

# Otra mirada a la Catedral

## A 50 años de “*Property rules, liability rules and inalienability: One view of the Cathedral*”<sup>(\*)</sup>

RENZO ESTEBAN SAAVEDRA VELAZCO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho de Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de Análisis Económico del Derecho y Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad del Pacífico y Universidad de Lima. Asociado Senior de Hernández & Cía. Miembro de la American Law and Economics Association y la American Society of Comparative Law. Árbitro en la Cámara de Comercio de Lima.

### SUMARIO:

Premisa.

#### I. Introducción.

#### II. Las externalidades: una idea en construcción.

1. Clasificación de intercambios.

2. Hacia una noción de externalidad.

3. Una aproximación a los intercambios económicos.

4. Clasificación de las externalidades y un vistazo al régimen legal para solucionarlas.

#### III. ¿Un concepto conocido? Sentando las bases para la comprensión de los “costos de transacción”

1. Contexto y asunciones.

2. Noción de costo de transacción.

3. ¿Coase vs. Pigou?

#### IV. El esquema original: Reglas de propiedad, responsabilidad e inalienabilidad.

1. Noción de titularidad y relación con Hohfeld.

2. Reglas de Propiedad.

3. Reglas de Responsabilidad.

4. Reglas de Inalienabilidad.

5. Reglas en relación y no en tensión.

#### V. Llevando a Calabresi y Melamed más allá: las precisiones, complementaciones y críticas al esquema original.

1. Precisiones: Rose-Ackerman y Fennell.

2. Complementaciones: Polinsky y Hylton.

3. Críticas: Krier-Schwab, Kaplow-Shavell y Epstein.

#### VI. A manera de conclusión.



(\*) Deseo expresar mi agradecimiento a los profesores Saul Levmore de la Universidad de Chicago y Carol Rose de la Universidad de Yale, quienes me brindaron útiles comentarios y referencias a investigaciones para desarrollar y complementar la investigación. Los errores y las omisiones me son por entero imputables.

## RESUMEN:

En abril de 1972, Guido Calabresi y Douglas Melamed publicaron un artículo que es aclamado unánimemente como un hito en la comprensión del sistema jurídico. En dicho trabajo, los autores identificaron tres reglas que disciplinan las titularidades legales, las así llamadas reglas de propiedad, reglas de responsabilidad e inalienabilidad. La diferencia entre ellas guarda relación con la manera en que permiten el ejercicio, disposición y tutela de las prerrogativas jurídicas. A pesar de la trascendencia del enfoque, el tiempo transcurrido desde su publicación y la difusión alcanzada a nivel global por el movimiento de Derecho y Economía, en los países del *Civil Law* —sobre todo latinoamericanos— no se ha valorado en sus reales alcances la propuesta, ni se ha tomado contacto con las posteriores precisiones y críticas. El propósito de la presente investigación es llevar las ideas de Calabresi y Melamed más allá a fin de vislumbrar su utilidad para la comprensión del derecho, convirtiéndose así en un tópico de teoría general del derecho.

**Palabras clave:** Derecho Comparado, Derecho y Economía, Inalienabilidad, Propiedad, Responsabilidad, Teoría General del Derecho, Titularidad

## ABSTRACT:

In April 1972, Guido Calabresi and Douglas Melamed published an article that is unanimously acclaimed as a landmark in the understanding of the legal system. In that paper, the authors identified three rules that discipline legal entitlements, the so-called property rules, liability rules, and inalienability. The difference among them is related to the way in which they allowed the exercise, disposition, and protection of legal prerogatives. Despite the transcendence of this approach, the time elapsed since its publication and the diffusion achieved worldwide by the *Law and Economics* movement, in *Civil Law* countries —especially in Latin America— the proposal has not been fully appreciated in its true scope, nor with its subsequent clarifications and criticisms. The purpose of the research is to take Calabresi and Melamed's ideas further to glimpse their utility for the understanding of law, becoming a topic of general legal theory.

**Keywords:** Comparative Law, *Law and Economics*, Inalienability, Property, Liability, General Legal Theory, Entitlement

## PREMISA

El nuevo movimiento de “Derecho y Economía”<sup>1</sup> mantiene una compleja relación con los operadores jurídicos de los sistemas del *Civil Law*. El movimiento tiene que hacer frente a extendidos prejuicios —en el plano académico, económico, político, filosófico y social—. Por un lado, se da por sentado que el movimiento acoge ideas que sólo son abanderadas por

ciertas escuelas a su interior<sup>2</sup> o por un puñado de académicos<sup>3</sup>. Por otro lado, se piensa que el movimiento afirma que el Derecho tiene que ser siempre “eficiente”<sup>4</sup>, sin importar qué contenido se le asigna al concepto<sup>5</sup>.

La situación no varió demasiado en las últimas décadas pese a la difusión del enfoque a lo largo y ancho de Europa y América Latina. La persistencia de los prejuicios es llamativa

1. En contraposición al primer movimiento de Derecho y Economía, Hovenkamp, Herbert, *The first great Law & Economics movement*, en *Stanford Law Review*, vol. XLII, núm. 4, pp. 993 y ss.
2. Parisi, Francesco, *Positive, normative and functional schools in Law and Economics*, en *European Journal of Law and Economics*, vol. XVIII, núm. 3, 2004, pp. 259 y ss.
3. Harnay, Sophie y Marciano, Alain, *Posner, Economics, and the law: From «Law & Economics» to an economic analysis of law*, en *Journal of the History of Economic thought*, vol. XXXI, núm. 2, 2009, pp. 215 y ss.
4. En efecto, cada sociedad debe elegir qué tipo de sistema jurídico y/o solución prefiere: si una solución justa o una solución eficiente.
5. Hall, Margaret y Winsten, Christopher, *The ambiguous notion of efficiency*, en *The Economic Journal*, vol. LXIX, núm. 273, 1959, pp. 71 y ss.; y Leibenstein, Harvey, *Allocative efficiency vs. “X-Efficiency”*, en *The American Economic Review*, vol. LVI, núm. 3, 1966, pp. 392 y ss.

si se atiende al incremento exponencial en el número de profesionales que realizan estudios de posgrado o estancias de investigación en universidades de los Estados Unidos de América<sup>6</sup>, sin pasar por alto la forzosa y lógica necesidad de que los críticos<sup>7</sup> se doten por sí mismos o por presión de los promotores del movimiento de un conocimiento más formal y cercano de la historia, los postulados y las aplicaciones del Derecho y Economía<sup>8</sup>. Nada de ello parece producirse en los sistemas jurídicos de países con una cultura legal tan estructuralmente débil<sup>9</sup> como la nuestra.

La explicación para el caso peruano es el limitado interés que le conceden nuestros académicos al pensamiento de sus pares, interés casi

inexistente si no se tienen posturas coincidentes<sup>10</sup>, además de la constante búsqueda de obtener legitimidad a través de la imitación de lo discutido en otros sistemas (dominantes) o de lo que es sugerido por académicos o legisladores con legitimidad<sup>11</sup>. Lo anterior devino, por un lado, en una imitación acrítica —adaptaciones fallidas— y, por otro lado, contradictoriamente, resistencia al estudio del derecho extranjero.

Sin embargo, uno puede encontrar puntos en común en lo que ocurrió y sigue ocurriendo en los países del *Civil Law* en la consolidación del movimiento. Así, es posible afirmar que cuando un *Civil Lawyer*<sup>12</sup> inicia su proceso formativo en Derecho y Economía vira su atención hacia el profesor Guido Calabresi. Tan es cierto ello que,

6. Por si fuese necesario resaltarlo, no trazo una sinonimia entre el *Law and Economics* y el sistema estadounidense.
7. Dworkin, Ronald, *Is wealth a value?*, en *The Journal of Legal Studies*, vol. IX, núm. 2, 1980, pp. 191 y ss.; y Id., *Why efficiency? A response to Professors Calabresi and Posner*, en *Hofstra Law Review*, vol. VIII, núm. 3, 1980, pp. 563 y ss.
8. Si bien en el Perú existen honrosas excepciones, campean los prejuicios en contra del movimiento de Derecho y Economía. El grueso de los críticos parece haber leído de segunda mano las ideas que abandera el movimiento o, en los casos en que sí se consultaron las fuentes directas, evidencian su falta de comprensión acerca de los matices metodológicos y conceptuales de lo que se propone, amén de cómo debería construirse una crítica articulada que sea capaz de poner en jaque las soluciones o explicaciones ius-económicas propuestas. El ejemplo más conocido del segundo grupo es el trabajo de Castillo Freyre, Mario y Vásquez Kunze, Ricardo, *Analizando el análisis: autopsia del análisis económico del derecho por el derecho civil*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004. Recientemente se publicó un libro en que se observa un esfuerzo por entender al movimiento Marciani Burgos, Betzabé; Sotomayor Trelles, José Enrique y Cornejo Amoretti, Leandro, *Justicia, derecho y mercado: Una investigación sobre el Análisis Económico del Derecho en el Perú*, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica – CICAJ / PUCP y Zela, Lima y Puno, 2020.
9. Monateri, Pier Giuseppe, *The weak law: Contaminations and Legal Cultures*, en *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. XIII, 2003, pp. 575 y ss.; y León Hilario, Leysser L., *Weak legal cultures & legal transplants: Unificación de la responsabilidad civil y otras importaciones de los años noventa*, en *Cardozo Electronic Law Bulletin*, vol. XII, 2006, pp. 1 y ss. (de la versión PDF).  
El término no tiene propósito peyorativo, sino que pretende resaltar la existencia de sistemas marcadamente receptivos a la influencia de otros. Así, los operadores jurídicos de estos pierden espíritu crítico, limitándose a repetir las discusiones y discursos foráneos, al margen de su utilidad y arraigo en el país importador. Esto tiene, además, otras consecuencias, el desconocimiento real de los orígenes, las justificaciones y peculiaridades de lo estudiado, deviniendo en superficialidad.
10. No cabe duda de que en el Perú los debates por escrito entre académicos resultan un fenómeno excepcional. Tal circunstancia, por sí misma, muestra la precariedad de nuestra academia.
11. Miller, Jonathan M., *A typology of legal transplants: Using sociology, legal history and Argentine examples to explain the transplant process*, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. LI, núm. 4, 2003, pp. 839 y ss.; y, Berkowitz, Daniel; Pistor, Katharina y Richard, Jean-François, *The transplant effect*, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. LI, núm. 1, 2003, pp. 163 y ss.
12. Desde hace casi una década empleo este término en mis clases para denotar no al civilista (esto es, al que se dedica al estudio o ejercicio profesional en esta rama del derecho), sino, en general, al operador jurídico del *Civil*

(Continúa en la siguiente página)

si se les interrogase a los especialistas de Derecho y Economía sobre los intelectuales que los motivaron a elegir este enfoque, se encontrará al exdecano de la Facultad de Derecho de Yale<sup>13</sup> como parte del *top-five* de académicos más referidos.

A diferencia de lo que ocurre con figuras más atractivas para los críticos al movimiento, Calabresi suscita gran reconocimiento. Las obras de Calabresi tienen como meta el potenciar la comprensión del fenómeno legal para su mejora (enfoque normativo). En cambio, las contribuciones del resto de los *founding fathers*<sup>14</sup> se centraron en la formulación de una explicación económica de fenómenos legales evidenciando su impacto —desde los costos de transac-

ción, hasta las fallas del proceso político— o su sentido económico, confirmando así la solución existente (enfoque positivo).

Calabresi se ocupó de mostrarnos cómo podíamos “descubrir”<sup>15</sup> soluciones que permanecieron ocultas o inadvertidas —por conservadurismo— por muchos siglos a los más perspicaces jueces<sup>16</sup> y académicos<sup>17</sup>, mientras que sus pares se comprometían en brindarnos una nueva explicación para las decisiones tomadas por la judicatura a lo largo de los siglos.

Es en el último punto donde deseo detenerme.

En abril del año 1972, Calabresi publicó en coautoría con su exalumno Douglas Melamed,

---

*Law* (siguiendo en este punto a un sector de comparatistas). Sin embargo, usualmente reservo el término «*Civil Lawyer*» para describir a aquel operador jurídico del *Civil Law* que estudia el Derecho del *Common Law*. El interés por el sistema angloamericano quedaría acreditado al valerme del inglés en lugar de nuestro idioma (aunque reconozco que tiene además la ventaja de favorecer la economía lingüística).

13. La comprobación de nuestra aseveración se encuentra incluso en el académico más relevante para la difusión del Derecho y Economía, Alfredo Bullard, quien reconoce el papel fundamental que tuvo en él las ideas de Calabresi, al punto que una de las razones por las cuales decidió hacer su LL.M. en la Universidad de Yale fue la presencia en sus aulas de dicho académico. El relato se halla en la presentación a Calabresi, Guido, *Un vistazo a la catedral: Cuando el Derecho se encuentra con la Economía*, Palestra Editores, Lima, 2011, p. 7».
14. En 1991, la *American Law and Economics Association* empleó el término para designar a quienes cumplieron un rol esencial en la génesis del movimiento: Guido Calabresi, Ronald Coase, Henry Manne y Richard Posner.
15. La alusión es al hallazgo de la «cuarta regla» para la solución de conflictos derivados de molestias por razón de vecindad.
16. A menudo se reconoce que la enorme repercusión de la obra de Calabresi-Melamed no se explica sólo por lo sugerente de la propuesta y la manera en que fue expuesta, sino por el hecho que casi de manera coetánea a la propia publicación del artículo, la Corte Suprema de Arizona resolvía el caso *Spur Industries v. Del E. Webb Development Co.*, 108 Ariz. 178, 494 P.2d 700 (1972), en que se acogía precisamente la regla 4. El caso involucra a *Spur Industries*, titular de una granja de engorde de ganado; y *Del E. Webb Development*, desarrollador de una comunidad de jubilados. *Spur Industries* inició su actividad alrededor de 1956 en el área, mientras que *Del E. Webb* lo hizo recién en 1967. Dada la actividad de *Spur*, en su terreno existía cantidades significativas de estiércol que emitía un fuerte hedor y atraía muchísimas moscas. Inicialmente la actividad de *Spur* no molestaba a *Del E. Webb*, sin embargo, dado el crecimiento paulatino del corral como de la comunidad de jubilados, se suscitó un conflicto entre las empresas. El desarrollador inició una demanda bajo la normativa de *nuisance* y pretendía que se prohibiera el funcionamiento de *Spur*. Si bien se acogió la pretensión de *Del E. Webb* a través de una «special injunction» se ordenó a ésta que reparara los daños que ello generaría a *Spur*. Es importante destacar dos cosas. Por un lado, bajo la normativa de *nuisance* el propietario (demandante) se encuentra autorizado a impedir actos o conductas que perjudiquen su propiedad, sin tener que realizar pago alguno a favor del agresor (demandado). Por otro lado, bajo la normativa de *nuisance* el propietario no puede

(Continúa en la siguiente página)

“*Property rules, liability rules and inalienability: One view of the Cathedral*”, un artículo que absolvía tres interrogantes esenciales para el análisis jurídico: (a) a quién y por qué se le asigna cierta prerrogativa<sup>18</sup>, (b) cómo se deberá tutelar dicha prerrogativa y (c) cuáles son las implicaciones de lo anterior. Si se evalúa retrospectivamente el contenido del artículo, resulta patente que la propuesta de Calabresi y Melamed se erige en una genuina aportación para la teoría general del derecho, pero con el agregado de que complementa y lleva más allá el teorema de Coase.

Los méritos de la obra de Calabresi y Melamed no se limitan al *Law and Economics*, ni tan siquiera al *Common Law*<sup>19</sup>. La formulación nos

brinda herramientas para comprender por qué una prerrogativa debe tutelarse de cierta manera y qué factores deberá tomar en cuenta el *lawmaker*<sup>20</sup> para tomar esa decisión. Además, al focalizarse en el remedio a otorgarse, nos permite examinar los efectos favorables y desfavorables de la decisión que se hubiese tomado.

Lamentablemente, todavía hoy las ideas de Calabresi y Melamed no han circulado entre el gran público. No niego que un importantísimo número de operadores —en particular a nivel de posgrado— conoce la formulación, pero inclusive en estos casos no se ha efectuado un seguimiento a la vasta bibliografía elaborada durante el último medio siglo. Es a esa tarea a la

---

solicitar protección si es éste con su propia conducta quien se expone a la molestia, es decir, si la actividad ya preexistía y pese a ello el supuesto afectado decide, por ejemplo, adquirir la propiedad o acercarse a la fuente de la (supuesta) molestia, entonces se le negará la protección a través de una *injunction*.

Así se percibe el carácter particular de la sentencia. Según lo indicado *Del E. Webb* no habría debido obtener la *injunction* y si la obtenía no debía ser forzado a pagar resarcimiento alguno a favor de *Spur*. Entonces, ¿por qué el caso se resolvió en el sentido descrito? La respuesta se funda en que el tipo de «molestia» no era sólo de carácter privado, es decir, no sólo perjudicaba a *Del E. Webb*, sino a los residentes de su desarrollo inmobiliario, lo cual generaba un riesgo para la salud pública. Ante tal situación debía otorgarse la *injunction*, pero al propio tiempo no podía desampararse a *Spur*, quien ejerció, dentro de los límites del derecho, su propiedad, por lo que debía compensarse por los daños que esta decisión posterior le generaba (la extracción sustancial de una parte de su derecho de propiedad).

17. Las palabras son utilizadas por Calabresi para referirse, por ejemplo, al profesor Frank Michelman, quien en *Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi's Costs*, en *Yale Law Journal*, vol. LXXX, núm. 3, 1971, pp. 647 y ss., sólo identificó tres (3) reglas para la solución de conflictos derivados de molestias por razón de vecindad.
18. Los autores usan el término «entitlement», el cual será objeto de análisis en el numeral 4.1, mientras que los traductores de Calabresi y Melamed en ocasiones eligen titularidad o derecho (subjeto). Prefiero los términos titularidad o prerrogativa jurídica pues son lo suficientemente amplios como para replicar el contenido que los autores le asignan. Admito, sin embargo, que parece existir un «equivalente funcional» en los sistemas del *Civil Law*: «situación jurídica subjetiva». La apariencia es sólo eso, tal como se estudiará. Ante ello, evitaré apelar a la noción «situación jurídica subjetiva» por dos (2) razones: (i) por su fuerte carga dogmática (aunque en el numeral 4.1 me remitiré a otra categoría: «jural relations» de Wesley N. Hohfeld que también tiene una carga teórica semejante); y (ii) porque, a diferencia de lo que sucede con las situaciones jurídicas subjetivas que admiten prerrogativas mono-subjetivas e incluso otras autosuficientes, el término titularidad se construyó de manera relacional (a semejanza de la construcción de Hohfeld). La segunda circunstancia, tal como se verá, resulta esencial para la visión en conjunto de lo que es objeto del artículo.
19. Se trata del sexto trabajo publicado en una revista de derecho más citado de todos los tiempos, Shapiro, Fred R. y Pearce, Michelle, *The most-cited law review articles of all time*, en *Michigan Law Review*, vol. CX, núm. 8, 2012, pp. 1483 y ss., en particular p. 1489.
20. He optado por utilizar el término en inglés *lawmaker* para subrayar la circunstancia de que el derecho puede ser creado no sólo por el legislador, sino por otros operadores que ostentan poder normativo.

que me abocaré. La decisión se funda en que se trata del texto con mayor impacto jurídico elaborado al interior del movimiento de Derecho y Economía<sup>21</sup>.

## I. INTRODUCCIÓN

En *“The problem of social cost”*<sup>22</sup> Coase se mostró como un detractor de la posición de Pigou<sup>23</sup> respecto del modo de enfocar y solucionar problemas con relevancia económica<sup>24</sup>. Los reparos elevados por Coase fueron tan insistentes y la contraposición de sus argumentos con aquellos de Pigou fue tan persuasiva que los estudiantes de derecho, luego de leer *“The problem of social cost”*, coligen que Pigou era un intervencionista. Ante una conclusión tan políticamente incorrecta, sumada al hecho de provenir de un académico tan influyente como Coase, se consolidó entre los ius-economistas la percepción de que debía negarse toda propuesta proveniente de —o fundada en— la tradición pigouviana.

La repercusión de la síntesis ofrecida por Coase llevó a académicos como Bullard a sostener que para Pigou únicamente cabía resolver la divergencia entre el costo privado y el costo social —esto es, la presencia de externalidades— mediante la intervención del Estado por medio de impuestos o prohibiciones<sup>25</sup>. Infortunadamente, la situación no es tan sencilla.

Es sintomático que cuando uno lee las críticas de ius-economistas hacia el pensamiento de Pigou no encuentre referencias a *“The Economics of Welfare”*, sino a *“The problem of social cost”*. No pretendo efectuar una defensa de las tesis pigouvianas, pero sí brindar un cuadro más fiel a sus ideas. En esa línea, me interesaría señalar dos cosas<sup>26</sup>. Por un lado, la prudencia exigiría que si vamos a aventurarnos a criticar a un académico leamos primero sus ideas. Por otro lado, el limitadísimo conocimiento —lógico por lo demás— de la historia de la economía por parte de los operadores del derecho nos lleva a pasar por alto la identidad de los creadores

- 
21. En opinión de Krier, James E. y Schwab, Stewart J., *Property rules and liability rules: The Cathedral in another light*, en *New York University Law Review*, vol. LXX, núm. 2, 1995, pp. 440 y ss., en particular p. 440, «And of all the law-and-economics scholarship built on Coase’s insights, perhaps the most widely known and influential contribution has been Calabresi and Melamed’s discussion of what they called “property rules” and “liability rules”»; mientras que Krauss, Michael I., *Property rules vs. Liability rules*, en Aa. Vv., *Encyclopedia of Law & Economics* edición a cargo de Boudewijn Bouckaert y Gerrit De Geest, vol. II: *Civil Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2000, pp. 782 y ss., en particular p. 783.
  22. Coase, Ronald H., *The problem of social cost*, en *The Journal of Law & Economics*, vol. III, 1960, pp. 1 y ss.
  23. Pigou, Arthur C., *The Economics of Welfare*, cuarta edición, MacMillan and Co., Londres, 1932.
  24. En palabras de Coase: «Pigou’s underlying thought would appear to be: Some have argued that no State action is needed. But the system has performed as well as it has because of State action. Nonetheless, there are still imperfections. What additional State action is required?» (p. 29).
  25. Bullard González, Alfredo, *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*, segunda edición, Palestra, Lima, 2006, pp. 274, 539 y 542.
  26. Además de la lectura de la obra de Pigou referida en la nota al pie (23), se aconseja la revisión de Simpson, A. W. Brian, ‘Coase v. Pigou’ reexamined, en *The Journal of Legal Studies*, vol. XXV, núm. 1, 1996, pp. 53 y ss.; y Hovenkamp, Herbert J., *The Coase Theorem and Arthur Cecil Pigou*, en *Arizona Law Review*, vol. LI, núm. 3, 2009, pp. 633 y ss.  
Es importante anotar que Coase respondió las objeciones formuladas por Simpson (Coase, Ronald H., *Law and Economics and A. W. Brian Simpson*, en *The Journal of Legal Studies*, vol. XXV, núm. 1, 1996, pp. 103 y ss.), el cual, contrario a su apertura usual al intercambio académico, intentaba cerrar la discusión desde el epígrafe: «To understand a man... one must know the subject matter of the discipline in which he is writing: it takes an economist to read and economist» (Stigler, George J., *Does economics have a useful past?*, en *History of Political Economy*, vol. I, núm. 2, 1969, pp. 217 y ss., en particular p. 219).

de ideas que no forman parte del *mainstream* ius-económico<sup>27</sup>. Tan es cierto ello que una parcela de las herramientas y nociones esbozadas por Pigou permitieron a Coase efectuar sus célebres planteamientos.

Así, en teoría económica se reconoce a Pigou y Marshall<sup>28</sup> el mérito de desarrollar los fundamentos de lo que denominamos externalidad —y que cada uno de ellos denominó como “deseconomías” o “economías externas”—<sup>29</sup>, por lo que debiéramos ser más pulcros al reconstruir dichas ideas. Si a ello le sumamos la errónea percepción de que ninguna política pública es posible en la óptica coaseana o la falta de relación entre la visión de Coase y la de Pigou sobre las externalidades<sup>30</sup>, pues se tiene mucha tela que cortar.

La teoría de los costos de transacción, por su parte, no fue propuesta por primera vez en “*The problem of social cost*”; sino en “*The nature of the firm*”<sup>31</sup>. En tal trabajo, se entiende por costos de transacción a los costos anexos al uso del mecanismo de precios, por lo que se llama la atención sobre los costos asumidos para materializar un intercambio, lo cual presupone la existencia de intercambios<sup>32</sup> voluntarios.

