



UNIVERSIDAD
TORCUATO DI TELLA

Escuela de **DERECHO**

Revista Argentina de Teoría Jurídica
Vol. 3, N° 2 (Junio de 2002)

INGLATERRA SIN PESCADO Y PATATAS FRITAS, O QUÉ MÁS DEBERÍAMOS HABER DESCUBIERTO EN EL ENSAYO DE COASE SOBRE COSTOS SOCIALES

*Anthony Ogus*¹

Ronald Coase pasó la primera parte de su vida en Inglaterra (Demsetz, 1998:262) y su ensayo famoso de 1960 acerca de los costos sociales se aprovecha de sus memorias tanto de la cultura como del derecho inglés. Su observación perspicaz, “Inglaterra sin pescado y patatas fritas es una contradicción por definición” (Coase, 1960:21), no es tan familiar como debería ser. Es discutible que sea la idea más importante de tal artículo, pero si bien el “Teorema de Coase” tuvo un impacto masivo en la disciplina del Derecho y Economía y todavía más, creo que sus implicancias no fueron todavía asimiladas del todo por los abogados; a pesar de que es la pieza central del artículo más citado en las revistas de derecho (Shapiro, 1996).

Aquí sostengo que tal teorema facilita el análisis de algunas cuestiones de responsabilidad jurídica (“omisiones negligentes”, “interferencias en el uso y goce de un bien” -*coming to nuisance*-, “daño”) para las que las nociones legales de justicia correctiva² son ampliamente indeterminadas. Mi exposición asume familiaridad con el razonamiento coasiano básico.

1. Nociones de Causalidad

¹ Profesor de Derecho, Universidad de Manchester y Profesor de Investigación, Universidad de Maastricht. Por sus comentarios, estoy agradecido a Neil Duxbury, Michael Faure y John Murphy y a panelistas y participantes en el 16^{ta} Conferencia Annual de la European Association of Law and Economics, Castellanza. Este trabajo fue traducido por Martín Hevia. La traducción fue revisada por Eduardo Baistrocchi.

Por supuesto, frecuentemente se reconoce que la noción de un conflicto recíproco de usos de recurso que yace en el corazón del análisis coaseniano contrasta sorprendentemente con los conceptos jurídicos tradicionales de causalidad.³

Los principios de justicia correctiva atribuyen responsabilidad principalmente a aquellos que *inflingen* daños a otros. En el ejemplo familiar de las chispas de una locomotora del ferrocarril que daña las cosechas en un campo adyacente, la responsabilidad surge porque las chispas invaden *físicamente* la tierra. La culpa, en el sentido de que el operador del ferrocarril no toma la precaución razonable para evitar el escape de chispas, puede o puede no ser un requisito adicional, pero la base causal para la responsabilidad es clara (Epstein, 1973). En efecto, el propio lenguaje del derecho dificulta trasladar la noción de reciprocidad de Coase a los principios del derecho de daños (Duxbury, 1998:187). Si el riesgo debe ser soportado por el granjero, el argumento jurídico no puede articularse mediante la proposición de que el granjero debe “responder” por la “pérdida” del operador del ferrocarril por no haber sido capaz de deshacerse de sus chispas.

Gran parte del derecho, tanto del civil como del penal, se ocupa de la atribución de consecuencias a causas y, por ende, de delinear los límites de la responsabilidad. No deberíamos sorprendernos si, al ocuparse de estas tareas, el derecho puede adoptar nociones de causalidad más simples que sirven para facilitar, y hacer menos caro, el proceso judicial. Por ejemplo, en los tiempos anteriores a la época en que los tribunales ingleses tuvieron poder para repartir pérdidas entre el demandante y el demandado en los casos de negligencia, había una tendencia a elegir la que parecía ser la causa principal y atribuir toda la responsabilidad a tal causa, a pesar de la presencia de otras causas significativas. Y, en algunos casos, para simplificar la investigación, era conveniente preguntar si el demandante o el demandado habían tenido la “última chance” de evitar el accidente, y luego repartir la carga en función de ello.⁴ En el derecho penal, para aliviar la carga de decidir si la acción del acusado aceleró la muerte de la víctima, una regla arbitraria del *common law* inglés para

² Soy consciente del riesgo de sobresimplificar la variedad de enfoques que pueden ser clasificados como “justicia correctiva”. Acerca de lo último, ver los ensayos compilados en Weinrib, 1991.

³ Ver Burrows, 1999, quien de todos modos en este ensayo interesante sostiene que las consideraciones de justicia correctiva siempre deben prevalecer sobre las consideraciones de eficiencia.

⁴ Ver la decisión de Denning LJ en *Davies v Swan Motor Co* [1949] 2QB 608 291, 321-322. ⁵ Law Reform (Year and a Day Rule) Act 1996. ⁶ Coke, 3 Co. Inst. 52.

el homicidio (ahora derogada⁵) requería que la muerte ocurriera al año y un día del acto relevante.⁶ Las reglas de este tipo pueden ser simples, y entonces baratas de aplicar, pero cuando se trata de fenómenos complejos pueden funcionar de modo insatisfactorio en ciertos casos y, por ende, pueden generar costos sociales significativos (Ogus, 1981).

El razonamiento coaseniano nos aleja mucho de tales nociones rudimentarias. Tal razonamiento “urge una concepción de la causalidad que reconoce cómo una multiplicidad de factores, que operan en un periodo de tiempo extenso, contribuyen a nuestros descontentos jurídicos” (Ackerman, 1984:52). Este proceso de reconstruir los hechos nos fuerza a cuestionar las soluciones simplistas, sino convenientes, a los problemas de la responsabilidad legal apropiada. A continuación examinaré más detalladamente una de tales áreas: la responsabilidad por omisiones negligentes.

2. Responsabilidad por Omisiones Negligentes

En el contexto de la responsabilidad basada en la negligencia la mayoría de los sistemas legales distinguen entre actos ilícitos y omisiones y muestran cierto cuidado en imponer responsabilidad en el caso de las últimas. La fuerza de la resistencia a imponer obligaciones positivas de actuar de todos modos varía significativamente entre diferentes jurisdicciones (Limpens et al, 1979:36-43). Si no es sorprendente que las ideas de justicia correctiva son la base del derecho, es porque es improbable que los valores morales sean homogéneos. Entonces, por ejemplo, en el *common law* tradicional, con su énfasis en la libertad individual, el rango para la responsabilidad por omisiones es más estrecho (Markesinis, 1989) que (digamos), en el derecho francés, con su enfoque más colectivista. Pero la pregunta de dónde trazar la línea para estar de acuerdo con valores morales presumidos ha resultado problemática.

