



Richard A. Epstein<sup>(\*)</sup>

## ¿Jugando bajo **reglas** distintas?

Los derechos de propiedad sobre la tierra y el agua<sup>(\*)</sup>

### *Playing by different rules?*

### *Property Rights in land and water*

**Resumen:** En esta segunda parte de su artículo, el autor realiza un completo estudio de la naturaleza jurídica del derecho al agua. Asimismo, efectúa un análisis sobre su reconocimiento en el derecho estadounidense a través del tratamiento que se le ha brindado en la jurisprudencia norteamericana, relacionando esto en todo momento con figuras jurídicas conexas y relevantes como la expropiación, la propiedad y la servidumbre.

**Palabras clave:** Derecho al agua - Derecho Privado - Derecho Público - Cortes norteamericanas - Propiedad - Expropiación - Derecho de servidumbre

**Abstract:** In this second part of his article, the author makes a complete study on the judicial nature of the right to water. Besides, he makes an analysis of its acknowledgement in the American Law, through the study of its treatment in the American jurisprudence; observing throughout its relationship with relevant and connected legal figures like expropriation, property and easement rights.

**Keywords:** Water rights - Private Law - Public Law - United States Courts - Property - Expropriation - Easement

---

(\*) El artículo original lleva por título *Playing by Different Rules? Property Rights in Land and Water*. En: *New York University Law and Economics Working Papers*, 2010 y forma parte del libro *Property in Law and Economics Working Papers*, 2010, editado por Daniel H. Cole y Elinor Ostrom y publicado por el *Lincoln Institute of Land Policy*, 2012.

Tras haber publicado la traducción de la primera parte del artículo correspondiente a los derechos sobre la tierra en la edición número 45, la presente edición contiene la traducción de la segunda parte, referida a los derechos sobre el agua.

La traducción y publicación se hacen bajo la autorización expresa del autor. La traducción del inglés estuvo a cargo de Sergio Cueva, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, miembro extraordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS y asociado de Ferrero Abogados. Se ha añadido algunas notas del traductor para procurar esclarecer o enriquecer algunos pasajes del trabajo traducido, las cuales son identificadas con la abreviatura (NT).

(\*\*) Abogado y filósofo. Profesor James Parker Hall en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. Miembro del Comité Consultivo Internacional de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.

## ¿Jugando bajo reglas distintas? Los derechos de propiedad sobre la tierra y el agua *Playing by Different Rules? Property Rights in Land and Water*



### 1. Derecho de agua

#### 1.1. Derecho privado

##### 1.1.1. El auge de derechos correlativos

El derecho privado sobre el agua es organizado según un principio ubicado a las antípodas del derecho sobre la tierra. En este caso la exclusividad ya no predomina en el análisis. Más bien, en estos sistemas los derechos de todas las partes son compartidos, de manera que el lenguaje dominante (como en el caso de las disputas relativas a las laderas) es aquel de la razonabilidad, en el cual ninguna de las partes por sí misma tiene derecho al dominio sobre la otra. La posición de quienquiera que demande agua es descrita

como “usufructuaria”<sup>(1)</sup>, lo que significa que uno tiene derecho a ciertos usos y frutos del agua, pero no a *todo* el suministro, cuyo valor se vería disminuido si un río fuese desviado a un tonel o a un reservorio privado<sup>(2)</sup>. Este esfuerzo por tomar prestado un término del Derecho Romano conlleva a una distorsión de su significado original, el cual, con relación a la tierra, se refería al derecho de un individuo (el usufructuario) al uso y a los frutos de la tierra, mientras que la titularidad de esta permanecía en manos del propietario. La exacta división de los activos en la tierra incluye una gran variedad de aspectos, que van desde el corte de árboles y la apertura de minas hasta la remodelación de las casas. Pero esos conflictos se dan estrictamente entre las partes en cuestión y son pasivos de ser modificados por acuerdo. No obstante, en el caso del agua, no existe persona a la que podamos denominar “propietario”. Por el contrario, hay diversas personas que demandan por agua, tales como los propietarios ribereños, los dueños de botes, los dueños de molinos, usuarios con fines recreativos y los pescadores, cada quien con su uso distintivo, que puede o no ser valorable en relación a determinados ríos. En estos casos, la topografía es tan importante que la delimitación de derechos que funciona en un contexto no necesariamente funcionará en otro.