Si uno se limitara a pensar que los costos asumidos en los intercambios se limitan al precio a ser pagado —esto es, el desembolso<sup>33</sup> que se efectúa cuando decidimos un intercambio—, no tendría sentido económico la constitución de personas jurídicas para que ellas sean las encargadas de llevar adelante actividades económicas que exigirán contratar a personas<sup>34</sup>. La

- 
27. Con los cuidados y limitaciones del caso, intentaré en el presente artículo aportar en la divulgación de parte de esa historia.
  28. Marshall, Alfred, *Principles of Economics*, octava edición, MacMillan and Co., Londres, 1920, p. 266.
  29. Boudreaux, Donald J. y Meiners, Roger, *Externality: Origins and classifications*, en *Natural Resources Journal*, vol. LIX, núm. 1, 2019, pp. 1 y ss.
  30. Dahlman, Carl J., *The problem of externality*, en *The Journal of Law & Economics*, vol. XXII, núm. 1, 1979, pp. 141 y ss.; y Demsetz, Harold, *The core disagreement between Pigou, the profession, and Coase in the analyses of the externality question*, en *European Journal of Political Economy*, vol. XII, 1996, pp. 565 y ss.
  31. Coase, Ronald H., *The nature of the firm*, en *Economica*, vol. IV, núm. 16, 1937, pp. 386 y ss.
  32. La imprecisión de la «definición» brindada por Coase originó, en las décadas posteriores a la publicación de «*The problem of social cost*», una intensa producción bibliográfica dirigida a delimitar el concepto. Vale la pena destacar Cheung, Steven N. S., *A Theory of Share Tenancy*, University of Chicago Press, Chicago, 1969; Cheung, Steven, *The myth of social cost: A critique of welfare economics and the implications for public policy*, Hobart Paper, vol. LXXXII, The Institute of Economic Affairs, Londres, 1978; Kelman, Mark G., *Consumption theory, production theory and ideology in the Coase theorem*, en *Southern California Law Review*, vol. LII, núm. 3, 1979, pp. 669 y ss.; Cooter, Robert D., *The cost of Coase*, en *The Journal of Legal Studies*, vol. XI, núm. 1, 1982, pp. 1 y ss.; Barzel, Yoram, *Transaction Costs: Are they just costs?*, en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. CXLI, núm. 1, 1985, pp. 4 y ss.; y Barzel, Yoram y Kochin, Levis A., *Ronald Coase on the nature of social cost as a key to the problem of the firm*, en *The Scandinavian Journal of Economics*, vol. XCIV, núm. 1, 1992, pp. 19 y ss.;  
En el Perú esta imprecisión se percibe cuando, por un lado, se señala que los costos de transacción son los costos de contratar y, de manera contradictoria, al propio tiempo se sostiene que existen costos de transacción en escenarios ajenos a la contratación. Sobre el punto véase Bullard González, Alfredo, *op. cit.*, pp. 113, 135, 184-185, 257, 282, 502, 506, 670-676, 705-711 y 879-884; y, más adelante, nota al pie (82).
  33. En términos económicos no es necesario que se efectúe un desembolso dinerario puesto que el intercambio es medido a través de las unidades monetarias que se asignan o reasignan entre diversos individuos. En ciertas ocasiones se materializará el desembolso y en otros sólo se medirá en términos potenciales.
  34. Coase, Ronald H., *The nature of the firm*, en *Economica*, *cit.*, p. 390, sostuvo: «*Our task is to attempt to discover why a firm emerges at all in a specialised exchange economy. The price mechanism (considered purely from the side of the*

(Continúa en la siguiente página)

razón: por definición, al emplear una persona jurídica se realizarían al menos dos contratos, por lo que, los costos anexos a tales operaciones tenderían a ser superiores al costo de una única transacción, en particular porque en la segunda operación tendría que compensarse los costos anexos a la primera. En consecuencia, sería más barato contratar directamente con los terceros.

Coase vislumbró que la explicación era que los agentes económicos asumían otros costos cuando empleaban el mecanismo de precios, lo cual presupone la existencia de un *trade-off* —originado a partir de un intercambio voluntario o involuntario, forzoso o imperativo—<sup>35</sup>, y que los costos anexos a la organización de la persona jurídica podrían ser menores a aquellos que debían asumirse si se contratara de manera directa entre los sujetos involucrados en la fabricación y comercialización. La percepción de Coase era exacta. Bajo el esquema de competencia perfecta no era concebible

la existencia de un costo adicional al precio y, como se verá, se daba por hecho que el precio incorporaba la información de los bienes intercambiados, por lo que no era necesaria la búsqueda de información ni la preocupación por el *enforcement*. Las ideas esbozadas por Coase en “*The nature of the firm*” fueron retomadas en “*The Federal Telecommunications Commission*”<sup>36</sup> y extendidas —o aclaradas—<sup>37</sup> en “*The problem of social cost*”.

Todo lo expresado es relevante porque en ningún momento se aborda el problema de cómo el sistema legal protege las prerrogativas de cada individuo ni cómo se decide ello. Como se sabe, Coase da por hecho la asignación originaria de las titularidades, por lo que es necesario brindar a los particulares la oportunidad de encontrar una solución privada antes de decantarnos por una solución pública. Si se prefiere, y utilizando un ejemplo bíblico, el mundo descrito por Coase es aquel posterior al sexto día<sup>38</sup>. Todo ha sido creado y organizado, por lo que

---

*direction of resources) might be superseded if the relationship which replaced it was desired for its own sake. This would be the case, for example, if some people preferred to work under the direction of some other person. Such individuals would accept less in order to work under someone, and firms would arise naturally from this. Firms might also exist if purchasers preferred commodities which are produced by firms to those not so produced; but even in spheres where one would expect such preferences (if they exist) to be of negligible importance, firms are to be found in the real world. Therefore there must be other elements involved.*

*The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of ‘organising’ production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices. This cost may be reduced but it will not be eliminated by the emergence of specialists who will sell this information.»*

35. Salvo que se aplique la noción de «precios oficiales» de Becker, Gary, *Crime and punishment: An economic approach*, en *Journal of Political Economy*, vol. LVI, núm. 2, 1968, pp. 169 y ss., en particular pp. 194-195; en cuyo caso incluso la aplicación de sanciones penales importaría la asignación de un precio. Sobre la diferencia ius-económica entre los precios y las sanciones en nuestro medio, Saavedra Velazco, Renzo E., *Las externalidades y el criterio de imputación en la responsabilidad extracontractual*, en *Themis-Revista de Derecho*, núm. 66, 2014, pp. 263 y ss.
36. Coase, Ronald H., *The Federal Communications Commission*, en *The Journal of Law & Economics*, vol. II, 1959, pp. 1 y ss.
37. «*The problem of social cost*» fue un artículo que nació por la presión impuesta sobre Coase por Aaron Director, George Stigler, Milton Friedman, John McGee, Arnold Harberger. La presión se originó luego de una cena en que participaron varios economistas de la Facultad de Economía de Chicago. La historia fue compartida por George Stigler (*Memoirs of an unregulated economist*, University of Chicago Press, Chicago, 2003, p. 76).
38. Recordemos que en el sexto día (Génesis 1, 24-31) no sólo se crea al hombre, sino que se asigna la titularidad de «la creación» a su favor (sumándole la responsabilidad de ponerles nombre a todos los animales que formaban parte de la creación – Génesis 2, 19-20).

los participantes saben qué posición ocupan, esto es, las reglas y posiciones se tienen por dadas<sup>39</sup>. La realidad en que se mueve el operador jurídico es, en cambio, anterior a la del sexto día: no se conoce quién es el titular y el alcance de cada titularidad o, si se prefiere, queda pendiente la tarea de establecer las reglas operativas de lo creado y las relaciones entre los participantes. Lo dicho permite entender cómo las ideas de Coase requerían ser completadas desde una óptica jurídica.

La última fase del desarrollo relatado se produce con Calabresi y Melamed, quienes identifican las tres reglas que protegerían las titularidades<sup>40</sup> y bajo qué criterio debe elegirse una u otra. Con ello es más sencillo comprender cómo los sistemas jurídicos asignan cierta titularidad y por qué se decantan en favor de algunos mecanismos de protección legal, dejando de lado la aproximación intuitiva que caracterizaba a los estudios jurídicos sobre la materia. Este paso final sirve como cierre para las nociones precedentes y permite aclarar el rol concreto del Estado en cada escenario. Ante ello, corresponde estudiar esta última fase y cómo ha sido complementada, criticada y precisada en el último medio siglo.

Una vez establecidos los objetivos de ésta, dividiré el cuerpo de la investigación en cinco. En el segundo acápite, inspeccionaré la noción de

externalidad y su vinculación con los costos de transacción. En el tercer acápite, intentaré esbozar una noción de costo de transacción capaz de reemplazar aquella que nos fue ofrecida en las investigaciones que introdujeron el *Law and Economics* en Latinoamérica a fin de ponerla al día con los trabajos económicos desarrollados en las últimas décadas. En el cuarto acápite, el cual se subdividirá en tres secciones, resaltaré la formulación original de las reglas de propiedad, responsabilidad e inalienabilidad y su ligamen con las ideas de costos de transacción y externalidades. En el quinto acápite, examinaré cómo la formulación original de las “reglas” ha sido llevada más allá<sup>41</sup> por seguidores y críticos. En el sexto acápite, efectuaré algunas reflexiones finales.

## II. LAS EXTERNALIDADES: UNA IDEA EN CONSTRUCCIÓN

Hoy resulta corriente que cuando se aborden materias de derecho de propiedad o responsabilidad civil se aluda a las externalidades, al examinar tanto las molestias por razón de vecindad, como los daños ocasionados por la actividad desarrollada por un particular. Si a ello se le agrega que incluso el Tribunal Constitucional peruano apela a esta noción al examinar y resolver controversias que involucran derechos constitucionales, parece razonable sostener

39. En caso se desee revisar una propuesta económica acerca de la formación y distribución de los property rights véase Umbeck, John, *Might makes right: A theory of the formation and initial distribution of property rights*, en *Economic Inquiry*, vol. XIX, núm. 1, 1981, pp. 38 y ss.

40. Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral*, en *Harvard Law Review*, vol. LXXXV, núm. 6, 1972, pp. 1189 y ss. Si bien el original es accesible libremente *on line*, también puede consultarse las versiones traducidas en: (a) Perú: Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad e inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral*, traducción de Ximena Zavala y Eduardo Sotelo, en *Themis-Revista de Derecho*, núm. 21, 1992, pp. 63 y ss.; (b) Chile: Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista a la Catedral*, en *Estudios Públicos*, núm. 63, 1996, pp. 347 y ss.; (c) España: Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Propiedad, responsabilidad, inalienabilidad: Una perspectiva de la catedral*, traducción de Pedro del Olmo García, en *Anuario de Derecho Civil*, año XLIX, fascículo 1, 1997, pp. 187 y ss.; y (d) Italia: Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Regole di proprietà, regole di responsabilità e inalienabilità: Un'istantanea della cattedrale*, traducción de Claudio Amato, en *Rivista di Diritto Civile*, año LXVI, núm. 3, 2020, pp. 497 y ss.

41. Al evaluar su propia obra y lo que sus lectores afirman de ella, Calabresi reconoce lo difícil que es: (i) confirmar la interpretación de los lectores, (ii) negar que se dijo aquello que afirman los lectores o (iii) aclarar que, desde luego, se afirmó algo que los lectores dicen que no hizo (Calabresi, Guido, *Remarks: The simple virtues of the Cathedral*, en *Yale Law Journal*, vol. CVI, núm. 7, 1997, pp. 2201 y ss.).

que las externalidades tienen un lugar en el razonamiento jurídico peruano.

Las razones por las cuales la noción de externalidad habría alcanzado una amplia difusión —mas no consenso— podrían concentrarse en una única explicación lógica: se asemeja a los conceptos y/o justificaciones que ordinariamente brindamos los abogados —por ejemplo, para el abuso de derecho de propiedad o el enriquecimiento sin causa—. Si a ello le agregamos que los promotores del movimiento tuvieron que afrontar la tarea de brindar a los destinatarios de sus esfuerzos de difusión —jueces, académicos, estudiantes, etc.— un glosario de ideas, nociones o herramientas propias de su enfoque, entonces este éxito relativo resulta comprensible.

Infelizmente, la labor no está concluida.

La noción de externalidad todavía se encuentra en construcción. Lo afirmado no es sólo cierto en el campo ius-económico, sino incluso en las investigaciones estrictamente económicas. Así, en el campo ius-económico, sobre todo nacional, no se diferencia si las externalidades son pecuniarias —mercado— o tecnológicas pese a que el distingo se realiza en economía incluso décadas antes del planteamiento de Coase —en concreto, una idea de Jacob Viner—<sup>42</sup>. En el campo económico el tema que queda abierto

es la definición y no la formalización económico-matemática.

La propuesta de la Catedral se erige asumiendo que el operador jurídico conoce las nociones de externalidad y costos de transacción. En efecto, los criterios que determinarán la elección de una u otra regla giran en torno a los costos de transacción involucrados —bajos, altos o prohibitivos— y el nivel real o potencial de las externalidades originadas a sujeto(s) determinado(s), determinable(s) e indeterminado(s). Dado ello, en esta sección estudiaré algunas de las cuestiones más relevantes para entender, con los límites expresados, las externalidades —lo propio se hará en el tercer acápite respecto de la noción de costo de transacción—.

### 1. Clasificación de intercambios.

La primera cuestión por destacar es la clasificación de intercambios.

El enfoque *mainstream* del Derecho y Economía diferencia entre los intercambios voluntarios e involuntarios. El elemento diferencial es si los involucrados revelan<sup>43</sup> —o no— sus preferencias<sup>44</sup>. A partir de ello, los ius-economistas se abocan a la tarea de reconducir los intercambios voluntarios a los intercambios de mercado y estos, a su vez, a la categoría de contrato<sup>45</sup>. Así,

42. Viner, Jacob, *Cost curves and Supply curves*, en *Zeitschrift für Nationalökonomie / Journal of Economics*, vol. III, núm. 1, 1931, pp. 23 y ss.

43. Como es conocido, Samuelson, Paul A., *A note on the pure theory of consumer's behavior*, en *Economica*, vol. V, núm. 17, 1938, pp. 61 y ss., fue quien formuló la idea de la revelación de preferencias a través de actos de consumo. Las preferencias no-reveladas terminan siendo irrelevantes en la medida que se carecería de algún índice que nos permita conocer su existencia y magnitud potencial. Empero, la posición ha sido cuestionada, entre otros autores, por Sen, Amartya, *Behaviour and the concept of preference*, en *Economica*, vol. XL, núm. 159, 1973, pp. 241 y ss.

44. En términos sencillos, se entiende por «preferencia» a la característica que un individuo busca obtener de un bien o servicio para la satisfacción de sus necesidades, tornándolo preferible a otros bienes o servicios. Dicha decisión supone una «evaluación comparativa subjetiva» en tanto involucra: (i) un análisis de valor; (ii) entre un bien o servicio y otro; y (iii) con base a las necesidades o gustos particulares que cierta persona enfrenta.

45. El paralelismo trazado por la economía funciona perfectamente en un esquema de contrato entendido como intercambio propio del sistema anglosajón. En los sistemas del *Civil Law*, los cuales se adscriben a un genotipo diverso, la situación es muy distinta. Sobre el punto Saavedra Velazco, Renzo E., *Hacia una noción de incumplimiento: Análisis comparativo de los principales sistemas de la tradición jurídica occidental*, en Aa. Vv., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Gastón Fernández Cruz*, Instituto Pacífico, Lima, 2022 (en imprenta).

los intercambios involuntarios se identificarían de manera negativa pues serían los intercambios que no pueden subsumirse o amoldarse a la lógica de los intercambios de mercado.

Si bien esta clasificación resulta útil, cabría realizar un análisis más fino y cercano a los fenómenos jurídicos, respetando la vocación por la simplificación de la economía (enfoque positivo). El punto de partida de esta aproximación sería distinguir entre intercambios voluntarios y no-voluntarios. Sé que el matiz parece ser sólo lexical, pero no lo es. En el esquema original se asume, explícita o implícitamente, que los intercambios involuntarios se verifican: (a) por la decisión unilateral de alguno de los intervinientes —excluyéndose el empleo de la fuerza y los eventos de *force majeure*— y (b) sin que sea necesario examinar la posición del sujeto de cuyo patrimonio se extrae el recurso. La realidad es distinta. Si, en cambio, prestamos atención a las características expuestas y profundizamos un poco en ellas, podremos concluir que existen hasta tres tipos de intercambios no-voluntarios.

Por un lado, los intercambios estrictamente “involuntarios”, esto es, aquellos desplazamientos de costos y/o beneficios que se producen de manera automática<sup>46</sup> sin que la voluntad de ninguno de los involucrados en la (re)asignación se examine antes o después de su materialización e inclusive tampoco como condición de ella —los ejemplos típicos son las externalidades, digamos la emisión de humos—. Por otro lado, los intercambios “obligatorios”, vale

decir, aquellos desplazamientos de costos y/o beneficios que sí exigen la cooperación entre individuos aun cuando la voluntad de uno o de ambos sujetos sufra coerción —esto es, ausencia de libre voluntad— al momento tanto de su génesis, como de su ejecución —el ejemplo típico son las obligaciones de fuente legal, tales como los impuestos y el deber correlativo de pagarlos—. Por último, los intercambios “forzosos”, es decir, aquellos desplazamientos de costos y/o beneficios en que la transferencia se produce por el empleo de la fuerza estatal —la emisión de un mandato— o de un particular —sea por la vía de los hechos, sea al amparo de un título—, sin que se requiera ningún tipo de acto de parte de quien ha de soportar sus efectos negativos —expropiación y robo—.

Ciertamente es posible que las categorías se superpongan.

A manera de ejemplo, en el campo jurídico cuando se manifiesta una externalidad —intercambio involuntario— suele activarse una tutela cesatoria, inhibitoria o resarcitoria<sup>47</sup> —deber de conducta— a cargo del sujeto que la originó —intercambio obligatorio—. En términos concretos, de un inmueble vecino emanan malos olores que exceden el nivel tolerable de las molestias por razón de vecindad —esto es, “*nuisance*”<sup>48</sup> en el *Common Law* o “*immissione*”<sup>49</sup> en el sistema italiano—, por lo que los afectados pueden solicitar, según la gravedad y su particular interés, la respectiva tutela. Cuando el Estado ejecuta la expropiación de un predio de titularidad privada —intercambio forzo-

46. En tal sentido, serían del todo distinto al significado que le asigna Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2001, pp. 150-153.

47. En el anteproyecto de reforma al Código Civil elaborado por el Grupo de trabajo conformado por Resolución Ministerial N°300-2016-JUS, el cual fue presidido por el profesor Gastón Fernández Cruz se enumeran estas tutelas en el artículo II-A del Título Preliminar. La propuesta completa puede consultarse en el siguiente site: [https://www.academia.edu/40177706/Anteproyecto\\_de\\_Reforma\\_del\\_Codigo\\_Civil\\_Grupo\\_de\\_Trabajo](https://www.academia.edu/40177706/Anteproyecto_de_Reforma_del_Codigo_Civil_Grupo_de_Trabajo) (visto y descargado el 15 de marzo del 2022).

48. Hylton, Keith N., *Nuisance*, en *Encyclopedia of Law and Economics – Living edition*, editores Alain Marciano y Giovanni Battista Ramello, Springer, Nueva York, 2014, pp. 1 y ss.

49. Salvi, Cesare, voz *Immissione*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XV, Istituto de la Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, pp. 1 y ss. (de la separata).

so— se crea correlativamente una obligación indemnizatoria —deber de conducta— a cargo del Estado —intercambio obligatorio—. Las externalidades requieren siempre algún tipo de actuación privada o estatal pues no se superarán por sí mismas. El debate se centrará en si es posible y/o aconsejable la solución “privada” —intercambio voluntario— o la solución “pública” —las tutelas previstas en la normativa—.

El propósito perseguido con la diferencia reside en circunscribir el examen de las externalidades en el campo jurídico a la parcela limitada de intercambios que se califiquen como involuntarios.

## 2. Hacia una noción de externalidad.

No es desconocido que el *Law & Economics* asume que los intercambios voluntarios realizados en el mercado son beneficiosos para las partes y la sociedad<sup>50</sup>. La asunción reposa en las premisas del análisis económico: (a) la denominada soberanía del consumidor —el propio agente económico es quien mejor conoce sus preferencias y restricciones—, (b) la racionalidad y maximización del bienestar propio —el agente económico actúa conforme a sus preferencias y restricciones procurando así conseguir el mayor beneficio neto—, (c) información relevante —si bien el agente económico no cuenta con toda la información en torno a la materia sobre la que decidirá, sí posee aquella información que entiende suficiente a la luz de los costos y beneficios esperados—<sup>51</sup> y (d) el agente económico corrige sus eventuales errores con rapidez ya que se encuentra en control de sus emociones.

En tal sentido, si los particulares alcanzan un acuerdo, se puede predecir que ello sucedió

porque juzgaron, a la luz de sus respectivas preferencias y restricciones, valiosa la operación; vale decir, que el “beneficio privado” de la transacción supera su “costo privado”. Por su parte, la sociedad también se beneficiaría en tanto que los recursos se desplazarían a favor de quienes los valoran en mayor medida, garantizándose que los mismos sean destinados a sus usos alternativos más eficientes. Si nos limitáramos a lo expuesto, nos encontraríamos ante una “mejora en términos de Pareto” —alguien mejora sin empeorar la situación de otro—<sup>52</sup>.

En tal contexto, es comprensible por qué el *Law & Economics* trabaja con tales asunciones: contribuye a la simplificación del modelo y permite predecir qué tipo de resultados traerá aparejado un cambio en alguna de las variables. El inconveniente de ese *modus operandi* se percibe cuando recordamos que la totalidad de los costos y beneficios del intercambio no permanecen en los agentes involucrados, sino que se extienden a terceros —costos y beneficios “sociales”—.

En efecto, frecuentemente un segmento de los costos y beneficios anexos a cierto intercambio de mercado se desplazan o transfieren a los sujetos involucrados en la transacción —o la sociedad en su conjunto—, lo propio sucede cuando un individuo emprende un curso de acción cuyos efectos debían limitarse a éste, pero repercuten en terceros —sea en términos negativos o positivos—. La descripción nos permite comprender que la (re)asignación de parte de esos costos o beneficios se producen en automático, con absoluta prescindencia de la voluntad de los intervinientes y, con mayor razón, de quienes sufren o benefician de tales efectos externos.

50. Cfr. Preston, Larry, *Freedom, market, and voluntary exchange*, en *The American Political Science Review*, vol. LXXVIII, núm. 4, 1984, pp. 959 y ss.

51. Stigler, George, *The economics of information*, en *The Journal of Political Economy*, vol. LXIX, núm. 3, 1961, pp. 213–225; y Caplan, Bryan, *Rational Ignorance*, en Aa. Vv., *The Encyclopedia of Public Choice* edición a cargo de Charles K. Rowley y Friedrich Schneider, Springer, Boston, 2004, pp. 793-795.

52. Montesano, Aldo, *Pareto's analysis of efficiency and its interpretation*, en *History of Economic ideas*, vol. V, núm. 3, 1997, pp. 7 y ss.

A estas alturas, el lector recordará que en muchas investigaciones sobre análisis económico del derecho se califica como “externalidad”<sup>53</sup> al fenómeno de transferencia o desplazamiento a terceros de una parte de los costos o beneficios anexos a un intercambio —terceros que, por definición, no participan en la transacción—. La idea que subyace a este concepto se suele transmitir en términos descriptivos. En concreto, en las investigaciones se resalta el contenido variable de la externalidad: a veces provocará una pérdida o impondrá un costo sobre terceros; mientras que, en otras oportunidades, importará el desplazamiento de beneficios a favor de terceros. Sobre la base de esta diferencia se habla respectivamente de externalidades negativas y positivas.

No niego que el empleo de ejemplos coadyuvó en la tarea de transmitir con éxito la idea en torno a las externalidades. El aspecto que pongo en entredicho es que se evadió la responsabilidad de ofrecer una definición. Nótese que incluso en trabajos íntegramente económicos<sup>54</sup> esta práctica se repite, por lo que existen pocas definiciones, y las raras veces que nos topamos con una tiende a ser insatisfactoria<sup>55</sup>.

Así, se afirmó que la externalidad es un “efecto no-contratado” o “el costo o beneficio que surge de la producción —o el consumo— y recae en una persona distinta del productor —o consumidor—”. El énfasis es colocado en la ausencia de una relación de mercado —contrato— y/o en la existencia de una relación de producción/consumo.

La primera noción yerra por defecto porque es axiomático que una externalidad se materializa fuera de un intercambio de mercado y a su vez la referencia al contrato obscurece el análisis ya que parece que sólo en su ausencia se producen externalidades, cuando en realidad la contratación es una de sus fuentes. Lamentablemente, esta es la definición que se extendió más entre los ius-economistas, por lo que urge afrontar el problema.

La segunda noción supera los inconvenientes presentes en la primera, toda vez que las externalidades surgen no por la existencia o ausencia de un contrato, sino por la propia producción y el consumo. Empero, el error es que las externalidades no sólo se vinculan a estos actos, sino que se presentan actividades distintas —esto es claro en los fenómenos legales—.

La noción más precisa de externalidad es aquella que la describe como el “efecto de las acciones de una persona sobre el bienestar de otras”. El mérito de esta definición es que recoge de modo implícito que el impacto de la externalidad se produce de manera automática y además permite comprender que la creación de externalidades no se ata a la ausencia de contratación o bien a la producción o el consumo, sino a la toma de decisiones (o implementación de cursos de acción).