Tome el derecho inglés, para el que el principio fundamental es que no se puede demandar a alguien por no actuar como el Buen Samaritano y no rescatar al otro. Dicho principio se encuentra limitado en situaciones en las que hay una obligación positiva de evitar el daño, especialmente cuando existe alguna forma de relación entre las partes que es anterior al

⁵ Law Reform (Year and a Day Rule) Act 1996.

⁶ Coke, 3 Co. Inst. 52.

daño, tal como la relación entre empleadores y empleados,⁷ entre profesionales y sus clientes⁸ o la de propietarios de terrenos adyacentes,⁹ y el demandado tiene el conocimiento adecuado como para responder a la contingencia. Pero los académicos han tenido dificultades en formular el principio de justicia correctiva en el que se basa esta distinción; todavía más en prescribir cómo los casos en la zona gris, que quedan fuera de las categorías familiares, deben ser determinados.¹⁰ Una ilustración útil es *Stovin v Wise*.¹¹ Stovin resultó herido cuando su motocicleta chocó con el auto de Wise, que apareció de una calle lateral. Un banco de tierra impidió que Stivin viera esa calle. La autoridad de la carretera conocía el peligro potencial pero no había ejercido su poder estatutorio para remover el banco y Sought buscó hacer que ésta sea responsable de los daños sufridos por Stovin. La Casa de los Lores estableció por una mayoría de tres contra dos que la autoridad no era responsable por no haber actuado.

El caso es interesante, sin embargo, porque uno de los jueces, Lord Hoffmann, invocó el análisis económico como parte de su razonamiento. Él dijo:

“En términos económicos, la asignación eficiente de recursos requiere usualmente que una actividad deba soportar sus propios costos. Si tal actividad se beneficia del hecho de poder imponer algunos de sus costos a otra gente (lo que los economistas llaman “externalidades”), el mercado está distorsionado porque la actividad parece más barata de lo que realmente es. Entonces, la responsabilidad para pagar compensación por pérdidas causadas por la conducta negligente actúa como un elemento de disuación contra el incremento del costo de la actividad para la comunidad y reduce las externalidades. Pero no hay una justificación equivalente para requerirle a una persona que no está haciendo nada que gaste dinero en favor de otra persona.”¹²

Por cierto, uno debería seguramente estar preparado para festejar cuando el poder judicial adopta un enfoque basado en el Derecho y Economía! Tristemente, aquí el argumento del juez erudito no es convincente: el juez no parece ser consciente del razonamiento

⁷ *Costello v Chief Constable of Northumbria Police* [1991] 1 A11 ER 550.

⁸ *Carr-Glynn v Frearsons* [1998] 4 A11 ER 225.

⁹ *Goldman v Hargrave* [1967] 1AC 645.

¹⁰ Ver, p. ej., Honoré, 1991, 33.

¹¹ [1996] AC 923.

¹² *Ibid* en 944.

coaseniano y equivocadamente asume que una omisión no puede dar lugar a una externalidad.

De hecho, el razonamiento coaseniano puede proveernos de un modo más firme que las nociones vagas de justicia correctiva para resolver un caso como este. El análisis nos invita a rechazar cualquier distinción entre cumplimiento negligente y omisión. Llevado a su conclusión lógica, eso parecería llevar al absurdo de que cualquier accidente puede atribuirse a un número infinito de agentes pasivos si cualquiera de los cuales pudo haberlo evitado y, entonces, pudo habérselo hecho responsable potencialmente. Pero no debemos viajar tan lejos para llegar a ideas significativas.

En efecto, comenzamos con la proposición de que no hay razón *a priori* para ignorar a las omisiones. Pero eso luego se combina con una investigación acerca de cómo se pudo haber alcanzado la solución eficiente mediante transacciones de mercado. Si se enfoca el problema de este modo, podemos ver cómo una parte podría estar dispuesta a proveer el nivel de precaución que satisface las preferencias de la otra parte –la víctima potencial- a un precio que esta última está dispuesta a pagar. Podría haber un acuerdo explícito para lidiar con el riesgo, por ejemplo, si se emplea a alguien para actuar como salvavidas y se le paga honorarios que reflejan el costo de proveer el nivel de seguridad deseado por la víctima potencial para tal individuo. Pero más habitualmente funcionará en un marco contractual más amplio. Un empleador asume responsabilidad por pasos positivos para asegurar la salud y la seguridad de sus empleados, y el costo se compensa (al menos en parte) con los salarios y otros beneficios provistos.

Ahora podemos ver cómo hay una tendencia a imponer responsabilidad por omisiones sobre el empleador y sobre otros envueltos en una relación anterior al daño con la víctima. Incluso si no hubo asunción explícita de la responsabilidad, la existencia de la relación y el conocimiento relevante del demandado sugerirían que éste iba a ser el modo más barato de lidiar con el riesgo. El derecho cumple la función económica útil de imponer la solución a la que las partes por sí mismas hubieran racionalmente llegado si hubieran podido hacer un contrato apropiado.

El razonamiento de este tipo puede extenderse más allá de las partes en una situación contractual o potencialmente contractual. En *Stovin v Wise*, el costo para la autoridad de la carretera de remover el banco pudo haber sido menor al costo *agregado* de todos los

motociclistas en el cruce de tomar el cuidado adicional necesario debido a la presencia del banco. Si esto es así, hubiera sido racional para los usuarios haberle pagado a la autoridad para que cargue con esta tarea. Por supuesto, tal transacción no pudo haberse realizado verdaderamente. De todos modos, la autoridad pudo haber financiado la carga aumentando los impuestos de los residentes locales, que pudieron haber constituido una proporción razonable de los usuarios del cruce; y esto hubiera tenido algo de equivalente a un contrato eficiente.¹³

Permítaseme volver a la posición del Buen Samaritano, esto es, el espectador casual.¹⁴ La persona en peligro puede tener la oportunidad de hacer un contrato con un rescatador potencial. Si la víctima no tuvo otra opción, los términos del acuerdo deberían ser revisados para asegurar que el rescatador no haya explotado la situación monopólica.¹⁵ De otro modo, la solución contractual es apropiada. Suponga, sin embargo, que un contrato no es factible porque, por ejemplo, la víctima está inconsciente o, para evitar un daño, es necesario un acto de asistencia antes de que la víctima tome conciencia de la situación. Consistentemente con el razonamiento anterior, debemos esperar aquí que el derecho imite el contrato eficiente que se hubiera realizado si hubiera sido posible. Especialmente si la asistencia hubiera podido tener efecto a un costo bajo, de lo que parecería seguirse que hay que imponer una obligación de rescatar, solución no aceptada por el derecho inglés.