Para entender cómo funciona el sistema con respecto a los ríos, sirve de mucho establecer las necesarias desviaciones o apartamientos del derecho de la tierra para desarrollar un sistema razonable de derechos sobre el agua, lo que de hecho comienza con una forma simple de sistema ribereño. Hecho esto, uno podría preguntarse (como en el caso de la tierra) en qué medida es posible planificar

(1) Véase, por ejemplo, BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*. Volumen I-IV. Oxford: 1765-1769.

(2) Para mayor desarrollo sobre el tema, véase EPSTEIN, Richard A. *Why restrain alienation?* Columbia Law Review.



## Richard A. Epstein

modificaciones a dicho cuerpo de reglas cuando los usos potenciales del agua son expandidos, ya sea por la tecnología o por los cambios en la topografía natural del agua.

Para abordar este tema, sirve de mucho empezar con un pequeño fragmento de John Locke que, en términos generales, asume la paridad entre las reglas de adquisición de la tierra y el agua. Como bien se sabe, Locke pensaba que un individuo podía separar su propiedad del fondo común si la mezclaba con su trabajo: “cualquier cosa que saque del estado en que la naturaleza lo concibió, la mezcle con su trabajo y añada en ella algo que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya”<sup>(3)</sup>.

La imagen de *mezcla* de Locke es un tanto exagerada porque es claro que la mínima cantidad de trabajo puede entonces separar cualquier cosa del fondo común; por ejemplo “las bellotas que recogió bajo una encina”<sup>(4)</sup> sería suficiente. Locke no es tonto como para pensar que se requiere de extraordinaria cantidad de trabajo cuando basta con una pequeña cantidad. El verdadero problema aquí es el del punto central: la manera más sencilla en que alguien puede convertirse en titular de la propiedad es que los otros *reconozcan* aquella demanda por la propiedad y se mantengan al margen. Desde esta perspectiva parece que tomar el agua de propiedad común debería regirse por las mismas reglas, dada la necesidad de establecer un único dueño. Locke, por ejemplo, parecía respaldar la igualdad de posición entre la tierra y el agua cuando escribió: “nadie puede considerarse perjudicado si otro bebe un buen trago de agua, por grande que sea, si le deja todo un río de la misma agua con el que pueda saciar su sed. Y el caso de la tierra y el agua, donde hay suficiente para ambos, es exactamente el mismo”<sup>(5)</sup>.

Desde luego, esta aproximación es una aplicación particular de la más general condición de Locke: “y esta apropiación de determinada parcela de tierra, lograda mediante el trabajo empleado en mejorarla, no implicó perjuicio alguno a los demás, pues todavía quedaban muchas buenas tierras, en cantidad mayor a la que quienes aún no poseían

terrenos podían usar”<sup>(6)</sup>. Sin embargo, también comparte el mismo defecto. En ambos casos, Locke procura sobre simplificar el caso, al insistir que no hay perjuicio en lo absoluto, cuando en condiciones de escasez cierto grado de perjuicio al fondo común es una necesidad física. La diferencia entre una sequía de agua y la desviación a gran escala de un río es solo una cuestión de grado. El mismo punto fue desarrollado por los abogados del demandante en el caso *Embry v. Owen* cuando cuestionaron los alegatos del demandando consistentes en que no había causado perjuicio en absoluto: “si se le permite a uno extraer una inapreciable cantidad de agua para regadío, otros cincuenta podrían hacer lo mismo”<sup>(7)</sup>. Del mismo modo en el que un largo camino comienza con un solo paso, la destrucción del río más grande comienza con una sola gota.