### 3. Una aproximación a los intercambios económicos.

Los intercambios económicos de mercado —contratos— tienen por finalidad: (i) asignar, (ii)

53. A menudo se ofrece una definición sobresimplificada, del costo o beneficio no-contratado (Bullard González, Alfredo, *op. cit.*, pp. 46, 114, 143, 152 y 162); a la luz de lo expuesto previamente, es cierto que no existe un intercambio voluntario, pero ello no es suficiente para describir los fenómenos que caen bajo su alcance.

54. Scitovsky, Tibor, *Two concepts of external economies*, en *Journal of Political Economy*, vol. LXII, núm. 2, 1954, pp. 143 y ss., en particular p. 143; Mankiw, N. Gregory, *Principios de economía*, séptima edición, traducción de María del Pilar Carrill Villareal, Cengage Learning, Madrid, 2017, p. 12; Parkin, Michael y Loria, Eduardo, *Microeconomía: Versión para Latinoamérica*, novena edición, Pearson, México D. F., 2010, p. 374.

55. Las palabras son de Scitovsky, Tibor, *Two concepts of external economies*, en *Journal of Political Economy*, *cit.*, p. 143, quien afirmó que: «definitions of external economies are few and unsatisfactory»; cuyo parecer también es compartido por Buchanan, James y Stubblebine, Wm. Craig, *Externality*, en *Economica – New Series*, vol. XXIX, núm. 116, 1962, pp. 371 y ss., en particular p. 371.

crear, (iii) desplazar y/o (iv) eliminar, ciertos costos, beneficios y riesgos. Desde un punto de vista legal, los intercambios supondrían que cada parte realiza un sacrificio a fin de obtener cierto beneficio, lo cual únicamente describiría a los contratos con prestaciones recíprocas<sup>56</sup>.

Desde un punto de vista económico, la situación no variaría demasiado. Los involucrados desean involucrarse en un intercambio de bienes y servicios —en estricto, costo, beneficios y riesgos—, toda vez que a través de los intercambios incrementan su bienestar, adquiriendo los recursos cuyo valor relativo es superior a lo sacrificado. El comportamiento de la contraparte se convierte en el medio por el cual se produce la mejora privada.

La precisión persigue resaltar que cuando la adquisición/transferencia de un beneficio, costo o riesgo no tiene correlación económica con un comportamiento acordado y dirigido a tal fin, entonces nos encontraremos ante una externalidad. Los desplazamientos económicos en el mercado no pueden producirse de manera automática o, si se prefiere, en ausencia del acuerdo, si así fuera no existiría certeza respecto de la mejora en la posición relativa de los involucrados; es más, si los desplazamientos económicos se produjeran en automático el contrato perdería su rol preeminente en el análisis de mercado. Con ello se vislumbra una peculiaridad en la manera en cómo se relacionan las funciones de utilidad de dos sujetos dependiendo a si el intercambio se produce en automático —intercambios involuntarios— o si sus voluntades son necesarias a fin de crear un acuerdo —intercambios voluntarios—.

Digamos que “A” tiene un superávit monetario

y un déficit de alimentos. Por su parte, “B” tiene un excedente de alimentos —arándanos—, pero un déficit de dinero. La circunstancia de que ambas personas tengan excedentes en ciertos bienes y escasez —o necesidad— de otros no genera *per se* la asignación o la reasignación de tales bienes, la cual es necesaria para lograr la efectiva satisfacción de las respectivas necesidades que cada uno experimenta —a la luz de sus preferencias y restricciones—. Es claro que se requiere de un instrumento económico-jurídico que permita la redistribución —voluntaria o no-voluntaria, esto es, por vías de mercado o no-mercado—.

Si el instrumento económico-jurídico que permite la redistribución fuese una vía de mercado, se estaría afirmando que la (re)asignación del costo, beneficio o riesgo anexo al comportamiento de uno de los participantes (A) no sería obtenido<sup>57</sup> por el otro (B) a menos de que medie entre ellos un acuerdo. En otras palabras, nos encontramos reconociendo que las funciones de utilidad de los agentes económicos involucrados —sea el productor, sea el consumidor— son independientes entre sí. El intercambio voluntario sería la única vía —privada— a través de la cual cada sujeto satisfaría su necesidad y con ello se explica la existencia del mercado. Las preferencias y valuaciones subjetivas de cada uno serían reveladas a través del acuerdo ya que no tendríamos otra manera de conocer qué desean los involucrados respecto de los beneficios, costos y riesgos<sup>58</sup>.

En palabras llanas, la utilidad experimentada por un sujeto derivada del consumo o producción de ciertos bienes no ocasiona por sí misma el desplazamiento de los recursos superavitarios de unos a favor de los otros a fin de

56. Véase, con carácter general, Saavedra Velazco, Renzo E., *¿La noción de contrato es uniforme en los sistemas contemporáneos? Notas sobre las diferencias entre los sistemas de la tradición jurídica occidental*, en Id., *Análisis económico y comparado del Derecho privado: Una introducción*, Fogueras, Lima, 2016, pp. 351-393.

57. Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Introduction to Law and Economics*, sexta edición, Pearson Education, Boston, 2012, pp. 166-168.

58. Samuelson, Paul A., *A note on the pure theory of consumer's behavior*, cit., pp. 61 y ss.; y Id., *Consumption theory in terms of revealed preference*, en *Economica*, vol. XV, núm 60, 1948, pp. 243 y ss.

obtener los recursos deficitarios. Los recursos permanecerían en la cabeza de los sujetos que los ostentan y confirmaría el importantísimo rol del contrato.

Si el instrumento económico-jurídico que permite la redistribución fuese una vía de no-mercado se estaría afirmando que la (re)asignación del costo, beneficio o riesgo se produce como un:

- a) Intercambio involuntario, esto es, de manera automática sin que los agentes involucrados tengan la voluntad de materializarlo —salvo por la voluntad de ejecutar la actividad, la cual podrá recibir una distinta calificación legal—<sup>59</sup>. Las externalidades se ubican aquí.
- b) Intercambio obligatorio, esto es, se impone la necesidad de redistribuir, pero la conducta por la cual se produce el desplazamiento debe ser ejecutada por el afectado, por lo que existe una voluntad coaccionada. La coacción puede ser lícita o ilícita, de lo cual derivará su posterior protección jurídica. La licitud de la coacción no tiene relación alguna con el hecho de que el supuesto que activa el intercambio sea conforme a derecho o bien suponga una infracción. A manera de ejemplo, el impuesto es un intercambio obligatorio de coacción lícita y su hecho generador —hecho imponible— es legal; a diferencia de lo que ocurre con la multa que es un intercambio obligatorio, pero cuyo hecho generador es una actividad o hecho contrario a derecho.
- c) Intercambios forzosos, esto es, la redistribución se materializa por obra de la fuerza y sin que se requiera una conducta del afectado. Como se ve, tiene elementos

tanto del primer tipo, cuanto del segundo tipo de intercambio no-voluntario. La similitud con el primero es la falta de necesidad de una actividad del gravado, el efecto se produce en automático; y la similitud con el segundo se asienta en la necesidad de evaluar la licitud del empleo de la fuerza y si el supuesto que la activa es contrario o no a derecho. A manera de ejemplo, la expropiación produce la transferencia forzosa de la propiedad de un particular sin que se requiera actividad de éste, por lo que resulta lícito el uso de la fuerza —salvo los casos de expoliación que técnicamente no califican como expropiación— y el supuesto que sirve de fundamento es legal (búsqueda de la satisfacción del interés público); en cambio, en el caso de la pérdida de dominio en el marco de procesos penales se origina en una conducta contraria a derecho —bienes originados de delitos o destinados a ellos—.

Dado el alcance del presente acápite, me detendré en el caso de los intercambios involuntarios.

A diferencia de lo que ocurre con los intercambios voluntarios (contratos), cuando se estudian las externalidades —negativas o positivas— las funciones de utilidad o producción de los involucrados sí resultan interdependientes, es decir, existe una correlación económica directa en el resultado que cada sujeto obtendrá en su patrimonio a la luz de los costos y los beneficios que el otro le impone —o transfiere—. No interesa si los sujetos hubieran podido llegar a un acuerdo con anterioridad al desplazamiento de los costos y/o beneficios, las consecuencias vinculadas a sus conductas y/o decisiones individuales serán experimentadas por otros. Sé que lo dicho se aleja de lo afirmado por el *mains-*

---

59. A manera de ejemplo, la diferencia entre voluntad y voluntariedad esbozada al interior de la teoría general del negocio jurídico y la clasificación de los hechos jurídicos. Sobre el punto se aconseja la lectura de León, Leysser L., *Los actos jurídicos en sentido estricto: Sus bases históricas y dogmáticas*, en Aa, Vv., *Negocio jurídico y responsabilidad civil: Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova* dirigido por Freddy Escobar Rozas, Leysser L. León, Rómulo Morales Hervías y Eric Palacios Martínez, Grijley, Lima, 2004, pp. 1-113.

trem del *Law and Economics*, pero no debería sorprendernos<sup>60</sup>.

En el ejemplo usual de la fábrica que emite humos a los vecinos, el desplazamiento de un segmento de los costos inherentes a la actividad económica se produce de manera automática y directa o, lo que es lo mismo, la existencia de vecinos genera automática y directamente un desplazamiento de una parcela de los costos de vivir en un ambiente saludable hacia la fábrica. Desde un punto de vista descriptivo, ambas afirmaciones son correctas<sup>61</sup>, pero se opta por presentarla de cierta manera a la luz de preferencias subjetivas o por la existencia de reglas legales que establecen a qué parte se amparará en una controversia. En la medida que el desplazamiento involuntario es posible y que este genera un costo —o beneficio— sobre un sujeto que no lo originó o que no otorgó su anuencia para sufrirlo —o aprovecharlo—, el sistema jurídico tiende a implementar mecanismos que logren un reequilibrio.

Dado que los costos y los beneficios analizados

son transferidos al margen de un mecanismo de mercado, no contaríamos con un valor de cambio —por pacto o por el mercado—. Recordemos, en las externalidades los terceros soportan —o disfrutan— los costos —o los beneficios— de las conductas realizadas por otros de manera directa e incluso en contra de sus deseos y de la intención de quien produjo la externalidad<sup>62</sup>. Ante ello, ni unos ni otros predispusieron algún mecanismo que les permitiera revelar información sobre sus valuaciones subjetivas, es decir, según sea el caso, cuánto estaría cada uno de ellos dispuesto a sacrificar para no soportar los costos que le son transferidos —externalidad negativa— o cuánto estaría cada uno dispuesto a pagar para aprovecharse de los beneficios que recibe —externalidad positiva—<sup>63</sup>.

¿Cuál es el problema de ello?

El particular que origina la externalidad no cuenta con la información que le permita adoptar el nivel de actividad y precaución que es socialmente deseable<sup>64</sup> desde una óptica de

- 
60. Arrow, Kenneth J. y Debreu, Gérard, *Existence of an equilibrium for a competitive economy*, en *Econometrica*, vol. XXII, núm. 3, 1954, pp. 265 y ss.
61. La idea es una extensión del teorema de Coase, toda vez que las externalidades y los problemas anexos a ellas son de carácter bilateral.
62. El tema presenta sus bemoles cuando se trata de asignar los remedios aplicables, así como los (des)incentivos que idealmente el sistema jurídico debería proveer. Sobre el punto véase Dari-Mattiacci, Giuseppe, *Negative liability*, en *The Journal of Legal Studies*, vol. XXXVIII, núm. 1, 2009, pp. 21 y ss.
63. La cuestión permite distinguir, desde un punto de vista económico, entre bienes (*goods*) y males (*bads*). Sobre el punto véase: Arrow, Kenneth J.; Dasgupta, Partha; Goulder, Lawrence H.; Mumford, Kevin J. y Oleson, Kirsten, *Sustainability and the measurement of wealth*, en *Environment and Development Economics*, vol. XVII, núm. 3, 2012, pp. 317 y ss.
64. En el 2019, el profesor Calabresi afrontó este tópico en relación con las reglas de responsabilidad en el evento «Innovation, Justice and Globalization» organizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard los días 26 y 27 de setiembre del 2019. La exposición tuvo por título «*Liability rules: What they are and what they are not*», disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=DgLjUAJOPA0> (15 de marzo del 2022). En concreto, Calabresi señala que el monto a establecerse no tendría por qué imitar al mercado o aquello que se habría logrado si hubiese existido un acuerdo/contrato (minuto 11:08 a 14:41), toda vez que podría fijarse un monto inferior, igual o superior al que se habría obtenido por dicha vía. El resultado variaría dependiendo de la voluntad de la colectividad de favorecer el intercambio involuntario (al fijar un monto muy bajo como el «precio») o casi impedirlo (al fijar un monto muy alto). Sobre la base de lo anterior, este precio podría tener una configuración de una «sanción». Para una aproximación general a los precios y las sanciones desde una perspectiva ius-económica, Saavedra Velazco, Renzo E., *Las externalidades y el criterio de imputación en la responsabilidad extracontractual: Estrategia de precios vs. Estrategia de sanciones*, en *Themis-Revista de Derecho*, núm. 66, 2014, pp. 263 y ss.

eficiencia. La solución es clara: debe establecerse un valor a la externalidad a fin de que el particular ajuste su actividad, lo cual se logrará al forzarlo a soportar los costos que trasladó a terceros —externalidades negativas— o permitiéndole obtener los beneficios que trasladó —externalidades positivas—. El fenómeno descrito es a lo que se denomina “internalización de las externalidades”<sup>65</sup> y que no sólo se logra mediante remedios legales como la responsabilidad civil, sino a través de estructuras formales e informales.

#### 4. Clasificación de las externalidades y un vistazo al régimen legal para solucionarlas.

Los conceptos que componen las bases del *Law and Economics* han sido estudiados, de manera general en países del *Civil Law*, a partir de ejemplos y limitándose a lo mínimo indispensable.

Si bien ello resulta comprensible debido a que los operadores jurídicos iniciaban su inmersión en los tópicos económicos, el tiempo ha hecho lo suyo.

Si uno realiza una búsqueda por palabras en el repositorio de sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional peruano hallará que existen al menos 36 pronunciamientos en que dicho colegiado con diversas conformaciones<sup>66</sup> —del 2013 al 2022— emplea el término externalidad como parte de sus fundamentos jurídicos.

¿Ello qué significa? El término ha ido calando entre los operadores jurídicos, incluso en aquellos que pensamos rechazarían una aproximación economicista en el análisis de derechos, por lo que parecería ser aconsejable profundizar en su comprensión<sup>67</sup>.

Así, es harto conocida la diferencia entre externalidades positivas o negativas<sup>68</sup> y que es útil al permitirnos comprender varios fenómenos. Por un lado, la responsabilidad extracontractual se erige en una hipótesis de externalidad negativa en tanto que el sistema jurídico procura trasladar a quien las origina el costo que soporta la víctima —desincentivando su creación, a menos que el beneficio sea superior a su costo—<sup>69</sup>. Por

65. Endres, Alfred, *Strategies for internalizing externalities*, en Id., *Environmental Economics*, traducción del alemán Iain L. Fraser, Cambridge University Press, Nueva York, 2010, pp. 32-101.

66. El caso más antiguo examinado para el presente artículo fue resuelto por la Sala 2 del Tribunal Constitucional del 2013 conformada por Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, mientras que el caso más reciente fue resuelto por el Pleno del Tribunal Constitucional del 2022 conformado por Ferrero Costa, Sardón de Taboada, Miranda Canales, Blume Fortini, Ledesma Narvaez y Espinoza-Saldaña Barrera. La mayor parte de los pronunciamientos se expidieron en el marco de procesos de habeas data (34), mientras que sólo dos (2) en procesos de amparo.

67. A manera de ejemplo, Posner, Eric A., *Human welfare, not human rights*, en *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, núm. 394, 2008, pp. 1 y ss. (del PDF), disponible a través del web-site del Coase-Sandor Institute for *Law and Economics*: [https://chicagounbound.uchicago.edu/law\\_and\\_economics/245/](https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/245/)

68. La distinción entre externalidades pecuniarias (mercado) o tecnológicas no ha sido estudiada en nuestro medio por la ius-economía. El eje de la diferencia entre ellas radica en cómo se materializa. Así, en el caso de las primeras opera a través del sistema de precios, esto es, la conducta o decisión de un sujeto (o un grupo de ellos) provoca una alteración en el precio de un bien/servicio (por ejemplo, el desplazamiento de la demanda de inmuebles en cierta zona rural por parte de quienes habitan en una específica zona urbana, ocasionando un incremento del precio en dicha zona rural), mientras que las segundas afectando los recursos que posee o a los que accede un individuo (o un grupo de ellos). El ejemplo tradicional de la fábrica que afecta el medio ambiente de los vecinos es un caso de externalidad tecnológica. En un sistema de mercado completo las externalidades pecuniarias deberían compensarse entre sí, esto es, el margen de la ganancia de un sujeto debería ser recíproca a la pérdida del otro. Naturalmente, los mercados no siempre pueden subsumirse en dicho modelo, estas externalidades crean desequilibrios.

69. Gilead, Israel, *Tort Law and internalization: The gap between private loss and social cost*, en *International Review of Law and Economics*, vol. XVII, núm. 4, 1997, pp. 589-608.

otro lado, el enriquecimiento sin causa se erige en una hipótesis de externalidad positiva que provoca una reacción del sistema jurídico dirigida a imponer sobre el beneficiado el deber de restituir el valor de aquello en que se enriquecen —en sentido amplio—<sup>70</sup> de la conducta ajena —incentivando su creación, en particular en el caso de bienes públicos—<sup>71</sup>. Si se prefiere, en el esquema de externalidades negativas solemos centrarnos en el costo que es impuesto sobre la parte afectada —víctima—, mientras que en las externalidades positivas el interés se desplaza hacia la parte beneficiada.

Quisiera agregar otra diferencia centrada en el número de los terceros afectados por una toma de decisión en que no participa<sup>72</sup>. La importancia no es menor. En un caso, si el número de afectados es reducido, entonces tenderá a ser posible que los particulares involucrados interactúen para solucionar el pro-

blema, logrando que quien creó la externalidad —negativa— la internalice o permitiendo que quien se beneficia de una externalidad —positiva— compense a quien la originó —el acuerdo privado es posible—. Así, los ejemplos que propuso Coase en *"The problem of social cost"* y los casos en que se cumple lo previsto en su teorema se reconducirían a lo esbozado, recibiendo la calificación de externalidad privada.

Por su parte, existen otras externalidades en que los costos de la negociación resultan tan altos que se tornan prohibitivos. En tales casos la solución privada tiende a ser imposible, por lo que el sistema jurídico construye una regla por defecto o un régimen legal destinado a solucionar el impasse<sup>73</sup> —o a reducir el costo para intentar una solución privada o la internalización de la externalidad—<sup>74</sup>. En estos casos, la externalidad es calificada como pública.

70. Las investigaciones en nuestro país sobre la materia son escasas, por lo que casi podríamos limitarnos a aludir, por su calidad, a León Hilario, Leysser L., *La acción restitutoria por enriquecimiento injustificado en el Perú: Notas históricas, comparativas y prácticas*, en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, núm. 100, Lima, 2021, pp. 27 y ss.; Barchi Velaochaga, Luciano, *El enriquecimiento sin causa en el contexto del contrato: a propósito del pago en exceso*, en *Advocatus*, núm. 38, 2019, pp. 27 y ss.; y Fernández Cruz, *Tutela y remedios: La indemnización entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa*, en Aa. Vv., *Libro de ponencias al X Congreso Nacional de Derecho Civil* bajo la coordinación de Roger Vidal, Instituto Peruano de Derecho Civil, Lima, 2015, pp. 105 y ss.

71. Porat, Ariel, *Private production of public goods: Liability for unrequested benefits*, en *Michigan Law Review*, vol. CVIII, núm. 2, 2009, pp. 189 y ss.

72. El planteamiento se reconduce al ensayo de Hartwick, John M. y Olewiler, Nancy D., *The economics of natural resource use*, en *Land Economics*, vol. LXII, núm. 4, 1986, pp. 422 y ss. Sin embargo, una serie de investigaciones posteriores hacen eco de esta diferencia: Kula, Erhun, *Economics of natural resources and the environment*, Chapman & Hall, Londres, 1992, pp. 152 y ss.; y Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *op. cit.*, pp. 139-142.

73. Es la consecuencia natural del teorema de Coase: en un mundo donde existen costos de transacción altos, la regla legal sí importa. Sin embargo, no estoy sosteniendo una solución pública de manera inmediata, lo único que señalo es que si existen estos altos costos de transacción y la solución privada resulta imposible, entonces se debe dar paso a una solución pública. Al margen de ello, la solución pública tenderá a ser supletoria, salvo que existan razones para tornarla imperativa (la protección de intereses públicos). Sobre el punto *vid* Schlag, Pierre, *The problem of transaction cost*, en *Southern California Law Review*, vol. LXII, núm. 6, 1999, pp. 1661 y ss., en particular pp. 1679-1687; Schwartz, Alan, *The default rule paradigm and the limit of contract law*, en *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. III, núm. 1, 1993, pp. 389 y ss.

74. A manera de ejemplo, la posibilidad de interponer pretensiones en defensa de intereses colectivos o difusos procura justamente reducir los costos prohibitivos de la acción coordinada, potenciando la posibilidad de un acuerdo que permite la internalización de las externalidades creadas por un sujeto (por ejemplo, el fabricante de un producto defectuoso o una empresa que contamina el medio ambiente). Para una aproximación al tema véase Rosenberg, David, *Mandatory litigation class action: The only option for mass torts cases*, en *Harvard Law Review*, vol. CXV, núm. 3, 2002, pp. 831 y ss.

Naturalmente, la determinación de cuál solución —privada o pública— resulta deseable desde un punto de vista de eficiencia se sujeta a diversas consideraciones, tales como el alcance de los sujetos afectados —mientras más bajo el número de involucrados en una de las partes del litigio resulta más probable llegar a un acuerdo, favoreciendo la solución privada—<sup>75</sup>, los costos de transacción —mientras más bajos sean los costos de búsqueda y coordinación de los afectados se aspirará a un acuerdo de mayor cuantía, reduciendo con ello la posibilidad de arribar a una solución privada y lo propio sucedería a la inversa—, los costos de la incertidumbre del órgano encargado de decidir la controversia —mientras mayor incertidumbre en torno al sentido de la decisión, menos inclinados estarán los demandados a transar—<sup>76</sup> y así por el estilo. La acotación de Coase acerca de que no podemos inclinarnos automáticamente por la solución pública permanece en lo sustancial.

Bien vistas las cosas, la externalidad es el subproducto de un problema de costos de transacción.

En este punto de la exposición no resultará complicado entender el por qué. En un mundo sin costos de transacción los particulares podrían, mediante acuerdos privados, lograr la internalización. Desafortunadamente, no nos movemos

en un mundo sin costos de transacción y, por extensión, requerimos de soluciones públicas, en especial porque sirven como anclaje<sup>77</sup>.

### III. ¿UN CONCEPTO CONOCIDO? SENTANDO LAS BASES PARA LA COMPRESIÓN DE LOS “COSTOS DE TRANSACCIÓN”

A semejanza de lo que ocurre con las externalidades, en el caso de los costos de transacción el principal problema se gesta por la reticencia —u omisión— de Coase de ofrecer una definición.

Es curioso constatar que entre los “especialistas” —tanto críticos como entusiastas— existe consenso en que: (i) en “*The nature of the firm*” se esboza por primera vez la idea de los costos de transacción, (ii) Coase nunca usa el término costo de transacción, sino “the cost of using the price mechanism”<sup>78</sup> y (iii) los confines de la idea son muy gaseosos.

Dada las peculiaridades reseñadas y la circunstancia de que en los ejemplos ofrecidos por Coase se asume el inicio de una etapa precontractual, parecería que los costos de transacción tienen una vinculación intrínseca con la contratación. La realidad es distinta<sup>79</sup>. No niego que hoy exista un sector de académicos que limite el alcance de los costos de transacción al campo contractual; me interesa más bien hacer

75. Como se tuvo la oportunidad de precisar, las externalidades privadas, por lo general, son susceptibles de una solución de mercado (solución privada vía negociación), pero en el caso de las externalidades públicas (atadas de manera usual a un «mal público») tienden a cobrar mayor realce las soluciones ajenas al mercado justamente por la dificultad de implementar una solución privada.

76. Al menos en lo que atañe a un resultado de asignación de responsabilidad. Si, en cambio, la incertidumbre es sobre la magnitud de la responsabilidad, la inclinación o no al acuerdo dependerá de si se es averso al riesgo o si existen secuelas distintas debido a que la controversia queda abierta (por ejemplo, necesidad de incluir provisiones en la contabilidad puede afectar los estados financieros y el valor de las acciones).

77. Li, Lunzheng; Maniadis, Zacharias; y Sedikides, Constantine, *Anchoring in economics: A meta-analysis of studies on willingness-to-pay and willingness-to-accept*, en *Journal of Behavioral and Experimental economics*, vol. XC, núm. 2, 2021, pp. 1 ss.