De todos modos, una consideración mayor de la cuestión puede proporcionar argumentos contra tal obligación. Primero deberíamos notar que puede haber un problema técnico jurídico en que el rescatante obtenga compensación de la víctima por el costo del rescate.¹⁶ Si hay poca perspectiva de pago, eso reducirá la oferta de rescatantes potenciales que no estén motivados por altruismo (Landes y Posner, 1978:119-127). Un segundo punto es que la obligación impuesta al rescatante puede reducir los incentivos de la víctima para tener cuidado (Wittman, 1981:89). Luego, al identificar cuál hubiera sido en las circunstancias el contrato eficiente, debemos tener cuidado de adoptar una perspectiva suficientemente

¹³ En *Stovin v Wise*, arriba nota n. 11 en 944, Lord Hauffmann utilizó análisis económico para justificar la distinción tradicional entre cumplimiento negligente y omisión. Aparentemente inconsciente del análisis de Coase, asumió (equivocadamente) que una omisión no puede dar lugar a costos externos.

¹⁴ Para una discusión completa, ver Landes y Posner, 1978.

¹⁵ Bajo la doctrina de coacción económica. Ver *Pao On v Lau Yiu Long* [1980] AC 614.

¹⁶ La doctrina de agencia de necesidad está relativamente limitada en el derecho inglés: Goff y Jones, 1998:363-399.

amplia de los costos y beneficios relevantes. En particular, existe un peligro de subestimar los costos de imponer una obligación positiva de actuar. En primer lugar, tome los costos para un individuo. En general, es más barato para alguien que ya se ocupa de una actividad tomar pasos para restringir riesgos surgidos de tal actividad que para un agente pasivo responder a un riesgo creado por otra actividad. Esto es así porque el agente activo seleccionó esa actividad que presumiblemente le genera la utilidad mayor: el costo agregado de tomar precaución en tal actividad podría ser relativamente pequeño. En cambio, para realizar la actividad que controla el daño, el agente pasivo debe sacrificar todas las otras actividades rentables –en pocas palabras, sus costos de oportunidad pueden ser considerables. En segundo lugar, en una situación en la que cualquiera de un número de individuos pudo haber controlado el riesgo, deben considerarse los costos psíquicos no triviales en los que podrían haber incurrido todos aquellos sujetos que están sujetos a la obligación legal de actuar, y la suma de tales costos pueden ser relativamente grandes.¹⁷

Para resumir: Articular principios de justicia correctiva en relación a las omisiones ha resultado difícil. El razonamiento coaseniano es hostil a formular principios de responsabilidad haciendo referencia a distinciones crudas entre cumplimiento negligente y omisión. Se justifica tener cierta precaución con respecto a la responsabilidad por omisiones porque los costos de requerirle a los agentes pasivos que se ocupen de una actividad particular pueden ser significativamente grandes. Pero también hay casos en los que el costo de intervención para un agente pasivo sería chico incluso en comparación con los agentes activos. Al identificar situaciones en las que, si los costos de transacción no lo hubieran impedido, las partes hubieran razonablemente realizado una transacción para lidiar con un cierto riesgo el análisis le da coherencia a la determinación de la cuestión de la responsabilidad.

3. Coming to a Nuisance

En una situación en la que la actividad de una parte impacta físicamente en la actividad de otra, como en el ejemplo del ferrocarril, no podemos imaginar crear un derecho legal del agente activo contra el pasivo, a pesar de la noción de reciprocidad de Coase. De todos modos, si es económicamente apropiado que prevalezca la actividad porque, por ejemplo,

¹⁷ La responsabilidad crea aquí también problemas de justicia distributiva: la objeción del “¿por qué yo?”. Ver *Stovin v Wise*, arriba n. 11 en 944, por Lord Hoffmann.

la víctima podría haber evitado la pérdida de un modo más barato que el actor, entonces podemos legalmente permitir que este último pueda alegar alguna defensa causal en el caso de que la víctima lo demande. Para muchos daños, el concepto legal relevante es la culpa concurrente. En el derecho inglés de turbación encontramos la defensa de “hípersensibilidad”:

“un hombre que lleva adelante una actividad comercial excepcionalmente delicada no puede quejarse de haber sido dañado por su vecino que hace algo que no podría dañar más que a una actividad comercial excesivamente delicada.”¹⁸

Una situación relacionada es aquella en que una actividad existente daña sólo cuando un individuo llega más tarde a un lugar que está dentro del campo de influencia de esa actividad. Por ejemplo, la polución de una fábrica no molesta a nadie hasta que un propietario adyacente decide construir una residencia allí. Por analogía con la doctrina de la hípersensibilidad, aquí puede haber argumentos para que el dueño de la fábrica tenga una defensa. Sin embargo, la literatura¹⁹ nos muestra que hay una inseguridad considerable respecto de las distintas formas en que los tribunales enfocan la cuestión de la propiedad: algunos se niegan a darle prioridad al primer usuario, otros permiten efectivamente una defensa de “*coming to nuisance*” al menos para evitar que el segundo usuario haga valer su derecho mediante una medida cautelar.

Una vez más descubrimos que las nociones de justicia correctiva no son determinantes. Por un lado, está la idea de que el hecho de quien contamina haya sido el primer usuario no debería darle derecho a invadir la propiedad de otro. Según un juez en un caso del siglo diecinueve, “el demandante llegó a la casa que habita con todos los derechos que el *common law* asegura, y uno de ellos es el derecho al aire saludable.”²⁰

Por otro lado, tomando en consideración la significación causal del acto del demandante, se han articulado otras visiones de la justicia correctiva. En *Miller v Jackson*, unas pelotas tiradas desde un terreno de juego, en el que se había jugado cricket durante muchos años, aterrizaron en un terreno adyacente cuya edificación era reciente. Lord Denning MR, al dudar acerca de si la sabiduría de la visión tradicional de que la doctrina *coming to*

¹⁸ *Robinson v Kilvert* (1889) 41 Ch D 88, por Lopes LJ.