La fortaleza de esta respuesta consiste en que plantea una objeción lógica a una posición práctica. La dificultad en ambos casos radica en que Locke y sus seguidores no se están haciendo la pregunta correcta al enfocarse exclusivamente en la inapreciable disminución del río como si esta no causara daño del todo. Esa respuesta del *todo o nada* es demasiado categórica. Más bien, se necesita un enfoque marginal. La manera correcta de plantear el problema consiste en preguntarse qué sucedería con el bienestar general si cada persona toma cierta porción del fondo común para su uso privado. En el caso de la tierra, la interdependencia entre las parcelas separadas es generalmente reducida, de manera que es muy probable que las ganancias provenientes de la privatización excedan las pérdidas devengadas para otros

(3) LOCKE, John. *Second treatise of government*. Indianapolis: Hackett.

(4) *Ibidem*.

(5) *Ibidem*.

(6) *Ibidem*.

(7) 155 Eng. Rep., 579, 582-583 - Ex 1851.

## ¿Jugando bajo reglas distintas? Los derechos de propiedad sobre la tierra y el agua *Playing by Different Rules? Property Rights in Land and Water*

quienes tienen acceso limitado al fondo común. En efecto, estas personas podrían fácilmente resultar en mejor situación que antes, porque la privatización de la tierra genera una mejora en la productividad, lo que a su vez incrementa las oportunidades de terceras personas de beneficiarse con el comercio. En la mayoría de casos, no hay afectación de ningún activo común, que es lo que distingue la situación de la tierra de la del agua. En este punto, el primer enfoque de no permitir que nadie tome nada del río de seguro funcionará mejor que el primer enfoque opuesto de permitir que el primer poseedor tome todo lo que quiera del fondo común, el cual es el caso para la tierra. Entonces, tenemos lo contrario, que establece que nadie en la ribera puede tomar nada del fondo común, lo que constituye una mejor primera asunción con relación a la regla básica de la primera posesión. Debería ser evidente entonces que la supuesta equivalencia *lockeana* entre el agua y la tierra es errónea.

### 1.1.2. Del flujo natural al usuario razonable

#### 1.1.2.1. Casos ingleses

La dificultad de dar con un sistema óptimo de derechos de agua es reflejada en antiguos casos ingleses y estadounidenses<sup>(8)</sup>. La primera constatación es que los ribereños, como una cuestión de derecho natural, tienen acceso al flujo natural del agua. Esta postura es explícitamente defensiva porque el primer objetivo es proteger a cada propietario de tierras ribereñas de las acciones unilaterales de cualquier persona que amenace con extraer toda el agua del río para sí mismo, como se permitiría con una irrestricta regla de primera posesión. Como escribió Lord Wensleydale, el ribereño tiene “el derecho a que (una corriente natural de agua) discorra hacia él en su estado natural -flujo, cantidad y calidad- y a que se

aleje de él sin obstrucciones; bajo el mismo principio con el que él tiene derecho al soporte del suelo de su vecino en el estado natural<sup>(9)</sup>.”

Vale la pena explorar cómo este planteamiento obedece el derecho de la tierra y, al mismo tiempo, se aparta de él. Para ello, es necesario considerar las diferencias entre la regla de la prescripción y la regla de la ocupación original. Sobre este tema, una breve alusión al derecho de apoyo lateral<sup>(NT1)</sup> es muy ilustrativa. Hay que recordar que, como primera aproximación, todas las líneas divisorias en la tierra son rígidas: nadie puede dividir la propiedad del otro. Sin embargo, uno puede hacer lo que le plazca en su propiedad. La servidumbre de apoyo lateral es una desviación de aquella regla dado que satisface la estricta prueba de reciprocidad porque cada persona tiene un idéntico deber con el vecino. Aquel deber recíproco es justificado como una mejora en términos de Pareto, precisamente porque los valores de todas las parcelas afectadas son incrementados por su aplicación uniforme. Por consiguiente, es importante dejar en claro que este derecho de apoyo lateral no se adquiere por prescripción o por medio de su pariente cercano, la teoría de la concesión perdida<sup>(10)</sup> <sup>(NT2)</sup>. La doctrina de la prescripción solo es gatillada por un uso notorio y público por un prolongado periodo. La dificultad conceptual de esta doctrina de la prescripción<sup>(NT3)</sup> es la misma que aquella de la emparentada doctrina

(8) Para un completo análisis de los desarrollos en el derecho inglés, los cuales están fuertemente influenciados por los escritos del siglo diecinueve sobre la materia, véase GETZLER, Joshua. *A history of water rights at common law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

(9) *Chasemore v. Richards*, 11 Eng. Rep. 140, 153, 1859.