78. Por su parte, en «*The problem of social cost*» utiliza la frase «the costs of market transactions».

79. La idea es planteada por Allen, Douglas W., *Transaction Costs*, en Aa. Vv., *Encyclopedia of Law & Economics* edición a cargo de Boudewijn Bouckaert y Gerrit De Geest, vol. I: *The history and methodology of Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2000, pp. 893 y ss.

hincapié en el otro sector. En el segundo grupo están quienes centran los costos de transacción en los costos de establecer y hacer valer los *property rights*<sup>80</sup>.

El primer grupo tiene una noción limitada de los costos de transacción. En efecto, se asume el inminente inicio de tratativas, por lo que los académicos que acogen esta perspectiva tienden a focalizarse en el impacto de los costos en el volumen de los intercambios de mercado, la posibilidad y la aptitud de los agentes económicos de ejercer arbitraje —*arbitrage*—<sup>81</sup>, la existencia de equilibrio y otros asuntos propios de un análisis neoclásico. En consecuencia, las investigaciones pueden denominarse como neoclásicas<sup>82</sup>.

El segundo grupo tiene una perspectiva más

amplia pues se centran en el impacto que tienen los costos de transacción en la distribución de los *property rights*, por lo que se estudian aquellos productos jurídicos<sup>83</sup>, políticas y organizaciones que generan (des)incentivos en la producción y (re)asignación. Estas investigaciones se asientan en las ideas de la economía neoclásica, pero, a partir de ellas, hacen importantes progresos<sup>84</sup>, por lo que dan origen a nuevos subcampos de estudio, tales como el *Law and Economics* y la nueva economía institucional<sup>85</sup> —en cuyo interior se encuentra la denominada “Economía de los costos de transacción”<sup>86</sup>.

Considero aconsejable seguir la segunda posición ya que nos permitirá estudiar de manera más completa un conjunto de fenómenos jurídicos que se desarrollan fuera del campo contractual.

80. Allen, Douglas W., *What are Transaction Costs?*, en *Research in Law and Economics*, vol. XIV, 1991, pp. 1 y ss.

81. Desde un punto de vista económico-financiero, el *arbitrage* supone la práctica de aprovechar las eventuales diferencias de precio de un mismo bien en distintos mercados. Así, un individuo se beneficia al realizar en los citados mercados operaciones de compra y venta del bien, reteniendo, además del beneficio general de toda operación que involucre el bien, la diferencia entre el precio regular en los mercados de tal bien y el precio al que en el mercado concreto (Sharpe, William F. y Alexander, Gordon J., *Investments*, cuarta edición, Prentice-Hall, Nueva Jersey, 1990, p. 795).

Desde un punto de vista teórico, el *arbitrage* no resultaría posible, al menos en múltiples operaciones, en un mercado perfectamente competitivo, toda vez que la información sería incorporada de modo automático en el precio. Al respecto véase Fama, Eugene, *Efficient capital markets: A review of theory and empirical work*, en *The Journal of Finance*, vol. XXV, núm. 2, 1970, pp. 383 y ss., la crítica a esta visión provino, entre otros, de Shiller, Robert J., *From efficient markets theory to behavioral finance*, en *Journal of Economic Perspectives*, vol. XVII, núm. 1, 2003, pp. 83 y ss.

82. Véase *retro* nota al pie (53). Sin embargo, parecería que Bullard acoge una posición neoclásica por la insistencia en que califica a los costos de transacción como los costos de contratar. La eventual explicación, así como la aparente contradicción en reconocer costos de transacción en escenarios «fuera de la contratación», podría asentarse en que se juzgan como costos asumidos con vistas a la futura celebración de un contrato.

83. En relación con el término «producto jurídico o legal» como noción que subsume a las reglas legales, figuras doctrinales y fórmulas jurisprudenciales (Saavedra Velazco, Renzo E., *Análisis económico y comparado del Derecho privado: Una introducción*, Fogueras, Lima, 2016, pp. 61-72).

84. A manera de ejemplo, North, Douglass C., *Transaction costs, institutions, and economic performance*, ICS Press, San Francisco, 1992, pp. 6-9, establece qué factores incluyen en la creación y reducción de tales costos.

85. Rutherford, Malcolm, *Institutional economics: Then and now*, en *Journal of Economic Perspectives*, vol. XV, núm. 3, 2001, pp. 173 y ss.

86. Uno de sus padres es, sin duda, el ganador del Nobel de Economía 2009 Oliver E. Williamson, quien, además, tenía gran interés por el *Law and Economics*. Véase, para una aproximación a esta escuela (además de una crítica a Richard A. Posner), Williamson, Oliver E., *Transaction cost economics meets Posnerian Law and Economics*, en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, CXLIX, núm. 1, 1993, pp. 99 y ss.

## 1. Contexto y asunciones.

A menudo los operadores jurídicos, incluidos los ius-economistas, pierden de vista que el aporte de Coase a la economía significó una auténtica revolución copernicana<sup>87</sup>. Sí, todos repiten que a partir de Coase se comenzaron a evaluar los costos anexos a la negociación y ejecución de acuerdos. El aspecto que queda oculto es por qué en el período anterior a Coase se consideraba que llegar a acuerdos no importaba ningún costo<sup>88</sup> y cuál era la trascendencia de tal asunción.

La economía trabajaba bajo la idea del mercado perfectamente competitivo<sup>89</sup>. En un mundo en que el mercado funciona de esta manera resulta axiomático que los intercambios no afrontan costos adicionales al precio. Si el precio de mercado incorporaba la información disponible respecto de las cualidades y atributos de lo intercambiado, entonces no existe algún componente anexo al recurso —o a la operación— que no haya sido valorado<sup>90</sup>. El contexto es ideal para tomar decisiones racionales que maximicen la utilidad de los intervinientes.

Quizás sea aconsejable recordar las características más saltantes de un mercado competitivo<sup>91</sup>:

- a) El mercado posee un número significativo de consumidores y proveedores, lo cual elimina la posibilidad de monopolio, monopsonio y oligopolio.
- b) Los agentes económicos son tomadores de precios o ningún agente tiene la posibilidad de influir por sí mismo en el precio<sup>92</sup> —si existiesen agentes con dicho poder no estaríamos ante un mercado competitivo—.
- c) Las mercancías son homogéneas —*commodities*—, vale decir, comparten iguales cualidades y son intercambiables entre sí<sup>93</sup> —situación que facilita el cumplimiento de las características anteriores, toda vez que si los productos fueran heterogéneos no existiría una competencia y además la demanda/oferta se tornaría inelástica—<sup>94</sup>.
- d) Los consumidores cuentan con la información necesaria para tomar su decisión<sup>95</sup>.

- 
87. Klaes, Matthias, *The history of the concept of transaction costs: Neglected aspects*, en *Journal of the History of Economic Thought*, vol. XXII, núm. 2, 2000, pp. 191 y ss.
  88. Coase, Ronald H., *The problem of social cost*, cit., p. 19, donde señala que: «Of course, if market transactions were costless, all that matters (questions of equity apart) is that the rights of the various parties should be well-defined and the results of legal actions easy to forecast.»
  89. Para una breve aproximación general sobre el tema véase McNulty, Paul J., *A note on the history of perfect competition*, en *Journal of Political Economy*, vol. LXXV, núm. 4, parte 1, 1967, pp. 1967, pp. 395 y ss.
  90. Hayek, Friedrich A., *The use of knowledge in society*, en *The American Economic Review*, vol. XXXV, núm. 4, 1945, pp. 519 y ss.
  91. Knight, Frank H., *Risk, uncertainty and profit*, Houghton Mifflin Company, Boston y New York, 1921, pp. 76-80.
  92. Para mayor detalle: Gretskey, Neil E., Ostroy, Joseph M. y Zame, William R., *Perfect competition in the continuous assignment model*, en *Journal of economic theory*, vol. LXXXVIII, núm. 1, 1999, pp. 60 y ss.
  93. Hayek, Friedrich A., *The meaning of competition*, en *Econ Journal Watch*, vol. XIII, núm. 2, 2016, pp. 360 y ss., en particular p. 362. El trabajo fue publicado originamente en Hayek, Friedrich A., *Individualism and Economic Order*, University of Chicago Press, Chicago, 1948, pp. 92-106.
  94. Para una aproximación general véase Gómez López, Luis Francisco, *The concept of elasticity and strategies for teaching it in introductory courses of economics*, en *Semestre económico*, vol. XXII, núm. 51, 2019, pp. 149 y ss.
  95. Robinson, Joan, *What is perfect competition?*, en *The Quarterly Journal of Economics*, vol. XLIX, núm. 1, 1934, pp. 104 y ss.; y Hayek, Friedrich A., *The meaning of competition*, cit., p. 362.

- e) Los derechos se encuentran bien definidos, por lo que no existe incertidumbre sobre la identidad del titular y el alcance de la prerrogativa que ostenta.
- f) La ausencia de barrera de acceso o salida de agentes económicos, así como para el libre intercambio<sup>96</sup>.
- g) Los intercambios se ejecutan de inmediato, es decir, no existe un factor intertemporal en juego.

En el contexto descrito, resulta absurdo pensar en la potencial existencia de costos anexos a la contratación. Las razones no son complicadas. Los costos de transacción suponen la existencia de fricciones en el mercado o la presencia de circunstancias externas que constriñan a los involucrados a introducir en sus respectivos análisis variables que impactan en el valor que asignan al recurso —distintas a la producción del bien o a su entrega—<sup>97</sup>.

Si uno se detiene a evaluar lo anterior entenderá cómo las asunciones se verán alteradas gracias al análisis coaseano. Bajo la perspectiva de Coase se puede predicar que se cumple lo indicado en (e) si, y sólo si, los derechos están perfectamente: (i) determinados en su contenido, (ii) asignados y (iii) tutelados frente a agresiones; sin embargo, para la perspectiva anterior a Coase:

- a) El contenido del derecho resulta claro, por lo que no resultaría posible que la conducta de un tercero afecte el valor de dicho derecho —ausencia de externalidades—.
- b) En tanto que se cumple lo indicado en (i) existe un único titular y, por lo tanto, no resulta viable la posibilidad de conflicto —o superposición— entre prerrogativas. Lo anterior supone que no es necesario utili-

zar el Derecho para definir el alcance de las titularidades.

- c) Todos los rendimientos y costos anexos a la prerrogativa son absorbidos por el titular, lo cual genera incentivos adecuados para el uso eficiente del derecho —pues el titular invertirá mientras obtenga beneficios que superen el costo de oportunidad y optará por transferir cuando ello ya no sea así—.

Lo expuesto podría parecer llamativo para un operador jurídico actual, pero resultaba clarísimo para un economista neoclásico. Así, no era necesario prestar atención a las cualidades de lo que se intercambiará pues su valor se encontraba incorporado en el precio. Dicho en otras palabras, los agentes únicamente debían conocer el precio para tomar contacto con la información relevante del bien y actuar en consecuencia, máxime si los bienes eran homogéneos.

Tal vez lo más llamativo era que la ejecución del intercambio no suscitaba preocupaciones, pero también era comprensible. Si no existe diferencia entre el momento de la celebración y el momento de la ejecución, se eliminaba toda inquietud acerca de comportamientos estratégicos y las potenciales variaciones de los costos y/o beneficios de la operación. Incluso si hubiese sido posible este comportamiento estratégico, el mismo ya habría sido incorporado en el precio —aunque ello sería una infracción de la asunción de la homogeneidad, en tanto que significaría que la identidad del proveedor sí resultaba relevante—. Así, se eliminaría los costos de información.

En tal contexto es fácil comprender por qué todos los intercambios voluntarios son beneficiosos y por qué los intercambios beneficiosos tienen lugar en un mercado perfectamente competitivo —alcanzándose el óptimo *paretia-*

96. Robinson, Joan, *op. cit.*, p. 104; y Hayek, Friedrich A., *op. cit.*, 362.

97. Arrow, Kenneth, *Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care: Reply (The Implications of Transaction Costs and Adjustment Lags)*, en *The American Economic Review*, vol. LV, núm.1/2, 1965, pp. 154 y ss., en particular p. 155.

no—; y, a su vez, por qué se da por hecho que los costos privados coinciden con los costos sociales<sup>98</sup>.

## 2. Noción de costo de transacción.

En el contexto antes descrito podría considerarse “insolente”<sup>99</sup> brindar una definición. A pesar de ello, considero que es lo aconsejable a fin de ofrecerle al operador jurídico un camino más seguro por el cual transitar, además, es ineludible cuando se critica —como lo haré— el uso o el contenido que se le otorga al concepto en otros trabajos.

Así, los costos de transacción serían aquellos costos que asume un individuo con el propósito de fijar/definir los límites de su propia prerrogativa legal, transferirla y/u obtener —o conservar— una tutela jurídica. Los “costos de contratar” serían sólo una fracción del universo de los costos de transacción, además, se reconoce que los derechos de propiedad no están perfectamente definidos y que el titular debe realizar actividades *ex ante* y *ex post*<sup>100</sup>.

Antes de explicar qué entiendo por delimitación *ex ante* y *ex post* de los derechos de propiedad, tengo que hacer lo propio con la definición de *property rights*. A menudo se pierde de vista que la idea de *property rights*<sup>101</sup> existente en el *Common Law* tanto en el campo jurídico<sup>102</sup>, como en el económico<sup>103</sup>, no coincide con el concepto de propiedad del sistema europeo-continental. Si bien los *property rights* suponen el reconocimiento de que el titular tiene las prerrogativas de excluir, usar y transferir<sup>104</sup> —algo similar a lo que se piensa en el *Civil Law*—; la diferencia recae en a qué prerrogativas se le puede asignar tales características. Así, se reconoce *property rights* a los individuos sobre prerrogativas tan disímiles como los datos personales, la propiedad intelectual y el *timeshare* debido a que reúnen las tres características y recaen sobre un recurso escaso.

Cuando uno lee a (ius)economistas estadounidenses referirse a la necesidad de que los derechos de propiedad se encuentren definidos, debe comprender que se alude a *property rights* y no sólo al derecho real sobre un bien<sup>105</sup>. Los

98. Stigler, George, *Theory of price*, tercera edición, Macmillan Publishing Company, Nueva York, 1966, p. 120.
99. De Trazegnies Granda, Fernando, *Pensando insolentemente: Tres perspectivas académicas sobre el Derecho seguidas de otras insolencias jurídicas*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000.
100. En el Perú, el asunto genera múltiples cuestionamientos desde una perspectiva dogmática clásica, sobre todo en los últimos años debido a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial respecto de la protección de la confianza suscitada en la información registral y otros actos exteriores.
101. Cole, Daniel H. y Grossman, Peter Z., *The meaning of property rights: Law versus Economics?*, en *Land Economics*, vol. LXXVIII, núm. 3, 2002, pp. 317 y ss.
102. Para una visión comparativa véase Lévassieur, Alain A., *The boundaries of property rights: La notion de biens*, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. LIV, *American Law in the 21st Century: U.S. National Reports to the XVIIth International Congress of Comparative Law*, 2006, pp. 145 y ss.
103. Alchian, Armen A., *Some economics of property rights*, en *El Político*, vol. XXX, núm. 4, 1965, pp. 816 y ss., en particular pp. 817-819.
104. Merrill, Thomas W., *Property and the right to exclude*, en *Nebraska Law Review*, vol. LXXVII, núm. 4, 1998, pp. 730 y ss., en particular pp. 730 y 742-743, donde señala respectivamente que: «I shall argue in this Essay that the right to exclude others is more than just "one of the most essential" constituents of property-it is the sine qua non» y luego que la exclusión atraviesa todos los atributos de la propiedad, incluida la disposición; y Epstein, Richard A., *Takings: private property and the power of eminent domain*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, p. 74 («The right of disposition is a property right, in the same degree and manner as the right to exclusive possession»).
105. Cfr. Cole, Daniel H. y Grossman, Peter Z., *op. cit.*, pp. 325-328.

*property rights* son definidos *ex ante* o *ex post* a un potencial acuerdo. Antes de un acuerdo, el titular de un *property right* debe asumir los costos de delimitar tanto física, como jurídicamente, el alcance de su prerrogativa legal, lo cual le significará asumir inversiones. Imaginemos al propietario de un predio. Desde que se apropia del bien, asume el costo de ejercer la posesión —mediata o inmediata—, cercar, levantar la información catastral, dar el alta en la Municipalidad, inscribir en los Registros Públicos, etc.; y al realizarlo permite conocer el alcance físico y jurídico de su prerrogativa, facilitando su defensa, uso, la constitución de otras prerrogativas —derechos reales menores—<sup>106</sup> o la transferencia —de todo o parte de ella—. Se asumen estos costos porque el sistema no es perfecto y el propietario es el llamado a asumirlos.

Con posterioridad a un acuerdo la situación no varía mucho. El adquirente tiene la carga de decidir sobre todas las cuestiones enumeradas en el párrafo anterior, lo cual le permitirá consolidar —o no— su titularidad; todo ello sin olvidar que en la redacción del acuerdo puede —o no— ser claro sobre los alcances y límites de la prerrogativa transferida —constituida—, así como los costos involucrados para materializar los objetivos trazados en el acuerdo.

En términos llanos, los costos de transacción serían todos los costos que los individuos se ven forzados a asumir debido a que no se mueven en un contexto propio del mundo de Robinson Crusoe<sup>107</sup> —prerrogativas legales/económicas perfectamente definidas e imposibilidad de que se dé una superposición/conflicto acerca del alcance de las prerrogativas y su titularidad—.

Así las cosas, valdría la pena esbozar las causas que originan los costos de transacción o agudizan su magnitud. Convengo con Rowley, quien afirma que los costos de transacción emergen<sup>108</sup> de: (i) una inadecuada definición de los *property rights*; (ii) la existencia de externalidades; (iii) el número de agentes involucrados; y (iv) la falta de idoneidad de las instituciones<sup>109</sup>.

### 3. ¿Coase vs. Pigou?

Como anticipé, no tengo por intención defender a Pigou. Sí es mi intención efectuar precisiones que resulten de utilidad para el lector en la comprensión de la construcción *coaseana* y la propuesta *pigouviana*, así como de cuáles serían sus consecuencias.

Dado que en el Perú la investigación académica es insipiente, resulta extraño que los inves-

106. Escobar Rozas, Freddy, *Apuntes sobre la circulación de los derechos reales derivados*, en *Ius et veritas*, año XV, núm. 30, 2005, pp. 164 y ss.

107. Starr, Ross M., *An elementary general equilibrium model: The Robinson Crusoe economy*, en Id., *General Equilibrium Theory: An introduction*, segunda edición, Cambridge University Press, Nueva York, 2011, pp. 12 y ss.; y Demsetz, Harold, *Toward a theory of property rights*, en *The American Economic Review*, vol. CVII, núm. 2, 1967, pp. 347 y ss.

108. Rowley, Charles K., *Prologue: The 'problem' of social cost*, en Cheung, Steven N. S., *The myth of social cost: A critique of welfare economics and the implications for public policy*, Hobart Paper, vol. LXXXII, The Institute of Economic Affairs, Londres, 1978, pp. 14-16.

109. Consúltense North, Douglass, *Institutions*, en *Journal of Economic Perspectives*, vol. V, núm. 1, 1991, pp. 97 y ss., en particular p. 97: «[i]nstitutions are the humanly devised constraints that structure political, economic and social interaction. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions, and codes of conduct), and formal rules (constitutions, laws, property rights). Throughout history, institutions have been devised by human beings to create order and reduce uncertainty in exchange. Together with the standard constraints of economics they define the choice set and therefore determine transaction and production costs and hence the profitability and feasibility of engaging in economic activity. They evolve incrementally, connecting the past with the present and the future; history in consequence is largely a story of institutional evolution in which the historical performance of economies can only be understood as a part of a sequential story. Institutions provide the incentive structure of an economy; as that structure evolves, it shapes the direction of economic change towards growth, stagnation, or decline.»

tigadores realicen sus pesquisas mediante la consulta “directa” de las fuentes y/o el estudio de los orígenes de lo investigado. El *modus operandi* asentado es leer los trabajos más recientes, realizar citas de segunda mano —u ocultar que eso es lo que se hace en realidad—<sup>110</sup> y dar por hecho que lo afirmado por otros es un bosquejo fiel de lo que sostienen los autores que formularon ciertas ideas relevantes. La práctica, indeseable por donde se le mire, es comprensible

si se toma en cuenta que nuestra academia se encuentra constituida por profesionales que no se dedican exclusivamente a la investigación o la docencia<sup>111</sup>.

Si se le adiciona que nuestra academia tiende a ser conservadora —no aprecia la innovación e interdisciplinariedad—<sup>112</sup>, entonces se entrevén las razones que anclan las investigaciones a pocos tópicos y a enfoques tradicionales<sup>113</sup>. A

110. Hace casi veinte años, gracias a las clases del profesor Leysser León (*El sentido de la codificación civil: Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*, Palestra, Lima, 2004, pp. capítulo I, primera parte, texto y nota [2] y [29]) tomé contacto de una historia que, hace poco, pude leer de primera mano. El profesor Francesco Galgano (*Giuristi che leggono, giuristi che scrivono*, en *Contratto e impresa*, año VI, núm. 2, 1990, pp. 779 y ss., en particular pp. 782-783) comenta que: «*Ci sono i lettori veri, ma ci sono anche i falsi lettori, ossia coloro che, pur non leggendo, simulano ad arte di aver letto. In questa categoria rientrano quegli scrittori che praticano sapientemente la tecnica delle citazioni di seconda mano. Il grado della citazione è, per la verità, un'incognita, e si dovrebbe più propriamente parlare di citazioni di più mani, giacché chi si avvale di queste tecnica non sa se l'autore dal quale attinge la citazione può essere di terza, o di quarta mano, e così via. Se poi, nel passare di mano in mano, una citazione subisce un refuso, e Ross ad esempio diventa Moss, allora si produce un fenomeno nuovo e prodigioso: il firmamento della letteratura giuridica si arricchisce di una nuova stella, la cui luce illuminerà le bibliografie successive al refuso.*

*Portenti di tal natura possono prodursi anche in altro modo. In Germania vive ed opera una giurista che risponde al nome di Erster Teil. Chi conosce il tedesco obietterà che erster Teil, in quella lingua, significa prima parte. Eppure una giurista di questo nome esiste: lo documenta, inoppugnabilmente, l'indice per autori di un'opera giuridica di R. B., dove l'autrice è così menzionata: Teil (Erster).»*

111. Nadie cuestionará que en el Perú los profesores de derecho (incluidos los «ordinarios») son, en un porcentaje aplastante, profesionales cuya actividad principal no es la academia, sino el ejercicio de la profesión en firmas legales, entidades u órganos públicos, empresas públicas o privadas, organizaciones sin fines de lucro o entes internacionales. Lo propio podemos afirmar de quienes elaboran el grueso de las investigaciones jurídicas. Si se prefiere, el grueso de los investigadores y profesores peruanos le dedica sólo parte de su «tiempo libre» a la labor académica. Nótese que no es una crítica a los profesionales que, con legítima vocación, se esfuerzan por aportar a la academia (tornando más loable su labor). La situación descrita explica por qué resulta complicado que la labor académica alcance los niveles que se desearían y sobre todo que el investigador dedique demasiado tiempo al estudio de las fuentes directas y a su vez a la innovación.

112. Garoupa, Nuno, *The Law and Economics of legal parochialism*, cit., pp. 1523-1527, donde se examinan algunas explicaciones de por qué el *Law and Economics* y otras aproximaciones funcionales (*Law and Literature*, *Law and Psychology*, etc.) no tienen arraigo en sistemas distintos al angloamericano.

El autor plantea dos (2) condiciones para que los sistemas implementen un proteccionismo (conservadurismo) de la «producción interna de derecho» frente a los «productos foráneos»: «*The first condition to implement protectionism in legal innovations is to recognize that a small group of producers is able to cartelize and secure the benefits from closing down the market. At the same time, the losers (the local consumers) must have dispersed interests that can hardly be coordinated to avoid protectionism. Legal parochialism thus emerges as the result of cartel behavior from the main beneficiaries: the local incumbents, who are the law professors and legal scholars.*

*The second condition is that the local incumbents exercise some significant market power in the relevant industry. Such market power can be reflected in different relevant dimensions. For example, they can exert some control over the supply of legal reform so that legal policy makers do not look for alternative providers elsewhere. In this respect, local incumbents operate as a powerful lobby that discourages legal reformers from looking for multiple sources of legal thinking.»* (p. 1525)

113. Garoupa, Nuno y Ulen, Thomas S., *The market for legal innovation: Law and Economics in Europe and the United States*, cit., p. 1564, entienden por innovación legal: «*a scholarly innovation that brings a new technique, a new subject matter area, or the like into the study of either law generally or some area within the study of law. Legal realism might*

(Continúa en la siguiente página)

la luz de lo expuesto, es natural que los ius-economistas nacionales no muestren interés en conocer el pensamiento de Pigou y cuyas ideas fueron severamente criticadas por Coase. La realidad es que varios planteamientos de Pigou sirvieron de fundamento para que Coase articulara los suyos.

En las últimas décadas un sector de académicos<sup>114</sup> se dedicaron a resaltar que Coase, pese a que realizó severas críticas a las soluciones sugeridas por Pigou, en los hechos propuso soluciones que son simétricas a aquellas de Pigou; e incluso, en ciertos casos, Coase malinterpretó los casos o las soluciones<sup>115</sup> propuestas por aquél.