¹⁹ Ver, para Inglaterra, Ogus y Richardson 1977:302-3; para E. E. U. U., Wittmann 1980 y 1998; para Bélgica y los Países bajos, Faure 1994; para Noruega, Stavang, 1997.

²⁰ Tindal CJ en *Bliss v Hall*, (1938) 4 Bing NC 183, 186.

nuisance no era una defensa, sostuvo que “si y en la medida que cualquier daño se cause a la casa o a cualquiera que esté dentro de ella, tal daño se debe a la posición en la que la casa fue construida”.²¹

¿Hasta qué punto puede el análisis económico, derivado del razonamiento coasiano, rescatarnos de las ambigüedades de la justicia correctiva? Curiosamente, en su ensayo sobre costos sociales, Coase discute con cierta longitud la fuente de autoridad inglesa que niega la defensa de “*coming to nuisance*”, *Sturges v Bridgman*.²² Allí un doctor decidió construir un consultorio en su jardín, una parte de su propiedad que estaba afectada por ruido y vibración proveniente de los trabajos adyacentes de un sastre. El Tribunal de Apelación (*Court of Appeals*) estableció que el doctor tenía derecho a una medida cautelar. Para Coase, la decisión (y el razonamiento que llevó a ella) era relativamente insignificante: era una plataforma para cualquier negociación subsecuente. Si la pérdida para el doctor (causada por el ruido del sastre) era mayor a la ganancia generada para este último, entonces no había necesidad de cuestionar el veredicto. Pero “el doctor hubiera estado dispuesto a renunciar a su derecho y permitir que la maquinaria continúe en operación si el sastre le hubiera pagado una suma de dinero que fuera mayor a la pérdida de ingresos que el doctor hubiera sufrido por haber tenido que mudarse a un lugar más costoso o menos conveniente, por tener que reducir sus actividades en este lugar, abandonar su operación, o...por tener que construir una pared separada que amortiguara el ruido y la vibración. El sastre hubiera estado dispuesto a hacer esto si el monto que tuviera que pagarle al doctor fuera menor que la caída que sufriría en su ingreso si tuviera que cambiar su modo de operación en este lugar, abandonar su operación, o mover su sastrería a algún otro lugar.” (Coase, 1960:9).

En resumen, Coase usa *Sturges v Bridgman* simplemente para ilustrar sus tesis de que, si los costos de transacción son despreciables, los principios jurídicos no importan. Los jueces del caso, tal como nota Coase, no apreciaron esto: “era por supuesto [su] visión que ellos estaban afectando el funcionamiento del sistema económico –y en una dirección deseable” (ibid,10)-; y ellos invocaron una política económica de uso flexible de la tierra para justificar su decisión. Si, sostuvieron los jueces, la actividad del primer usuario debía ser

²¹ [1977] QB 966, 981.

²² (1879) 11Ch D 852.

protegida, eso restringiría para siempre el uso y el valor de la tierra adyacente.²³

Suponga que no estamos en una situación de costos de transacción bajos. Podría haber, por ejemplo, muchos propietarios cuya residencia está construida dentro del campo de influencia de una fuente de daño existente, lo que haría difícil una negociación.²⁴ Aquí el principio legal sí afecta “el funcionamiento del sistema económico”. Podría parecer que la política económica de uso flexible de la tierra adoptada por la *Court of Appeals* en *Sturges v Bridgman* va en una “dirección deseable”, pero para asentarnos en un principio legal apropiado debemos explorar más la cuestión. El problema debe ser resuelto preguntándonos cómo las partes relevantes pudieron haber reducido (o pueden reducir) el conflicto del uso de la tierra adaptando su actividad al costo más bajo. No podemos esperar que una regla que proteja siempre al primer usuario (*coming to nuisance* siempre es una defensa) ni una regla que proteja al segundo usuario (nunca es una defensa) sean eficientes. Puesto que este es un problema de asignación de recursos en el tiempo, tal investigación debe extenderse por un tiempo prolongado y, si estamos en una situación en la que hay muchas partes, haciendo referencia al carácter del barrio.

Podríamos empezar mirando a la cuestión tal como aparece en el momento en que al tiempo en el que el conflicto del uso de la tierra ya ocurrió. Luego preguntaríamos si sería más barato para quien contamina amainar en su actividad o si es más barato que las víctimas toleren las molestias o se muden (Faure, 1994:152-3). Tal información es importante pero puede no ser decisiva. Esto es así porque también debe considerarse el impacto de los fallos en las decisiones tomadas *ex ante* (ibid: 153-4): la protección de los segundos usuarios podría favorecer la toma de decisiones ineficientes acerca de dónde poner, por ejemplo, usos residenciales más vulnerables.²⁵ La investigación necesitaría entonces ser expandida para cubrir a otros usuarios existentes o potenciales y por ello el carácter del barrio (Wittmann, 1980 y 1998). Si un área tiene, y ha consistentemente tenido, un carácter predominante (por ejemplo, industrial o residencial), eso refuerza el argumento para proteger la actividad que es más consistente con el carácter contra una actividad inconsistente, cualquiera hubiera existido primero en el tiempo. Una aplicación demasiado

²³ Ibid en 865.

²⁴ Ver, e.g., el caso americano bien conocido *Spur Industries v Webb Development Co* 494 P 2d 700 (1972).

