuitos, y la del conjunto alternativo, dependerá de las preferencias respectivas de los beneficiados y perjudicados por cada conjunto.

En sentido estricto, hay que añadir que esto sólo es cierto si el dinero desembolsado en la actuación del Estado, o el dinero que el Estado obtiene a resultas de su actuación, es recaudado o invertido, respectivamente, de una manera que no afecte a la distribución de la riqueza. La cuestión en realidad es sencilla: incluso un impuesto muy regresivo puede impulsar una distribución igualitaria de la riqueza si todos los fondos que con él se recaudan se destinan a beneficiar a los ciudadanos más pobres; incluso un sistema de asistencia benéfica para ricos ociosos puede favorecer la igualdad en la distribución de la riqueza si los fondos necesarios para establecerlo se recaudan de entre los ricos más acaudalados. Por ello, cuando estemos considerando la progresividad o regresividad del establecimiento de un programa de tributos, o de un programa de gastos, o estemos considerando, desde ese punto de vista, el reconocimiento de un conjunto de derechos, deberemos tener en cuenta si el destino de los fondos recaudados (si se trata de un tributo) o la manera de obtenerlos (si es un programa de gastos) irá en contra del efecto (re)distributivo del propio programa.

Así como la elección inicial de un determinado conjunto de derechos afecta a la distribución de la riqueza en sí misma considerada, también afecta a que sean mayores o menores las posibilidades de acceso a los bienes preferentes²⁵ (*merit goods*). Cuando una sociedad desea que los individuos tengan las máximas posibilidades de acceder a un mínimo de determinado bien (educación, vestidos, integridad física), normalmente elegirá como punto de partida el reconocimiento de un derecho a ello. Si la sociedad considera, además, que el gozar de esos bienes es algo fundamental independientemente de la voluntad de su titular, lo que hará será reconocer ese derecho con el carácter de inalienable²⁶. Otra posible solución sería, en vez de reconocer un derecho a determinado bien, el dar a cada individuo una cantidad de dinero para que tuviera asegurado el acceso a un mínimo de los bienes que él mismo eligiera. Si la sociedad no lo hace así será porque considera que ella puede juzgar, mejor que cada individuo, lo que es bueno para ese individuo y para la sociedad en su conjunto; por ello, en vez de dar una cantidad de dinero a cada individuo, le reconoce un derecho determinado y, además, lo hace con el carácter de inalienable.

Hemos visto que es ineludible resolver, en un sentido u otro, los conflictos de intereses que se planteen, es decir, que es ineludible el reconocer un derecho o el alternativo²⁷. En la práctica, normalmente se reconocerá el derecho a hacer ruido o el derecho al silencio, dependiendo de las circunstancias. Tendremos derecho a la protección de nuestro cuerpo, o de nuestras propiedades o, por el contrario, derecho a compartir el goce de los cuerpos y propiedades de los demás, según los casos. Luego podremos comprar la titularidad del derecho que nos interese y podremos vender la que no nos interese, pero tenemos que empezar en algún sitio, en algún punto de partida, lo que implica un determinado conjunto de derechos.

En estas circunstancias, una sociedad que prefiera que los individuos gocen de silencio, o que tengan bienes en propiedad, o que gocen de integridad física, pero que no considere que las bases de su preferencia sean lo suficientemente importantes como para imponérselas a individuos que tengan gustos distintos, lo que hará será conceder derechos conforme a aquellas preferencias colectivas pero permitiendo negociar con ellos a los individuos.

²⁵ Cfr. MUSGRAVE, *The Theory of Public Finance*, 13-14 (1959).

²⁶ Los motivos que habitualmente se manejan para justificar una actuación social en tal sentido se discuten, más abajo, en el apartado III. B. Todos ellos son, por supuesto, motivos por los que habitualmente se considera que esos bienes son bienes preferentes. Cuando la sociedad se decide a subvencionar un determinado bien, está adoptando una decisión en ese mismo sentido y por el mismo tipo de motivos, pero en esos casos la actuación sólo alcanza a hacer menos costosa la posibilidad de acceder a esos bienes de lo que sería en caso de que el Estado no interviniese. Es decir, no implicaría que los individuos tuviesen que tener necesariamente la posesión de esos bienes.

²⁷ Esto es cierto a menos que estuviéramos dispuestos a permitir que las partes del conflicto lo resolvieran sobre la base de la ley del más fuerte, lo que por su parte, también puede ser considerado como una forma de establecer titularidades o derechos.

Cuando existan costes de transacción muy elevados, la decisión de conceder los derechos en la manera arriba descrita será tan efectiva a la hora de garantizar a los individuos el acceso a uno de los bienes preferentes como el conceder sobre ellos un derecho inalienable. Como el hecho de que el bien sea prácticamente invendible conlleva cierta coacción, la sociedad sólo podrá elegir entre hacer que un individuo disfrute de un bien, entregándoselo, o impedir que lo tenga, concediéndole en su lugar una compensación económica²⁸. En estas circunstancias, la sociedad elegirá reconocer el derecho que considere más beneficioso para el bienestar común, sin preocuparse de la alienabilidad o coacción, porque habrá conseguido aumentar las oportunidades de que los individuos tengan acceso a determinados bienes sin que ello suponga incrementar el grado de coacción que se les impone²⁹. Un ejemplo usual de esto es el de bienes que representan la certeza actual de tener acceso (por compra) a beneficios futuros cuando es demasiado costoso el establecimiento de un «mercado de futuro» sobre esos bienes³⁰.

²⁸ Para una discusión sobre este inevitable, y por tanto irrelevante, grado de coerción, véase *COSTS*, 50-55, 161-73.

²⁹ La situación es análoga a la que se plantea al elegir entre sistemas de asignación de los costes de los accidentes que minimizan los cambios bruscos en el nivel de riqueza, a través de distribuirlos, y los sistemas que no lo hacen. De hecho, si el evitar cambios bruscos en el nivel de riqueza es considerado como un bien preferente, la analogía es completa. En los estudios sobre accidentes se ha prestado gran atención a la cuestión de los cambios bruscos en el nivel de riqueza. Véase, por ej., MORRIS & PAUL, «The Financial Impact of Automobile Accidents», 110 *U. Pa. L. Rev.* 913, 924 (1962). Pero véase también BLUM & KALVEN, *Public Law Perspectives on a private law problem -Auto Compensation Plans* (1965).

³⁰ Una discusión en profundidad de esta justificación para entregar directamente bienes en especie está fuera del alcance de este artículo, pero quizá sea conveniente hacer una pequeña indicación sobre el asunto. Una de las muchas razones que explican que se dé a los individuos el derecho al voto «en especie», en vez de darles una cantidad de dinero que les proporcionara, en una sociedad sin derecho al voto, todos los beneficios que supone tener ese derecho al voto, es la de que en un momento dado el valor de esos beneficios futuros es completamente imposible de determinar, por lo que ninguna cantidad de dinero aseguraría a los individuos el tener acceso a esos beneficios futuros. No sería lo mismo si contásemos con un empresario que pudiera garantizar esos beneficios futuros a cambio del pago actual de una cierta cantidad de dinero. Esto es lo que ocurre en los mercados de futuro de mercancías o productos percederos. El grado de incertidumbre, respecto del coste de los beneficios futuros que el voto proporcionaría, es tal que el establecimiento de un mercado de futuro es imposible o, lo que es lo mismo, demasiado costoso como para que merezca la pena. En estas circunstancias, la alternativa, ajena al mercado, de entregar el bien directamente, en especie, parece más eficiente. Muchos de los bienes preferentes que, de hecho, se entregan directamente en nuestra sociedad –por ejemplo, educación– comparten esa característica de implicar derechos actuales a gozar de beneficios futuros en circunstancias en las que no existe un mercado de futuro y en las que, a primera vista, parece muy difícil organizarlo de forma poco costosa. No creemos que ésta sea la única justificación de la manera en que el voto es reconocido en nuestra sociedad. Esa justificación, por ejemplo, no explica por qué el voto no se puede vender. (Se puede encontrar una explicación para ello en el hecho de que el beneficio que Taney recibe por tener reconocido el derecho al voto puede depender de que Marshall no tenga más «derechos de voto» que él). En cualquier caso, esta visión de las cosas añade una explicación que no se suele manejar para explicar que en ocasiones se asignen bienes en especie a los individuos en vez de dinero.

C. Otras consideraciones de justicia

Bajo este epígrafe podemos englobar el resto de razones que pueden influir en la decisión inicial sobre el establecimiento de un conjunto de derechos, si bien hay que reconocer que es difícil determinar el contenido que podamos darle, habida cuenta del amplio concepto que hemos mantenido de eficiencia económica y de fines distributivos (equidad). Un par de ejemplos nos ilustrarán sobre el problema.

Pensemos que tenemos por un lado a Taney, amante del ruido, y por otro lado a Marshall, que gusta del silencio, y pensemos que son, irremediablemente, vecinos. Supongamos también que no existen costes de transacción que dificulten la negociación entre ellos y que no podemos saber nada sobre sus respectivos niveles de riqueza ni sobre cualquier otra de sus circunstancias. Con esto, ya sabemos que, independientemente de que se reconozca inicialmente un derecho a hacer ruido o un derecho a gozar del silencio, se alcanzará un resultado eficiente (de óptimo paretiano). Desde el punto de vista de la distribución de la riqueza, tampoco podemos preferir el establecimiento de uno de los dos derechos porque no sabemos si ello conducirá a una mayor o menor igualdad. Esto nos deja sólo con dos razones para elegir el derecho que vamos a reconocer: la primera sería el valor relativo de los amantes del silencio respecto de los amantes del ruido; la segunda sería la coherencia del derecho elegido con otros derechos ya reconocidos por la sociedad.

La primera razón suena bien, es atractiva, porque parece aludir a la justicia, pero es muy difícil de estudiar: ¿por qué, a menos que la elección afecte a otras personas, preferimos a uno y no al otro?³¹. Decir, por ejemplo, que deseamos hacer al amante del silencio relativamente más rico porque preferimos el silencio al ruido, no es una respuesta válida porque no es más que volver a plantear la cuestión. Si nuestra decisión sobre a qué parte apoyar en el conflicto afectara a otras personas además de a Taney y Marshall, sí tendríamos una base en la que apoyarnos, pero la constatación de que esos efectos externos son muy frecuentes y que influyen mucho en nuestras decisiones no es de gran ayuda. Sugiere, eso

³¹ La respuesta más frecuente sería la de aludir a razones religiosas o trascendentales, pero con ello se nos plantean problemas. Si lo que queremos decir es que Chase, un tercero ajeno a la cuestión, sufre si preferimos al ruidoso, porque según sus creencias religiosas el silencio es más valioso que el ruido, entonces nuestra elección sí afecta a terceros; es decir, como Chase se siente herido, habrá efectos externos. Y, precisamente, habíamos excluido los efectos externos al construir nuestro caso hipotético. En la práctica, esos efectos externos, normalmente llamados «moralismos» (*moralisms*), son muy frecuentes y complican mucho la cuestión de alcanzar situaciones de óptimo paretiano.

Pero las razones religiosas o trascendentales pueden ser de otro tipo; Chase puede preferir el silencio no por él mismo, no porque, en sus creencias, los amantes del silencio sean más dignos, sino porque cree que el ruido hace sufrir a dios. Ninguna compensación económica puede resolver este problema. Una razón de este tipo es, claramente, una razón ajena a todo criterio de eficiencia o equidad, lo que no quiere decir que deje de tener importancia en ciertos casos.

sí, que el alcanzar un resultado de óptimo paretiano es, en la práctica, muy complicado, a causa precisamente de esos efectos externos a los que el mercado no encuentra una buena solución. Sugiere también que existen cuestiones distributivas entre Taney y Marshall, de un lado, y el resto del mundo, de otro lado, que van a influir en la elección inicial de derechos, pero no nos dice nada sobre que haya que tener en cuenta más razones que las distributivas y las de eficiencia para hacer la elección entre ellos.

En otras palabras, si las hipótesis de ausencia de costes de transacción y de indiferencia respecto del resultado desde el punto de vista de los efectos distributivos que hemos supuesto en las relaciones entre Taney y Marshall (donde son ya bastante improbables), se pudieran mantener en las relaciones del mundo entero (donde son imposibles), el hecho de que la elección entre el ruido de Taney o el silencio de Marshall pudiera afectar a otras personas no nos daría ningún argumento para decidir el conflicto entre ellos. Entonces, lo que nos pareció un criterio de justicia resulta que no es más que replantear cuestiones relativas a eficiencia y fines distributivos que son demasiado heterogéneas y generales para ser analizadas en profundidad en la decisión de un caso específico.

La segunda razón que se nos planteaba –la de la coherencia o no con otros derechos ya reconocidos– suena bien porque se parece a la regla de dar igual tratamiento a casos similares (*treating like cases alike*). Si el reconocimiento de un poder de hacer ruido para molestar a otro es considerado por la sociedad como análogo al poder de golpear a otro por el puro gusto de hacerlo, y si hay razones de eficiencia y de equidad (distributivas) que aconsejan no reconocer un poder semejante, entonces encontraremos un buen motivo para elegir el establecimiento de un derecho al silencio en el conflicto entre Taney y Marshall. Como ese derecho al silencio es coherente con el derecho a no ser golpeado gratuitamente por otros, el reconocimiento del primero reforzará al segundo, que hemos supuesto que estaba basado en sólidas razones de eficiencia y equidad³². De esta manera, se reducirán los costes de hacer respetar el derecho a no ser golpeado, ya que el reconocimiento del derecho al silencio refuerza y reitera los valores protegidos por aquél, simplificando la tarea de obedecer las normas jurídicas al reducir el número de discriminaciones o distinciones que deben realizar los individuos entre unas actividades y otras.