A continuación, me limitaré a destacar aquí que Pigou esbozó en *"The Economics of Welfare"* un concepto similar al de costos de transacción<sup>116</sup> y que, en otros trabajos, *"Essays in applied Economics"* (1924), *"Economics in practice: Six lectures on current issues"* (1935) y *"Socialism versus Capi-*

*talism"* (1937), expuso ideas que divergen de la visión que Coase brinda de su posición en torno al rol del Estado.

### 3.1. *"Transaction cost" y "cost of movement"*.

Si los costos de transacción son entendidos como los costos asumidos por los agentes económicos para definir sus *property rights* y, a su turno, usar o disponer de ellos —típicamente a través del contrato—; convirtiéndose en un obstáculo o incluso un impedimento para la defensa de prerrogativas legales o para emprender transacciones —pese a que el potencial adquirente valora el bien en un monto superior a su costo de producción o al precio de reserva del enajenante—, se comprenderá sin problema que se erigen en fricciones del sistema de mercado. En breve, los costos de transacción son límites para el uso y disposición eficiente de los recursos, impidiendo, de ser el caso, su reasignación a su uso alternativo más eficiente

---

*be an example of such an innovation, if one considers that innovation to consist of an emphasis on the actual consequences of the law. Legal formalism, taken to be a focus on the logical coherence among doctrines and across fields of law, might be another. The use of literary techniques of analysis and textual deconstruction to examine law, might be another.»*

Concluyen que los factores que más influyen en el juicio positivo en torno a la innovación se encuentra en: «the degree of competitiveness in a nation's higher education sector and, with respect to *Law and Economics*, whether the nation's legal educators have had a prior innovation that approximates legal realism» (p. 1579).

114. Simpson, A. W. Brian, *'Coase v. Pigou' reexamined, cit.*, pp. 53 y ss.; Hovenkamp, Herbert J., *The Coase Theorem and Arthur Cecil Pigou, cit.*, pp. 636-640; y Baffi, Enrico, *Coase versus Pigou: Still a difficult debate after fifty years*, en *Global & Local Economic Review*, vol. XVI, núm. 2, 2012, pp. 35 y ss., en particular pp. 38-42.

A manera de ejemplo, Baffi señala que: «*In writing a comment about the decision, he states, 'The economic problem is that of deciding which to choose a lower cost for beer and a worsened amenities in adjoining houses, or a higher cost of beer and improved amenities (Coase 1960, p. 114)'. The well from which the smell of beer was emanating was connected to an underground channel from a small beer producing center. The judge declared that the defendant possessed prescription rights and was thus permitted to allow the smell to emanate. Coase maintained that the problem in the case of Bass v. Gregory was that the air from the well made the production of beer easier, but the sour air expelled by the well made life in the adjacent houses less pleasant. The economic problem consisted in the choice between a lower cost for the beer and less comfort in the neighboring houses or a higher cost for the beer and greater comfort. It is important to note that Coase reasoned in a way that had previously made him the subject of criticism when used by Pigou. He considered whether to stop all activity or to allow any level of activity (Cooter 1998, p. 457). He did not try to propose a solution that assured efficiency at the margins. He looked at two possible solutions: the activity must be completely stopped or the activity is totally legal. It is the same reasoning as when Pigou proposed to move certain industries out of the towns. In fact, it was a way to give an evaluation that looked at the total, because an evaluation based on the obtainment of efficiency at the margin could determine other costs so that the solution would not be the best one».*

115. Simpson, A. W. Brian, *'Coase v. Pigou' reexamined, cit.*, p. 53.

116. Hovenkamp, Herbert J., *The Coase Theorem and Arthur Cecil Pigou, cit.*, pp. 636-640.

al inhibir acuerdos que serían favorables tanto individual como colectivamente.

En *"The Economics of Welfare"* Pigou plantea la existencia de *"cost of movement"*, los cuales, si son lo suficientemente altos, inhibirían el desplazamiento o reasignación del recurso al interior de la economía nacional, mientras que, si no existiesen, entonces se alcanzaría el mayor dividendo nacional —*largest national dividend*—. En palabras de Pigou: *"in real life costs are often involved in moving resources from one place or occupation to another"*<sup>117</sup>, lo cual parece no ser consistente con la imagen ofrecida por Coase.

Bien vistas las cosas, existe un patente paralelismo —no plena coincidencia— entre los *"Transaction costs"* y los *"costs of movement"*. Hago notar esta precisión pues mi intención no es sugerir que los costos de transacción sean un concepto tomado de Pigou. El paralelismo entre los conceptos es tal que la asignación original de los recursos llegaría a condicionar los resultados:

*"If the initial distribution of resources between A and B is such that the value of the marginal social net product at B exceeds —or falls short of— the value of the marginal social net product at A by any number of shillings less than n, say by —n - h— shillings, the existing arrangement—that under which the values of the marginal social net products at the two points differ by —n - h— shillings—is the best arrangement, not indeed absolutely, since, if there were no costs, a better arrangement would be possible, but relatively to the fact of the initial distribution and the existing costs of movement. It is not, be it noted, the best arrangement relatively to the existing costs of movement alone. We cannot say that, when the costs of movement are equivalent to n shillings, the national dividend is best served by a distribu-*

*tion under which the values of the marginal social net products at A and B differ by such and such a defined number of shillings. The only accurate statement is: when the costs of movement between A and B are equivalent to n shillings, the national dividend is best served by the maintenance of the existing distribution, whatever that may be, provided that this distribution does not involve a divergence in the values of marginal social net products greater than n shillings; and, if the existing distribution does involve a divergence greater than n shillings, by a new distribution brought about by the transference of sufficient resources to bring the divergence down to n shillings."*<sup>118</sup>

En tal orden de ideas, Pigou afirma que una de las causas que generan los *"costs of movement"* es el conocimiento imperfecto de los agentes en torno al valor del recurso cuando se destina a cierto uso o al costo de su reasignación —típicas manifestaciones de costos de transacción—. El interés de Pigou sobre el tema es significativo pues le dedica dos capítulos de *"The Economics of Welfare"*. Por un lado, en el Capítulo V —*The effects of eliminating obstacles to movement*, pp. 144-148— evalúa el impacto de eliminar los costos que impiden el movimiento/reasignación de recursos y, por otro lado, en el Capítulo VI —*Hindrances to equality of returns due to imperfect knowledge*, pp. 149-157— examina cómo la información imperfecta crea tales costos.

Acaso lo más interesante para los lectores sea que Pigou admite y alienta las soluciones privadas para corregir la errónea asignación de recursos —por ejemplo, fusiones—, mostrándose favorable a una política pública destinada a eliminar este tipo de costos<sup>119</sup>. El dato es revelador porque matiza la imagen que Coase traza de Pigou, el cual se convierte en un hombre de paja<sup>120</sup>.

117. Pigou, Arthur C., *op. cit.*, p. 138 (ubicada en la parte II, capítulo 3, § 3).

118. *Ibid.*, pp. 138-139.

119. *Ibid.*, pp. 167-171.

120. Simpson, A. W. Brian, *'Coase v. Pigou' reexamined, cit.*, pp. 74-79.

### 3.2. Pigou y las soluciones públicas.

En *"The problem of social cost"* Coase se "enfrentó" a la "tradición pigouviana"<sup>121</sup> caracterizada por asumir que: "[W]hen defects were found in the working of the economic system, the way to put things right was through some form of governmental action"<sup>122</sup>.

Todo aquel que ha leído la obra de Coase recordará el caso de los daños causados por las chispas provenientes de locomotoras, el cual es tomado de Pigou. La interpretación de Coase<sup>123</sup> sobre la posición de Pigou es que: el Estado debía intervenir para forzar a las empresas ferroviarias<sup>124</sup> a asumir los costos de los daños causados. La realidad es otra. Pigou se limita a resaltar que el caso es uno de externalidades y no entra en mayores detalles sobre la manera en que se superaría la divergencia entre el producto neto privado y el producto neto social<sup>125</sup>, por lo que no se podría extraer de lo anterior una defensa de la intervención estatal.

A manera de ejemplo, en *"Economics in practice: Six lectures on current issues"* Pigou sí afirma que: *"The issue about which popular writers argue – the principle of Laissez-faire versus the principle of State action – is not an issue at all. There is no principle involved on either side. Each particular case must be considered on its merits in all the detail of its concrete circumstance"*<sup>126</sup>. La cita dejaría en claro que Pigou no da por hecho la existencia de una solución por defecto —algo que le

achaca Coase—, sino que la solución debe determinarse caso por caso.

Contrario a lo que se piensa, las conclusiones a las que arriban Pigou y Coase no son tan diversas como las muestra este último y el grueso de la literatura ius-económica posterior. Es esclarecedor sobre este punto el pensamiento de Dahlman, quien sostiene que la posición de ambos nos llevaría a las mismas consecuencias operativas<sup>127</sup>.

## IV. EL ESQUEMA ORIGINAL: REGLAS DE PROPIEDAD, RESPONSABILIDAD E INALIENABILIDAD

### 1. Noción de titularidad y relación con Hohfeld.

Antes de entrar en el análisis de las "reglas" ideadas por Calabresi y Melamed surge una duda: ¿qué se entiende por "titularidad"? Después de todo, el planteamiento sugiere la existencia de una tripartición de reglas destinadas a disciplinar el ejercicio y la tutela de las titularidades.

En estricto, Calabresi y Melamed se limitaron a afirmar que: *"Whenever a state is presented with the conflicting interests of two or more people, or two or more groups of people, it must decide which side to favor. Absent such a decision, access to goods, services, and life itself will be decided on the basis of 'might makes right' - whoever*

121. De manera explícita se afirma que la tradición pigouviana era predominante, Coase, Ronald H., *How should economists choose?*, en *The G. Warren Nutter Lectures in Political Economy*, The American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington D. C., 1982, p. 19.

122. Coase, Ronald H., *The problem of social cost*, cit., p. 20.

123. Ibid., p. 29.

124. Ibid., p. 29.

125. Pigou, Arthur C., *The Economics of Welfare*, cit., p. 134.

126. Pigou, Arthur C., *Economics in practice: Six lectures on current issues*, MacMillan and Co., Londres, 1935, pp. 127-128.

127. Dahlman, Carl J., *The problem of externality*, cit., p. 160.

*is stronger or shrewder will win*<sup>128</sup>. La “descripción” evoca en los operadores del *Civil Law* la noción de situación jurídica subjetiva porque se resalta la existencia de intereses en conflicto y la necesidad de que el sistema jurídico elija cuál de tales intereses será preferido.

No obstante, el término titularidad no es un sinónimo perfecto de situación jurídica subjetiva. Las razones son tres. En primer término, las situaciones jurídicas subjetivas pueden ser de ventaja o de desventaja, dependiendo de si el interés es o no prevalente, en cambio, Calabresi y Melamed reservan el rótulo titularidad sólo para las prerrogativas cuyo interés es juzgado prevalente por el sistema legal<sup>129</sup>. En segundo término, las situaciones jurídicas subjetivas pueden ser mono-subjetivas —esto es, sin vinculación de algún tipo— o intersubjetivas —esto es, relaciones jurídicas abstractas o bien relaciones jurídicas concretas—<sup>130</sup>, por el contrario, siguiendo la lógica de Calabresi y Melamed, las titularidades son siempre intersubjetivas<sup>131</sup>. En tercer término, las situaciones jurídicas subjetivas centran el

análisis en la subordinación de cierto interés, en el carácter actuado o inactuado de la conducta ajena y su vínculo con la satisfacción del interés prevalente, tornándose en la causa que justifica los remedios; contrariamente, en el discurso de las titularidades todas estas materias son secundarias pues lo relevante es conocer bajo qué regla se disciplina su ejercicio y su tutela.

Con seguridad, los lectores pensarán que resulta un despropósito introducir un paralelismo entre situaciones jurídicas subjetivas y titularidades, toda vez que el discurso teórico-dogmático del *Civil Law* resulta ajeno a los sistemas adscritos al *Common Law*. La apreciación es inexacta. La aproximación del *Common Law* al derecho sí es dogmática o doctrinarista<sup>132</sup> al igual que el grueso de países del *Civil Law*, nada más que centrada en un producto jurídico distinto: la jurisprudencia. A ello cabe agregar que en el *Common Law* estadounidense existe un discurso equivalente: la teoría de Hohfeld sobre los denominados “conceptos jurídicos fundamentales”.

128. Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral*, cit., p. 1090, en la traducción citada en la nota al pie [40]: «Cada vez que un Estado enfrenta un conflicto de intereses entre dos o más personas, o entre dos o más grupos de personas, debe decidir a cuál de las partes favorecer. En ausencia de esta decisión, el acceso a los bienes, servicios y a la vida misma será decidido sobre la base de que “el poder hace el Derecho” (*might makes right*), de modo que quien sea más fuerte o más hábil ganará.» (p. 349).

129. Algo similar a lo que, en su momento, sostuvo Kelsen, Hans, *The concept of entitlement: The various significations of this word – rights*, en Id., *General theory of norms*, traducción de Michael Hartney. Oxford University Press, Nueva York, 1991, pp. 136-137.

130. Fernández Cruz, Gastón, *La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto*, en *Themis-Revista de Derecho*, núm. 27-28, 1994, pp. 41-56, en particular p. 47; y, Id., *La obligación*, en Aa. Vv., *De las obligaciones en general: Coloquio de Iusprivatistas de Roma y América – Cuarta reunión de trabajo* edición a cargo de Rómulo Morales y Giovanni Priori, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, pp. 19-36, en particular pp. 24-27.

131. Tal circunstancia explicaría por qué en ocasiones se traduce, de manera impropia, el término «entitlement» por «derecho subjetivo». El error se observa, por ejemplo, en la traducción chilena y española, mientras que en la traducción italiana se opta por mantener la palabra en su original inglés y la traducción peruana opta, de manera correcta, por el término titularidad.

132. Una aproximación será dogmática si es que pretende estudiar el derecho limitándose a sus propios productos: ley, jurisprudencia o doctrina; mientras que será funcional si introduce en el análisis el método o perspectivas de otras disciplinas, sobre todo las ciencias sociales y las ciencias del comportamiento (la idea ha sido propuesta en Saavedra Velazco, Renzo E., *Análisis económico y comparado del Derecho privado: Una introducción*, cit., p. 208 (texto y nota al pie [418])).

En efecto, los trabajos de Wesley N. Hohfeld: “Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning” —1913, pp. 16-59—<sup>133</sup> y “Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning” —1917, pp. 710-770—<sup>134</sup>, son similares a las investigaciones sobre situaciones jurídicas subjetivas. La importancia del aporte de Hohfeld a la academia estadounidense es inversamente proporcional a los escasos años en que ejerció la docencia universitaria<sup>135</sup>.

La teoría de Hohfeld parte de una petición de principio: el sistema jurídico se erige en torno a la relación jurídica. Tal percepción explica por qué el autor se centra en identificar y brindar contenido a dos grupos de relaciones jurídicas, subdividiéndolas ulteriormente en cuatro sub-categorías<sup>136</sup>. En el primer grupo se encuentran las prerrogativas opuestas entre sí; mientras que en el segundo grupo estarán las prerrogativas que se correlacionan. Así, la oposición surge entre: (a) derecho – no-derecho; (b) privilegio – deber; (c) potestad – incompetencia; y (d) inmunidad – sujeción; en cambio, la correlación se instaura entre: (i) derecho – deber; (ii) privilegio – no-derecho; (iii) potestad – sujeción; y (iv) inmunidad – incompetencia.

La visión hohfeldiana es de utilidad porque

Calabresi y Melamed parecen dar por sentado que esa es la manera en que opera la juridicidad. De un lado, tendríamos la prerrogativa que autoriza a un individuo a conducirse de cierta manera u obtener algo —derecho (subjetivo)—; y, de otro lado, se tendría la prerrogativa de cierto sujeto de abstenerse de afectar tal comportamiento o la vía por la cual se satisfará la necesidad de su titular. Esta descripción es consistente con una perspectiva jurídica sustentada en el remedio<sup>137</sup>, lo cual explica por qué Hohfeld concluye que quizás la mejor manera de referirse a un derecho sea reemplazar el término por el de pretensión o reclamo<sup>138</sup>. Por su parte, desde la óptica calabresiana la situación no es distinta<sup>139</sup>.

Es necesario dar un paso atrás desde un punto de vista teórico. El sistema jurídico debe decidir a quién —o a qué sector de la sociedad— otorga cierta titularidad. Aunque la trascendencia de este asunto no es menor, no se suelen encontrar estudios en que la interrogante sea formulada. El trabajo de Calabresi y Melamed aborda explícitamente la cuestión y propone que la decisión del *lawmaker* surge de: —a) razones de eficiencia, (b) preferencias distributivas y (c) consideraciones de justicia. A partir de allí los autores afrontarán cómo se protege cada titularidad y cuáles serán las exigencias por satisfacerse para afectar o disponer de ella<sup>140</sup>.

133. *Yale Law Journal*, vol. XXIII, núm. 1.

134. *Yale Law Journal*, vol. XXVI, num. 8.

135. *Wesley Newcomb Hohfeld*, en *Yale Law Journal*, vol. XXXVIII, núm. 2, 1918, pp. 166-168.

136. Hohfeld, Wesley N., *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, cit., p. 30; y, Id., *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, cit., p. 710.

137. Sobre la relación entre el derecho de fondo y el remedio, léase Saavedra Velazco, Renzo E., *¿Donde existe un remedio, existe un derecho? Apuntes sobre el aforismo ‘ubi remedium, ibi ius’*, en *Forseti*, núm. 3, 2014, pp. 110 y ss.

138. Hohfeld, Wesley N., *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, cit., p. 32.

139. Al punto que se ha propuesto una teoría sobre titularidades que se alimenta de ambas posiciones. Sobre el punto véase Morris, Madeline, *The structure of entitlements*, en *Cornell Law Review*, vol. LXXVIII, núm. 5, 1993, pp. 822 y ss.

140. Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral*, cit., pp. 1003-1015.

La intensidad del remedio estará ligada a la regla que disciplinará la titularidad<sup>141</sup>. En las *property rules* el remedio tenderá a lograr la meta compensatoria, dato que no se replicará en las *liability rules* y la *inalienabilidad* —la atención se desplaza de extraerle beneficios al agresor a reparar los daños del agredido y a reforzar la vigencia de un interés valioso—. La intensidad en la protección importará un mayor grado de intervención estatal, aunque esto último merece acotaciones.

## 2. Reglas de Propiedad.

En concreto, ¿qué significa que el uso o disposición de una titularidad se encuentre disciplinada y tutelada a través de una *property rule*?

En palabras de Calabresi y Melamed significa que ningún agente económico puede pretender el uso o la disposición de la titularidad si es que no cuenta, de manera previa, con el asentimiento del titular<sup>142</sup>. Así, cuando se elige disciplinar y tutelar el ejercicio o disposición de una titularidad a través de una *property rule*, el Estado decide que cualquier desplazamiento e incluso cualquier segregación/escisión de la prerrogativa requiere la participación de su titular, quien, a través de su aceptación, fijará el valor al cual admite transmitir la titularidad o crear una prerrogativa a favor de su contraparte y, en caso no exista el acuerdo, toda modificación del estado de cosas —*status quo*— carecerá de respaldo legal —desde una óptica dogmática, quien pretende obtener la prerrogativa sin la

anuencia del titular se tornará en un agresor, careciendo de un título jurídico válido y eficaz que pueda abanderar en contra del titular—. En consecuencia:

- a) Si existió un acuerdo, el sistema jurídico ofrecerá el enforcement al contenido de lo pactado entre las partes; y,
- b) Si no existió un acuerdo, entonces el sistema jurídico procurará que la situación de hecho/derecho retorne a como era en la asignación inicial/originaria, esto es, antes de la intervención no-autorizada del tercero.

Si se prefiere, el sistema confía en que la conducta privada permitirá alcanzar acuerdos voluntarios beneficiosos tanto desde la perspectiva privada, como social. Esta confianza se cimenta en que, al amparo de las circunstancias que envuelven el acuerdo, las soluciones de mercado tienden a ser las más eficientes. El contexto, entonces, es esencial.

Una vez expuestas las características de una *property rule* es manifiesto que Calabresi-Melamed delinearon esta regla sobre la base del perfil generalmente aceptado de la propiedad privada. Los paralelismos no dejan espacio para la duda. El propietario es quien autoriza la transferencia de su bien, el acceso al mismo y la creación de eventuales derechos reales menores; asimismo, contará con las pretensiones jurisdiccionales y sustanciales dirigidas a reivin-

141. Desde una óptica hohfeldiana un *property right* no se encuentra conformado sólo por derechos, sino también por deberes, libertades y privilegios. Así, la configuración de *property rules* se toparía con un problema.

En términos clásicos, la noción de propiedad se encuentra estrechamente atada a la disposición de la titularidad, pero Hohfeld estaría en desacuerdo. La razón no es compleja a la luz de los «correlativos jurídicos». No es posible afirmar que el propietario tiene el «derecho a vender», toda vez que no existe un correspondiente «deber de comprar». En estricto se tendría el «privilegio de vender» y un correlativo «no-deber de comprar».

Si la regla elegida para disciplinar se modificase a una *liability rule*, el contenido de la titularidad se vería tan afectado que también se alterarían los conceptos empleados. Así, el individuo favorecido con la regla de responsabilidad es la víctima, entonces sería éste quien tendría el «derecho de vender», mientras que, quienes infringen su prerrogativa, tendrán el «deber de comprar». En cambio, si el favorecido es quien extrae la prerrogativa, entonces será éste quien tendrá el «derecho de comprar», mientras que el titular de la prerrogativa tendrá el «deber de vender».

142. Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *op. cit.*, p. 1092.

dicar su propiedad. A partir de este punto es momento de preguntarnos cuáles son las asunciones fácticas, jurídicas y económicas necesarias para que el sistema jurídico opte por una *property rule*.

La preferencia por una *property rule* se presentará —o debería presentarse— si es que los costos de transacción involucrados en el uso, ejercicio, disposición o tutela de la titularidad son bajos, es decir, cuando el titular conoce —o puede conocer— el valor de su titularidad y cuando los costos de exclusión que la titularidad exige son bajos<sup>143</sup>. En consecuencia, al establecerse que el uso, ejercicio, disposición o tutela de la titularidad se materializará a través de una *property rule* se está reconociendo que:

- a) La asignación originaria de la titularidad importa la participación del Estado;
- b) Las transacciones tienen que ser libres y voluntarias<sup>144</sup>;

- c) Los tribunales ordenarán, en caso se verifique un acto sobre la titularidad sin que exista de manera previa el asentimiento del titular, la restitución plena del *status quo ante*;
- d) Los tribunales reforzarán las transacciones realizadas libre y voluntariamente;
- e) Se incentivarán los acuerdos entre los interesados; y
- f) El titular tiene un derecho de veto sobre los actos que lesionen su titularidad.

Desde la perspectiva del remedio, una titularidad disciplinada bajo una *property rule* otorga a su titular acceso a remedios destinados a suprimir los efectos perjudiciales de cualquier agresión —por ejemplo, la ejecución forzada —*specific performance*— en materia contractual<sup>145</sup> o las *injunctions* en materia de propiedad<sup>146</sup> o atentados a derechos constitucionales<sup>147</sup>—. Con ello se desea destacar que ante agresiones a una titularidad protegida con una *property rule* se justificará la imposición de un “indefinible plus

143. Desde una perspectiva económica, la propiedad privada se encontraría caracterizada por la rivalidad (*rivalry*) en el consumo y la aptitud de excluir a otros (*excludability*). Las características fueron esbozadas matemáticamente por Paul Samuelson (*The pure theory of public expenditure*, en *The Review of Economics and Statistics*, vol. XXXVI, núm. 4, pp. 387 y ss.; *Diagrammatic exposition of a theory of public expenditure*, en *The Review of Economics and Statistics*, vol. XXXVII, núm. 4, 1955, pp. 350 y ss.) y profundizadas por Richard Musgrave (*The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy*, McGraw Hill, Nueva York, 1959) y James Buchanan (*An economic theory of clubs*, en *Economica-New Series*, vol. XXXII, núm. 125, 1965, pp. 1 y ss.).

El tema generó toda una bibliografía posterior que formula desarrollos significativos, pero que también han sido objeto de severas críticas (por ejemplo, la tragedia de los bienes comunes). Desde el inicio del presente siglo, se han identificado inclusive bienes caracterizados por anti-rivalidad y anti-exclusión. Así, existirían bienes en que mientras mayor sea la cantidad de personas que lo compartan o consuman, el beneficio tiende a incrementarse en lugar de decrecer; y existirían bienes cuyo consumo ocasiona un incremento en las probabilidades de que otros lo hagan también.

144. Coase, Ronald H., *The problem of social cost*, cit., pp. 1 y ss.

145. La calificación ius-económica es ratificada, entre otros, por Kronman, Anthony, *Specific performance*, en *The University of Chicago Law Review*, vol. XLV, núm. 2, 1978, pp. 351 y ss., en particular p.352; Sherwin, Emily, *Introduction: Property rules as remedies*, en *The Yale Law Journal*, vol. CVI, núm. 5, 1997, pp. 2083 y ss., en particular p. 2085; y Lando, Henrik y Rose, Caspar, *On the enforcement of specific performance in Civil Law Countries*, en *International Review of Law and Economics*, vol. XXIV, núm. 4, 2004, pp. 473 y ss.