²⁵ Y el incentivo perverso se exacerbaría si el precio de la tierra usada para el último propósito tuviera que reflejar el nivel de polución existente.

rígida de esta pauta llevaría, sin embargo, a un congelamiento del uso de la tierra. Así, si el primer uso fue suplantado gradualmente por un segundo y subsecuentes usuarios (por ejemplo, una planta industrial puede sobrevivir en un área que de otro modo abandonada que entonces pasa a tener un uso residencial), la solución menos costosa puede ser que el primer usuario se mude.²⁶

La discusión podría prolongarse, y aun así incorporar el impacto de los principios de planeamiento urbano del derecho público (Faure, 1994:169-72). De todos modos, es suficiente para mis propósitos actuales, pues, de acuerdo con el razonamiento coaseniano, revela la importancia de tener un enfoque amplio de los factores causales que operan en una cuestión particular de disputa. Esto muestra nuevamente que las doctrinas legales tradicionales que tienden demasiado rápidamente a atribuir responsabilidad sobre la base del accionar incorrecto o sobre nociones de fuerza causal pueden subestimar la significación de los agentes “inocentes” o “pasivos”.

3. Requisito de “Daño”

Un elemento importante en la determinación de la responsabilidad por daños es la existencia y tipo de “daño” que el demandante debe haber sufrido. La literatura ha discutido considerablemente la pregunta de por qué, en determinados contextos el daño físico, sea a la persona o a la propiedad, debe probarse. Menos atención se le ha prestado a una cuestión igualmente problemática, “qué entidad debe tener el daño para considerar a una pretensión como accionable” (Stapleton, 1988:213). Pienso que el razonamiento coaseniano puede aclarar ambas cuestiones; comienzo con la segunda.

Al aplicar la idea de justicia correctiva de requerirle a A que compense a B si A daña a B, generalmente no tenemos dificultad para identificar el daño que desencadena la responsabilidad. Esto se debe a que es típicamente un “cambio físico palpable y nocivo” (*ibid*), atribuible al acto del demandado desde un estado de integridad física, por ejemplo la pierna de una persona que se rompe. Por supuesto, en algunos casos debe reconocerse que la persona o propiedad del demandante podría haberse deteriorado de todos modos como

²⁶ Puede considerarse apropiado (por razones de distribución) que el segundo usuario compense al primer usuario por los costos de mudarse. Ver el caso *Spur Industries*, arriba n. 24.

consecuencia de causas internas u otras causas externas.²⁷ El derecho tiene entonces la tarea compleja de determinar la extensión apropiada de la responsabilidad a la luz de tales causas concurrentes o consecutivas. Si sufro un daño en mi espalda en un accidente por el que el demandado es responsable, pero se demuestra que debido a una condición oculta yo hubiera de todos modos sufrido las mismas consecuencias, puedo recuperar del demandado por mi incapacidad sólo lo que ocurrió antes de que la condición oculta se hubiera manifestado.²⁸ La línea de base se define en referencia a lo que hubiera ocurrido “naturalmente” o por el uso ordinario y razonable.

El concepto de “daño” resultante puede operar sin problemas en muchas áreas en las que se lo aplica. Pienso, de todos modos, pienso que impide la claridad del análisis en situaciones más complejas, de las cuales la contaminación ambiental es un ejemplo principal. Aquí, sostendré, la comprensión de las bases del problema recibe ayuda del análisis coaseniano, para el que la noción de “daño” es irrelevante. Para enfocar esta cuestión y, en particular, para ver cómo el análisis coaseniano impacta en ella, emplearé una anécdota personal.

Solía disfrutar de tomar un baño de sauna. El placer que me daba no era sólo la sensación de fresco y limpieza que resultaba de tal experiencia sino también la tranquilidad y relajación de la experiencia en sí misma. Una vez, mientras estaba sentado (con otros) en un sauna comercial, tal placer fue seriamente perturbado por música pop que salía de un altoparlante. Al terminar el baño me quejé, y el dueño me aseguró que la próxima vez habría un ambiente tranquilo. Lo hubo; pero en ocasiones ulteriores el ruido volvió, y eventualmente dejé de quejarme, pero no volví al sauna.

Podemos tratar de caracterizar mi situación en términos de la justicia correctiva. El ruido es una perturbación a mis sentidos y entonces es un “daño”: (con cierto estiramiento del lenguaje) podemos describirlo como un “cambio palpable y nocivo”. Si se nos pidiera identificar la línea de base (el “cambio en relación a *qué*”), podríamos sostener que la condición “natural” –la que hubiera ocurrido si no hubiera habido intervención- es una de paz y tranquilidad, y mi “derecho”²⁹ presunto deriva de tal condición. En términos coasenianos, la situación es bastante diferente. El carácter del ambiente (ruidoso o

²⁷ Esta cuestión está tratada completamente en Stapleton, 1988.

²⁸ *Jobling v Associated Dairies* [1982] AC 794.

²⁹ Uso comillas porque no soy propietario del sauna; a lo sumo, hay una cláusula implícita en mi contrato con el dueño del sauna de que el silencio debe prevalecer.

tranquilo) debería estar determinado en función de su valor social: si (en general) los clientes del sauna prefieren el silencio a la música pop, luego tiene mayor valor social en tal uso, y mis preferencias deben ceder ante las de aquellos que, en base a lo que están dispuestos a pagar, pueden ofrecer más que yo. Presumiblemente, el dueño del sauna evaluó la hipótesis en el mercado; por ello, el ruido fue reinstaurado.

Muchos, quizás la mayoría, aceptarían que mis preferencias acerca del sauna no deberían prevalecer sobre las de los otros clientes. Entonces, ¿cuál es la debilidad en el argumento de justicia correctiva? Sospecho que la respuesta está en el concepto de “daño” y, más particularmente, en su identificación de la paz y la tranquilidad como la línea de base apropiada para comparar el cambio en mis circunstancias. La paz y la tranquilidad pueden no considerarse “naturales” en un sauna. Así como

“[h]abría poca compasión con un hombre que se quejara del grito de los simpatizantes en un partido de fútbol, o del ruido y el humo dentro de un pub, o de la exposición indecente en un burdel. Tales características están comúnmente asociadas con tales lugares, y pueden obviamente y fácilmente ser evitadas” (Mishan, 1971:72, n.1).

A pesar de que el autor de este pasaje es un economista, ve la cuestión como una de expectativas razonables basadas en el “consenso ético”, y eso podría permitirnos identificar más fácilmente la línea de base con ideales de justicia correctiva. En contraste, el razonamiento coaseniano usa la evaluación del mercado como el factor determinante exclusivo. Uno puede ver la ventaja de este último enfoque en una situación en la que, como en el sauna, puede ser difícil identificar un “consenso ético”. También es una situación en la que la evaluación del mercado puede observarse a un costo relativamente bajo porque todos los usuarios del sauna pagan por el producto.