El problema de dar esta argumentación para basar nuestra elección del derecho al silencio está en que con ello también estamos replanteando cuestiones de eficiencia y/o de equidad. En efecto, hemos preferido al silencioso porque el reconocer su derecho, si bien no afecta a la distribución de la riqueza que se propugna en el conflicto entre Taney y Marshall

³² También se podría mantener lo contrario si consideráramos que el hacer ruido es análogo a ser industrioso y el silencio es análogo a la pereza e inactividad, y tuviéramos buenas razones distributivas y de eficiencia para preferir la actividad al perezoso letargo.

y tampoco nos aleja de la eficiencia en ese conflicto concreto, nos ayuda a alcanzar esos objetivos de eficiencia y/o de equidad en otras situaciones en las que existen costes de transacción y/o en las que no somos indiferentes desde un punto de vista distributivo. Esto sucede así porque los individuos no se dan cuenta de que la coherencia entre el derecho al silencio y el derecho a no ser golpeado es sólo aparente. Si pudiéramos explicarles, tanto racional como emocionalmente, las razones de eficiencia y de equidad (distributivas) que hacen que el golpear a otro sin justificación sea ineficiente o conduzca a distribuciones no deseadas de la riqueza y, por otro lado, pudiéramos explicarles que el reconocer un derecho a hacer ruido en vez de reconocer un derecho al silencio en el caso concreto de Taney y Marshall, no conduce a esas consecuencias indeseables de ineficiencia o mala distribución, entonces no estaríamos socavando el derecho más general a la integridad física al reconocer ese derecho a hacer ruido. La apariencia de similitud entre los dos casos persiste, pues, porque es muy costoso, si no imposible, el hacerla desaparecer. Pero evitar estos costes innecesarios, aunque sea una buena razón para escoger una solución, no es más que una parte del objetivo de eficiencia económica³³.

A pesar de todo, debemos admitir que justificar el reconocimiento de uno u otro conjunto de derechos sólo con argumentos de eficiencia o de equidad, por muy amplio que sea el sentido que queramos darle, no es plenamente satisfactorio; veamos por qué, aunque sólo sea de pasada. El motivo por el que hasta ahora hemos explicado el reconocimiento de uno u otro derecho sólo en términos de eficiencia y equidad es, llevado a sus últimas consecuencias, tautológico. En su momento, definimos «razones distributivas» (de equidad) de tal forma que englobara cualquier tipo de motivo que no fuera de eficiencia y que nos hiciera preferir hacer más rico a Taney que a Marshall. Con esta definición es evidente que no existen razones para justificar esa preferencia que escapen al concepto de «razones distributivas». En ese concepto, caben ideas generalmente aceptadas, como la igualdad o como, en otras sociedades, las preferencias de casta, tanto como ideas más concretas del tipo de «favorecer al amante del silencio». Usamos la mencionada definición porque era útil agrupar todas aquellas razones que nos hacían preferir a Taney frente a Marshall que no pudieran ser explicadas en términos de mejorar el bienestar de las partes y contrastarlas con las razones de eficiencia, paretianas o no, que sí podían ser explicadas en esos términos.

³³ No queremos dar a entender que sea pequeña la importancia de la apariencia de coherencia como fundamento del reconocimiento de derechos. Es más, parece que una sociedad muchas veces prefiere establecer una determinada titularidad, a pesar de que con ello se llegue a pequeñas ineficiencias o a distribuciones de riqueza no deseadas en las relaciones entre dos individuos concretos, porque con ella refuerza otras titularidades o derechos que considera cruciales para la eficiencia o distribución de la riqueza en la sociedad como un todo, y porque el convencer a la gente de que las situaciones no son análogas supondría unos costes mayores a las ventajas que se podrían obtener al decidir de otra manera en las relaciones entre esos dos individuos concretos.

Ahora debemos advertir que el agrupar esas razones de esta manera tiene algunas desventajas para el análisis. Meter en un mismo saco todas esas razones parece que da a entender que no podemos distinguir entre las justificaciones de una preferencia distributiva frente a las de otra. Así, por ejemplo, parece que damos por supuesto que existen los mismos fundamentos de universalidad para hacer relativamente más ricos a los amantes del silencio que los que existen para que la igualdad sea relativamente preferible, lo cual es mucho suponer. Para evitar estos peligros, el término «distribución» (equidad) se suele reservar para unos pocos conceptos generales, como el de igualdad, reservando la expresión «razones de justicia» para aquellas otras preferencias que no pueden ser explicadas fácilmente en términos de esos pocos conceptos que gozan de un amplio reconocimiento, ni tampoco pueden ser explicadas en términos de eficiencia.

El problema de esta última expresión, «razones de justicia», está en que a veces se entiende que el prestigio moral de la palabra «justicia» se reserva para estas preferencias residuales y que no tiene cabida ni en aquellas preferencias más amplias, ni en las preferencias basadas en criterios de eficiencia. Y esto probablemente no sea así, ya que muchos derechos que, en nuestra sociedad, se explican correctamente como basados en la justicia, se pueden fácilmente explicar en términos de preferencias más amplias, como la igualdad, y/o en términos de eficiencia.

Al emplear en este artículo la expresión «otras consideraciones de justicia» tratamos de evitar estos problemas, así como poner de relieve que las nociones de justicia aparecen tanto en las preferencias distributivas más amplias y en las basadas en la eficiencia, como en esas otras preferencias más concretas. Mientras nos ocupemos en contrastar diferencias entre las justificaciones de eficiencia de los conjuntos de derechos y otras justificaciones que puedan tener, nos bastará con el binomio eficiencia-equidad (o eficiencia-distribución). Pero si lo que se quiere es profundizar en razones que, si bien están relacionadas con la eficiencia, han adquirido sustantividad propia, o profundizar en razones que, a pesar de estar relacionadas con la equidad, no se pueden explicar en términos de amplios principios, como el de igualdad, entonces parece útil emplear la expresión «otras consideraciones de justicia»³⁴.

III. REGLAS O CRITERIOS PARA PROTEGER DERECHOS

Cuando una sociedad elige inicialmente un conjunto de derechos, también tiene que decidir sobre la manera en que van a ser reconocidos, sobre la manera en que se va a construir cada derecho. Desde nuestro punto de vista, la sociedad debe decidir si va a proteger el derecho que ha reconocido mediante reglas de propiedad, reglas de responsabilidad o

³⁴ Véase, anteriormente, FLETCHER, nota 21, en 547, núm. 40.

haciéndolo inalienable. En nuestro marco conceptual, consideraremos que lo que se denomina propiedad privada está usualmente protegida por una regla de propiedad, ya que nadie puede ocupar la posición de titular a menos que el titular actual acceda a venderla y se pague el precio en que él valora subjetivamente su derecho. Habrá otras ocasiones en las que el interés social o la utilidad pública justifiquen la expropiación de ese derecho, por lo que diremos que entonces sólo estará protegido según una regla de responsabilidad, en la medida en que se utiliza un criterio objetivo para determinar un valor (precio) que facilite la transmisión del derecho desde el titular actual al beneficiario de la expropiación³⁵. Finalmente, habrá otros casos en los que no se permita enajenar la propiedad, es decir, que protegeremos el derecho con una regla de inalienabilidad.

En esta sección se estudian las circunstancias en que la sociedad debe emplear una u otra regla para resolver situaciones conflictivas. Trataremos las dos primeras, reglas de propiedad y reglas de responsabilidad, de forma conjunta, porque están muy relacionadas y porque una de ellas se aplicará en los casos en que la otra se muestra insuficiente. Trataremos las reglas de inalienabilidad en una sección aparte.

A. Reglas de propiedad y reglas de responsabilidad

¿Podría una sociedad decidir simplemente quién es el titular de cada derecho y dejar a futuros acuerdos de voluntades las posibles transmisiones de esos derechos que reconoce?; en otras palabras, ¿podría una sociedad funcionar sólo con criterios de propiedad para proteger los derechos que reconozca? Para hacerlo, sólo tendría que preocuparse de establecer inicialmente los derechos correspondientes y luego de protegerlos de todos los ataques, quizá mediante sanciones penales³⁶, estableciendo también que los contratos que se celebren para transmitir esos derechos sean obligatorios. ¿Para qué hacen falta las reglas de responsabilidad?

Las razones son fáciles de comprender desde el punto de vista de la eficiencia económica. En ocasiones, el coste de las negociaciones necesarias para establecer el valor del derecho es tan alto que su transmisión no llegaría a producirse a pesar de que fuese beneficiosa para todas las partes implicadas. Si dispusiéramos de un mecanismo para establecer objetivamente un precio, se produciría la transmisión del derecho en cuestión, y llegaríamos sin mayores problemas a un resultado eficiente, es decir, se produciría esa transmisión que beneficia a todos.

³⁵ Véase, por ej., *BOOMER*, véase. *Atlantic Cement Co.*, 26 NY 2d 219, 309 NYS 2d 312, 257 NE 2d 870 (1970) (no prospera la acción de cesación (*injunction*) pero se establece una compensación permanente de daños a los demandados).

³⁶ Las relaciones entre sanciones penales y derechos protegidos por una regla de propiedad, serán examinadas más adelante, en el apartado V.

Encontramos un buen ejemplo en los casos de expropiación. Supongamos que tenemos una porción de terreno, llamado Guidacres, dividido en mil parcelas pertenecientes a mil propietarios. Supongamos también que el establecer allí un parque beneficia de tal modo a los 100.000 habitantes de un pueblo cercano que estarían dispuestos a pagar cada uno 100 dólares para conseguirlo. El establecimiento del parque sería deseable desde el punto de vista de la eficiencia (Pareto) si los propietarios de las parcelas de Guidacres valorasen sus tierras en menos de 10.000.000 de dólares o (lo que es lo mismo) si valorasen cada parcela en menos de 10.000 dólares, como media.

Vamos a suponer que todas las parcelas son idénticas y que todos los propietarios las valoran en 8.000 dólares cada uno. En este caso, el establecimiento del parque sería un resultado eficiente, pues beneficia a los habitantes en 10.000.000 de dólares y sólo costaría 8.000.000 de dólares. Pese a ello, es posible que el parque no llegara a establecerse debido a comportamientos estratégicos (*hold-out*): si un número suficiente de propietarios reclama por sus respectivas parcelas más de 10.000 dólares para así apropiarse de una parte de los 2.000.000 de dólares que sospechan que están dispuestos a pagar los compradores por encima del precio de 8.000 dólares cada parcela, el precio exigido será mayor de 10.000.000 de dólares y no se llegará a un acuerdo para el establecimiento del parque. Los vendedores tienen un incentivo para ocultar el valor que realmente otorgan a su parcela y el simple funcionamiento del mercado no conseguirá establecer ese valor.

Se puede poner un ejemplo para ver la necesidad de emplear reglas de responsabilidad que afecten a los compradores. En el supuesto anterior, pongamos que todos los propietarios de Guidacres se han puesto de acuerdo en un precio de venta de 8.000.000 de dólares [son todos parientes y deciden en una comida familiar que el adoptar una posición de fuerza (*hold-out*) les haría perder a todos]. A pesar de esto, es posible que los compradores no puedan recaudar esa suma por mucho que cada uno de los 100.000 habitantes valore en 100 dólares el establecimiento del parque; es posible que alguno de ellos manifieste que el parque vale sólo 50 dólares para él, o que no vale nada en absoluto, esperando que un número suficiente de habitantes esté dispuesto a pagar más de los 100 dólares y se logre reunir así el precio de 8.000.000 de dólares, de tal forma que el parque se establezca sin que el primero tenga que pagar por él o pagando una cantidad menor. Tampoco aquí hay razón para pensar que un mecanismo de mercado, un sistema de valoración descentralizado, vaya a lograr que los individuos expresen el valor que realmente otorgan a las cosas, de tal manera que se alcancen resultados que todos realmente consideran deseables.

En estos casos, hay motivos para abandonar la regla de propiedad y acudir a una regla de responsabilidad. Si la sociedad es capaz de sacar del mercado la decisión sobre el valor de cada parcela, es capaz de proporcionar un valor objetivo y es capaz de imponérselo a los titulares de las fincas,

habrá conseguido superar el problema de comportamientos estratégicos (*hold-out*) entre los vendedores. Paralelamente, si la sociedad es capaz de valorar institucionalmente el deseo de cada ciudadano de tener un parque y es capaz de gravarle con un tributo sobre dicho deseo, el problema de los beneficiarios que no pagan (*freeloaders*) también habrá desaparecido. Si la cantidad recaudada a través del tributo es mayor que la cantidad que hay que destinar para el pago de las indemnizaciones a los propietarios expropiados (*justiprecio*), se conseguirá establecer el parque en Guidacres.

Por supuesto que habrá casos en los que será más barato el excluir a los beneficiarios que no pagan, o el distribuir el uso del parque de acuerdo con lo que cada uno pagó por su establecimiento. En estos casos, habremos conseguido destruir el incentivo para tratar de aprovecharse del dinero ajeno (*freeload*). Pero estas soluciones, cuando son posibles, no suelen ser baratas y lo mismo se puede decir de los mecanismos de mercado, que eliminarían el problema de los comportamientos estratégicos en la parte vendedora.

Además, aunque se pudieran solucionar los problemas de comportamientos estratégicos en la parte vendedora y los problemas debidos a los beneficiarios que no pagan en la parte compradora a través de mecanismos de mercado, todavía quedaría un argumento a favor del empleo de una regla de responsabilidad. Supongamos, en el ejemplo anterior, que se pudiera excluir a los beneficiarios que no pagan con un coste de 1.000.000 de dólares y que, con un coste de 500.000 dólares en publicidad y *cocktails*, se pudiera convencer a los propietarios de Guidacres de que la venta sólo se producirá si revelan el valor real que dan a sus respectivas parcelas. De esta manera, conseguiríamos establecer el parque, puesto que 8.000.000 de dólares más 1.500.000 dólares es menos que los 10.000.000 de dólares que estaban dispuestos a pagar los habitantes de la ciudad vecina. Pero este resultado de establecer el parque a través de mecanismos de mercado, sería ineficiente si la valoración colectiva de las parcelas y de los beneficios que produciría el establecimiento de ese parque pudiera hacerse con un coste menor a 1.500.000 dólares³⁷.