146. Lemley, Mark. A. y Weiser, Philip J., *Should property or liability rules govern information?*, en *Texas Law Review*, vol. LXXXV, núm. 4, 2007, pp. 783 y ss., en particular pp. 783-788; y Sherwin, Emily, *op. cit.*, p. 2085.

147. Cfr. Easton, Robert E., *The dual role of the structural injunction*, en *Yale Law Journal*, vol. XCIX, núm. 8, 1990, pp. 1983 y ss.; y, Wisdom, John Minor, *Review: Rethinking injunctions*, en *Yale Law Journal*, vol. LXXXIX, núm. 4, 1980, pp. 825 y ss.

sancionatorio” —*undefinable kicker*—<sup>148</sup> que desincentiva conductas futuras que debilitarían la prerrogativa jurídica y, en última instancia, transformarían la naturaleza de la regla de protección a una de responsabilidad —*liability rule*—.

Si los individuos que afectan titularidades ajenas identifican que ante la lesión a ciertos derechos teóricamente tutelados con una *property rule* el sistema jurídico no los fuerza a restituir de manera plena el *status quo ante* del sujeto agredido —esto es, se le permite al agresor retener parte de los beneficios anexos a su conducta o, correlativamente, no se le fuerza a colocar al afectado en la misma situación que se encontraba en el momento anterior a la lesión—, entonces el agresor se sentiría inclinado a mantener su conducta infractora. Tal incentivo supondría que no se elimina o desalienta de manera completa la agresión. Sin una sanción o un remedio pleno, se permitiría la extracción o escisión, aunque sea parcial, de la titularidad.

### 3. Reglas de Responsabilidad.

En términos similares a lo realizado para el caso de las *property rules*, una titularidad se encontrará tutelada por una *liability rule* cuando no se requiere del asentimiento del titular para que acaezca un acto de disposición o transferencia<sup>149</sup> o se extraiga —o limite—, en términos físicos o materiales, cierto contenido o ciertas manifestaciones de la titularidad.

Empero, ¿por qué se necesitaría una regla de este tipo? Si las *property rules* parecen garantizar la eficiencia a través de los intercambios vo-

luntarios, ¿por qué se requeriría una regla que, contrario a lo expuesto, no brinda las garantías de que la reasignación producirá bienestar social? A efectos de responder esta pregunta, veamos algunos ejemplos de una *liability rules*. Con tal base se vislumbrarán los lineamientos para responder la interrogante formulada.

Dada la amplitud y variedad de las hipótesis que se subsumen bajo una regla de responsabilidad, veamos dos ejemplos:

- a) X, propietario de un inmueble, recibe una comunicación del Estado quien le informa de la necesidad pública de ampliar el trazado de una carretera, lo cual implicará que se deban expropiar un conjunto de predios, incluyendo el suyo, previa emisión de la norma legal respectiva y el pago de un justiprecio.
- b) Cayo celebra un contrato de locación de servicios con Ticio, quien se obliga a ejecutar una capacitación en cierta fecha inamovible. De modo intempestivo, el día anterior a la capacitación, Ticio informa a Cayo de que incumplirá.

Bien vistas las cosas, en el caso ii), el comportamiento del deudor supuso que en términos físicos no se prestara la capacitación y, en términos legales, la extracción unilateral y forzada del derecho del acreedor, toda vez que su interés queda frustrado. Utilizo el término extracción pues el acreedor pierde la posibilidad de: (a) solicitar la ejecución del contenido de su derecho ya que la prestación no le proveerá de ninguna utilidad y (b) ejercer un remedio —eje-

148. Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral*, cit., p. 1126, texto y nota (70), señalan que: «*The thief not only harms the victim, he undermines rules and distinctions of significance beyond the specific case. Thus even if in a given case we can be sure that the value of the item stolen was no more than X dollars, and even if the thief has been caught and is prepared to compensate, we would not be content simply to charge the thief X dollars. Since in the majority of cases we cannot be sure of the economic efficiency of the transfer by theft, we must add to each case an undefinable kicker which represents society's need to keep all property rules from being changed at will into liability rules.*»

149. Sobre el punto nos remitimos a Ott, Claus y Schäfer, Hans-Bernd, *The dichotomy between property rules and liability rules: Experiences from German Law*, en *Erasmus Law Review*, vol. I, núm. 4, 2008, pp. 41 y ss.

cucción forzada—. En términos consecuenciales, la situación replica lo que sucedería si Ticio le hubiera expropiado el derecho de crédito a Cayo debiendo realizar un desembolso dinerario a favor de éste.

En el caso i), la situación es más clara. La conducta del Estado, más allá de si se califica como un supuesto de responsabilidad civil o un hecho lícito dañoso<sup>150</sup>, supone una extracción de la titularidad ostentada por X y, por extensión, exige un desembolso dinerario destinado a evitar que el ciudadano soporte el coste económico de la actividad estatal en aras del interés público —sea a título de resarcimiento<sup>151</sup>, sea a título de indemnización<sup>152</sup>—.

La respuesta es concreta. Las reglas de propiedad permiten los intercambios voluntarios porque los costos de transacción involucrados son lo suficientemente bajos para no convertirse en una traba a la negociación. Sin embargo, en el mundo real, ello no siempre es así. Nos movemos en un mundo con altos costos de transacción, los cuales, precisamente, tendrían la aptitud de inhibir acuerdos. Ante ello, el siste-

ma jurídico se ve forzado a tomar una decisión: extiende el esquema de *property rule* a estos escenarios y persiste en la exigencia de contar con la anuencia del titular pese a que conozca de antemano que ello difícilmente ocurrirá o propone otra regla.

Así, para no afectar una actividad socialmente valiosa, el sistema jurídico “admite” un margen de apropiación de una titularidad ajena<sup>153</sup> — sea parcial/total, sea temporal/permanente—, siempre que se imponga sobre el agresor el deber de compensar al afectado. La lógica subyacente es “permitir” —en estricto, no-prohibir— actos lesivos a condición de que exista un beneficio neto o, si se prefiere, el monto de beneficio anexo a la conducta lesiva es superior al monto del costo impuesto al titular. Bien vistas las cosas, una *liability rule* replica en el campo legal el análisis de la eficiencia en términos de Kaldor-Hicks<sup>154</sup>, toda vez que fuerza al infractor a tomar en cuenta los costos sociales anexos a su conducta, dejando atrás un análisis centrado en los costos y beneficios privados. Si seguimos el planteamiento a sus últimas consecuencias o, recíprocamente, buscamos fuentes doctrinales

- 
150. El tema ha sido abordado en nuestro país en las últimas décadas: León Hilario, Leysser L. (*La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, segunda edición corregida y aumentada, Jurista Editores, Lima, 2007, pp. 500-509); Saavedra Velazco, Renzo E. (*Responsabilidad por lesión del derecho de autor: Algunas consideraciones preliminares*, en *Derecho & Sociedad*, núm. 34, 2010, pp. 249 y ss., en particular p. 254), Campos García, Héctor (*El Ámbito Dual del «juicio de resarcibilidad» en el Ordenamiento Jurídico Peruano: La negación de la antijuridicidad como categoría normativa en el análisis de responsabilidad civil y la natural afirmación de la resarcibilidad de los «actos lícitos dañosos» en el Código Civil peruano*, en *Derecho & Sociedad*, núm. 40, 2013, pp. 257 y ss.) y Espinoza Espinoza, Juan (*Sobre los denominados actos ilícitos dañosos*, en *Ius et veritas*, año XXV, núm. 51, 2015, pp. 116 y ss.).
151. Scognamiglio, Renato, voz *Risarcimento del danno*, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVI, Utet, Torino, 1957, pp. 594 y ss.
152. Scognamiglio, Renato, voz *Indennità*, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, Utet, Torino, 1962, pp. 594 y ss.
153. La apropiación no es lícita, ni el sistema legal desea alentarla. Tampoco significa que la apropiación provocó, al menos no necesariamente, una transferencia de titularidades; lo que desea recalcarse con esta referencia es que cierta actividad o conducta se realiza a pesar de que resulta lesiva de otros intereses. Ciertamente, no se otorgó formalmente el derecho a lesionar, al punto que se obliga al infractor a soportar las consecuencias de su propio obrar, sin embargo, no se expide una orden dirigida a evitar las conductas lesivas (si así fuese, se otorgaría un derecho de veto a la víctima, lo cual significaría el reconocer una *property rule* o una inalienabilidad).
154. Este criterio de eficiencia fue sintetizado por De Scitovsky, Tibor, *A note on welfare propositions in economics*, en *The Review of Economic Studies*, vol. IX, núm. 1, 1941, pp. 77 y ss., a partir de los trabajos independientes de Kaldor, Nicholas, *Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility*, en *The Economic Journal*, vol. XLIX, núm. 195, 1939, pp. 549 y ss.; y, Hicks, John R., *The foundations of welfare economics*, en *The Economic Journal*, vol. XLIX, núm. 196, 1939, pp. 696 y ss.

más antiguas que acogen dicho razonamiento, nos topáramos enseguida con la teoría del *bad-man*<sup>155</sup> formulada por el juez Oliver Wendell Holmes jr.

Por su parte, cuando el sistema jurídico disciplina el ejercicio y disposición de una titularidad por medio de una *liability rule*, el Estado se encarga de definir la asignación inicial y vuelve a participar cuando algún sujeto extrae forzosamente la titularidad. En este último caso, el Estado señalará el monto resarcitorio que colocaría a la víctima en una situación de indiferencia —pese a los graves problemas de información—<sup>156</sup>. Si bien es innegable que la valorización de la titularidad extraída es, a menudo, un pobre sustituto a la real valuación de los titulares, no es menos cierto que resulta imperativo asignarle tal labor al Estado en circunstancias como las descritas, en caso contrario el daño permanecería en la víctima. Dado que el cálculo del valor de la titularidad es realizado por un tercero con severas limitaciones de información resulta comprensible que el monto de la reparación a imponerse rara vez restablezca el *status quo*.

En el caso de titularidades disciplinadas y tuteladas por una *liability rule* el margen de confianza en las conductas de los particulares y el propio mercado es menor a lo que sucede en los casos de titularidades bajo un régimen de *property rule*. Empero, la desconfianza no es tal como para justificar un rol activo del sistema jurídico, razón por la cual la intervención es *ex post*.

En definitiva, cuando se otorga una regla de responsabilidad, se reconocería que:

- a) La (re)asignación no siempre tiene que ser libre y voluntaria.

- b) Los tribunales reprimirán el acto lesivo a través de un desembolso dinerario a cargo del sujeto que se apropia de la titularidad o quien la afectó sin consentimiento del titular.
- c) Existe la posibilidad de que un sujeto se apropie o recorte *de facto* la titularidad ajena siempre que tenga el capital necesario para responder por los daños.
- d) Se incentivan con menor énfasis los acuerdos dado que el tercero sabe que podrá lograr lo que pretende a través de la apropiación *de facto* de la titularidad. El tercero sólo se embarcará en la negociación si le reporta mayores beneficios que la apropiación *de facto* de la titularidad o si logra reducir la proyección de la sanción que le impondría.
- e) Se otorga un mayor margen de análisis al tercero.

En síntesis, desde una óptica remedial, una titularidad disciplinada bajo una *liability rule* otorga a su titular acceso a remedios destinados a paliar, mitigar o compensar de manera imperfecta al afectado por la agresión —reparación por equivalente pecuniario, indemnización, penalidad, etc.— El otorgamiento de estos remedios no elimina los incentivos del agresor a realizar las conductas lesivas; recordemos, el sistema jurídico no tiene el deseo de proscribir de manera total estas conductas, toda vez que crean un beneficio social neto. Es por este motivo que el sistema jurídico traslada al sujeto que emprende la actividad la carga de determinar si le resulta o no más beneficioso: (i) suspender su actividad, (ii) alterar su actividad implementando inversiones en precaución o (iii) continuar con su conducta sin ningún ajuste en la inversión en precaución<sup>157</sup>.

155. Holmes jr., Oliver Wendell, *The path of the law*, en *Harvard Law Review*, vol. X, núm. 8, 1897, pp. 457 y ss., en particular p. 459: «If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience.»

156. Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *op. cit.*, p. 1092.

157. El razonamiento es perfectamente simétrico a lo expuesto por Shavell, Steven, *Strict liability versus negligence*, en *The Journal of Legal Studies*, vol. IX, núm. 1, 1980, pp. 1 y ss.

#### 4. Reglas de Inalienabilidad.

En último lugar, cuando el sistema apela a una regla de inalienabilidad para disciplinar el ejercicio o protección de una titularidad lo hace porque juzga que<sup>158</sup>:

- a) ninguna transacción en torno a ella debe encontrarse permitida; o
- b) alguna(s) transacción(es) se encontrará(n) autorizada(s), siempre y cuando se siga un procedimiento o el acuerdo se limite a ciertos extremos de la titularidad.

En el escenario (a), la reasignación de la titularidad y menos aún algún tipo de escisión resultaría posible. Los tribunales impedirían los intercambios y protegerían la titularidad de cualquier acto o infracción —sea de terceros, sea del propio titular—; sin otorgar un margen de negociación en cuanto a la transferencia o escisión, pero eventualmente sí sobre la cuantía de la reparación. En el último caso se podría objetar si nos encontramos discutiendo o ne-

gociando en torno a la titularidad bajo inalienabilidad o si nos encontramos examinando una titularidad diferente disciplinada por una *property rule* o *liability rule*<sup>159</sup>. La razón: se negociaría sobre el remedio que una de las partes estaría dispuesta a reconocerle a la otra (sin que ello implique reconocer responsabilidad) y no sobre si esta última ostenta cierta titularidad.

En el escenario (b), la reasignación de la titularidad o su escisión se consideraría lícita a condición de que el Estado participe de manera directa (por ejemplo, adopción) o estableciendo el procedimiento que deberán seguir las partes para asegurar que no existe lesión al interés o valores que justificaron la elección de la regla de inalienabilidad —por ejemplo, el acto de designación de apoyos de una persona en situación de discapacidad—.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de la *property rule* y *liability rule* cuando se elige la regla de inalienabilidad, el Estado y el sistema jurídico intervienen constantemente: (i) al asig-

158. Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral*, cit., p. 1111.

159. Curiosamente en el Perú hemos tenido una discusión de este cariz. Con posterioridad al derrame de mercurio ocurrido el 2 de junio del 2000 en Choropampa (Cajamarca), Minera Yanacocha S.R.L. suscribió con pobladores de la zona afectada, la Municipalidad Distrital de Magdalena y el Centro Poblado Menor de Choropampa transacciones extrajudiciales a través de las cuales a cambio de una suma dineraria se renunciaba a interponer algún reclamo civil, penal, administrativo o de cualquier otra índole. Así, uno de los argumentos en la causa judicial esbozado por los demandantes (un sector de la academia nacional e incluso de entes públicos) se centró en que la transacción se debía reputar inválida por involucrar derechos indisponibles (inalienability). A manera de ejemplo, véase el Informe Defensorial N°62: El caso del derrame de mercurio que afectó a las localidades de San Sebastián de Choropampa, Magdalena y San Juan, en la provincia de Cajamarca, diciembre del 2001, disponible en el web-site de la Defensoría del Pueblo: [https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe\\_62.pdf](https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_62.pdf) (visitado el 15 de junio del 2022); Morales Hervias, Rómulo, *Transacción inválida e inutilidad de la doctrina de los actos propios: A propósito del Primer Pleno Casatorio a favor del abuso de la libertad de estipulación*, en *Diálogo con la jurisprudencia*, núm. 116, 2008, pp. 43 y ss.; y Merino Acuña, Roger, *Legitimando el abuso en el contrato: El Pleno Casatorio sobre transacción extrajudicial y los contratos contaminados*, en Aa. Vv., *Manual de actualización civil y procesal civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, pp. 221 y ss.

En realidad, los pobladores no se encontraban disponiendo de su derecho a la salud (u otro derecho de naturaleza análoga), sino a su pretensión indemnizatoria derivada de la (hipotética) infracción a su derecho a la salud (u otro derecho). Por si fuese poco, el Código Civil peruano es explícito al disciplinar casos en que la transacción involucra a sujetos vinculados a un potencial evento punible, señalando que el acuerdo sobre la responsabilidad civil (el pago de un resarcimiento) derivado del delito es lícita (artículo 1306°).

Bien vistas las cosas, la norma distingue dos (2) planos. Por un lado, el plano del delito que involucra derechos indisponibles y, por otro lado, el plano de la reparación civil que tiene por objeto una pretensión pecuniaria que resulta perfectamente disponible (sea o no de carácter penal). Así, no cabe sostener que con la transacción aludida se dispone del derecho a la salud o a la tutela jurisdiccional pues si así fuese ninguna transacción tendría validez por la misma causa, eliminando con dicha interpretación dicho mecanismo de solución de controversias.

nar y definir la titularidad; (ii) al supervisar que los sujetos no realicen pactos que involucren la titularidad<sup>160</sup> —o que sólo se hagan en los términos regulados en la ley—; y (iii) cuando se afecta la titularidad, fijar el monto dinerario que repara a la víctima o sanciona al agresor. Si se prefiere, no existe confianza en las conductas de los particulares —y en el mercado—, por lo que se produce una intervención tanto *ex ante* como *ex post*.

Desde la perspectiva del remedio, la regla de inalienabilidad se centra en extraer o negar efectos jurídicos a los actos realizados por los individuos que pretendan tener un respaldo legal —en caso se trate de acuerdos vetados o que no respetan el procedimiento fijado— o imponer sanciones que no tienen una finalidad compensatoria sobre quienes afecten la titularidad.

### 5. Reglas en relación y no en tensión.

A la luz de lo expuesto, la decisión acerca de cuál de las reglas disciplinará y tutelaré el ejercicio o la disposición de las titularidades es en extremo relevante. La elección de la regla de propiedad supone promover o permitir la ejecución de intercambios voluntarios que se juzgan socialmente valiosos y fijando un standard de protección alto; en cambio, la elección de la regla de responsabilidad significa reconocer que un segmento de intercambios no-voluntarios tendrá lugar y, con ello, la marginación de determinados intereses al producirse extracciones o escisiones de las titularidades en términos físicos o jurídicos, fijando un standard de protección

medio. En última instancia, la elección de una regla de inalienabilidad para cierta titularidad supondrá restringir los intercambios al mínimo o negarlos del todo, por lo que la búsqueda de bienestar privado y social se circunscribirá a la prolongación del *status quo* a pesar de que diversos individuos tengan interés —e incluso acuerdo— en modificarlo.

La decisión puede calificarse de trágica. La razón: es la propia elección, evaluada en abstracto y sin siquiera evaluar qué fue lo elegido, la que asignará en un segmento de individuos algún tipo de perjuicio —costo o riesgo—<sup>161</sup>. Nótese que las reglas descritas pueden aplicarse en momentos distintos de la vida de una misma titularidad, por lo que no resultan por sí mismas excluyentes.

Así, el dueño de un fundo tiene una *property rule* sobre esta titularidad —el derecho de propiedad—, lo cual le permitirá disponer del bien y del derecho que ostenta de la manera más amplia posible a fin de satisfacer sus intereses<sup>162</sup>. Tal reconocimiento importa que cualquier acto dirigido a lograr la transferencia requerirá su asentimiento. Empero, no es menos cierto que el derecho de propiedad se encontrará tutelado por una *liability rule* si es que el Estado decide, en aras del interés público, la expropiación<sup>163</sup> —intercambio forzoso—; en otros casos, la titularidad abstractamente considerada se tutelaré con una inalienabilidad, por lo que se habilitan alternativas constitucionales para defenderla —por ejemplo, la emisión de normas que restringen de manera injustificada

160. Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *op. cit.*, p. 1092.

161. Nótese que no sugiero que la decisión deba tomarse valorando únicamente el impacto económico de una u otra regla. Lo que subrayo es la necesidad de tomar una decisión y que la misma siempre generará víctimas y beneficiarios. Al respecto *vid* Calabresi, Guido y Bobbitt, Philip, *Tragic choices*, W. W. Norton & Co., Nueva York, 1978, *passim*.

162. Para una informada exposición sobre este punto *vid* Escobar Rozas, Freddy, *Mitos en torno al contenido del derecho de propiedad (análisis crítico del artículo 923 del Código Civil)*, en *Ius et veritas*, año XI núm. 22, 2001, pp. 106 y ss.

163. El punto generó una amplia discusión y ópticas de análisis que, en términos extremadamente generales, se perciben en Sax, Joseph L., *Takings, private property and public rights*, en *Yale Law Journal*, vol. LXXXI, núm. 2, 1971, pp. 149 y ss.; y en Miceli, Thomas J. y Segerson, Kathleen, *Regulatory takings: When should compensation be paid?*, en *The Journal of Legal Studies*, vol. XXIII, núm. 2, 1994, pp. 749 y ss.

el ejercicio de tal derecho o cuando se fijan tributos confiscatorios—.

Todo lo expuesto tiene por objeto demostrar cuán flexible es la teoría de Calabresi-Melamed y su utilidad para sintetizar la realidad jurídica.

## V. LLEVANDO A CALABRESI Y MELAMED MÁS ALLÁ<sup>164</sup>: LAS PRECISIONES, COMPLEMENTACIONES Y CRÍTICAS AL ESQUEMA ORIGINAL

No es extraño que una teoría —jurídica— que alcanza las cinco décadas haya sido objeto de un examen exhaustivo, más aún si la teoría atrajo la atención tanto de promotores como críticos.

Desde una perspectiva teórico-práctica corresponde formularnos tres preguntas generales. En primer lugar, ¿quién podrá ostentar la titularidad estudiada? En segundo lugar, ¿qué actividades deberá ejecutar el titular para conservar tal prerrogativa y qué actividades, en cambio, se encontrarán prohibidas? En tercer lugar, ¿qué tipo de transacciones se reputarán lícitas? Estas preguntas tienen el mérito de centrar la atención del operador jurídico y entrever los extremos de la teoría que han sido objeto de precisiones, complementaciones y críticas.

Si se es acucioso podrá divisarse que no todas las preguntas tienen el mismo peso para cada una de las reglas. Así, la tercera pregunta cobra mayor realce cuando hablamos de inalienabilidad<sup>165</sup>; la segunda pregunta la tiene para las reglas de responsabilidad<sup>166</sup>, mientras que la primera para las reglas de propiedad<sup>167</sup>. Ciertamente eso no significa que sólo una pregunta es relevante para cada regla.

### 1. Precisiones: Rose-Ackerman y Fennell.

Quizás la principal precisión a la Catedral sea la dirigida a las reglas de inalienabilidad, la cual fue llevada a cabo por la profesora Susan Rose-Ackerman.

El grueso de investigaciones que apelan a la clasificación de Calabresi-Melamed utilizan o estudian las *property rules* y las *liability rules*, mientras que la inalienabilidad es echa a un lado, casi como si fuera el “patito feo”<sup>168</sup>. La decisión de los académicos es, hasta cierto punto, comprensible. Las investigaciones que aplican el *Law and Economics* se centran en temáticas en que son preeminentes las *property* y *liability rules*. En cambio, en las áreas jurídicas en que la inalienabilidad asume un mayor protagonismo la tendencia en las investigaciones es a “modificar” la regla aplicable; por ejemplo, al estudiar las sanciones como un sistema de precios ofi-

164. El título del acápite se encuentra inspirado, así como parte de su enfoque, en Calabresi, Guido, *The pointless of Pareto: Carrying Coase further*, en *The Yale Law Journal*, vol. C, núm. 5, 1991, pp. 1211 y ss.

165. La razón es sencilla. En la inalienabilidad se imponen restricciones o prohibiciones dirigidas no sólo a terceros no-titulares, sino al propio titular, por lo que resulta imperativo conocer qué cosas podrá o no hacer el titular.

166. Desde el punto de vista del titular de la prerrogativa lesionada, es fundamental determinar qué conductas de los no-titulares serán sancionadas o, si se prefiere, activarán un remedio a su favor; y, al propio tiempo, es de suma importancia conocer qué conductas debe implementar para que su remedio se mantenga vigente (por ejemplo, las reglas de mitigación de daños).

167. El punto de partida de cualquier disputa en torno a una titularidad es si esta resulta susceptible de ser ostentada por un particular, por un segmento de ellos o por toda la colectividad; todo lo cual tiene repercusiones tanto en las vías procesales que se emplearán para su tutela, así como para identificar qué remedios estarán al alcance de cada sujeto (sea como titular individual, sea como co-titular).

168. Rose-Ackerman, Susan, *Inalienability and the theory of property rights*, en *Columbia Law Review*, vol. LXXXV, núm. 5, 1985, pp. 931 y ss., afirma que: «Inalienability is the stepchild of *Law and Economics*» (p. 931).

ciales<sup>169</sup>, sustituyendo la regla de inalienabilidad por una regla de responsabilidad<sup>170</sup>.

La primera cuestión por asumir es la definición de inalienabilidad. En línea con Rose Ackerman<sup>171</sup> y Fennel<sup>172</sup>, sería el régimen legal que impone restricciones a la transferencia, titularidad o uso de una prerrogativa. En la Catedral la cuestión queda irresuelta, pero parece que los autores asumen que ostentar la titularidad en sí resulta lícito, pero no su transferencia/escisión.