(NT1) En el derecho estadounidense, el derecho al apoyo lateral es el derecho que A, propietario o titular de un predio, tiene al apoyo o soporte del terreno del costado. Es decir, B, el titular del predio de al lado, debe abstenerse de realizar actividades, usualmente subterráneas, en su propio predio que puedan afectar (hundir) el predio de A.

(10) Para mayor discusión sobre la prescripción y la pérdida de la concesión, véase GETZLER, Joshua. *Loc. cit.*

(NT2) El término en el texto original es *theory of the lost grant*. Implica una forma de adquirir derechos inmobiliarios, particularmente servidumbres, en base a prescripción, mediante la ficción de que el adquirente ha extraviado el título que le otorgaba tales derechos.

(NT3) El término en el texto original es *prescription*.



## Richard A. Epstein

de la prescripción adquisitiva<sup>(NT4)</sup>: ¿por qué una prolongada intrusión puede en un punto convertirse en la fuente de un título válido?<sup>(11)</sup>. La respuesta a aquella pregunta depende menos de la disputa entre las partes que de la necesidad de asignar un título o derecho de manera sistemática de modo que el desarrollo ordinario y el comercio de la propiedad inmueble pueda tener lugar sin recurrentemente tener que preocuparse por lo que sucedió en el pasado<sup>(12)</sup>. Para lograr ese objetivo, una recta línea rige un ondulante principio, y su arbitrariedad es en gran parte mitigada por su clara publicidad de modo que todas las partes sepan las reglas del juego.

No obstante, estas reglas son absolutamente inadecuadas para crear un grupo universal de derechos y deberes correlativos para regir a todos los individuos desde un primer momento, sin ningún periodo de espera en lo absoluto. No hay normas de prescripción ni otorgamientos concebibles. El objeto de la sociedad es instaurar el sistema más eficiente posible de derechos de propiedad desde el primer momento, que es lo que hace el enfoque del derecho natural. Esto no quiere decir que las doctrinas de la prescripción no tengan cabida al tratar con los derechos del agua, pues claramente la tienen. Pero la doctrina de la prescripción se aplica solo en los casos en los que una persona se aleja de la posición de los derechos naturales de la paridad del derecho común por medio de abiertas y notorias maniobras que demandan más derechos de los que permite el sistema del flujo natural<sup>(13)</sup>. Para la parte río arriba, ello requiere bloquear el agua o remover las cantidades en exceso por el correcto periodo de limitaciones, por decir, veinte años. Para la parte río abajo, requiere construir una represa que almacene más agua que el nivel natural, en perjuicio de la parte río arriba. En estos dos casos, la prescripción hace su trabajo reconociendo los cambios en la estructura original de derechos llevados a cabo por el uso prolongado sin alterar el sistema general, el cual se mantiene intacto para todos los demás usuarios.

El segundo tema abordado por el breve pasaje de *Chasemore* apunta al contenido de aquellos derechos. En este punto es evidente la distancia intelectual entre las reglas que rigen la adquisición de derechos en el agua y aquellas que rigen la adquisición de derechos en la tierra. Recordemos los dos pasos del marco analítico: primero, establecer la paridad o igualdad; luego, escoger el conjunto de reglas paralelas que maximice la utilidad general. La paridad se preserva en el río para todos los propietarios ribereños porque cada uno tiene derecho a que el agua discurra por su frente, pero, del mismo modo, cada uno debe permitir que el agua discurra por el frente de los demás. Desafortunadamente, la paridad inicial no es tan buena en la segunda prueba de maximización del valor para los ribereños como conjunto, porque de seguro hay ganancias sociales si se permite que cierta cantidad de agua sea removida del río. Dicho de otro modo, la primera gota de agua en el río en manos privadas vale más que la última gota de agua que permanece en el río.