³⁷ Se puede argumentar diciendo que, dado un conocimiento imperfecto, el mercado es preferible porque siempre implica limitar —al coste de establecer un mercado— el volumen de la posible pérdida, mientras que los costes de coacción (*coercion*) que están implícitos en las reglas de responsabilidad no se pueden definir y pueden ser infinitos. Esto puede ser cierto en algunos casos, pero no tiene que ser necesariamente así. Si, por ejemplo, sabemos que los que están adoptando un comportamiento estratégico accederían a la venta por 500.000 dólares más de lo que se les ofrece, ya que ellos mismos han ofrecido recientemente sus tierras a ese mayor precio, el daño que les supondría coaccionarles para que vendiesen sus parcelas a un precio objetivamente determinado entre la oferta de los compradores y la demanda de los vendedores, no podría ser más alto que esos 500.000 dólares. Vemos que los costes debidos a coacción no tienen por qué ser infinitos. Tampoco es una respuesta el decir que la persona que accedería voluntariamente a vender por un precio más alto, pero se ve coaccionada a vender por un precio inferior, sufre un coste indefinido, y que no puede ser cuantificado en dinero, que viene a sumarse al que le supone la diferencia entre la cuantía de los respectivos precios de venta, y que es debido al mero hecho de que la coacción le hace sentirse agraviado. Por mucho que esa coacción le haga sentirse agraviado, podemos encontrar un agravio similar, que tampoco podríamos cuantificar en dinero, en aquellos que desean el establecimiento del

Las reglas de responsabilidad, por supuesto, también plantean sus propios problemas. Nunca podremos estar seguros de si el propietario Taney está mintiendo o está adoptando un comportamiento estratégico cuando afirma que valora su parcela en 12.000 dólares; el hecho de que los propietarios vecinos acepten vender unas parcelas idénticas por 10.000 dólares tampoco es decisivo, porque Taney puede estar más sentimentalmente vinculado a su tierra. Por ello, en los casos de expropiación, podemos estar dando un valor menor al que Taney hubiera pedido para aceptar la venta de su parcela, incluso si buscamos darle su verdadera valoración subjetiva. En la práctica, es tan difícil determinar el valor que Taney otorga a su derecho que se le dará un valor «objetivo», a sabiendas de que ese valor supondrá que estemos sobrevalorando o infravalorando el derecho expropiado.

Lo mismo se puede decir de la parte compradora; en efecto, las contribuciones especiales (*benefits taxes*) raramente tratan, y menos aún consiguen, ajustarse al deseo relativo de cada individuo de gozar del beneficio (servicio, prestación) en cuestión. Lo que sucede es que, si bien no miden con precisión el deseo del individuo de gozar del beneficio, la alternativa que ofrece el mercado es todavía peor. Por ejemplo, cincuenta habitantes diferentes de un mismo vecindario valorarán de forma distinta la creación de un nuevo paseo que rodee sus casas. Pero como es muy difícil, si no imposible, determinar la valoración de cada habitante concreto, lo que haremos normalmente será gravar a cada uno con la misma cantidad.

Los casos de expropiación son un ejemplo de las numerosas ocasiones en que una sociedad emplea una regla de responsabilidad. Encontramos otro ejemplo en el campo de los accidentes (responsabilidad civil extracontractual). Si reconociéramos a las víctimas un derecho a no ser accidentalmente lesionadas y lo protegieramos con una regla de propiedad, estaríamos obligando a todos los que quisieran realizar actividades potencialmente dañosas a negociar con las posibles víctimas antes de que se produjera un accidente y a adquirir de ellas el derecho a lesionarlas³⁸.

porque pero no lo obtienen debido a que el mercado es incapaz de establecer un precio para las tierras de aquellos que adoptan un comportamiento estratégico para lograr un precio mayor al valor real de sus parcelas. En otras palabras, pueden existir indeterminables costes originados por el resentimiento, que se deban tanto a fallos del mercado como a la coacción.

³⁸ Incluso si esto fuese posible, debe de quedar claro que el bien que sería vendido no sería el mismo que el bien del que realmente privamos a su titular. Si Taney renuncia a su derecho a no sufrir la amputación accidental de una pierna a cambio de 1.000 dólares, sufra o no esa amputación, estará negociando una combinación de bienes que se compone de «su preferencia o aversión al riesgo» y «su deseo de conservar una pierna». El bien del que se ve privado es, en cualquier caso, la pierna. Que esos dos bienes son distintos se puede apreciar en el hecho de que una persona que exija 1.000 dólares por sufra una probabilidad del 1 por 1.000 de perder una pierna, exigirá más de 100.000 dólares si la probabilidad fuese de 1 contra 10, y exigirá más de 1.000.000 de dólares para acceder a vender la pierna a alguien que la necesite para un trasplante. Véase, en general, *COSTS* 88-94. Lo dicho no significa que el resultado de esas negociaciones, en el caso de que sean posibles, fuese peor que el resultado de las valoraciones institucionales (colectivas). Lo único que significa es que la situación, cuando sea posible, es distinta de aquella en la que Taney vende su casa por un precio dado.

Estas negociaciones previas al accidente serían muy costosas, a menudo prohibitivas³⁹, y si las exigiéramos estaríamos impidiendo el desarrollo de muchas actividades potencialmente dañosas que, sin embargo, merece la pena realizar. Además, en un momento posterior al accidente, el que ha perdido una pierna o un brazo a resultas del mismo podría verosímilmente negar que él hubiera accedido a vender su derecho a ser lesionado al precio que el comprador hubiera ofrecido. De hecho, cuando se producen negociaciones después de un accidente, por ejemplo, cuando se alcanzan acuerdos previos a la celebración del juicio, se debe en gran medida a que la alternativa es una valoración judicial de los daños.

Este no es el lugar adecuado para estudiar los casos en los que es demasiado caro establecer un mercado, o los casos de fallo del mercado, ni cuando es preferible acudir a mecanismos institucionales de valora-

³⁹ En ocasiones, esas negociaciones previas al accidente, entre los autores y las víctimas potenciales, no serán excesivamente costosas. Así, en los casos típicos de responsabilidad del fabricante por defectos en los productos, el coste de negociar sobre un daño eventual no tiene por qué ser prohibitivo. El vendedor de una segadora mecánica para el césped puede ofrecerla a un menor precio si el comprador se compromete a no pedirle indemnización en el caso de resultar herido por la máquina. De todas formas, la sociedad a menudo prohíbe ese tipo de pactos por considerarlos indeseables por alguna de las razones sugeridas anteriormente en la nota 37, o por alguno de los motivos que la llevan a construir ciertos derechos como parcial o totalmente inalienables, véase más adelante el apartado III. B.

Se han realizado intentos de manejar situaciones en las que no eran factibles negociaciones *ex ante*, por medio de mecanismos fiscales diseñados para que los individuos revelen sus preferencias. Uno de ellos consistía en requerir a los individuos a que declarasen el valor que otorgaban a sus propiedades, o incluso a su propio cuerpo, y en imponer un tributo sobre ese valor declarado. Ese valor sería el que se asignaría al bien en el caso de que su titular se viera privado del bien en cuestión por un accidente o por una expropiación. Véase, en general, TIDEMAN, *Three Approaches to Improving Urban Land Use*, ch. III (1969) (tesis doctoral no publicada, realizada para el Departamento de Economía de la Universidad de Chicago, localizable en los fondos de la biblioteca de Derecho de Yale). Por supuesto, si el titular del bien se ve privado del mismo sólo por un accidente o por una expropiación, el problema de la mayor o menor aversión al riesgo descrito anteriormente en la nota 37, seguirá planteándose. En cambio, si se permite que el individuo se vea privado de sus propiedades o de los miembros de su propio cuerpo, a voluntad de otro y mediante precio calculado sobre el valor que el primero declaró, surgirán grandes problemas debido a la aparición de los enormes costes, unos cuantificables en dinero y otros no, que implica el forzar a los individuos a que asignen valores monetarios a todas sus pertenencias y a los miembros de su cuerpo.

Estos mecanismos fiscales, basados en un tributo sobre el valor de los bienes que el individuo declara, presentan un problema adicional, aunque no imposible de resolver, consistente en la exclusión de la posibilidad de la aparición de un excedente del consumidor. Es posible que esto no sea relevante desde el punto de vista de la eficiencia, pero si la existencia de un excedente del consumidor en muchos intercambios en el mercado se considera que tiene unos efectos favorables para la distribución de la riqueza, esto bien podría explicar que los mecanismos fiscales descritos anteriormente sean vistos con escepticismo. Cfr. LITTLE, *Self-Assessed Valuations: a Critique* (1972) (documento sin publicar, disponible en los fondos de la biblioteca de la Facultad de Derecho de Harvard). El lector puede razonablemente preguntarse por qué muchos de los individuos que ven con escepticismo los mecanismos fiscales basados en la autovaloración de los bienes no muestran una actitud semejante respecto de otro mecanismo que puede ser muy similar: cobertura de daños personales propios del asegurado en accidentes de automóviles. Véase, por ejemplo, CALABRESI, *The New York Plan: a Free Choice Modification*, 71 *Colum. L. Rev.* 267, 268, núm. 6 (1971).

ción. La literatura económica ha intentado resolver este problema sin conseguirlo del todo, al menos de un modo inteligible para los juristas⁴⁰. Aquí nos basta con señalar que uno de los motivos más frecuentes, quizá el más frecuente, para emplear una regla de responsabilidad en lugar de una regla de propiedad para proteger un derecho, es el de que la valoración de ese derecho a través del mercado es considerada como ineficiente; es decir, o no es posible o es muy costosa en comparación a la valoración institucional.

Por otro lado, hay que reconocer que el criterio de eficiencia no es el único que puede justificar la elección de una regla de responsabilidad. Al igual que el reconocimiento inicial de uno u otro derecho también se podía justificar empleando criterios de justicia distributiva, la elección de una regla de responsabilidad para proteger un derecho determinado muchas veces se apoya en que a través de esa regla de responsabilidad es posible alcanzar una combinación de eficiencia y equidad que sería difícil lograr en el caso de que construyésemos el derecho en cuestión empleando una regla de propiedad. Como veremos en el contexto de la contaminación, emplear una regla de responsabilidad nos permitirá alcanzar un nivel de redistribución que, en el caso de que empleáramos una regla de propiedad, sólo conseguiríamos con un sacrificio de eficiencia prohibitivo.

En ocasiones, una vez que se ha optado por una regla de responsabilidad por motivos de eficiencia, se la usa también para perseguir fines distributivos. De nuevo encontramos buenos ejemplos en los casos de expropiación y de derecho de accidentes. En estos dos campos, se puede apreciar cómo ha variado el nivel de compensación al titular del derecho afectado a medida que iban cambiando los fines distributivos de la sociedad, y esa variación no se explica bien diciendo que se trata de dar al afectado el equivalente, objetivamente medido, del precio que hubiera exigido para vender voluntariamente aquello de lo que se ha visto privado.

No debería sorprendernos que esto ocurra con frecuencia, incluso si se optó inicialmente por una regla de responsabilidad debido a razones de eficiencia. Esto se deberá a que realizar fines distributivos es una tarea difícil y costosa, y la valoración institucional que implica el funcionar con reglas de responsabilidad se presta fácilmente a promocionar esos fines distributivos⁴¹. Esto no implica que éste sea un buen camino para

⁴⁰ Para una buena exposición de los fallos del mercado, realizada en una forma inteligible para juristas, véase BATOR, *The Anatomy of Market failure*, 72 Q. J. Econ. 351 (1958).

⁴¹ La valoración colectiva de los costes también hace más fácil cuantificarlos en lo que la sociedad estima que la víctima debería valorarlos, en vez de atender al valor que la víctima asignaría en el mercado libre, en el caso de que ese mercado fuese posible. Es cierto que atender al valor que la sociedad estima que el individuo debería asignar supone una actitud paternalista, pero eso no es malo por sí mismo. El peligro está en que, de forma inconsciente, se introduzca un paternalismo no deseable en la valoración de los costes cuando estamos en casos en los que la valoración tiene que ser forzosamente colectiva. Véase, más adelante el apartado III. B.

intentar realizar los fines distributivos de que se trate; en efecto, el decidir caso por caso es siempre problemático, y la dificultad se acentúa cuando la resolución de conflictos concretos entre particulares se emplea como mecanismo para perseguir una solución a problemas distributivos más amplios. De todas formas, es posible que los fines distributivos pueden ser perseguidos de esta manera mejor que de otras⁴².

B. Derechos inalienables

Hasta aquí nos hemos ocupado de la cuestión de cuándo una sociedad debe proteger un derecho con una regla de propiedad y cuándo debe protegerlo con una regla de responsabilidad. Quedan por examinar unos derechos que suponen un grado todavía mayor de intervención por parte de la sociedad. En ellos el Estado no sólo decide quién va a ocupar la posición de titular y qué compensación le será debida en el caso de que su posición sufra algún ataque, sino que además regula las posibilidades de disposición que aquel titular va a tener sobre su propio derecho (por ejemplo, estableciendo condiciones para la validez de la enajenación del derecho, o prohibiendo cualquier tipo de disposición sobre el mismo). A pesar de que proteger un derecho construyéndolo como inalienable es sustancialmente distinto a protegerlo por medio de reglas de responsabilidad o de propiedad, podemos afrontar la cuestión de cuándo se debe recurrir a una regla de inalienabilidad estudiando los mismos motivos de eficiencia y equidad que hemos visto que subyacían en la opción entre reglas de responsabilidad y reglas de propiedad.

A primera vista, pudiera parecer que limitar la posibilidad de realizar intercambios de determinados bienes va en contra de los objetivos de eficiencia. Sin embargo, un estudio más detenido nos muestra que hay casos, quizá numerosos, en los que esos objetivos de eficiencia pueden ser mejor servidos a través del establecimiento de ese tipo de limitaciones. Esto sucederá cuando un intercambio voluntario produzca efectos externos, es decir, cuando a resultas de un intercambio voluntario se produzcan costes a terceros.