Cambiar el foco de la discusión al ambiente en general, que no está cerrado y disponible sólo para quienes pagan por él, plantea la misma pregunta –¿qué es la contaminación?-, pero las respuestas son más complejas. Comenzamos con una definición típica:

“la introducción al ambiente de sustancias o emisiones que o bien dañan o conllevan el riesgo de dañar la salud o el bienestar humano, el ambiente construido o el ambiente natural” (Weale, 1992:3)

Aquí la contaminación está identificada con la mera alteración de una línea de base de pureza

ambiental. Por sí misma no es una cuestión preocupante, pero se convierte en tal cuando forma parte de una proposición normativa. Una proposición tal, que llame a la “eliminación” de la “polución”, puede ser vista como un sinsentido económico una vez que se aprecia que la polución genera tanto beneficios como costos.

Considerable aceptación tiene una proposición aparentemente más suave, el principio “paga el que contamina”. Esto consta en los tratados internacionales desde el comienzo de los 1970s, más notablemente en el *Single European Act* (Bugge, 1996). Esto indica que, si bien la polución no debe eliminarse, las fuentes responsables de ella deben pagar por producirla, aparentemente aplicando nociones de justicia correctiva.³⁰ Cualquiera sea el modo en que se lo caracterice, el principio sigue siendo incoherente porque es imposible darle a “polución” un sentido plausible. Este no sólo es un problema científico de atribuir responsabilidad por las condiciones ambientales; también es un problema porque “polución” es un concepto relativo. Depende parcialmente de las percepciones de los individuos acerca de lo que es dañino, y esto claramente puede variar en función del tiempo, lugar y sensibilidad individual (Dales, 1968:18-9). Y puesto que el amainamiento de la polución es costoso, refleja también las preferencias individuales y de la comunidad acerca de la asignación de recursos: en ciertas áreas o países, los ciudadanos pueden preferir estándares ambientales menores si eso es consistente con, por ejemplo, perspectivas de empleo mayores. Al resolver pretensiones referidas a turbaciones, los jueces han reconocido lo anterior mediante una aplicación del llamado examen barrial: “lo que es una molestia en Grosvenor Square puede no ser nada en Smithfield Market”.³¹

Esto parece ser consistente con el razonamiento coaseniano. Bruce Ackerman lo explica bien:

La disciplina del Derecho y Economía es escéptica acerca de la idea misma de que las acciones sean intrínsecamente correctas o incorrectas. En lo que le preocupa, el mismo acto puede contar como “polución” en un marco de relaciones pero ser deseable en otro marco que sólo es ligeramente diferente (Ackerman, 1996:86).

³⁰ A pesar de que a veces se lo formula en el lenguaje de las externalidades: “las autoridades nacionales deben procurar promover la internalización de los costos ambientales...tomando en consideración el enfoque de que quien contamina debe, en principio, cargar con el costo de la polución”: Principio 16 de la Declaración de Río sobre el Ambiente y el Desarrollo (1992).

³¹ *Bamford v Turnley* (1862) 3 B & S 66, 79, por Pollock CB.

Llegamos al punto de igualar el problema de la polución con mi problema en el sauna. En relación al último, sostuve conforme al razonamiento coaseniano que, puesto que la existencia de “daño” estaba inescindiblemente unido a la asignación de recursos y a las preferencias individuales, el problema debería determinarse exclusivamente por la valuación de mercado. Pero, hay dificultades evidentes en tratar a los problemas como si fueran análogos. Las condiciones del sauna tienen un efecto sólo sobre los consumidores que también pagaron por la experiencia. La polución ambiental no está confinada de ese modo y es casi imposible relacionar su nivel a pagos, ya sea por medio de impuestos generales o bienes cuya producción implica polución. Más aún, también podría afectar a las generaciones futuras que no participan en el mercado actual o en la toma de decisiones políticas. El ruido como algo placentero, o como una molestia, es fácilmente “entendido” por quienes entran al sauna. El ciudadano ordinario puede saber poco acerca de los contaminantes y sus efectos, haciendo que las preferencias reveladas sean poco confiables.

Estas son consideraciones importantes que sugieren precaución al investigar las implicancias del análisis coaseniano. Sin embargo, no socavan la fuerza principal de mi argumento. Las nociones convencionales de “daño” en las ideas de justicia correctiva no nos pueden ayudar a determinar niveles apropiados de protección ambiental. Analizar el problema en término de los usos en conflicto establece un marco apropiado para la toma de decisiones. No podemos confiar en que el mercado en general proveerá las evaluaciones. Los aspectos de bien público pueden requerir algunas instituciones públicas que establezcan qué niveles de protección ambiental pueden llegar a conformarse a las preferencias de los ciudadanos, y ciertas medidas pueden ser necesarias para tratar los problemas de déficits de información y las generaciones futuras. De este modo podemos esperar que se estén haciendo las preguntas correctas, incluso si no estamos seguros de que las respuestas “correctas” estén aseguradas.

4. Tipos de Daño

Vimos en una sección previa cómo en los casos de turbaciones, la existencia del daño había sido relacionada con el carácter del barrio y, por referencia, con las preferencias de los ciudadanos. De todos modos, tal enfoque no es en modo alguno adoptado universalmente. En un caso famoso del siglo diecinueve, la Casa de los Lores trazó una distinción entre

“molestia...producto de la incomodidad personal...cualquier cosa que disturba o afecta dañinamente los sentidos o los nervios”, para lo que el examen barrial era aplicable, y “daño material a la propiedad” por el que se podía demandar dondequiera que ocurriera.³² “Daño material” debe claramente implicar daño físico y entonces es distinguible de, por ejemplo, ruidos y aromas.