Por consiguiente, el desafío que la rígida formulación de la condición *lockeana* no aborda correctamente es ver cómo introducir un análisis marginal para tratar el agua del río. En este punto, crece la brecha entre los regímenes de la tierra y el agua. En el caso de la tierra, la acción unilateral de una persona establece prioridad sobre el resto bajo la regla de la primera posesión. Pero esta regla no puede funcionar bien (sin perjuicio de la

(NT4) El término en el texto original es *adverse possession*.

(11) Para una prominente temprana formulación de la cuestión, véase BALLANTINE, Henry W. *Title by adverse possession*. Cambridge: Harvard Law Review, 1918. Para las análogas reglas romanas sobre la usucapción (hacerse propietario por el uso), véase NICHOLAS, Barry. *An introduction to Roman law*. Oxford: Clarendon Press; y, GETZLER, Joshua. *Loc. cit.*

(12) "El periodo de prescripción no tiene por objeto premiar al infractor diligente por su mal obrar ni tampoco penalizar al propietario negligente e inactivo por dormirse en sus derechos; el gran propósito es silenciar automáticamente a todos los títulos afirmados abierta y consistentemente, el proveer prueba de títulos meritorios, y corregir errores en la transferencia". BALLANTINE, Henry. *Ibidem*.

(13) GETZLER, Joshua. *Loc. cit.*

## ¿Jugando bajo reglas distintas? Los derechos de propiedad sobre la tierra y el agua *Playing by Different Rules? Property Rights in Land and Water*

aceptación superficial de Locke de dicha regla) en relación con cualquier río, particularmente en vista de su gran cantidad de actores, cada uno de los cuales puede haber adquirido una parcela de tierra en momentos distintos. La regla de la primera posesión le da demasiado poder al primer poseedor (además de la dificultad de determinar quién es aquella persona en caso no exista ningún sistema para registrar el momento en el que tierras ribereñas fueron ocupadas por primera vez o el momento en el cual los derechos sobre el agua fueron usados por primera vez). Entonces, la regla de la propiedad cambia a una que asigna a todas las personas el derecho a retirar una pequeña cantidad de agua del río, sin importar cuándo adquirieron interés en la tierra. En general, es mejor si a todos los ribereños se les permite tomar una buena cantidad de agua, siempre que el nivel de agua no se reduzca demasiado. Esto es probable cuando la cantidad de agua removida por estos usos menores es inferior a la variación natural del nivel del agua atribuible a la lluvia, la evaporación u otro fenómeno natural.

Por consiguiente, todos los ribereños pueden, de acuerdo con bien afirmada doctrina, usar el agua para sus modestos usos domésticos. Cuando el agua es removida del río, la regla de la primera posesión transfiere la propiedad del agua, tal como Locke sostenía<sup>(14)</sup>. La pregunta clave, no obstante, no radica en cómo aquella persona obtuvo la propiedad del agua que tomó, sino en determinar la cantidad de agua que puede ser tomada en primer lugar, para la cual la teoría del valor del trabajo de Locke no brinda la menor ayuda. En este punto, la pregunta complicada es cuánta más agua puede ser removida del río. En principio, la misma prueba marginalista aplicada a los casos fáciles debería también funcionar para estos casos difíciles. Nunca es una cuestión de si se deja “igual cantidad y calidad”; por definición, este nunca es el caso. Más bien, la pregunta correcta compara la suma de los derechos dentro de la corriente y de consumo cuando a todos los ribereños se les permite incrementar sus retiros de agua. Y la pregunta sobre si los niveles generales se incrementan o descienden con niveles uniformes de consumo admite una respuesta *a priori* independiente del volumen de agua en el río y del valor que le dé el uso privado de los ribereños. El desafío consiste

en preguntarse cuánto puede aumentarse los retiros a *pro rata* hasta que la reducción de los usos dentro de la corriente se torne mayor que los usos de consumo.