Por ejemplo, si Taney pudiese vender su finca a Chase, conocido contaminador, estaría perjudicando a su vecino Marshall, que vería descender el valor de su propiedad. Posiblemente, Marshall estaría dispuesto a pagar a Taney para que no vendiera su terreno a Chase, pero si hay, junto a Marshall, muchas personas afectadas por la operación, el problema de los beneficiarios que no pagan (*freeloaders*) y los costes de información llegarían a

⁴² Para más sugerencias sobre cómo a veces los programas distributivos sistemáticos producen peores asignaciones de recursos que las decisiones *ad hoc*, véase ACKERMAN, *Regulating Slum Housing Markets on Behalf of the Poor: of Housing Codes, Housing Subsidies and Income Redistribution Policy*, 80 Yale L. J. 1093, 1157-97 (1971); CALABRESI, anteriormente, en nota 12.

hacer imposible esa negociación con Taney. El Estado podría intervenir para atender a la doble finalidad de, por un lado, proteger a todos los Marshalls afectados y, por otro lado, facilitar la venta de los terrenos; podría hacerlo a través de reconocer a los vecinos afectados la facultad de prohibir la venta y protegiendo esa facultad por medio de una regla de responsabilidad. Así, el Estado podría establecer un impuesto especial (*excise tax*) sobre las ventas de terreno a contaminadores, calculando su cuantía en función de los costes externos estimados que se causarían a los Marshalls afectados. El problema surgiría entonces cuando el número de vecinos afectados por la venta fuera muy grande, pues ningún contaminador estaría dispuesto a comprar terreno por la enorme cantidad que habría que pagar al estar protegiendo la posición de los vecinos afectados con una regla de responsabilidad. En estos casos, los costes de establecer el mecanismo de valoración colectiva que requieren las reglas de responsabilidad serían un gasto inútil (ya que el precio que tendría que pagar el contaminador que desea comprar un terreno sería tan alto que nadie estaría dispuesto a pagarlo). Prohibir la venta de terreno a los contaminadores sería el resultado más eficiente porque parece claro que evitar la contaminación es más barato que pagar sus costes, incluyendo los costes causados a los Marshalls afectados.

Los costes externos también pueden justificar el construir derechos como inalienables en los casos en que no hay manera objetiva de establecer institucionalmente un valor para esos costes sin caer en la arbitrariedad. Este problema de asignación de un valor monetario es característico de toda una categoría de costes externos, llamados «moralismos» (*moralisms*), que en la práctica nos lleva muchas veces a construir ciertos derechos como inalienables.

Si permitimos que Taney se venda como esclavo, que corra riesgos indebidos de arruinarse, o que venda uno de sus riñones para un trasplante, Marshall se puede sentir herido simplemente porque es una persona sensible a la que no le gusta ver cómo otros viven en esclavitud, o viven en la indigencia, o cómo mueren por haber vendido un riñón. De nuevo podemos pensar que Marshall estaría dispuesto a pagar a Taney para que éste no vendiera su libertad a Chase, pero también en este caso, debido a que Marshall no es más que uno de los muchos posibles afectados, aparecerían los problemas de beneficiarios que no pagan (*freeloaders*) y de costes elevados de información, que harían prácticamente imposible alcanzar un acuerdo en tal sentido. Podemos pensar que el Estado podría intervenir por medio de una regla de responsabilidad, de tal manera que se estimase objetivamente el coste externo causado a Marshall y se obligase a Chase a pagarlo. El problema estaría, entonces, en el hecho de que ese coste externo no admite una asignación objetiva de valor, y por ello sería desaconsejable la utilización de una regla de responsabilidad de ese tipo.

En el caso que antes expusimos, en el que Taney vendía su finca al contaminador Chase, el empleo de una regla de responsabilidad era desaconse-

jable porque *sabíamos* que los costes de Taney y los costes de los Marshalls afectados eran mayores que los beneficios de Chase. En el caso que ahora nos ocupa, lo que sucede es que no podemos saber qué resultado daría un análisis de los costes y beneficios implicados; en otras palabras, lo que sucede es que no se puede emplear una regla de responsabilidad porque es imposible, por hipótesis, asignar un valor monetario a los bienes en cuestión. El Estado se enfrenta, consecuentemente, a la alternativa de ignorar los costes externos de Marshall, o bien, si considera que esos costes son lo suficientemente importantes, prohibir el intercambio que provoca la aparición de esos costes externos, haciendo inalienable la libertad personal de Taney⁴³.

De todas formas, el coste externo que conlleva uno de estos moralismos no es siempre considerado relevante para que nos lleve a prohibir el intercambio de los bienes en cuestión⁴⁴. Por otro lado, ciertos costes externos distintos a los moralismos pueden ser tan difíciles de valorar que esté justificado el uso de una regla de inalienabilidad en ciertas circunstancias, aunque el uso de reglas de inalienabilidad sea más adecuada cuando hay costes morales⁴⁵.

Existen otros dos motivos que justifican el uso de reglas de inalienabilidad: el autopaternalismo (*self paternalism*) y el verdadero paternalismo. Ejemplos del primer tipo de paternalismo son el de Ulises atándose al mástil de su barco (para resistir el canto de las sirenas) y el de los ciudadanos que aprueban una declaración de derechos que evitará que puedan caer en tentaciones momentáneas que consideran dañinas para ellos mis-

⁴³ Garantizar a Taney un derecho inalienable a su libertad personal supone, en ciertos aspectos, lo mismo que garantizar a la mayoría de sus conciudadanos una facultad de conservar a Taney como persona libre, y protegerla con una regla de propiedad. La gente podría negociar y decidir hacer decaer su derecho, por ejemplo, modificando el ordenamiento jurídico, pero existen límites a la posibilidad de negociaciones de ese tipo, que hacen prácticamente inalienable esa facultad de conservar la libertad de Taney.

⁴⁴ Por ejemplo, se me permite comprar y leer los libros que yo quiera, se me permite vender mi casa a quien yo quiera, independientemente de que con ello esté disgustando a mis vecinos. Que se me permita hacer eso puede ser visto como una forma de autopaternalismo del resto de mis vecinos, temen que adoptar una norma de comportamiento distinta podría traerles mayores inconvenientes a largo plazo. También es posible que se me permita hacer eso por considerar que con ello se refuerzan otros derechos que parecen análogos. Véase, anteriormente, el apartado II. C. Pero también puede reflejar la consideración de que el daño que sufren mis vecinos se debe a moralismos que ellos comparten, pero que no son tan comúnmente aceptados como para hacer más eficiente el reconocerles un derecho a impedir esos comportamientos por mi parte. En otras palabras, las personas que se sienten dañadas por mi comportamiento son las que pueden evitar los costes con el menor sacrificio (*cheapest cost avoiders*); es decir, el coste que a ellos les supone que a mí se me permita comportarme de aquella manera, es menor que el coste que a mí y a los que estén en mi misma situación, nos supondría la adopción de un derecho contrario como punto de partida.

⁴⁵ El hecho de que la sociedad pueda diseñar un derecho como inalienable no significa, por supuesto, que el titular del mismo no vaya a ser compensado en el caso de que se vea privado de él. Así, aunque la sociedad no permita a los individuos la venta de uno de sus riñones, no por ello dejará de prever una indemnización para los casos en los que alguien sufra la pérdida de un riñón en un accidente de tráfico. Las situaciones son distintas y la integridad física, el riñón, estará protegida siguiendo reglas también distintas, según sea el caso del que estemos hablando.

mos. Este tipo de limitación autoimpuesta no es en modo alguno verdadero paternalismo; en realidad, ese tipo de limitación es perfectamente coherente con el criterio de eficiencia de Pareto, que se basa en la idea de que, por encima de la multiplicidad de casos posibles, nadie sabe mejor que el propio individuo qué es lo mejor para él o para ella. El introducir estas autolimitaciones es lo que permite al individuo optar por el mejor resultado a largo plazo; evidentemente, esta decisión implicará ciertas renunciaciones a la libertad de opción a corto plazo. El autopaternalismo es lo que nos hace exigir la concurrencia de ciertos requisitos previos a la enajenación de un derecho, que condicionarán la validez de esa enajenación. Esta idea nos ayudará a explicar muchos casos en los que se limita el poder de disposición sobre los derechos, como por ejemplo los casos de contratos anulables por haber sido celebrados bajo los efectos del alcohol, o celebrados bajo violencia o intimidación. Pero sólo con esta idea no podemos encontrar una explicación completa, ni siquiera en los casos reseñados⁴⁶.

La noción de paternalismo en sentido estricto, el verdadero paternalismo, nos va a permitir encontrar una explicación completa para casos de limitación del poder de disposición sobre derechos como los anteriormente enunciados y también para otros casos más generales, en los que de igual forma se establecen soluciones basadas en la inalienabilidad. Sería el caso, por ejemplo, de las normas que establecen prohibiciones de disposición por parte de los menores de edad.

El verdadero paternalismo se basa en la idea de que hay ocasiones en las que los Marshalls saben mejor que Taney lo que es mejor para él⁴⁷. Aquí no estamos hablando de que los Marshalls puedan sentirse heridos porque Taney quiera leer pornografía o quiera venderse como esclavo, sino que partimos de estimar que Taney no estaba en posición de elegir lo más conveniente para él cuando decidió leer pornografía o cuando decidió convertirse en esclavo⁴⁸. La primera idea responde a lo que antes llama-

⁴⁶ En la práctica, muchas veces será imposible limitar el efecto del criterio de inalienabilidad adoptado a aquellos que lo desean para sí por razones de autopaternalismo; por ello, este autopaternalismo implicará imponer ciertas restricciones a aquellos que hubiesen querido enajenar los derechos de los que fuesen titulares. Esas restricciones no hacen que el autopaternalismo sea en modo alguno menos coherente con las premisas de la eficiencia paretiana. Lo único que suponen es otro reconocimiento de que en un mundo imperfecto se pueden alcanzar los resultados más próximos a un óptimo paretiano a través de sistemas que implican una cierta coacción, mejor que a través de acuerdos absolutamente libres.

⁴⁷ Esta consideración dejaría abierta la cuestión de si el futuro bienestar de Taney será decidido, en último extremo, por el propio Taney o por los numerosos Marshalls. Esto último supondría un alejamiento adicional de las premisas de Pareto. La primera idea, que puede ser típica del paternalismo que se despliega sobre los menores, implicaría sólo que los menores no tienen los suficientes conocimientos como para ejercitar sobre sí mismos un cierto grado de autopaternalismo.

⁴⁸ A veces se emplea el término «paternalismo» para justificar la utilización de reglas de inalienabilidad en situaciones en las que limitar la posibilidad de disposición de un derecho no coloca ni a los numerosos Marshalls ni al coaccionado Taney en una situación de mayor bienestar. Se afirma que la inalienabilidad se impone porque los numerosos Marshalls creen que el hacer inalienable el derecho de que se trate es la voluntad de Dios,

mos moralismos, y ya vimos cómo es uno de los motivos más frecuentes e importantes que nos llevan a construir derechos como inalienables. Los casos de moralismos son coherentes con el criterio de eficiencia de Pareto; por el contrario, la segunda idea, el paternalismo en sentido estricto, que también justifica el uso de una regla de inalienabilidad por motivos de eficiencia, contradice las premisas del criterio de Pareto. En efecto, el resultado eficiente no es ya el que se alcanzaría a través de acuerdos entre las partes en ausencia de costes de transacción, ya que alguna persona estará en una mejor situación si se le prohíbe realizar ciertos intercambios.

De la misma manera que en ciertas circunstancias la eficiencia aconseja el uso de reglas de inalienabilidad, también podemos encontrar razones de equidad para justificar la existencia de derechos inalienables. En muchas ocasiones, la decisión sobre si un bien se puede o no enajenar, afecta directamente a la distribución de la riqueza entre los individuos. Así, la prohibición de vender bebés hace más pobres a los que pueden fácilmente tenerlos y más ricos a los que pueden conseguir uno de esos niños no deseados a través de un mecanismo ajeno al mercado⁴⁹. De la misma manera, la prohibición de introducir cláusulas de exoneración de responsabilidad del fabricante por daños causados por defectos de las mercancías, hace más ricos a los que efectivamente fueron lesionados por el defecto de fabricación y más pobres a los que no sufrieron daño pero tuvieron que pagar un precio relativamente mayor por la mercancía debido a esa prohibición de pactar una exoneración de responsabilidad para el fabricante⁵⁰. El deseo de favorecer al grupo beneficiado por la prohibición de intercambiar puede ser o no lo que motivó el establecimiento de esa prohibición, pero hay que destacar que, independientemente de la razón que impulsó al legislador a prohibir la celebración de ciertos contratos, habrá un grupo de individuos que se beneficiará de esa prohibición.

es decir, que la enajenación del derecho haría sufrir a la divinidad. Reconociendo, desde luego, que esta situación se puede dar en la práctica, nosotros no la denominaremos «paternalismo», ya que esa expresión se debe reservar para los casos en los que se pretenda proteger los intereses de la parte que resulta coaccionada por la inalienabilidad. Véase, anteriormente, nota 30.

⁴⁹ Eso supone asumir que la prohibición de vender niños no deseados pueda ser efectivamente impuesta. Si la prohibición es eficaz, los niños no deseados no supondrán ningún beneficio dinerario para los padres, mientras que resultarán beneficiados aquellos que consigan adoptar un niño sin tener que pagar por ello, debido a haber optado por un mecanismo de asignación ajeno al mercado. Los efectos distributivos son algo más complejos si la prohibición es sólo parcialmente eficaz en la práctica. En estas circunstancias, no habría cambios para aquellos que consiguieran adoptar a un niño según los cauces legales, es decir, sin tener que sobornar a nadie, y lo mismo se puede decir respecto a los padres naturales que obedecieran la ley, que tampoco aquí obtendrían ninguna compensación. Pero el que acudiera a cauces ilícitos sí tendría que pagar, y el que ilegalmente vendiera un niño sí cobraría un precio, que además resultaría ser más elevado de lo que sería en el caso de que estuviera permitida la venta de niños. Esto produciría, en el seno del grupo de los compradores y vendedores ilegales de niños, un efecto distributivo mayor del que se alcanzaría si la venta de niños fuese legal.

⁵⁰ Véase, anteriormente, la nota 37.