Claramente necesitamos explorar esta distinción pero, en primer lugar, debe reconocerse que es parte de un área de doctrina jurídica más amplia que ofrece mayor protección contra el daño físico, contra la persona o la propiedad, que contra el daño no físico (Cane, 1997:ch.5). En el derecho inglés, por ejemplo, se impuso la responsabilidad cuando una pérdida de poder causada negligentemente resultaba en la alteración del acero fundido en un horno, y por lo tanto en la pérdida de ganancias, pero no por la imposibilidad de procesar otra fundición que también llevó a la pérdida de ganancias.³³ Lo mismo si, como resultado de una inspección negligente, un edificio se derrumba y daña propiedad adyacente, pero no si está simplemente en malas condiciones y no crea un riesgo para la vida o miembros.³⁴ La responsabilidad por daño físico a una persona puede extenderse, en ciertas circunstancias, a las enfermedades psiquiátricas, pero no al mero dolor o *stress* emocional.³⁵

Al reinterpretar, y necesariamente sobresimplificar, un área enorme de precedentes y legislación, podemos llegar a la generalización de que el derecho de daños establece un conjunto de estándares fundados en tipos de daños. Al tratar de racionalizar, por razones de justicia correctiva, algunas de las distinciones difíciles que resultan de las reglas de “tipos de daños”, los juristas usualmente intentan establecer una jerarquía de intereses protegidos por el derecho. Las inflicciones de daño personal son más “reprochables” que el mero hecho de causar angustia, y lo mismo puede decirse del daño físico a la propiedad, relativo a la pérdida económica pura.

Se reconoce fácilmente que la arbitrariedad a veces aparece cuando las distinciones se aplican rígidamente, particularmente cuando la cantidad de daño físico inflingido es

³² *St Helen's Smelting Co v Tipping* (1865) 11 HL Cas 642, 651, por Lord Westbury LC.

³³ *Spartan Steel v Martin* [1973] 1 QB 27.

³⁴ *Murphy v Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398.

³⁵ *White v Chief Constable of the South Yorkshire Police* [1999] 1A11 ER 1.

pequeña (Stanton, 1986).³⁶ Pero de la identificación de los valores morales que subyacen al ranking surgen dificultades más grandes. Un enfoque es elevar los derechos tangibles de propiedad a una esfera de protección especial porque se los considera esenciales para la libertad y la autonomía. El problema con materializaciones de esta clase es que implican un argumento circular pues lo que definimos como derecho de propiedad refleja qué activos queremos que sean sujetos de propiedad individual (Gjerdingen, 1983:718). Un segundo conjunto de argumentos contiene varios temas interrelacionados.

Podemos ser escépticos acerca de la capacidad de los individuos de tomar por sí mismos decisiones sabias en relación a activos que son centrales para su bienestar; luego, con argumentos paternalistas, podemos negarle la oportunidad de realizar transacciones con tales activos, al menos sobre la base de evaluación personal (Ogus, 1994:51-53). Esta justificación se relaciona con, pero es distinta de, otra que se concentra en el problema que los individuos pueden tener para adquirir información adecuada y amplia sobre la que puedan basarse para tomar una decisión apropiada (ibid: 38-41). Cualquiera sea el peso que se le de a estas consideraciones –y tal es un cuestión sobre la que hay cierta controversia–, no está claro cómo pueden ayudar en la racionalización del tratamiento especial del daño físico. Es cierto que la racionalidad limitada y cuestiones semejantes pueden operar con particular fuerza en relación a los daños personales y a la muerte, especialmente cuando éstos resultan de una red compleja de fenómenos riesgosos.

¿Pero por qué debería ser tratado así el daño físico a la propiedad?

El razonamiento coaseniano parece sugerir que las distinciones entre tipos de daños son irrelevantes. La pregunta es ¿cómo valoran los individuos en cuestión la libertad de no sufrir la interferencia específica? A primera vista, podría parecer que no hay nada inherente a las diferentes formas de intereses que justifique un tratamiento diferente. Yo podría querer pagar más por evitar ciertas instancias de dolor emocional de lo que pagaría para, por ejemplo, evitar tener una pierna rota. Y el ruido de un departamento de estudiantes adyacente puede reducir el valor (subjetivo) que doy a mi casa más que el daño a las plantas de mi jardín (Ogus y Richardson, 1977: 299-300). De todos modos, deberíamos reconocer que la valuación subjetiva de este tipo está necesariamente sujeta a un descuento

³⁶ Y para una contribución judicial particularmente valiosa, ver McLachlin J en *Canadian National Railway Co v Norsk Pacific Steamship Co* (1992) 91 DLR (4th) 289, 365-7.

por riesgos y esto, consistentemente con el análisis coaseniano, puede ayudar a explicar la categorización legal de los tipos de daño.

Si al tomar decisiones de conducta se toma en cuenta un evento futuro aunque incierto, especialmente en relación a los precios, hay menos necesidad de que el derecho haga correcciones *ex post* si y cuando el evento ocurre. Pero bien podría ser que la mayoría de los individuos hagan ese (mismo) descuento en relación a muchas instancias de daño no físico, por ejemplo, dolor emocional o pérdida de productividad debida a cortes de energía. Lo mismo cuando se compra tierra o edificios, el comprador puede tomar en cuenta la presencia de ruido y aromas, y en consecuencia ofrecer un precio más bajo por la propiedad. Estos son fenómenos regulares en acción y pueden ser diferentes del daño físico que tiende a surgir de eventos menos predecibles. Y este razonamiento puede extenderse para incluir consideraciones acerca de cómo evitar pérdidas. Es posible que (si bien ésta es necesariamente una sobresimplificación grosera), en general, las víctimas de las pérdidas no físicas puedan evitar el daño a costos más bajos³⁷ que quienes lo infligen. Si es así, ocurra o no el descuento *ex ante*, la negación de responsabilidad puede alentar a que se evite el daño.

La posibilidad del razonamiento *ex ante* es sólo uno de los tantos modos de razonamiento económico que puede ser usado para explicar principios del derecho que distingan entre diferentes tipos de daños.³⁸ Mi propósito aquí no ha sido explorar esta literatura, sino más bien demostrar cómo una progresión desde los aspectos básicos del razonamiento coaseniano puede ayudar a entender las propiedades esenciales del problema legal.

5. Conclusión

El enfoque de Ronald Coase acerca de los conflictos sobre uso de recursos puede asustar a los abogados con su tratamiento no ortodoxo de la causalidad. En este ensayo intenté mostrar cómo, al forzarnos a expandir nuestra visión de la interacción de fenómenos, tal enfoque genera ideas esenciales para entender cómo los principios pueden formularse para tratar adecuadamente con cuestiones de responsabilidad problemáticas. A mi entender, esto parece al menos tan importante. Un error común de los abogados es posarse sobre el

³⁷ Por ejemplo, para seguros: Harris y Veljnovsky, 1986, 56.