Rose Ackerman propone examinar si resulta lícito ostentar la titularidad, disponer de ella o ejercerla, todo lo cual servirá para comprender las ideas de la Catedral desde dos puntos de vista. Por un lado, precisaría las hipótesis en que se concreta la inalienabilidad —haciendo a un lado la visión de la inalienabilidad como una mera prohibición para la disposición— y, por otro lado, se profundizaría en las potenciales justificaciones para elegir la inalienabilidad —más allá de externalidades/moralidad, auto-paternalismo y verdadero paternalismo—<sup>173</sup>.

En los sistemas jurídicos occidentales, incluidos los sistemas adscritos al *Civil Law*, se reconoce que la autonomía privada —libertad contractual—<sup>174</sup> enfrenta escasas restricciones —normas imperativas, orden público y buenas costumbres—. ¿Por qué esto es importante? Porque para afrontar la cuestión de la inalienabilidad debemos comprender por qué se justificaría que el sistema jurídico restrinja de manera agresiva y *ex ante* la libertad contractual a la que suele permitirle casi cualquier iniciativa, con cargo a examinar de manera *ex post* su consistencia con ciertos valores.

El punto de partida del razonamiento es siempre uno: los particulares gozan de la libertad de realizar todo aquello que deseen, salvo que exista una buena razón para fijar límites<sup>175</sup>, ya que, conforme con lo expuesto, favorece el bienestar social. Si se deshacen los pasos seguidos veremos que las justificaciones para cualquier interferencia se centrarían en la creación de costos que reducen el bienestar social, la producción de una pérdida social neta o la in-

169. Becker, Gary, *Crime and punishment: An economic approach*, en *Journal of Political Economy*, cit., p. 195, señala que: «A fine can be considered the price of an offense, but so too can any other form of punishment; for example, the "price" of stealing a car might be six months in jail. The only difference is in the units of measurement: fines are prices measured in monetary units, imprisonments are prices measured in time units, etc. If anything, monetary units are to be preferred here as they are generally preferred in pricing and accounting.» La visión es cuestionada por Cooter, Robert, *Prices and sanctions*, en *Columbia Law Review*, vol. LXXXIV, núm. 6, 1984, pp. 1523 y ss.

170. La idea es señalada expresamente por Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral*, cit., p. 1123.

171. Rose-Ackerman, Susan, *op. cit.*, p. 931.

172. Fennell, Lee Anne, *Adjusting alienability*, en *Harvard Law Review*, vol. CXXII, núm. 5, 2009, pp. 1402 y ss., en particular pp. 1427-1428, quien afirma: «[w]hile inalienability can be construed quite broadly to include any restriction that has either the purpose or effect of making transfers more difficult or unlikely, it is helpful to distinguish legal constraints on the transfer of property ("alienability limits" or "inalienability rules") from other conditions, restrictions, or features that limit, as a practical matter, the seller's prospects for alienating the property (limits affecting "marketability").»

173. Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral*, cit., pp. 1111-1115 y 1123-1124. Los autores reconocen que, en ocasiones, en estas justificaciones subyacen argumentos de eficiencia pues ciertos costos externos son expresiones de factores morales.

174. Un excelente análisis es el realizado por el profesor Kennedy, Duncan, *From the Will theory to the principle of private autonomy: Lon Fuller's "Consideration and form"*, en *Columbia Law Review*, vol. C, núm. 1, 2000, pp. 94 y ss.

175. Kronman, Anthony, *Paternalism and the law of contracts*, en *The Yale Law Journal*, vol. XCII, núm. 5, 1983, pp. 763 y ss.

fracción a un valor basilar del entramado social. Así, podríamos decir que existen al menos tres, a saber<sup>176</sup>:

- a) La eficiencia económica exige imponer limitaciones sobre el derecho de propiedad tanto por externalidades como por problemas de información y el costo de administración —en fin, por problemas distributivos—<sup>177</sup>.
- b) La consecución de ciertas metas distributivas.
- c) La ausencia de limitaciones a algunos procesos de mercado puede resultar incompatible con el funcionamiento responsable de un Estado Constitucional de Derecho.

Si volvemos a las interrogantes compartidas al iniciar la sección, se podrán extraer ideas sobre las cuales valga la pena detenernos. Con relación a la identidad de las personas susceptibles de ostentar una titularidad disciplinada por una regla de inalienabilidad las respuestas serían<sup>178</sup>: (i) cualquiera, (ii) sólo ciertos grupos, (iii) todos y (iv) nadie.

Si examinamos las respuestas veremos que:

- a) las últimas dos opciones suponen que la titularidad no puede ser ostentada de manera privada pues el Estado la reputó como de propiedad pública o común; o

bien porque resulta ilegal su detentación. En el primer escenario, nos encontraríamos frente a intereses difusos, bienes o recursos públicos, etc., mientras que en el segundo escenario serían bienes que se encuentran fuera del mercado —por ejemplo, órganos, drogas, etc.—.

- b) la segunda opción importa reconocer que el sistema jurídico establece bajo algún criterio o procedimiento qué grupos podrán ostentar la titularidad<sup>179</sup>: cuando se requiere cumplir un procedimiento administrativo para obtener un título habilitante o bien cuando el sistema jurídico otorga a un sector en situación de vulnerabilidad algún beneficio.
- c) la primera opción implica que no existe ningún tipo de restricción subjetiva u objetiva para ostentar la titularidad. Lo dicho nos remitiría a los derechos de carácter constitucional.

Si inspeccionamos las potenciales restricciones que el titular afrontaría para su ejercicio —sea para potenciar sus beneficios, sea para prevenir sus efectos indeseables—, podrían identificarse actividades: (a) permitidas de manera libre; (b) permitidas siempre que se cumplan ciertas exigencias y (c) prohibidas. Naturalmente, las actividades descritas en (b) se encuentran comprendidas en (a), por lo que sería posible la elaboración del siguiente cuadro<sup>180</sup>:

176. Rose-Ackerman, Susan, *op. cit.*, pp. 932-933.

177. Epstein, Richard A., *Why restrain alienation?*, en *Columbia Law Review*, vol. LXXXV, núm. 5, 1985, pp. 970 y ss. (en particular pp. 973-988 sobre externalidades y pp. 988-990 sobre distribución).

178. Rose-Ackerman, Susan, *op. cit.*, pp. 933-934.

179. El tema suscita debate entre los filósofos del derecho por el impacto que el factor azar (ni que decir sobre la influencia de ciertos grupos respecto de quién tiene que tomar la decisión) puede jugar en la determinación de la regla. Sobre la distribución de talentos como una cuestión moralmente arbitraria véase Rawls, John, *A Theory of Justice: Revised Edition*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, pp. 63-64 y 88-95; y Kymlicka, Will, *Contemporary political philosophy: An Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 57-60.

180. Rose-Ackerman, Susan, *op. cit.*, pp. 934. En este caso, el cuadro se limita a ser una réplica en nuestro idioma de lo propuesto por la autora.

## Restricciones al ejercicio de una titularidad

	No se exige nada	Todas las actividades permitidas son exigidas	Ciertas actividades permitidas son exigidas
Nada es permitido	1	-	-
Nada es prohibido	2	-	3
Algunas actividades son permitidas y otras no	4	5	6

El caso (1) tiene propósitos metodológicos: grafica el punto más extremo al interior del espectro de restricciones potenciales al ejercicio de una titularidad: el titular no puede hacer nada. Si se es estricto no estaríamos ante una titularidad, después de todo la definición de titularidad supone la preeminencia del interés y, desde un punto de vista lógico, el titular debe ser capaz de alcanzar algún fin valioso. El caso (2) es el recíproco o extremo opuesto: el titular puede ejercer cualquier actividad respecto de la titularidad, sin ningún requisito o exigencia —por ejemplo, el ejercicio de la libertad de pensamiento—.

Haciendo a un lado los esquemas extremos, veamos lo que sucede en los intermedios.

El caso (3) supone que el titular puede realizar cualquier actividad inherente a su titularidad a condición de que ejecute o cumpla ciertos requisitos legales —por ejemplo, la normativa para la preservación de bienes inmuebles con valor histórico o monumental—<sup>181</sup>. El caso (4) importa que algunas actividades están prohibidas, pero no se le exige nada al titular para

tener el derecho de realizar otras actividades —por ejemplo, las normas de zonificación para vivienda—. El caso (5) supone que quienes tienen interés en conservar su prerrogativa deberán ejecutar ciertas actividades y/o cumplir ciertos requisitos —por ejemplo, la normativa destinada a crear un patrimonio autónomo como el “patrimonio familiar”—<sup>182</sup>. Por último, en el caso (6) se permiten actividades a condición de que se cumplan ciertos requisitos y al propio tiempo se prohíbe otras —por ejemplo, la combinación de normas de zonificación con la tutela de inmuebles con valor histórico—.

Hasta aquí se examinaron hipótesis de ejercicio o uso de la titularidad que no implican un acto de disposición o transferencia de la titularidad. Como Fennell ha oportunamente señalado, los casos de prohibición a la disposición de titularidades tienden a ser raros —al final del día sería la hipótesis más agresiva de intervención estatal—, por lo que se suelen preferir mecanismos de restricción, lo cual, en última instancia, supone una división en el control de la prerrogativa entre el sujeto titular y los no-titulares —sea como individuos, sea como grupo—<sup>183</sup>.

181. En el caso peruano se trataría de, al menos, la Ley N°28296 – Ley del Patrimonio Cultural de la Nación y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°011-2006-ED; Texto Único Ordenado de la Ley N°29090, Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones, y su Reglamento; y Texto Único Ordenado de la Ley N°28976, Ley Marco de Licencias de Funcionamiento.

182. Los aspectos generales de la figura son regulados en los artículos 488° a 501° del Código Civil.

183. Fennell, Lee Anne, *Adjusting alienability*, cit., pp. 1443-1446.

Naturalmente, ambas modificaciones jurídicas pueden realizarse de múltiples maneras, desde hipótesis de: (i) adquisición derivativa-traslativa o derivativa-constitutiva<sup>184</sup>, (ii) transferencia a título particular o universal<sup>185</sup>; y (iii) transferencia onerosa o gratuita<sup>186</sup>. Con fines operativos y teóricos es posible admitir que (i) absorbe a (ii) en tanto que las transferencias/sucesión a título particular o universal se deben a un evento derivativo-traslativo, por ejemplo: la cesión de derechos o cesión de posición contractual, o derivativo-constitutivo, por ejemplo: un usufructo o un fideicomiso. Asimismo, la adquisi-

ción derivativo-traslativa o derivativo-constitutivo pueden fundarse en un acto gratuito u oneroso, razón por la cual nos concentraremos en la última con el propósito de ofrecer un cuadro capaz de subsumir el mayor número de casos de restricciones a la disposición. La decisión se verá confirmada a la luz de la normativa.

Teniendo lo anterior en mente, podemos ofrecer un segundo cuadro dependiendo de si los actos gratuitos y onerosos se encuentran respectivamente permitidos o prohibidos, a saber<sup>187</sup>:

### Restricciones a la disposición

	Actos gratuitos tutelados	Actos gratuitos sin tutela
Actos onerosos tutelados	A) Propiedad pura	B) Propiedad modificada
Actos onerosos sin tutela	C) Inalienabilidad modificada	D) Inalienabilidad pura

La denominación “propiedad pura” supone que todos los intercambios voluntarios se encuentran permitidos, por lo que, en estricto, estaríamos ante una *property rule*<sup>188</sup>.

que sólo las enajenaciones de carácter oneroso recibirán respaldo jurídico —normalmente a valor de mercado—, por lo que los actos gratuitos no tendrían *enforcement*<sup>189</sup> por problemas de validez u oponibilidad —ejemplo: los actos gratuitos realizados bajo el período de sospecha

La calificación “propiedad modificada” implica

184. Burdese, Alberto, voz *Successione: II) Successione a causa di morte*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1993, pp. 11-12 (de la separata); Carnevalli, Ugo, voz *Successione: I) Profili generali*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1993, pp. 3-4 (de la separata); y Nicolò, Rosario, voz *Successioni nei diritti*, en *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII-1ª parte, Utet, Turín, 1940-XVIII, p. 989.

185. Burdese, Alberto, voz *Successione: II) Successione a causa di morte*, *cit.*, pp. 11-12 (de la separata); Carnevalli, Ugo, voz *Successione: I) Profili generali*, *cit.*, pp. 3-4 (de la separata); y Nicolò, Rosario, voz *Successioni nei diritti*, *cit.*, p. 989.

186. Gatt, Lucilla, *Onerosità e liberalità*, en *Rivista di Diritto Civile*, vol. XLIX, núm. 6, 2003, pp. 655 y ss.

187. He adaptado lo propuesto por Rose-Ackerman, Susan, *op. cit.*, p. 935, a fin de ser más específico respecto de lo que se desea sintetizar. Así, he consignado como actos onerosos o gratuitos cuando la autora se refiere a «ventas» [sales] y «donaciones» [gifts].

188. La disponibilidad es una de las características que típicamente posee el titular de una titularidad regulada por una regla de propiedad. Vale la pena leer Thompson, Paul B., *Alienability, rivalry, and exclusion cost: Three institutional factors to design*, en Aa. Vv., *Philosophy and Design: From engineering to architecture* edición a cargo de Pieter E. Vermaas, Peter Kroes, Andrew Light y Steven A. Moore, Springer, 2008, pp. 131 y ss.

189. Fennell, Lee Anne, *op. cit.*, pp. 1446- 1448.

concurzal—<sup>190</sup>. Por su parte, asigno el rótulo de “inalienabilidad modificada” para los casos en que no se ofrece tutela —incluso se sancionan— los actos onerosos, mientras que se permiten los actos gratuitos —por ejemplo, la denominada “donación de órganos”—. Finalmente, el *nomen* “inalienabilidad pura” se reserva para los casos tradicionales en que ningún tipo de acto respecto de la titularidad resulta posible.

Las restricciones a la disposición de la titularidad pueden tomar múltiples formas aún en caso las partes se encuentren de acuerdo en ejecutar. Así, puede afectarse el número total de operaciones mediante la fijación de cargas impositivas, procedimientos —por ejemplo: en la venta de activos del dominio privado del Estado— o criterios sustanciales —por ejemplo, la mayoría de edad—, esto es, sin afectar el contenido del acuerdo, sino sus requisitos o las consecuencias económicas que se activarán. En cambio, también pueden imponerse restricciones a la disposición si es que se afecta el precio al cual podrá realizarse la operación. La hipótesis más conocida es la de exigir un precio de mercado, pero también pueden fijarse precios-piso —mínimo— o precios-techo —máximo—; e incluso es posible que establezca un protocolo para la fijación del precio<sup>191</sup>.

La diferencia entre restricción y prohibición es esencial por razones teóricas y prácticas. A menudo las prohibiciones sobre ciertos actos se encuentran fuera del campo de la autono-

mía privada, mientras que las restricciones sí lo están; pese a ello, y a la muy distinta configuración de tales injerencias, en el Perú la cuestión tiene limitadísimos avances a causa de una interpretación conservadora de los artículos 882 y 926 del Código Civil<sup>192</sup>.

Atendiendo a la información provista —4 posibles titulares, 6 posibles restricciones para el ejercicio de la titularidad y 4 posibles restricciones a su disposición— habría hasta noventa y seis (96) escenarios distintos de inalienabilidad. Naturalmente, el propósito del texto de Rose-Ackerman le impidió estudiar todos, además excluyó las titularidades que no pueden ser objeto de propiedad privada por tratarse de bienes/recursos públicos o están fuera del mercado (2), el supuesto extremo de restricción de ejercicio en que nada puede hacerse en relación con la titularidad (1). Creo que también debería excluirse el supuesto en que no existe restricción a la disposición de la titularidad (1). Así las cosas, existirían treinta (30) escenarios posibles de inalienabilidad<sup>193</sup> que guardan relación con recursos posibles de titularidad privada —2 posibles titulares, 5 posibles restricciones para el ejercicio de la titularidad y 3 posibles restricciones a la disposición—.

## 2. Complementaciones: Polinsky y Hylton.

La primera gran complementación de la teoría de Calabresi-Melamed fue imputable a Mitchell Polinsky, quien sostuvo que las titularidades no

190. Desde un punto de vista de derecho civil peruano, la calificación también podría extenderse a los actos de fraude a los acreedores o acción pauliana, cuya sanción es la inoponibilidad o ineficacia en sentido estricto (artículo 195° del Código Civil).

191. Fennell, Lee Anne, *op. cit.*, pp. 1446- 1448.

192. Artículo 882° del Código Civil

No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.

Artículo 926° del Código Civil

Las restricciones de la propiedad establecidas por pacto para que surtan efecto respecto a terceros, deben inscribirse en el registro respectivo.

193. Me aparto en este punto de lo señalado por Rose-Ackerman, quien concibe la existencia de cuarenta (40) escenarios posibles de inalienabilidad.

tenían por qué ser absolutas<sup>194</sup>. Cabe aludir que Polinsky había planteado sus ideas previamente, pero habían sido dirigidas a economistas<sup>195</sup>.

Así, el autor planteó la posibilidad de que existiera una división de las prerrogativas asignando a los sujetos una “regla de propiedad parcial”. Con ello, Polinsky se apartaba de lo que sostenían el grueso de académicos que, a partir del planteamiento de Calabresi-Melamed, simplificaba el escenario de conflicto derivado de una relación de vecindad —*nuisance*— a la interrogante de si<sup>196</sup>:

- a) era la fábrica quien tenía que comprarle al residente el “derecho” a contaminar a causa de que éste ostentaba la prerrogativa de ordenar la cesación de la actividad para garantizar el ejercicio de su titularidad libre de injerencias externas o si la fábrica podía contaminar asumiendo el pago del resarcimiento fijado por el juez.
- b) era el residente quien debía comprarle a la fábrica el “derecho” a ejercer de vivir sin la actividad de la fábrica debido a que ésta ostentaba la prerrogativa de llevar adelante su emprendimiento o pagarle a la fábrica la reparación fijada por el juez.

Si bien el razonamiento esbozado es —casi— una réplica de lo expresado por Calabresi-Melamed, da por hecho que la fábrica puede contaminar todo lo que desea o el vecino tiene la prerrogativa de encontrarse libre de cualquier nivel de contaminación. En el mundo real, exis-

te una infinidad de puntos intermedios. Es a partir de este punto en el que surge la idea de reglas parciales.

Pero ¿cómo se aplicaría? Por ejemplo, se otorgaría a favor de ciertos sujetos —fábrica— la prerrogativa de llevar adelante una actividad hasta cierto punto pese a ser lesiva —emitir humos— y, por extensión, se impediría a los potenciales afectados —vecinos— interponer algún remedio legal dirigido a cesar o reducir la actividad de la fábrica e inclusive a solicitar la reparación de los daños; mientras que, superado el nivel de actividad fijado, la prerrogativa se invertirá.

El punto de partida del análisis cambia drásticamente. Al iniciar en un punto intermedio y no en los extremos, las acciones —y las soluciones— no se mueven hacia una única dirección, sino en dos direcciones opuestas. Si continuamos con el ejemplo ofrecido es posible que: (i) la fábrica desee incrementar su actividad, con el consecuente impacto en la emisión de humos o (ii) el residente desee disminuir la actividad de la empresa para reducir la emisión de humos. En tales escenarios, los clásicos remedios —mandato de cesación y reparación de daños— pueden combinarse para dar vida a: (1) un remedio positivo de reparación de daños y un remedio negativo de cesación; y (2) un remedio positivo de cesación y un remedio negativo de reparación de daños.

¿Qué significan en los hechos estos remedios mixtos? En sencillo, siguiendo la numeración del párrafo precedente<sup>197</sup>:

194. Polinsky, A. Mitchell, *Resolving nuisance disputes: The simple economics of injunctive and damage remedies*, en *Stanford Law Review*, vol. XXXII, núm. 6, 1980, pp. 1075 y ss., en particular p. 1087, «There is no logical reason, however, to view entitlements as absolute. They might also be intermediate».

195. Polinsky, A. Mitchell, *Controlling externalities and protecting entitlements: Property right, liability rule and tax-subsidy approaches*, en *The Journal of Legal Studies*, vol. VIII, núm. 1, 1979, pp. 1 y ss., y *Id.*, *On the choice between property rules and liability rules*, en *Economic Inquiry*, vol. XVIII, núm. 2, 1980, pp. 233 y ss.

196. Ellickson, Robert C., *Alternatives to zoning: Covenants, nuisance rules, and fines as land use controls*, en *The Chicago Law Review*, vol. XL, núm. 4, 1973, pp. 681 y ss., en particular pp. 738-748.

197. Polinsky, A. Mitchell, *Resolving nuisance disputes: The simple economics of injunctive and damage remedies*, *cit.*, p. 1087.

- a) El residente está autorizado a exigirle a la fábrica el pago de un resarcimiento si es que incrementa el nivel de su actividad y correlativamente garantiza a la fábrica la prerrogativa de que el residente no puede solicitarle reducir su nivel de actividad.
- b) La fábrica tendrá que obtener el permiso del residente si desea incrementar su nivel de actividad y correlativamente el residente deberá pagarle una reparación a la fábrica si pretende reducir su nivel de actividad.

Naturalmente, las reglas intermedias son la mismas nada más que invirtiendo la identidad del titular —resarcimiento clásico la primera y resarcimiento inverso<sup>198</sup> la segunda—. Tal como se ve, la propuesta de Polinsky complementa el cuadro ofrecido por Calabresi-Melamed. Por razones de espacio no me detendré a examinar, como sí lo hace Polinsky, si la preferencia por el remedio resarcitorio tiene una justificación válida<sup>199</sup> en escenarios más realistas —en concreto: comportamiento estratégico, redistribución costosa y reparación subcompensatoria—<sup>200</sup>.

Por su parte, Hylton<sup>201</sup> añadió al análisis de las *property rules* y *liability rules* la importancia de las valuaciones subjetivas. La propuesta parte de una constatación tan evidente como útil:

en el campo jurídico existen dos políticas claramente diferenciadas, por un lado, el sistema prohíbe u opta por no-tolerar ciertas conductas —sin importar su magnitud—; y, por otro lado, el sistema opta por “internalizar” o asignarle un precio a la conducta del infractor, evitando suprimir dicha conducta, sino meramente forzando al infractor a asumir los costos anexos a su conducta.

La primera política sería simétrica a una regla de propiedad, mientras que la segunda política a una de responsabilidad. A partir de aquí, el autor sostiene que las primeras pretenden proteger la valuación subjetiva del titular, lo cual no logra la regla de responsabilidad. La idea luce, sobre todo para un operador jurídico del *Civil Law*, contraintuitiva, pues se nos forma para concebir a la responsabilidad civil como el mecanismo que permite reparar el daño que sufre la víctima. La diferencia radica en que la titularidad disciplinada bajo una regla de propiedad “requiere” una defensa reforzada —el “kicker” de Calabresi-Melamed—, sino se crearían “denormalization costs” —costos de desnormalización—. <sup>202</sup> Estos costos suponen pérdida de incentivos para la inversión, el incremento de decisiones de expropiación, reducción de los horizontes de inversión, costos de desmoralización —“demoralization costs”—<sup>203</sup>, etc.

198. El denominado «reverse damages» (la cuarta regla de Calabresi-Melamed), según la cual las cortes permiten a la fábrica contaminar a menos que el vecino esté dispuesto a pagar una reparación para evitar la actividad.

199. La afirmación es controversial, existen quienes consideran que las *property rules* alientan mejor la negociación en comparación con las *liability rules*: Ayres, Ian y Talley, Eric, *Solomonic bargaining: Dividing a legal entitlement to facilitate Coasean trade*, en *Yale Law Journal*, vol. CIV, núm. 5, 1995, pp. 1027 y ss.; mientras que otros sostienen lo contrario: Kaplow, Louis y Shavell, Steven, *Property rules versus liability rules: An economic analysis*, en *Harvard Law Review*, vol. CIX, núm. 4, 1996, pp. 713 y ss.; e Id., *Do liability rules facilitate bargaining? A reply to Ayres and Talley*, en *Yale Law Journal*, vol. CV, núm. 1, 1995, pp. 221 y ss.

200. Polinsky, A. Mitchell, *Resolving nuisance disputes: The simple economics of injunctive and damage remedies*, cit., pp. 1092-1096 (comportamiento estratégico), pp. 1096-1100 (redistribución costosa) y pp. 1103-1106 (reparación subcompensatoria). El autor reconoce que es posible que el resarcimiento tenga un caso válido cuando involucra escenarios de múltiples víctimas (pp. 1106-1110).

201. Hylton, Keith N., *Property rules and liability rules, once again*, en *Review of Law and Economics*, vol. II, núm. 2, 2006, pp. 137 y ss.

202. Hylton, Keith N., *op. cit.*, p. 140.

203. Michelman, Frank, *Property, utility and fairness: Comments on ethical foundations of ‘just compensation’ Law*, en *Harvard Law Review*, vol. LXXX, núm. 6, 1967, pp. 1165 y ss.