Esta idea debería bastar para ponernos en guardia, ya que sugiere que es posible que se construya un derecho como inalienable por razones estrictamente distributivas, es decir, que el diseñar un derecho de esa manera persiga directamente una determinada distribución de la riqueza, por mucho que se justifique la opción por la inalienabilidad con criterios no distributivos, sean estos de paternalismo, autopaternalismo o relativos a costes externos⁵¹. Esto no significa que sea indeseable tener en cuenta los fines distributivos; es más, será claramente deseable tenerlos en cuenta cuando la sociedad es indiferente al establecimiento de un derecho como alienable o inalienable desde el punto de vista de la eficiencia, pero existen motivos de equidad que hacen preferible elegir una de las dos posibles soluciones. También habrá ocasiones en las que será igualmente deseable tener en cuenta esos motivos de equidad, a pesar de que ello suponga un cierto sacrificio en términos de eficiencia. El peligro está en que una regla de inalienabilidad aparezca justificada por paternalismo, por ejemplo, y en realidad estemos ante una vía indirecta de beneficiar a cierto tipo de personas que, por el contrario, no tenemos motivo real para querer beneficiar desde el punto de vista de la distribución de la riqueza. Por ejemplo, podemos emplear un plan de urbanismo para conservar las zonas verdes basándonos en que los más desfavorecidos se verán beneficiados, a pesar de que hoy no lo sepan apreciar. La conservación del entorno de las ciudades efectivamente les beneficiará a largo plazo, pero la regulación del plan de urbanismo también encarece las viviendas de las zonas residenciales, con lo que es posible que toda esa regulación esté dirigida a proporcionar beneficios a los habitantes de esas zonas privilegiadas, olvidándose de los intereses de los más desfavorecidos que aparentemente se trataba de proteger⁵².

⁵¹ En la práctica, suele ser imposible determinar si un derecho se ha construido como parcialmente inalienable por alguno de los citados motivos de eficiencia o por motivos distributivos. ¿Por qué impedimos a los individuos que vendan sus cuerpos, por los costes que ello supondría en términos de paternalismo, de autopaternalismo o de moralismo? ¿Sobre qué bases prohibimos a un individuo que, por un precio muy alto, corra el riesgo de uno contra tres de tener que dar su corazón a una persona muy rica que lo necesita para un trasplante? ¿Tratamos de evitar el funcionamiento de un mercado sobre recursos médicos escasos por motivos distributivos, o por alguno de los motivos de eficiencia antes descritos?

⁵² Hay otro conjunto de motivos que nos llevan a prohibir la venta de algunos derechos y que a veces se denominan «distributivos». Esos motivos nos hacen prohibir la enajenación de ciertos derechos por considerar indeseable la distribución de la riqueza que subyace en esos intercambios; no creemos que estos motivos sean auténticas bases distributivas para decidir, sino que creemos que en realidad se trata de motivos de eficiencia que adquieren relevancia por causa de la mala distribución inicial de la riqueza. Como tales motivos de eficiencia que son, pueden ser clasificados, de nuevo, en debidos a efectos externos, debidos al autopaternalismo y debidos al paternalismo en sentido estricto: 1.º Marshall se siente herido por ver cómo Taney, a causa de su pobreza, vende uno de sus riñones, y, por lo tanto, Marshall vota a favor de que se prohíban tales ventas (sería un moralismo); 2.º Taney, tratando de evitar momentáneas tentaciones debido a su estado de pobreza, vota para que se prohíba la venta (autopaternalismo); 3.º El ordenamiento prohíbe a Taney la venta porque una mayoría de la población estima que, independientemente de lo que piense Taney, éste gozará más tarde de un mayor bienestar si se le prohíbe la venta que si se le permite dicha venta, impulsado por su estado de pobreza actual (paternalismo en sentido estricto). Al advertir que se trata de motivos no estrictamente distributivos, no queremos minimizar la importancia de estos motivos, simplemente queremos distinguirlos de aquellos otros en los que las consideraciones distributivas afectan de una manera más directa a la inalienabilidad de los derechos.

IV. EL MODELO Y EL CONTROL DE LA CONTAMINACIÓN

El campo de las inmisiones (relaciones de vecindad) o de la contaminación es una de las áreas más interesantes en las que se plantea la cuestión de a quién reconocer un derecho y de cómo se debe proteger el derecho que se decida establecer⁵³. Tradicionalmente, y de forma rigurosa en un reciente artículo del profesor MICHELMAN, se ha buscado una solución al problema de las inmisiones por contaminación a través de tres reglas⁵⁴: la primera sería aquella según la cual Taney no puede contaminar a menos que su vecino Marshall –supongamos que es su único vecino– se lo permita (Marshall puede obtener la prohibición⁵⁵ de la inmisión perjudicial de Taney)⁵⁶. La segunda posibilidad sería permitir a Taney que contamine, pero con la obligación de indemnizar a Marshall los daños causados (se aprecia inmisión pero el remedio se limita a una indemnización)⁵⁷. La tercera vía de solución del problema consistiría en reconocer a Taney la facultad de contaminar a discreción, de tal forma que Marshall sólo podría detener la acción de su vecino si le convence para ello mediante un precio (la contaminación que Taney produce no se califica como inmisión perjudicial)⁵⁸. En nuestra terminología, la primera y la segunda solución parten de reconocer un derecho a Marshall: la primera partiría de un derecho a no ser contaminado, protegido por una regla de propiedad; la segunda también partiría del establecimiento de un derecho a no ser molestado por la contaminación de tu vecino, pero construyéndolo según una regla de responsabilidad. La tercera solución enunciada (no apreciar

⁵³ Debe de quedar claro que el problema de contaminación que estudiamos aquí, en realidad sólo es una parte del problema más amplio de cómo planificar el uso de los terrenos en general. Gran parte de este análisis podrá tener relevancia más adelante, al tratar otras cuestiones relativas al uso del suelo, como, por ejemplo, las prohibiciones de ciertos usos (*exclusionary zoning*), las limitaciones o servidumbres «ecológicas» (*ecological easements*) y las limitaciones convencionales del dominio (*restrictive covenants*). Véase, más adelante, la nota 58.

⁵⁴ MICHELMAN, anteriormente en nota 1, en p. 670. Véase también *Restatement (Second) of Torts*, 157-215 (1965). MICHELMAN también tiene en cuenta la posibilidad de inalienabilidad en p. 684. Para una discusión sobre el uso de reglas de inalienabilidad en el contexto de la contaminación, véase, más adelante en este mismo apartado pp. 51-53.

⁵⁵ En el original se emplea el término «*injunction*», que se suele traducir por «acción de cesación», con la observación de que el «*injunction*» como remedio de una inmisión no es sustituible por una indemnización: se concreta en la prohibición de una cierta actividad. (*Nota del traductor*.)

⁵⁶ Véase, por ejemplo, *Department of Health & Mental Hygiene v. Galaxy Chem. Co.*, 1 *Envir. Rep.* 1660 (Md. Cir. Ct. 1970) (prohibición de emitir malos olores químicos); *Ensign v. Walls*, 323 *Mich.* 49, 34 *NW 2d* 549 (1948) (prohibición de criar perros en zona residencial).

⁵⁷ Véase, por ejemplo, *Boomer v. Atlantic Cement Co.*, 26 *NY 2d* 219, 309 *NYS.* 2d 312, 257 *NE 2d* 870 (1970) [no prospera la acción de cesación (*injunction*) pero a condición de que se abone una compensación permanente de daños a los demandantes].

⁵⁸ Véase, por ejemplo, *Francisco v. Department of Institutions & Agencies*, 13 *NJ Misc.* 663, 180 *A.* 843 (Ct. Ch. 1935) (los demandantes no pueden prohibir el ruido y los olores de un sanatorio cercano); *Rose v. Socony-Vacuum Corp.*, 54 *RI* 411, 173 *A.* 627 (1934) (no se puede prohibir la contaminación de aguas subterráneas en ausencia de comportamiento negligente).

inmisión perjudicial) partiría del reconocimiento del derecho contrario, el derecho de Taney de contaminar libremente, y supone la protección del mismo por una regla de propiedad, ya que sólo se podrá detener la acción de Taney contando con su consentimiento y mediante el precio que él establezca.

La sola enunciación de estas tres vías de solución en el contexto de nuestro marco conceptual sugiere que nos hemos dejado algo en el tintero. Nos hemos dejado una cuarta vía de solución, que consistiría en partir del reconocimiento de un derecho a contaminar a favor de Taney, pero que estuviera protegido sólo mediante una regla de responsabilidad. Esta cuarta solución posible, en realidad una especie de «expropiación» parcial complementada por algo similar a una contribución especial (*benefits tax*), podría ser enunciada de la siguiente manera: Marshall puede detener la acción de Taney, pero si lo hace deberá indemnizarle.

No es difícil comprender por qué incluso juristas tan finos como el profesor Michelman han ignorado esta cuarta posibilidad. A diferencia de las tres primeras, esta cuarta solución muchas veces no es susceptible de ser judicialmente impuesta debido al propio funcionamiento del procedimiento judicial. Por ejemplo, aunque pudiésemos medir con precisión los daños que produce la actividad de Taney, la existencia de numerosos vecinos afectados haría surgir el problema de distribuir entre ellos la indemnización que le sería debida a Taney, cuestión para la que los tribunales no están bien preparados. Si exigimos que contribuyan a reunir esa indemnización sólo aquellos vecinos afectados que ejerzan su derecho a prohibir contaminar a Taney, surgirían dificultades insuperables debido al problema de los beneficiarios que no pagan (*freeloaders*).

Si, por el contrario, la regla de responsabilidad habilitara a uno solo de los vecinos afectados para solicitar la prohibición de la actividad de Taney de tal manera que luego pudiera dirigirse al resto de vecinos para exigirles una parte alícuota de la indemnización que él pagó a Taney, los tribunales tendrían que afrontar la difícil tarea de determinar quién se beneficia, y en qué cuantía, del hecho de que Taney haya dejado de desarrollar su actividad contaminadora, para así poder imponerles una contribución de acuerdo con la medida de ese beneficio; y todo ello dentro de los límites procedimentales que la ley procesal les impone⁵⁹.

⁵⁹ Esta tarea es mucho más difícil de la que se plantea en la segunda solución, en la que los numerosos vecinos afectados serían indemnizados por los daños que les produjese la contaminación. En esa segunda solución, cada víctima puede actuar individualmente, tanto para exigir una compensación en primera instancia, como para decidir cuándo va a formar parte de un grupo (*class*) para exigir compensación. Si lo desea, y es capaz de convencer al tribunal (por medio de algún estándar objetivo admisible) de que ha resultado lesionado, obtendrá una indemnización. Esta actuación individual es costosa, e incluso puede resultar inútil, pero no presenta especiales problemas desde el punto de vista del funcionamiento habitual de los tribunales. Pero cuando el grupo actor está integrado no por los que tienen el derecho a solicitar la prohibición de la contaminación, sino por aquellos que deben pagar para obtener la prohibición, surgen problemas por la posibilidad de aparición

De esta manera, la cuarta solución posible para los casos de inmisión no se incluye en la formación que se da a los estudiantes de Derecho, por lo que éstos tienden a ignorarla por mucho que a veces ofrezca mejores resultados que las otras tres vías alternativas. De hecho, es posible que esa cuarta solución sea, en una u otra forma, el mecanismo más frecuentemente utilizado⁶⁰. Ahora examinaremos cuándo se debe emplear cada una de las soluciones enunciadas, para así apreciar la utilidad de esta cuarta solución en comparación con las tres soluciones tradicionales.

Desde el punto de vista de la eficiencia, recurriremos a la primera solución (derecho a no ser contaminado protegido por una regla de propiedad) cuando el contaminador Taney puede evitar o reducir los costes de la contaminación de forma más barata que Marshall, que es el que sufre la contaminación. En otras palabras, se podrá detener la actividad de Taney

de beneficiarios que no pagan, que hacen que el tribunal deba indagar si algún vecino que no quiera pagar es beneficiado por la eventual prohibición, y deba requerirle para que contribuya a la correspondiente compensación. La dificultad básica consiste en que si partimos de la premisa que subyace a nuestra noción de eficiencia, la de que los individuos saben mejor que nadie lo que es mejor para ellos, deberemos afrontar la anomalía de obligar a alguien a que contribuya a una indemnización por unos hechos que él afirma que no le benefician, pero que un tribunal estima que sí le reportan algún beneficio.

Este problema es análogo a las dificultades que ofrecen los supuestos de *restitución* (*quasi-contracts*). En efecto, según la teoría de eficiencia económica, la justificación de la compensación debida en casos de beneficios obtenidos de manera no negocial (a menudo incluso accidentales) es similar a los argumentos que justifican la necesidad de indemnizar en los casos de responsabilidad civil extracontractual. Así, los tribunales, por regla general, requieren una compensación en los casos de «cuasicontrato» sólo cuando concurren dos requisitos conjuntamente, por un lado, ha de haber un beneficio incontestable a favor de una de las partes (normalmente de naturaleza pecuniaria o económica), y, por otro lado, debe existir un cierto tipo de reconocimiento subjetivo por la otra parte de haber sido beneficiado por la actividad de la primera (normalmente una promesa subsiguiente de pagar). Véase, CORBIN, *Contracts*, ** 231-34 (1963). Esa actitud dubitativa por parte de los tribunales, sugiere que tienen poca confianza en su capacidad de diferenciar entre beneficios reales y beneficios aparentes. Quizá sea de mayor importancia el que esa actitud pueda reflejar el reconocimiento por parte de los tribunales de que lo que puede ser claramente un «beneficio» objetivo, puede no serlo desde el punto de vista subjetivo, es decir, desde el punto de vista del sujeto objetivamente «beneficiado» —aunque sólo sea por el hecho de que un cambio involuntario en el *statu quo* a menudo implica costes psicológicos. Si esas fuesen las circunstancias, no habrá existido beneficio alguno desde el punto de vista de nuestro criterio de eficiencia.

⁶⁰ Véase KNEESE & BOWER, *Managing Water Quality: Economics, Technology, Institutions*, 98-109 (1968); KRIER, *The pollution problem and legal institutions: a Conceptual Overview*, 18 UCLAL Rev. 429, 467-75 (1971).