³⁸ Hay un literatura fértil sobre responsabilidad por pérdidas económicas puras. Ver especialmente: Rizzo 1982; Harris y Veljnovsky, 1986; Bishop y Sutton 1986; Goldberg 1994.

Teorema de Coase como una *conclusión* y sostener que éste es importante para el análisis legal normativo sólo cuando los costos de transacción son insignificantes.³⁹ El propio Coase, en su discurso de recepción del premio Nobel, buscó corregir tal malinterpretación:

“Tiendo a ver el Teorema de Coase como un escalón en el camino a un análisis de una economía con costos de transacción positivos” (Coase, 1992:199)

A mi entender, incluso esto tiende a subestimar la significación para los abogados del ensayo de 1960. Su razonamiento penetra en el propio corazón de las nociones legales de responsabilidad y, como tal, provee una visión alternativa, y usualmente más sensible, que la que da la justicia correctiva convencional.

³⁹ Ver, por ejemplo, el modo en el que se presenta a Coase en un libro de teoría legal general: Bix, 1996: 166-171.

REFERENCES

- Ackerman, B.A. (1984) *Reconstructing American Law*, Harvard University Press.
- Bishop, W. and Sutton, J. (1986.) Efficiency and Justice in Tort Damages: The Shortcomings of the Pecuniary Loss Rule. *Journal of Legal Studies*, 15: 347.
- Bix, B. (1996) *Jurisprudence: Theory and Context*, Sweet and Maxwell.
- Bugge, H.C. (1996) The Principle of “Polluter-Pays” in Economics and Law, E.Eide and R Van den Bergh (eds), *Law and Economics of the Environment*, Juridisk Forlag, 53.
- Burrows, P. (1999) A Deferential Role for Efficiency Theory in Analyzing Causation-Based Tort Law. *European Journal of Law and Economics*, 8: 29.
- Cane, P. (1997) *The Anatomy of Tort Law*, Hart Publishing.
- Carbonnier, J. (1998) *Droit Civil (Tome 4) Les Obligations*, (21st edn) PUF.
- Coase, R.H. (1960) The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, 3: 1.
- Coase, R.H. (1992) The Institutional Structure of Production. *Les Prix Nobel*.
- Dales, J.H. (1968) *Pollution, Property and Prices: An Essay in Policy-Making and Economics*, University of Toronto Press.
- Demsetz, H. (1998) Coase, Ronald Harry, in P.Newman (ed), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, 262.
- Duxbury, N. (1998) Ronald’s Way, in S.G. Medema, S.G. (ed), *Coasean Economics: Law and Economics and the New Institutional Economics*, Kluwer, 185.
- Epstein, R. (1973) A Theory of Strict Liability, *Journal of Legal Studies*, 2: 151.
- Faure, M. (1994) Eerstingebuikneming in het milieurecht: een rechtseconomische analyse, in K.Raes and H.Willekens, *Economische Verklaringen van het Recht*, VUGA, 147.
- Gjerdingen, D.H. (1986) The Coase Theorem and the Psychology of Common-Law thought. *Southern California Law Review*, 56: 711.
- Goff, Lord of Chieveley and Jones, G. (1998) *The Law of Restitution* (4th edn) Sweet and Maxwell.

- Goldberg, V.P. (1994) Recovery for Economic Loss following the Exxon Valdez Oil Spill. *Journal of Legal Studies*, 23:1.
- Harris, D.R. and Veljanovski, C.G. (1986). Liability for Economic Loss in Tort, in M.Furmston (ed), *The Law of Tort: Policies and Trends in Liability for Damage to Property and Economic Loss*, Duckworth, 45.
- Honoré, T. (1991) Are Omissions Less Culpable?, in P.Cane and J.Stapleton (eds), *Essays for Patrick Atiyah*, Oxford University Press, 31.
- Landes, W.M. and Posner, R.A. (1978) Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism. *Journal of Legal Studies*, 7: 83.
- Limpens, J., Kruithof, R.M. Meinertzhagen-Limpens, A. (1979) Liability for One's Own Act, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol XI, ch 2, J.C.B.Mohr.
- Markesinis, B.S. (1989) Negligence, Nuisance and Affirmative Duties of Action, *Law Quarterly Review*, 105: 104.
- Mishan, E.J. (1971) Pangloss on Pollution, in P.Bohm and A.V.Kneese, *The Economics of Environment*, Macmillan, 66.
- Ogus, A. (1981) Quantitative Rules and Judicial Decision Making, in P.Burrows and C.Veljanovski, (eds), *The Economic Approach to Law*, Butterworths, 210.
- Ogus, A. (1994) *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Clarendon Press.
- Ogus, A.I. and Richardson, G.M. (1977) Economics and the Environment: A Study of Private Nuisance. *Cambridge Law Journal*, 36: 284.
- Rizzo, M.J. (1982) A Theory of Economic Loss in the Law of Torts. *Journal of Legal Studies*, 11: 281.
- Shapiro, F.R. (1996) The Most-Cited Law Review Articles Revisited, *Chicago-Kent Law Review*, 71: 751.
- Stanton, K. M. (1986) The Recovery of Pure Economic Loss in Tort: The Current Issues of Debate, in M. Furmston (ed), *The Law of Tort: Policies and Trends in Liability for Damage to Property and Economic Loss*, Duckworth, ch.1.
- Stapleton, J. (1988) The Gist of Negligence. *Law Quarterly Review*, 104: 213; 389.

Stavang, E. (1997) Tolerance Limits and Temporal Priority in Environmental Civil Liability. *International Review of Law and Economics*, 17: 553.

Weale, A. (1992) *The New Politics of Pollution*, Manchester University Press.

Weinrib, E.J. (ed), (1991) *Tort Law*, Dartmouth.

Wittman, D. (1980) First Come, First Served: an Economic Analysis of “Coming to Nuisance”. *Journal of Legal Studies*, 9: 557. Wittman, D. (1981) Optimal Pricing of Sequential Inputs: Last Clear Chance, Mitigation of Damages and Related Doctrines in Law. *Journal of Legal Studies*, 10: 65-91.

Wittman, D. (1998) Coming to the Nuisance, in P.Newman (ed), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, vol 1, 292.