Con todo propone nuevas afirmaciones dependiendo de si los costos de transacción son altos o bajos, a saber<sup>204</sup>:

- a) Cuando los costos de transacción sean altos y algunos de los tomadores —quienes extraen en todo o en parte la titularidad ajena— tienen valuaciones subjetivas<sup>205</sup> que superan aquellas de todas las víctimas, la regla de responsabilidad es preferible.
- b) Cuando los costos de transacción sean altos y las valuaciones subjetivas de las víctimas superan aquellas de todos los tomadores, la regla de propiedad y la regla de responsabilidad son equivalentes en cuanto a la protección de las víctimas.
- c) Cuando los costos de transacción sean bajos, la regla de propiedad es preferible a la regla de responsabilidad sin que interese la distribución de las valuaciones subjetivas.

En los casos no-extremos —costos de transacción intermedios—, la elección dependerá de equilibrar el costo de proteger las valuaciones subjetivas y el costo de que la negociación falle. Si el segundo costo es relativamente bajo en relación con el primero, entonces debe preferirse la regla de propiedad. En cambio, si el costo de que la negociación falle es relativamente alto, se debería preferir a la regla de responsabilidad<sup>206</sup>.

La argumentación se vería confirmada en los hechos. La hipótesis de expropiación supone que se reconozca una regla de responsabilidad en sustitución de la regla original de propiedad que tutelaba la misma prerrogativa<sup>207</sup>, toda vez que el costo de que la negociación falle es muy alto en comparación al costo de tutelar la valuación subjetiva del particular.

En este caso es imperativo colocar ejemplos para comprender el planteamiento. Imaginemos<sup>208</sup> que todas las víctimas son propietarios de bicicletas que tienen un valor de mercado de US\$75. Como es obvio, cada víctima/propietario tiene una valuación subjetiva distinta, algunos más alta y algunos más baja. Digamos, en aras de mantener el ejemplo simple, que los primeros le asignan a la bicicleta un valor de US\$85 —en adelante, “Víctima A”—, mientras que los segundos le asignan un valor de US\$65 —en adelante, “Víctima B”—. Ahora, asumamos que el número total de víctimas de cada tipo es exactamente el mismo a fin de que el valor de mercado permanezca en US\$75. Esto es relevante porque, por lo general, si la víctima inicia acciones legales, recibirá como monto resarcitorio el valor de mercado, toda vez que los tribunales preferirán utilizar dicha medida en lugar de afrontar el problema de determinar la valuación subjetiva de cada víctima. En cuanto a los tomadores/infractores, al igual que las víctimas/propietarios, se dividirían en dos: (i) quienes tienen una valuación alta sobre la bicicleta: US\$ 100 —en adelante, “Tomador A”— y (ii)

204. Hylton, Keith N., *op. cit.*, p. 142.

205. Se aconseja la consulta de De Alessi, Louis y Staaf, Robert J., *Subjective value in contract law*, en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. CXLV, núm. 4, 1989, pp. 561 y ss.

206. La regla esbozada es similar a una recomendación efectuada por Calabresi, Guido, *Transaction costs, resource allocation and liability rules – A comment*, en *The Journal of Law & Economics*, vol. XI, núm. 1, 1968, pp. 67 y ss., el cual es un trabajo que anticipa algunas ideas que luego conformarán la Catedral.

207. Fennell, Lee Anne, *Taking eminent domain apart*, en *Michigan State Law Review*, vol. 2004, núm. 4, 2004, pp. 957 y ss., en particular p. 976, donde se señala: «*Eminent domain short-circuits thin-market problems by substituting a liability rule for a property rule - upon the payment of fair market value, the land will change hands regardless of the wishes of the current owner*»; Miceli, Thomas J., *Compensation for the taking of land under eminent domain*, en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. CXLVII, núm. 2, 1991, pp. 354 y ss.

208. Hylton, Keith N., *op. cit.*, pp. 147-159.

quienes tienen una valoración baja: US\$25 —en adelante, “Tomador B”—; y cada grupo es semejante en número. Por último, asumamos que los costos de transacción son altos, razón por la cual no es posible que las víctimas/propietarios negocien *ex ante* con los tomadores/infractores. ¿Qué conviene? ¿Una regla de propiedad o una regla de responsabilidad?

Con el ejemplo ofrecido, veamos qué sucede con una regla de propiedad en favor de las víctimas. Los Tomadores A se verán inhibidos de extraer la titularidad, en tanto que las víctimas contarán con los remedios para recuperarla y como los costos de transacción son altos tampoco podrán acordarse un intercambio voluntario. ¿Qué sucede con el bienestar social —la diferencia entre la valoración subjetiva de los Tomadores A y las víctimas—? La elección de dicha regla impediría una mejora en el bienestar social ascendente a US\$25. En el caso de los Tomadores B la regla habría evitado una pérdida social de US\$50 —US\$75 – US\$ 25—. Si tomamos ambos resultados, el efecto neto de la regla de propiedad sería beneficioso en US\$25.

Cambiamos el escenario, la regla de propiedad es asignada en los tomadores/infractores. En tal escenario, los Tomadores A estarían autorizados a obtener un beneficio de US\$25, mientras que los Tomadores B estarían autorizados a crear una pérdida de US\$50. Así, el efecto neto de una regla de propiedad que favorezca a los tomadores ocasionaría una pérdida social neta de US\$25.

Ante ello, si fijáramos una regla de propiedad para tutelar la titularidad sobre la bicicleta sería preferible asignarla a favor de la víctima. Tal conclusión es una consecuencia de las asunciones del análisis, pero contribuyen a mostrar que las valoraciones subjetivas sí tienen un impacto real.

Hagamos el mismo ejercicio con una regla de responsabilidad a favor de las víctimas. Los Tomadores A estarían obligados a pagar a las víctimas US\$75, pero con todo obtendrían una ganancia de US\$25 que es el mismo monto en

que incrementaría el bienestar social. Ciertamente esto se produce pese a que exista un número —igual— de Víctimas A y Víctimas B. Si la conducta fuese implementada por los Tomadores B estos sufrirían una pérdida de US\$50, por lo que, en tanto son agentes racionales, evitarán seguir tal curso de acción. En ese sentido, la sociedad mejoraría en US\$50 al evitarse las conductas de los Tomadores B y mejoraría en US\$25 por las extracciones de la titularidad realizadas por los Tomadores A, es decir, habría una mejora social neta de US75.

A nivel comparativo, la regla de responsabilidad en favor de la víctima —US\$75— supera los beneficios que genera la regla de propiedad en favor de la víctima —US\$25—. En otras palabras, cuando los costos de transacción son altos la regla de responsabilidad protege mejor los intereses de la víctima. Lo dicho es consistente con lo postulado por Calabresi-Melamed y con la afirmación (a) de Hylton que reseñamos líneas atrás.

¿Qué sucedería si asumimos que todos los tomadores tienen una valoración subjetiva baja —US\$ 25—? ¿La regla de responsabilidad todavía es preferible?

Con una regla de responsabilidad a favor de las víctimas y con un monto resarcitorio de US\$75, los tomadores evitarán afectar la titularidad, toda vez que perderían US\$50. El impacto que tiene la regla en el bienestar social es de US\$50. Ahora, si se asigna una regla de propiedad a la víctima, la extracción de la titularidad no sucedería, por lo que habría un beneficio social de US\$50; en cambio, si la regla de propiedad se asigna en el tomador, se produciría una pérdida social de US\$50. Con el cambio en la asunción, tanto la regla de responsabilidad como la regla de propiedad tienen el mismo efecto en el bienestar social, por lo que existiría una situación de indiferencia entre ambas; confirmando así la afirmación o postulado (b) de Hylton.

Cabe preguntarse si no sería preferible la regla de responsabilidad pues nos evitaría el examen de las valoraciones subjetivas de los involucrados, más aún cuando esto confirmaría

el planteamiento de Becker<sup>209</sup>. En realidad, no es así. La diferencia se percibe en los casos en que la valuación subjetiva del tomador es más baja que la de las víctimas pues: (i) se emite un fuerte mensaje de abstenerse de intervenir en la titularidad ajena —sin condicionar la regla a un análisis costo-beneficio—; (ii) la regla de propiedad se aprovecha del resto de inversiones y políticas públicas implementadas para garantizar la tutela de estas titularidades; y, (iii) porque existen casos en que la determinación del monto de la reparación a asignarse a favor de la víctima es complicada y supondría un derroche de recursos. A la luz de ello, el planteamiento de Hylton se aparta de las conclusiones generales de Calabresi-Melamed.

Ahora, ¿qué sucedería si los costos de transacción son bajos —digamos cero—?

Si la titularidad del propietario se disciplina con una regla de propiedad, de manera general, los Tomadores A adquirirían la titularidad recibiendo un beneficio de US\$100 —valuación subjetiva— menos el precio que pague y recíprocamente el beneficio obtenido por el propietario sería el precio que recibirá del adquirente menos su precio de reserva —valuación subjetiva—. Todo dependerá de las valuaciones subjetivas.

En primer lugar, si el propietario ostenta la regla de propiedad, el Tomador B no podrá adquirir la titularidad y tampoco tendrá incentivos para extraerla. Veamos qué sucede con el Tomador A. Si éste se vincula con la Víctima A, el margen donde existirá contrato será entre las sumas de US\$100 y US\$85; mientras que si se vincula con la Víctima B el margen de contratación estará entre los US\$100 y US\$65, es decir, la regla de propiedad tutelaría la valuación de las víctimas.

Si, en cambio, la regla de propiedad fuese asignada en favor de los tomadores, ante Tomadores B, las Víctimas A y B les pagarían a efectos de retener las bicicletas, por lo que la titularidad no se vería trasladada. Ante Tomadores A la extracción tendría lugar sin que tengan que asu-

mir el pago de ninguna suma dineraria a favor de las víctimas, quienes no podrían comprar el derecho a conservar las bicicletas, toda vez que sus valuaciones subjetivas son inferiores.

Digamos ahora que la regla asignada es una de responsabilidad. Los Tomadores A no extraerían la titularidad en tanto que su valuación subjetiva es más baja que la de las víctimas, por lo que sólo incurriría en pérdidas —US\$60 y US\$40 respectivamente—. Por su parte, los Tomadores B sí extraerían la titularidad porque percibirían ganancias promedio de US\$25, sin embargo, allí no queda el asunto. Las Víctimas A podrían ofrecerle hasta US\$10 a los Tomadores B para inhibir la extracción, esto es, la diferencia entre su valuación subjetiva —US\$85— y el monto que recibirían como resarcimiento —US\$75—. En el caso de las Víctimas B, los incentivos se invierten. Los Tomadores B tendrían incentivos para ofrecerles una suma entre US\$75 —monto del resarcimiento que se le impondría— y US\$65 —valuación subjetiva de las citadas víctimas—. En los últimos dos escenarios, las propuestas se encuentran dentro de la zona de contratación y dado que los costos de transacción son cero, el acuerdo es posible. Dicho en otras palabras, los Tomadores A extraerían la prerrogativa de las Víctimas A y le comprarían su titularidad a las Víctimas B.

Los resultados en la reasignación de la titularidad sería el mismo tanto con reglas de propiedad, como con reglas de responsabilidad o la confirmación de que en ausencia de costos de transacción la asignación eficiente ocurrirá con prescindencia de la regla por defecto. La única diferencia aparente se presentaría en la distribución de las sumas dinerarias. Decimos aparente porque sí existe una diferencia más profunda. Las reglas de propiedad a favor de las víctimas garantizarían que sus valuaciones subjetivas sean protegidas, en cambio, con la regla de responsabilidad habrán víctimas que sólo reciban US\$75 por la pérdida de un bien que valoran en US\$85. Esto nos llevará a la afirmación (c) de Hylton, en particular si se suman los costos de

209. Becker, Gary, *Crime and punishment: An economic approach*, cit., pp. 190-191.

desnormalización —o desestabilización—<sup>210</sup>, lo cual se materializa en una reducción de los incentivos de invertir de las potenciales Víctimas A, quienes saben que tales inversiones no serán compensadas.

Como se observa, el planteamiento de Hylton complementa, y en ocasiones contradice, lo que fue formulado por Calabresi-Melamed, enriqueciendo la teoría.

### 3. Críticas: Krier-Schwab, Kaplow-Shavell y Epstein.

El primer tema sobre el cual valdría la pena hacer hincapié es que un sector de académicos sostiene que la manera en que se protege la titularidad no sólo nos brindará información sobre su relevancia —una relación directamente proporcional—, sino que modifica su contenido<sup>211</sup>. En términos sencillos, no es posible afirmar que estamos ante una misma titularidad, o con la misma importancia, si es que una se tutela con una *property rule* y la otra con una *liability rule*.

La afirmación es consistente con la perspectiva remedial de los sistemas del *Common Law*, pero sería altamente cuestionable para un sector de académicos del *Civil Law*. Volviendo a la postura de los críticos, si se aceptase la posición esbozada se negaría la categoría de derecho a aquellas titularidades que no son tuteladas con un *property right*.

El punto de partida del análisis de Krier-Schwab

es el examen de la justificación de la preferencia por la regla de propiedad. Los autores admiten que la justificación convencional en una situación de costos de transacción bajos es una de eficiencia. La lógica sería permitir a los individuos decidir cuándo se encontrarán dispuestos, y en qué condiciones, a iniciar una negociación. Pero ¿qué sucedería si los costos de transacción fuesen elevados?<sup>212</sup> ¿qué haría el tomador?

La situación sería la siguiente: (i) si los costos de evitar el daño son menores al monto del resarcimiento, lo racional sería que el causante del daño se abstenga de ejecutar la conducta; o (ii) si los costos de evitar el daño son mayores al monto del resarcimiento, lo racional sería que el causante opte por causar el daño y pagar por ello<sup>213</sup>.

Los escenarios propuestos replicarían el postulado de Calabresi-Melamed, al punto que, en 1972, en la primera edición del manual de análisis económico del derecho de Posner, se afirma: “*where Transaction costs are high, the allocation of resources to their highest valued uses is facilitated by denying property right holders and injunctive remedy against invasions of their rights and instead limiting them to a remedy in damages*”<sup>214</sup>

En buena cuenta, Krier-Schwab cuestionan la asunción de base en torno a los costos de transacción y la preferencia por cierta regla. En la realidad, los costos de transacción en la negociación y los costos de determinación de la existencia y magnitud del monto resarcitorio tienden a ser altos. Así, la diferencia entre reglas se difumina<sup>215</sup>, por lo que pierde sentido

210. La idea puede reconducirse incluso a Bentham, Jeremy, *The principles of morals and legislation* (1781), Prometheus Books, Nueva York, 1988, p. 153.

211. Kraus, Jody y Coleman, Jules, *Rethinking the theory of legal rights*, en *Yale Law Journal*, vol. XCV, núm. 7, 1986, pp. 1335 y ss.

212. Tal situación podría fundarse en el número de sujetos involucrados o la existencia de comportamientos estratégicos.

213. Krier, James E. y Schwab, Stewart J., *Property rules and liability rules: The Cathedral in another light*, cit., pp. 450-451.

214. Posner, Richard A., *Economic analysis of Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1972, p. 29.

215. Krier, James E. y Schwab, Stewart J., *op. cit.*, p. 455.

la afirmación de la preferencia por las reglas de responsabilidad en un escenario de altos costos de transacción.

Lo dicho fue anticipado por Polinsky, reflejándose en la obra de Posner, quien, como nota al pie, añade que la preferencia por la regla de responsabilidad “*assumes that damages can be computed with reasonable accuracy. If they cannot, there is an argument for injunctive relief*”<sup>216</sup>.

Por su parte, Kaplow-Shavell abordan, entre otros temas, cómo en escenarios con defectos en información en torno al daño, la regla de responsabilidad tiene un desempeño que es superior al de la regla de propiedad<sup>217</sup>; y que en escenarios de bajos costos de transacción es posible que la regla de propiedad no tenga un desempeño superior a una regla de responsabilidad. Dicho en otras palabras, cuando existan bajos costos de transacción no existe un impacto real en el nivel de negociación de las partes, sea que la titularidad esté disciplinada por una regla de propiedad o responsabilidad<sup>218</sup>; y, cuando los costos de transacción son altos y la negociación es imposible, la regla de propiedad puede guiarnos a mejores resultados que las reglas de responsabilidad<sup>219</sup>.

Los autores sugieren que incluso cuando los tribunales enfrentan problemas para determinar el monto del daño causado, las reglas de responsabilidad son superiores a las reglas de propiedad. Si ambas reglas están fijadas para proteger a la víctima se llegará al mismo resultado: no existirá contaminación si los costos de prevención son inferiores al nivel promedio de daño. Las reglas diferirán en su resultado cuando los costos de prevención son altos en comparación con el daño, los tomadores optarán por contaminar, toda vez que minimizarán su pérdida.

El resultado no se presentará si los tribunales tienden a subcompensar a las víctimas. La razón: se generará un incentivo para extraer la titularidad pese a que no se genere un mayor bienestar social —o al menos sin que nos encontremos seguros del incremento de tal bienestar—.

En cambio, en escenarios de costos de transacción bajos, se asume, con sujeción al teorema de Coase, que el resultado eficiente se producirá con prescindencia de la regla legal o la asignación originaria de titularidades. La situación varía si es que la negociación fracasa en ocasiones debido a que una o ambas partes fallan al estimar qué resulta aceptable para su contraparte. Sin embargo, la habilidad negociadora no es el único factor relevante para determinar el resultado y la preferencia por una regla: por ejemplo, la aptitud de la víctima de implementar conductas de mitigación, los incentivos que reciben los tomadores cuando carecen de los recursos para afrontar el pago de los daños que causen, los costos terciarios —costos de administración del sistema—, la aversión al riesgo o efectos distributivos. Si los factores descritos se acumulan o, por sí mismos, son muy significativos se justificaría una regla de propiedad.

En términos sencillos, tal como sostienen Kaplow-Shavell, si se piensa que la negociación entre los agentes relevantes nos conducirá a un resultado eficiente en cuanto a la asignación de cierta titularidad, no existe razón para considerar que ello es privativo de las reglas de propiedad. Este resultado se vincula a la posibilidad de negociar y a la alta probabilidad de que se alcance aquel acuerdo. En el caso de propiedad sobre bienes, la preferencia por la regla de propiedad no se sustentaría en la posibilidad en sí misma del acuerdo, sino que la elección

216. Posner, Richard A., *Economic analysis of Law*, cuarta edición, Little, Brown and Company, Boston, 1992, p. 70, nota al pie (5).

217. Kaplow, Louis y Shavell, Steven, *Property rules versus liability rules: An economic analysis*, cit., pp. 717-718.

218. Kaplow, Louis y Shavell, Steven, *op. cit.*, pp. 734-737.

219. Kaplow, Louis y Shavell, Steven, *op. cit.*, pp. 759-763.

alternativa —la regla de responsabilidad— supondría un debilitamiento del sistema y de la titularidad, después de todo, el titular carecería de la prerrogativa de excluir. Además, alentaría hipótesis de extracciones recíprocas, esto es, si alguien extrae la titularidad sobre un bien y conozco que el monto que obtendré en juicio como resarcimiento es inferior al valor que le asigno al bien, entonces tendré los incentivos para ahora extraer la titularidad que mi infractor tomó en primer lugar.

Finalmente, Epstein, al igual que Krier-Schwab y Kaplow-Shavell, cuestiona los escenarios en que se opta por una regla de responsabilidad. Desde su perspectiva, los casos en que tales reglas se revelan como eficientes o como un sustituto razonable de las reglas de propiedad son escasos<sup>220</sup>, por lo que, en realidad, sólo serán útiles en escenarios en que la regla de propiedad funciona de manera deficiente, esto es, supuestos de monopolio bilateral<sup>221</sup> o de necesidad —la copropiedad, la servidumbre de paso o estado de necesidad, por dar algunos ejemplos—<sup>222</sup>.

El razonamiento de Epstein puede condensarse de la siguiente manera: por lo general, el titular de un recurso contará con un abanico de potenciales adquirentes, por lo que el beneficio anexo a no solicitar su consentimiento previo —característica de una regla de responsabilidad— será bajo, incluso inexistente. El intercambio se produciría sin necesidad de una intervención del sistema jurídico y dejando a los agentes satisfechos. Si se sustituyese la regla no sólo se incrementaría el nivel de intervención del sistema jurídico, sino que se introduce la variable de la dificultad de fijar cuál es el valor del

intercambio —involuntario—. Lo anterior vendrá en una serie de distorsiones en el nivel de inversión en los recursos y la seguridad en el tráfico jurídico-comercial<sup>223</sup>.

La regla de responsabilidad funcionaría si el titular no es capaz de inhibir transacciones socialmente beneficiosas debido a la implementación de conductas estratégicas. Si tales comportamientos pueden surgir con posterioridad al inicio de una relación jurídica, las partes podrán implementar medidas para controlarlos —por ejemplo, cláusulas de reajuste de la contraprestación en relaciones de duración—; pero en otras circunstancias, el resultado y la necesidad pueden ser sustancialmente distintos, causando una pérdida social. En escenarios de este tipo, la regla de responsabilidad sí mostraría su utilidad.

La cuestión se acentúa cuando Epstein critica la regla de resarcimiento inverso —regla 4—. Así, se pone en entredicho que se afirme que el propietario, en casos como en *Spur Industries v. Del E. Webb Development Co.* —ver retro nota al pie (16)—, tendría el derecho a contaminar sin que haya llegado a algún acuerdo con los vecinos. Si esta argumentación fuese cierta, entonces se tendría que admitir que los tribunales tienen la competencia para (re)definir los derechos de propiedad. Las peculiaridades del caso pueden explicar por qué la Corte Suprema de Arizona resolvió como lo hizo, después de toda la actividad contaminante que inició antes de que los vecinos ocuparan la parcela vecina, por lo que podría aplicarse la figura del “*coming to the nuisance*”<sup>224</sup>, por la cual se niega tutela a quien se exponga a sí mismo a una molestia pre-exis-

220. Epstein, Richard A., *A clear view of the Cathedral: The dominance of property rules*, en *Yale Law Journal*, vol. CVI, núm. 7, 1997, pp. 2091 y ss., en particular p. 2095.

221. Epstein, Richard A., *A clear view of the Cathedral: The dominance of property rules*, *cit.*, pp. 2093, 2118-2119.

222. Epstein, Richard A., *op. cit.*, pp. 2092, 2105-2111.

223. Epstein, Richard A., *op. cit.*, pp. 2092-2093.

224. Kirk, Cassius Jr., *Torts: Nuisance: Defenses: "Coming to the nuisance" as a defense*, en *California Law Review*, vol. XLI, núm. 1, 1953, pp. 148-151.

tente —similar a la negativa en el Derecho Peruano a otorgar tutela, mediante interdictos, por eventos que afecten la posesión cuando la actividad generadora tiene más de un año de antigüedad, conforme al artículo 601 del Código Procesal Civil—. En tal sentido, no es que la propiedad de los vecinos se encuentre bajo la regla 4, sino que al tomarse en consideración el inicio del cómputo del plazo de prescripción desde antes que la propiedad de aquellos se vea perjudicada, ocasiona esta solución. Lo correcto sería que el plazo de prescripción iniciara sólo cuando la propiedad se ve afectada<sup>225</sup>.

La objeción de Epstein destaca el valor de la propiedad y su protección, por lo que se evitaría la sustitución de la regla por una de responsabilidad. Nótese que el autor califica la protección bajo una regla de propiedad como una absoluta<sup>226</sup>, por lo que haría a un lado los aportes de Polinsky.

## VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La obra de Calabresi-Melamed ha inspirado a los ius-economistas por los últimos cincuenta años al convertirse en una teoría que sintetiza ideas institucionales del Derecho y Economía y proponer cómo pueden usarse para aportar en la (re)construcción del sistema jurídico.

En efecto, la comprensión cabal de las “reglas” de propiedad, responsabilidad e inalienabili-

dad exige que el operador jurídico cuente con una formación en dos conceptos clave: costos de transacción y externalidades. Si bien Calabresi-Melamed aluden a ellos a lo largo de su trabajo y los utilizan para bosquejar los escenarios en que cada regla debe preferirse, lo cierto es que tales conceptos son pasados por alto o, lo que es peor, no son tomados en serio por la mayor parte de operadores jurídicos. Tal circunstancia motivó que en parte de la investigación se afronte la tarea de esbozar los confines de los conceptos aludidos para, sólo luego de ello, detenernos en la formulación de la teoría, así como en el análisis de una parte de la bibliografía que originó.

Antes de concluir quiero transmitir dos últimas ideas. Por un lado, la investigación pretende que los operadores jurídicos, y no sólo los ius-economistas, caigan en la cuenta de cuán necesaria es la consulta de las formulaciones originales y las fuentes directas, amén de estudiar los desarrollos posteriores. Por otro lado, alentar nuestro espíritu crítico: dudar de todo, incluso de las ideas transmitidas en nuestra etapa formativa por maestros —ni que decir si fueron transmitidas por meros profesores—. Todo conocimiento debe contrastarse y cuando lo haya sido podremos afirmar que nos apropiamos de éste. Ello no significa que sea infalible, pero, en tanto nuestro, estaremos más conscientes de sus méritos, potencialidades y limitaciones.

225. Epstein, Richard A., *op. cit.*, pp. 2104-2105.

226. Epstein, Richard A., *op. cit.*, pp. 2091, 2097, 2106 y 2110.