Virtualmente, todos los casos de expropiación de un uso de suelo que se venía realizando de un terreno con anterioridad a la entrada en vigor de un plan de urbanismo (*non-conforming use*), parece que pueden considerarse como ejemplos de esta cuarta solución. Otro ejemplo señero sería el de las servidumbres «ecológicas» (*ecological easements*). Otro ejemplo sería el de los casos en los que un plan de urbanismo (*zoning ordinance*) exige a un promotor que ceda parte de los terrenos en los que pretende edificar para establecer un parque o construir una escuela, y en compensación por haberle privado de parte de sus terrenos, la autoridad local le «indemniza»: le autoriza a que aumente la edificabilidad de los terrenos restantes. La cuestión de asignar los daños implícitos en una servidumbre «ecológica» plantea problemas similares a los planteados por la asignación de beneficios en los «cuasicontratos» (*quasi-contracts*). Véase, anteriormente, nota 57.

cuando éste se encuentre en mejor posición para comparar los costes de contaminar con los costes de no hacerlo. Acudiremos a la tercera solución (establecimiento de un derecho a contaminar protegido por una regla de propiedad), también desde el punto de vista de la eficiencia, cuando consideremos que es la otra parte, la que sufre la contaminación, la que está en mejor situación de contrapesar los daños producidos por la contaminación y los costes que implicaría el evitarla. Así, si nos hubiésemos equivocado al apreciar quién está en mejor posición para realizar ese cálculo y no existieran costes de transacción entre Taney y Marshall (o fueran razonablemente pequeños), la titularidad de la que hubiéramos partido en estas soluciones primera y tercera podría ser transmitida y se obtendría siempre un resultado eficiente⁶¹. En efecto, si partimos de reconocer a Taney la titularidad de un derecho a contaminar y resulta que Marshall valora el gozar de aire puro más de lo que vale para Taney la actividad contaminadora, Marshall pagará a Taney para que detenga su actividad, a pesar de que no calificamos su acción de inmisión perjudicial. Si, por el contrario, partimos de reconocer a Marshall la titularidad de un derecho a prohibir/detener la contaminación que realice su vecino Taney y luego resulta que éste valora el poder contaminar más de lo que valora el primero el verse libre de contaminación, Taney pagará a Marshall para que no ejercite una acción de cesación (*injunction*) o comprará el terreno de Marshall y lo venderá a alguien que se comprometa a no tratar de detener su actividad. Como hemos partido de que no había ningún otro vecino al que pudiese molestar la actividad de Taney, éste podría ahora desarrollar libremente su actividad contaminante, a pesar de que, por haber estimado erróneamente quién podía evitar de forma más barata los costes totales implicados (*cheapest cost avoider*), habíamos partido del derecho a prohibir la contaminación.

Por ello, decimos que cuando no existan costes de transacción relevantes y nuestro objetivo sea lograr un resultado eficiente, podremos emplear derechos protegidos por reglas de propiedad incluso, si no estamos seguros de que sea preferible partir del reconocimiento de un derecho o de su contrario, ya que posteriores negociaciones como las anteriormente descritas corregirán un posible error en tal sentido. Desde luego, el partir del reconocimiento inicial de un derecho o de su contrario sí tendrá importantes implicaciones desde el punto de vista de la distribución de la riqueza, pero, como hemos visto, no afectará de manera importante a la consecución de un resultado eficiente.

⁶¹ Para una discusión sobre cuándo se puede alcanzar la eficiencia a largo plazo y cuándo a corto plazo, véase anteriormente COASE, nota 12; CALABRESI, nota 12 (señala que si «ausencia de costes de transacción» significa inexistencia de impedimentos a la negociación en el corto o en el largo plazo, y la optimalidad paretiana implica una asignación de recursos que no puede ser mejorada por intercambios voluntarios, el hecho de partir de las premisas de ausencia de costes de transacción y de comportamientos racionales de los negociadores, implica ya el alcanzar una situación de óptimo paretiano). NUTTER, nota 12 (con una demostración técnica de la aplicabilidad del teorema de Coase a problemas a largo plazo). Véase también, DEMETZ, nota 16, en 19-22.

Si ahora ampliamos el modelo de tal forma que sí existan costes de transacción relevantes, la situación cambia drásticamente. Supongamos que prohibimos a Taney realizar actividades contaminantes y que ahora existen 10.000 vecinos (Marshalls) afectados; entonces, aunque Taney valore el derecho a contaminar más que lo que valoran el derecho a estar libres de contaminación los 10.000 vecinos, la prohibición seguirá resultando efectiva, ya que para superarla Taney tendría que pagar a los vecinos afectados el valor que cada uno asignase a su derecho y surgirían, inevitablemente, problemas de comportamientos estratégicos, que harían que esas cantidades fuesen excesivamente elevadas. Para que fuera posible alterar la situación inicial originada por el establecimiento de un derecho a no ser contaminado protegido por una regla de responsabilidad, haría falta recurrir a un mecanismo equivalente a una especie de «expropiación» a favor de Taney.

Si suponiendo que existen costes de transacción, partimos del reconocimiento inicial del derecho contrario, es decir, si partimos del reconocimiento del derecho a contaminar libremente, los 10.000 vecinos afectados tendrían grandes dificultades, dado el problema de evitar a los beneficiarios que no pagan (*freeloaders*), para ponerse de acuerdo y lograr, mediante precio, que Taney dejase de realizar su actividad contaminante. La cosa se complicaría aún más si, frente a esos 10.000 vecinos afectados, hubiera más de un sujeto que deseara realizar actividades contaminantes. En cualquier caso, debe quedar claro que esas dificultades, causadas por la existencia de costes de transacción, estarían presentes incluso si los daños producidos por la contaminación fuesen mayores que el valor que Taney asigna a su derecho a contaminar.

A pesar de todo, si los costes de transacción no fueran *simétricos*, todavía podría ser conveniente emplear una regla de propiedad. Supongamos que Taney puede fácilmente negociar con los vecinos afectados y comprarles su derecho porque, por alguna razón, no se planteen problemas de comportamientos estratégicos y, sin embargo, los vecinos afectados tuviesen que afrontar graves problemas causados por los beneficiarios que no pagan. En esta situación, se debería partir del reconocimiento del derecho de los vecinos a no ser contaminados, a menos que tuviésemos la *seguridad* de que ellos fuesen los que mejor pueden evitar los costes totales de la contaminación (*cheapest cost avoiders*). Si no estuviéramos seguros de qué parte es la que podría evitar los costes implicados de forma más barata, deberíamos partir también del establecimiento del derecho a no ser contaminado, ya que, si nos equivocamos al establecer ese punto de partida, es decir, si nos equivocamos al estimar que los vecinos son los *cheapest cost avoiders*, Taney podría negociar con ellos y obtener, mediante precio, el permiso para contaminar, con lo que se alcanzaría un resultado eficiente en cualquier caso. Si hubiéramos partido del derecho contrario, del derecho a contaminar libremente, y nos hubiéramos equivocado en nuestra apreciación, los vecinos no hubieran sido

capaces de llegar a un acuerdo para detener la actividad de Taney a través de pagarle el valor que él asignase a su derecho a contaminar. Desgraciadamente, los costes de transacción suelen ser elevados para las dos partes en conflicto, con lo que el establecimiento inicial de un derecho, por mucho que luego resulte contrario a los postulados de la eficiencia, difícilmente será corregido por el funcionamiento del mercado.

En estas circunstancias, que además son las usuales en el campo de la contaminación y las inmisiones, tendremos que recurrir a las reglas de responsabilidad siempre que no tengamos certeza sobre qué parte puede evitar los costes implicados de la forma más barata. Si tuviéramos esa certeza no acudiríamos a las reglas de responsabilidad, ya que acudir a esas reglas de responsabilidad siempre implica ciertos costes (costes necesarios para realizar una valoración institucional de los daños causados a todos los afectados y costes debidos a la coacción sobre los que no hubieran vendido su derecho al precio objetivamente establecido) que, en ese caso, resultarían ser gastos innecesarios. En efecto, serían innecesarios porque los costes de transacción y los impedimentos a la negociación se hacen irrelevantes en el caso de que pudiésemos establecer con seguridad quién puede evitar los costes de la manera más barata. Si tuviésemos seguridad sobre quién puede afrontar más fácilmente los costes implicados, podríamos realizar la elección correcta sobre qué derecho reconocer inicialmente, con lo que alcanzaríamos un resultado eficiente sin necesidad de pasar por el mecanismo de mercado, sin necesidad de negociaciones posteriores.

En la práctica, muchas veces no sabemos con certeza quién puede evitar los costes con menor sacrificio. En estos casos, la doctrina jurídica tradicional tiende a calificar de inmisión perjudicial la conducta de Taney, pero, en vez de forzarle a detener su actividad, sólo le hace pagar una indemnización a los vecinos afectados⁶². De esta manera, si la cantidad que Taney tiene que pagar como indemnización se aproxima a los daños efectivamente causados, se obtendrá un resultado eficiente. Si Taney no puede afrontar el pago de esa cantidad, será porque los costes de la inmisión son mayores que el beneficio que le reportaría desarrollar la actividad contaminante. En realidad, el reconocimiento de un derecho a estar libre de contaminación, a menos que te indemnicen, no responde a la consideración de que probablemente Taney asigne a la posibilidad de emitir contaminación un valor menor que el valor que esos vecinos otorgan a gozar de aire puro, ni tampoco responde a alguna razón de equidad (distributiva) por la que preferimos cargar los costes a Taney en lugar

⁶² Véase, por ejemplo, *City of Harrisonville v. W. S. Dickey Clay Mfg. Co.*, 289 US 334 (1933) [se opta por la indemnización de daños cuando la prohibición de la actividad (*injunction*) perjudicaría un interés público importante]; *Madison v. Ducktown Sulphur, Copper & Iron Co.*, 133 Tenn. 331, 83 SW 658 (1904) (se opta por la indemnización de daños por el hecho de que el demandante ha esperado diez años antes de intentar que se detenga la actividad).

de cargarlos a los vecinos afectados. En realidad, el reconocimiento de ese derecho en favor de los vecinos afectados responde a que simplemente *ignoramos* cuándo Taney valora la posibilidad de contaminar más de lo que los vecinos valoran el verse libres de contaminación, y la única manera que se nos ocurre para comprobar el valor que pueda tener esa posibilidad de emitir contaminación es la de aplicar la regla de responsabilidad tradicional, la que antes enunciamos como segunda vía de solución para los problemas de inmisiones, es decir, la de obligar a Taney a indemnizar los daños causados por la contaminación (si Taney valora la posibilidad de contaminar más de lo que valoran los vecinos el no tener que soportar la contaminación, estará dispuesto a pagarles por ello). Ésta sería la solución que ofrecería un tribunal que se preocupase por la eficiencia económica y creyese estar limitado a las tres vías de solución tradicionales.

La solución novedosa que mencionamos en cuarto lugar ofrece, por lo menos, la posibilidad de que también se pudiera llegar a un resultado eficiente partiendo del establecimiento del derecho contrario en casos de incertidumbre. Supongamos, por un momento, que existiera un mecanismo institucional (colectivo) que permitiera determinar el daño que se le causa a Taney al prohibirle contaminar (sus vecinos) y también existiera un mecanismo del mismo tipo que nos permitiera establecer el beneficio que obtiene cada uno de los vecinos afectados por el hecho de haber detenido la actividad de Taney. Entonces, suponiendo que podamos obtener el mismo nivel de precisión en la valoración objetiva (colectiva) que la que tuviéramos en la órbita de la segunda solución (la que consistía en una indemnización a cargo de Taney), los vecinos afectados podrían detener la actividad contaminante si ésta les perjudica más de lo que beneficia a Taney. Si todo esto es así, entonces, a pesar de que pensemos que debemos emplear una regla de responsabilidad, todavía tenemos un margen de decisión para elegir entre reconocer el derecho de Taney o el de los vecinos afectados, en el bien entendido de que el derecho que elijamos (por las razones de eficiencia o de equidad que resulten relevantes) se construirá siguiendo una regla de responsabilidad.

En realidad, las cosas son todavía más complicadas. De igual manera que vimos que los costes de transacción no eran necesariamente *simétricos* cuando analizábamos el caso de cuál de los dos derechos alternativos reconocer desde el punto de vista de las reglas de propiedad, los costes que aparecen cuando operamos con reglas de responsabilidad —básicamente los costes de asignar un valor objetivo y los debidos a la necesaria coacción sobre el que no hubiera vendido voluntariamente a ese precio objetivamente determinado—, que son análogos a los costes de transacción en el ámbito de las reglas de propiedad, tampoco tienen por qué ser simétricos bajo las dos posibilidades de actuación que hemos visto que se plantean cuando funcionamos con reglas de responsabilidad. En algunos casos, puede ser muy difícil establecer el valor de los daños causados por la inmisión y puede que los costes de informar a todos los posibles

afectados y de hacerlos comparecer en el juicio resulten prohibitivos; además, puede resultar menos costoso en esos casos determinar objetivamente los daños irrogados a Taney por hacerle parar su actividad contaminante, por un lado, y los beneficios que ello reporta a los vecinos afectados, por otro lado. Pero también se pueden plantear otros casos en los que estos términos aparezcan invertidos. Así, también al igual que ocurría con los derechos protegidos con reglas de propiedad en los que nos decidíamos por uno u otro según se estableciese esa asimetría de costes de transacción y según estimásemos que el mercado podría corregir la asignación inicial de titularidades por la que nos hubiéramos decidido, la elección sobre si reconocer el derecho de Taney o el de los vecinos afectados cuando vayamos a utilizar una regla de responsabilidad para proteger el derecho por el que optemos, también se basará en esa asimetría en la distribución de los costes de determinación institucional.

Cuando empezamos a tener en consideración razones de equidad (distributivas) en nuestro análisis, la introducción de esa cuarta posible solución para los casos de inmisión por contaminación adquiere una mayor importancia. Para apreciar esa nueva dimensión, no necesitaremos examinar los resultados, que en términos del compromiso entre eficiencia y equidad, se alcanzaría según optásemos por una u otra de las soluciones enunciadas. Nos basta con poner un ejemplo: supongamos que tenemos una fábrica que por utilizar un carbón muy barato emite contaminación sobre un barrio de la ciudad donde habita gente adinerada; supongamos también que en esa fábrica trabajan muchas personas con un bajo nivel de ingresos y que las mercancías que se producen van dirigidas fundamentalmente a consumidores con poco poder adquisitivo. Supongamos también que existe un fin distributivo claramente establecido, consistente en favorecer la igualdad en la distribución de la riqueza. La primera solución –derecho de los vecinos afectados a estar libres de la contaminación protegido por una regla de propiedad– posiblemente nos llevaría a un buen resultado en términos de eficiencia (si la contaminación dañara a los acaudalados vecinos más de lo que la fábrica estaría ahorrando por usar un tipo barato de carbón), pero los resultados serían desastrosos en términos de equidad. También produciría resultados perversos desde el punto de vista de la eficiencia si nuestra apreciación inicial sobre los costes de evitar la contaminación hubiese sido errónea y los costes de transacción fuesen elevados.

La segunda solución –derecho a estar libre de contaminación protegido por una regla de responsabilidad– permitiría poner a prueba si el evitar la contaminación es o no eficiente, incluso en presencia de costes de transacción elevados, pero con bastante probabilidad, o bien expulsaría a la fábrica del sector, o bien haría que produjese menos, con lo que se alcanzarían los mismos resultados perniciosos en términos de equidad que en la primera solución.

Con la tercera solución –derecho a contaminar libremente protegido por regla de propiedad– tendríamos buenos resultados distributivos porque se protegería la posibilidad de que los trabajadores de la fábrica siguieran obteniendo su salario. Pero si los daños que la contaminación causa a los vecinos fuesen mayores que los costes que tendría que afrontar la fábrica para evitarla mediante el uso de un carbón de mejor calidad, y estuviéramos en presencia de costes de transacción –debido a comportamientos estratégicos– tales que impidiesen a los vecinos ponerse de acuerdo y pagar a la fábrica para que utilizara un carbón mejor, esta tercera solución llevaría a resultados ineficientes.

La cuarta solución –que los vecinos puedan forzar a la fábrica a usar un carbón mejor, pero que indemnicen a la fábrica por los perjuicios que ello le supone– es la única que permite alcanzar las dos metas, de eficiencia y equidad, que nos habíamos propuesto⁶³.

Ciertamente, se puede construir un caso ideal que encaje igual de bien en cualquiera de las otras posibles soluciones; además, la cuarta solución implica problemas de coacción, que pueden ser en la práctica extremadamente graves: ¿cómo pueden los vecinos afectados llegar a la decisión de detener el uso por parte de la fábrica de carbón de mala calidad?; ¿cómo podemos cuantificar los daños y asignar proporcionalmente la indemnización correspondiente en función de los beneficios que cada vecino obtiene? De todas formas, la segunda solución plantea problemas análogos que pueden ser igualmente importantes: ¿cómo podemos cuantificar los daños que se irrogan a cada uno de los múltiples vecinos afectados?; ¿cómo hacemos para informar a todos los afectados de su derecho a ser indemnizados?; ¿cómo evaluamos y limitamos los costes administrativos de las intervenciones judiciales que esta solución implica?

La seriedad del problema depende, bajo cada una de las dos posibles reglas de responsabilidad, del número de personas cuyos beneficios o perjuicios estemos tratando de cuantificar y del coste y la posibilidad de error que implique esa cuantificación. Es indispensable emitir un juicio sobre estas cuestiones a la hora de analizar, en términos de eficiencia, los resultados que alcanzaríamos con cada una de las dos reglas de responsabilidad que manejamos. El hecho de que, en cada caso, sea más fácil realizar una u otra de esas cuantificaciones, puede ayudarnos a comprender por qué acudimos a los tribunales cuando se trata de aplicar la segunda solución y por qué la cuarta solución –en los casos en los que se opta por

⁶³ Cualquiera de las dos soluciones, basadas en criterios de responsabilidad, puede ser también utilizada en otra forma para conseguir una finalidad distributiva. Por ejemplo, si las víctimas de la contaminación fuesen pobres, y si la sociedad propugna una distribución de la riqueza más igualitaria, se podría incrementar intencionadamente los daños «objetivos» que se reconocieran en el seno de la segunda solución. Paralelamente, si estuviéramos manejando la cuarta solución, se podría disminuir la compensación que se reconocería a los dueños de la fábrica, sin alterar la eficiencia del resultado. En cualquier caso, ya advertimos de que existen inconvenientes en esta búsqueda de finalidades distributivas a través de decisiones *ad hoc*. Véase, anteriormente, el apartado III. A, *in fine*.

ella— se alcanza sólo a través de órganos políticos que puedan, por ejemplo, prohibir la contaminación, o puedan «expropiar» (*sic*) el derecho a no sufrir contaminación para construir un avión supersónico, indemnizando a aquellos que sufran daño por la adopción de tales decisiones⁶⁴.

⁶⁴ Por supuesto, los órganos políticos también pueden manejar soluciones basadas en las otras reglas de propiedad y responsabilidad. La tercera solución, la de reconocer al contaminador un derecho construido según pautas de propiedad, puede ser encauzada a través de exenciones de impuestos, o a través de otros incentivos, como puede ser el de ofrecer un fuel menos contaminante a precios parcialmente subvencionados para lograr una disminución voluntaria en los niveles de contaminación. En estos esquemas, al igual que ocurría en la cuarta solución, las instituciones políticas son utilizadas para lograr una asignación de beneficios global, superando así los problemas debidos a la aparición de beneficiarios que no pagan, que inevitablemente surgirían en el caso de optar por un mecanismo más descentralizado, como es el mercado. De todas formas, emplear un mecanismo centralizado supone adoptar una solución mixta, en la medida en que sustituye pagos voluntarios realizados por víctimas individuales de la contaminación, por pagos colectivos sobre los que no tiene por qué existir unanimidad de pareceres. El sujeto que realiza las actividades contaminantes puede estar conforme con la enajenación de su derecho, pero el grado de disminución de la contaminación y la cantidad que por ello paga cada víctima de esa contaminación no han sido establecidos ni consentidos por cada una de ellas.

Las relaciones entre soluciones mixtas, como la anteriormente descrita, y las cuatro soluciones posibles para cuestiones de contaminación, se pueden enunciar en términos más generales. Se puede considerar que el eventual adquirente de una cierta titularidad, sea de las protegidas con reglas de propiedad o sea de las protegidas con reglas de responsabilidad, ocupa una posición que puede ser descrita como el derecho, protegido según criterios de propiedad, de no adquirir aquella titularidad si no quiere hacerlo. Cuando surgen problemas por la aparición de beneficiarios que no pagan, ese derecho, en vez de reconocerse a cada individuo, puede ser reconocido a favor de todo un grupo (*class*) de compradores potenciales. Ese «grupo» puede ser un municipio, una autoridad encargada del alcantarillado, o cualquier otro organismo que tenga atribuido el poder de adquirir una titularidad y compeler a los beneficiarios al pago de un precio objetivo. Cuando esto sucede, los individuos comprendidos dentro de ese «grupo» tienen un derecho a no adquirir la titularidad en cuestión si no quieren hacerlo, pero se trata de un derecho protegido sólo por una regla de responsabilidad.

Como ya hemos tenido ocasión de examinar, la persona que ocupa una titularidad puede tener garantizado el que sólo se permita la transmisión de la misma si ella consiente y por el precio que ella determine, o puede tener garantizado solamente que va a recibir un precio objetivo si alguien quiere ocupar la posición de titular que ella viene ocupando: su derecho puede estar protegido con criterios de propiedad o con criterios de responsabilidad, respectivamente. Entonces, como en todo intercambio, el comprador puede tener un derecho de no adquirir, protegido por reglas de propiedad o de responsabilidad, y el vendedor puede tener un derecho a no vender, protegido, a su vez, con criterios de propiedad o de responsabilidad, tendremos cuatro posibles combinaciones de reglas para cada posible asignación de un derecho: vendedor voluntario y comprador voluntario; vendedor voluntario y comprador compelido a la compraventa; vendedor forzado y comprador voluntario; vendedor y comprador obligados al intercambio. La cuestión es más complicada todavía, pues, como la titularidad que se vende y que se compra puede haber sido reconocida originalmente a la parte contraria, habrá no cuatro, sino ocho posibles reglas.

Con lo anterior no queremos sugerir que las instituciones políticas sean utilizadas sólo para asignar derechos de propiedad de titularidad *colectiva*. La segunda solución, por ejemplo, reconoce a las víctimas un derecho a estar libres de contaminación protegido por una regla de responsabilidad, y esa solución puede ser administrada mediante mecanismos descentralizados de asignación de daños indemnizables, como sucedería en la litigación, o puede ser administrada a través de técnicas, como la de establecer una tasa de vertido a cargo de los que contaminen. Este último tipo de actuación pública será preferible cuando nos enfrentemos a problemas que afecten a múltiples personas y los costes de una valoración de daños descentralizada sean elevados. De todas formas, el precio de «venta» es determinado de forma institucional en las dos posibles formas de actuar, por lo que no varía el carácter del derecho que se le reconoce a las víctimas como punto de partida.

En cualquier caso, no debemos olvidar que contamos con una cuarta posibilidad de actuación consistente en reconocer un derecho a contaminar pero protegiéndolo sólo a través de una regla de responsabilidad, y que esta cuarta solución es la que nos puede permitir, en ciertos casos, alcanzar la mejor combinación posible entre los fines de eficiencia y equidad.

Dijimos que en este artículo íbamos a hablar poco de la Justicia y lo vamos a cumplir, pero debemos dejar claro que, de la misma manera que esta cuarta solución nos permite en ocasiones obtener la mejor combinación posible entre fines de eficiencia y fines distributivos, también nos permitirá combinar de manera óptima la eficiencia con otros fines que se suelen enunciar en términos de justicia. En el ejemplo que manejábamos antes, supongamos ahora que la fábrica venía utilizando un tipo barato de carbón con anterioridad a que se edificara el barrio residencial. En ese caso, la cuarta solución no sólo permitiría alcanzar la mejor combinación posible entre fines de eficiencia y fines distributivos, en los términos que vimos anteriormente, sino que también alcanzaríamos un resultado conforme con las ideas de justicia vinculadas al hecho de «haber llegado antes». Esto es así tanto cuando consideramos esas ideas de justicia como parte de un fin distributivo, como cuando las consideramos como parte de un fin de eficiencia a largo plazo basado en la protección de las expectativas, o, por último, cuando las consideramos englobadas en un concepto autónomo de Justicia.

En este capítulo no hemos aludido hasta ahora a la posibilidad de emplear derechos contruidos como inalienables para solucionar los problemas de inmisiones por contaminación. Una política general de prohibición de emitir contaminación parece claramente irrealizable⁶⁵, pero podemos emplear correctamente reglas de inalienabilidad para limitar los niveles permitidos de contaminación y para controlar el nivel de actividad de actuaciones contaminantes⁶⁶.

Un argumento a favor de las reglas de inalienabilidad podría ser el de la existencia de moralismos muy extendidos en contra de la polución. Así puede que el hecho de que Taney, un habitante de gran ciudad acostumbrado a la contaminación, enajene su derecho a estar libre de contaminación (es decir, permita que otro le contamine), hiera a los que están acostumbrados a vivir en el campo. Hay otro tipo de externalidades o de

⁶⁵ Véase MICHELMAN, anteriormente, nota 1, en p. 667.

⁶⁶ Sería estrictamente análogo a la idea de prevención específica en el contexto de las actividades potencialmente productoras de accidentes. Véase *COSTS* en pp. 95-129.

Aunque pueda parecernos fantástica, existe la posibilidad de que un Estado desee establecer un derecho contrario: un derecho a contaminar inalienable en ciertos circunstancias. Esto puede suceder cuando el Estado en cuestión considere que, a largo plazo, todos gozarán de un mayor bienestar si se permite que los sujetos que realizan actividades contaminantes puedan elaborar sus productos, sin tener en cuenta si el sujeto aceptaría o no el ser indemnizado a cambio de detener su actividad productora.

moralismos que pueden tener mayor importancia; sería el caso de que parte de la población se sintiera herida por la contaminación por considerar que, si bien las generaciones presentes pueden soportar los actuales niveles de contaminación sin grave daño para la salud, las generaciones futuras tendrán que afrontar el vivir en un medio ambiente completamente deteriorado que, además, no serán capaces de volver a su estado original⁶⁷. Este argumento en favor del uso de reglas de inalienabilidad se vería reforzado si llegáramos a conclusiones similares desde el punto de vista del *autopaternalismo*. Sobre estas bases la sociedad podría llegar a limitar la alienabilidad, de tal forma que aquel amplio sector de la población que se sentía herido por el hecho de que Taney permitiera que otro le contaminara, ahora consideraría que Taney goza de un mayor bienestar, aunque él no sea consciente, al poder ver las estrellas y respirar aire puro.

Cualesquiera que sean las razones que nos llevan a plantearnos la posibilidad de utilizar derechos inalienables para resolver problemas de contaminación, hay que volver a insistir en que también se deben tener en cuenta los efectos distributivos que inevitablemente se producirán al decidir a favor o en contra de la inalienabilidad. De esta manera, podemos reconocer el derecho de los habitantes de una ciudad a estar libres de contaminación en sus aguas por vertidos de una industria química cercana; y podemos construir ese derecho como inalienable por motivos de paternalismo, es decir, por considerar que los habitantes de esa ciudad gozarán de mayor bienestar en el largo plazo si tienen acceso a playas no contaminadas. Pero pudiera ser que el derecho se hubiera construido como inalienable para preservar bellos parajes en beneficio de los más adinerados y al mismo tiempo supusiese que un gran número de habitantes de la ciudad quedase en paro⁶⁸.

V. EL MODELO Y LAS SANCIONES PENALES

En este artículo, evidentemente, no podemos recorrer todo el ordenamiento para demostrar la relevancia que pudiera tener en cada sector del mismo el enfoque que estamos proponiendo. Sin embargo, creemos que sería bueno que examináramos, a la luz del enfoque elegido, la cuestión de los delitos contra la propiedad y contra la integridad física⁶⁹. El

⁶⁷ Véase MICHELMAN, anteriormente, nota 1, en p. 684.

⁶⁸ Cfr. FRADY, «The View from Hilton Head», *Harper's*, mayo, 1970, pp. 103-112 (conflicto sobre el establecimiento de una industria química que contaminaría las playas de la zona, en una localidad económicamente deprimida de Carolina del Sur; los grupos ecologistas opuestos al establecimiento de la industria eran respaldados por los promotores de lugares de veraneo para gente adinerada, mientras que los que proyectaban la industria eran apoyados por los representantes de los habitantes en paro de la ciudad vecina).

⁶⁹ En Estados Unidos se llaman en esa expresión los delitos que en España se llaman «contra la libertad sexual». (*Nota del traductor.*)

aplicar nuestro enfoque a la cuestión de utilizar sanciones penales en los casos de robo y de ataque a la integridad física será útil porque ayudará a entender lo dicho con anterioridad, especialmente, en la medida en que nos permitirá identificar los diferentes tipos de problemas que cada caso plantea al ordenamiento y las diferentes maneras en que podemos afrontarlos.

Los alumnos principiantes a veces preguntan, cuando toman contacto por primera vez con la noción de eficiencia, por qué no basta con la devolución del valor de la cosa robada como sanción para los casos de robo. Lo mismo se preguntan algunos filósofos del derecho⁷⁰. Si la cosa robada vale más para el ladrón que para el propietario, ¿no se cumplen los postulados de eficiencia al imponer semejante sanción penal? Las respuestas que podemos ofrecer derivan enseguida hacia profundas y, desde luego relevantes, reflexiones morales. Pero esas reflexiones no satisfacen al que planteó la pregunta porque se basarían en la existencia de una obligación de no robar por un precio determinado, y la pregunta inicial aludía más bien a por qué debemos imponer ese tipo de obligaciones.

Una respuesta sencilla consistiría en decir que los ladrones no son capturados siempre que roban y que, por ello, debemos tener en cuenta esa probabilidad de no ser capturado cuando establezcamos los costes para el ladrón⁷¹. Pero esta respuesta no soluciona completamente la cuestión, porque, aunque los ladrones fueran capturados siempre que robaran, todavía querríamos imponerles una sanción mayor que los daños que objetivamente hubiera causado a la víctima del robo.

Podemos basar una respuesta más completa en las diferencias existentes entre derechos protegidos con reglas de propiedad y derechos protegidos con reglas de responsabilidad. Para nosotros, imponer en los casos de robo una sanción equivalente al valor objetivamente determinado de la cosa robada, sería convertir todos los derechos protegidos por reglas de propiedad en derechos protegidos por una regla de responsabilidad.

La pregunta, entonces, se podría replantear en los siguientes términos: ¿por qué no convertir todas las reglas de propiedad en reglas de responsabilidad? Por supuesto, la respuesta es sencilla: las reglas de responsabilidad suponen sólo una aproximación al valor que tiene el bien para su titular, y el estar dispuesto a pagar tal valor aproximado no nos dice nada sobre si el ladrón valora más la cosa que su dueño. Es decir, que incluso dejando aparte los costes sociales necesarios para establecer ese valor objetivo, el estar dispuesto a pagar el precio aproximado del bien no implica necesariamente que se vaya a alcanzar un resultado eficiente a

⁷⁰ Uno de los últimos artículos del profesor DEL VECCHIO está cerca de encontrar una respuesta. Véase DEL VECCHIO, «Equality and Inequality in Relation to Justice», 11 *Nat. Law Forum* 36, pp. 43-45 (1966).

⁷¹ Véase, por ejemplo, BECKER, «Crime and Punishment: an Economic Approach», 76 *J. Pol. Econ.*, p. 169 (1968).

través de esa transmisión del bien⁷². Si esto es así en los delitos contra la propiedad, con más motivo todavía lo defenderemos para los delitos contra la integridad física, de tal manera que no trataremos de llegar a una valoración objetiva ni de los costes de una violación para la víctima ni de los beneficios que el violador obtenga de ella, por mucho que nuestra única meta sea la eficiencia. De hecho, cuando consideramos cuestiones relativas a integridad física, nos estamos aproximando a zonas del ordenamiento en las que no se permite la enajenación de los derechos y en las que los postulados de eficiencia económica han de ser tenidos en cuenta de una manera más complicada. Pero es que incluso cuando los bienes sustraídos o destruidos son susceptibles de ser enajenados, no impondremos un precio objetivo al titular actual de los mismos sin una buena razón para ello.

Una vez que hemos llegado a la conclusión de que no podemos limitarnos a actuar con el criterio de responsabilidad, y de que a menudo es deseable, incluso por motivos de eficiencia, manejar reglas de propiedad, podemos ofrecer una respuesta clara a la pregunta inicial del alumno principiante. Esa respuesta partiría de considerar que el ladrón no sólo daña a la víctima, sino que también está socavando normas y distinciones que tienen un significado que sobrepasa el caso concreto. Por ello, aunque en un caso concreto sepamos con certeza que el bien robado no vale más de X y el ladrón haya sido capturado y esté dispuesto a indemnizar, no nos bastará con imponerle una sanción de X, sino que tendremos que imponer una sanción mayor. Ese plus de sanción que tendremos que imponer se basa en que en la mayor parte de los casos no podremos saber si la transmisión de los bienes mediante robo es eficiente o no, y responde a la necesidad social de que nadie pueda por su voluntad convertir los derechos protegidos por reglas de propiedad en derechos protegidos por reglas de responsabilidad⁷³. En otras palabras, al imponer sanciones penales estamos tratando de evitar que en el futuro otros individuos traten de convertir las reglas de propiedad en reglas de responsabilidad⁷⁴.

⁷² También se puede destacar que muy frecuentemente el ladrón no tendrá dinero para pagar el precio objetivamente determinado del objeto robado, es más, su falta de dinero es probablemente el motivo que le lleva a delinquir. En esos casos, si la sociedad insiste en querer mantener la regla de responsabilidad, tendrá que compensar al titular inicial del derecho con fondos procedentes de las arcas del Estado. Cuando esto ocurra, el ladrón no sufrirá el impacto de la regla de responsabilidad, con lo que no se evitará futuros comportamientos igualmente delictivos por su parte. Cfr. *COSTS*, 147-48.

⁷³ Si no estuviésemos interesados en conservar las reglas de propiedad como tales, y por ello no impusiésemos un plus sancionatorio, presumiblemente querríamos ajustar la cantidad que se le exige al ladrón para compensar a la víctima, al hecho de que no siempre se captura a los ladrones; es decir, estableceríamos una indemnización mayor (*price-penalty*) que reflejase el valor del bien y la probabilidad de ser capturado.

⁷⁴ Un problema relacionado con las sanciones penales es el de establecer mayores indemnizaciones (*punitive damages*) para los ilícitos civiles intencionados. Si Taney instala un resorte que activa una pistola con el propósito de matar o herir al que invada su propiedad, será consciente de lo que hace y de los riesgos que está creando, lo que lo sitúa en una situación más parecida a la del conductor que intencionadamente causa un daño que a

Puede que nuestro contumaz alumno principiante siga insistiendo y pregunte ahora por qué damos al ladrón o al violador un trato distinto del que reservamos para el conductor que causa daños en un accidente de automóvil o para el contaminador en un caso de inmisión. ¿Por qué establecemos soluciones basadas en reglas de responsabilidad para esos casos? En cierto sentido, ya hemos dado respuesta a esta pregunta. Antes del accidente, el conductor sólo puede negociar el valor del bien que ocasionalmente va a lesionar a la víctima eventual de su actividad, en un nivel en el que las transacciones son demasiado costosas. En cambio, el ladrón o el violador podría haber negociado con su víctima sin incurrir en costes indebidos (al menos en los casos de aquellos bienes que se pueden enajenar), ya que debemos asumir que él tenía conocimiento de lo que iba a hacer y de a quién se lo iba a hacer. Los casos de accidentes de automóvil son distintos porque ese conocimiento sólo existe en el nivel de decidir si se va a conducir o no, o en el de decidir si se va a conducir a mayor o menor velocidad, y en esos niveles las negociaciones con las posibles víctimas son normalmente imposibles.

En los casos de inmisión, por el contrario, el sujeto que va a emitir contaminación sobre el vecino, sí sabe qué va a hacer y muchas veces también sabe a quién va a afectar. Pero, como ya hemos visto, los problemas que supone la aparición de beneficiarios que no pagan (*freeloaders*) o la de comportamientos estratégicos (*holdout problems*) pueden impedir que se llegue a cualquier tipo de acuerdo entre el sujeto que contamina y los afectados por esa contaminación. Además, a menudo no tenemos la

la del conductor negligente. Pero como Taney ignora cuál de sus vecinos va a ser la víctima de su actividad, la posibilidad de establecer negociaciones *ex ante* parece difícil. ¿Cómo justificamos, entonces, el uso de sanciones penales y de indemnizaciones mayores que la compensación de daños? Probablemente la respuesta se basa en el hecho de que asumimos que los beneficios de la actuación de Taney no merecen la pena si los comparamos con los daños que se pueden derivar de ella, una vez que esos daños hayan sido completamente evaluados. Partiendo de que ese hecho, a diferencia de lo que ocurre en un caso de simple negligencia, podría ser mostrado al sujeto activo en el momento en que actúa, impondremos una indemnización mayor. Nuestra estimación es la de que la mayoría de la gente actuaría de diferente manera si se pudiera establecer la carga de un coste-beneficio verdadero. Partiendo de esa estimación, y dada la imposibilidad de imponer dicha carga por medio de una valoración institucional —debido a un conocimiento inadecuado—, nos aseguramos de que en caso de que nos equivoquemos, nos equivocaremos del lado de sobreestimar el coste.

Puede existir otra dimensión en esta cuestión. A diferencia de las multas u otras sanciones penales, las indemnizaciones incrementadas (*punitive damages*) suponen una compensación mayor para la víctima que puede no ser una simple ganancia inesperada (*pure windfall*). Una vez que hemos establecido que consideramos que los daños derivados de ilícitos civiles intencionados son menos deseables que los daños no intencionados —ya sea porque se espera que sean menos eficientes o ya sea porque existe menor justificación para el hecho de que el autor no se haya preocupado de adquirir el derecho en vez de cometer el ilícito intencionado— puede que el daño subjetivo real que sufre la víctima de un ilícito civil intencionado se vea incrementado. Si un automóvil es destruido accidentalmente, su propietario sufre la pérdida del coche; pero si un automóvil es destruido intencionadamente, su propietario también sufre la pérdida del coche, pero esa pérdida es mayor debido a que sabe que fue intencionada y, por lo tanto, evitable.

certeza de qué parte puede evitar los costes de la contaminación con menor sacrificio (*cheapest cost avoider*). En estas circunstancias es adecuado emplear una regla de responsabilidad, lo que, al menos, permite hacer una prueba sobre si la proyectada transmisión de un derecho es eficiente o no, aunque con ello estemos permitiendo la apropiación no accidental de un derecho sin la voluntad de su titular actual. Debemos recordar, sin embargo, que allí donde no existan costes de transacción que impidan la negociación entre el que desee desarrollar una actividad contaminante y las víctimas de esa contaminación, o donde tengamos una certeza razonable sobre quién puede afrontar los costes de la contaminación con menor sacrificio, no existen razones de eficiencia para permitir esas apropiaciones del derecho ajeno, por lo que podremos utilizar reglas de propiedad y defenderlas mediante *acciones de cesación (injunctiões)* o sanciones penales⁷⁵.

VI. CONCLUSIÓN

En este artículo se ha tratado de demostrar cómo podemos plantear provechosamente una amplia gama de problemas jurídicos en términos de un marco conceptual específico. De todas formas, el método de construir marcos conceptuales o modelos tiene dos inconvenientes. El primero sería llegar a confundir el modelo con una visión global de fenómenos que, como las relaciones jurídicas, son demasiado complejos para ser correctamente reflejados en una sola imagen. El segundo inconveniente sería que el trabajar con modelos supone acuñar conceptos que, una vez contruidos, nos hagan caer en la tentación de tratar de englobar en ellos supuestos que en realidad no encajan bien. Pero a pesar de los inconvenientes, el trabajar con modelos ofrece ventajas indudables. Los estudiosos del Derecho, precisamente porque tienden a evitar el método de construir modelos, suelen trabajar casuísticamente, examinando cada caso concreto y tratando de descubrir las categorías que puedan aparecer. Esta manera de trabajar también tiene el inconveniente de que sólo ofrece un punto de vista para contemplar la Catedral. Si nos limitamos a trabajar de esa manera podemos pasar por alto algunas posibles relaciones entre los problemas que estudiemos en cada caso, relaciones que se pueden perci-

⁷⁵ Cfr. el apartado III. B.

No hemos abordado la cuestión de qué relación existe entre fines distributivos y sanciones penales. Ello se debe, en parte, a que hemos dado por sentada la asignación inicial del derecho en cuestión –hemos partido de que la víctima de un delito tenía derecho sobre el bien sustraído o sobre su propia integridad física–. De todas formas, existe otra faceta de los fines distributivos que se relaciona con la concreta regla que hayamos elegido para proteger el derecho inicialmente establecido. Por ejemplo, se puede plantear la cuestión de hacer depender la gravedad de la sanción penal del nivel de riqueza del autor del delito o del nivel de riqueza de la víctima. Estos aspectos de los fines distributivos pueden ser un interesante tema de estudio, pero están fuera del ámbito de este artículo.

bir nítidamente si construimos modelos, precisamente por lo que antes dijimos de que trabajar con modelos supone definir previamente conceptos o categorías.

El marco conceptual que hemos empleado aquí puede ser utilizado en muchas áreas del ordenamiento jurídico. Creemos que con él podemos encontrar y definir una posibilidad adicional de respuesta para los casos de contaminación. Por ello también creemos que habrá merecido la pena gastar las pinturas que han sido necesarias para pintar este cuadro.