El problema se intensificó, y al final se volvió crítico, con la transformación del relativamente pasivo sistema de derechos ribereños al sistema más intenso del uso razonable. El tema fue disputado tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, en torno a cuestiones clave relativas a la irrigación y a los molinos. En el caso de la irrigación, el problema en Inglaterra consistía en determinar si un ribereño podía retirar agua del río con fines de irrigación siempre que el flujo de retorno luego de la irrigación no reduzca los niveles de agua disponible para el ribereño río abajo de ningún modo apreciable. El argumento en contra de permitir este derecho fue que su repetida aplicación podría fácilmente poner tal presión en la noción de la pérdida apreciable, que todo el sistema de derechos negativos (los que mantenían el río intacto) podría en la práctica ser quebrantado por el reconocimiento de este derecho más fuerte. El argumento contrario es que la prueba de la pérdida apreciable podría ser aplicada por separado por cada ribereño de manera individual, obviando así el riesgo de que una sucesión de desviaciones pudiera quebrantar todo el sistema. Entonces, si el derecho en cuestión puede ser restringido, el valor general del agua del río sería incrementado por las grandes ganancias provenientes de este uso adicional. En efecto, aquella condición podría mantenerse incluso si hubiese una disminución apreciable en el nivel del agua, siempre que tal disminución no perjudique desproporcionadamente la posición de los usuarios río abajo.

(14) “Aunque el agua que sale de la fuente sea de todos ¿quién podría dudar que el agua que está en el cántaro es de quien lo ha llenado? Su trabajo ha tomado aquella agua de las manos de la naturaleza, la ha sacado de ese estado en que pertenecía comunitariamente a todos, y se la ha apropiado para sí mismo”. LOCKE, John. *Loc. cit.*



## Richard A. Epstein

La batalla inglesa sobre esta cuestión se volvió crítica en una serie de casos hacia la mitad del siglo diecinueve, los cuales Getzler describe en completo y preciso detalle. El caso clave es *Embrey v. Owen*<sup>(15)</sup> en el que no es coincidencia que el abogado del victorioso demandado no era sino George Bramwell quien, como Baron Bramwell, enunció once años después en *Bambford v. Turnley*<sup>(16)</sup> el principio “vive y deja vivir” que dio una explicación, basada en principios de Pareto, sobre porqué las fronteras no deberían regir las disputas en los casos de molestias de bajo nivel entre propietarios de tierras vecinas. En terminología moderna, su postura era que los detrimentos de esta desviación, aun si fueran aplicados universalmente, eran triviales en comparación a las ganancias. Dio cuenta de que las desviaciones tendían a darse en estaciones húmedas, cuando el daño a los usuarios río abajo era insignificante. Más aún, mucha del agua del río usada para irrigación regresaba al río, moderando así cualquier daño a los ribereños río abajo. Concluyó insistiendo que las ganancias de la efectiva utilización de la tierra funcionaban en beneficio de todos. Aquel argumento fue suficiente para persuadir a la Corte a adoptar instrucciones que expandieran la limitada y restringida lista del uso del agua. Así, Bramwell dio cuenta de que siempre fue aceptado el hecho de que el agua siempre podría ser usada para “todos los propósitos naturales y comunes, domésticos y de agricultura, siempre que [el usuario ribereño] no interfiera con los derechos de otros propietarios ribereños. Por ejemplo, él podría tomar el agua, sea por cuenta propia, a través de su familia o su ganado; podría bañarse con ella, usarla en su vivienda, o usarla para regar el jardín”<sup>(17)</sup>. La única diferencia era que la irrigación constituía un uso más intensivo que los otros enlistados. Pero, siempre y cuando el nivel general de disminución se mantuviese bajo, aquel punto contribuía a favor de permitir el uso, no de restringirlo. Como

se ha señalado, la norma es universalizable de modo que todos participen en ella y todos puedan hacer cumplir la limitación. En efecto, en aquél tiempo había evidencia de que varios emprendimientos cooperativos entre ribereños colindantes permitía un mayor uso intensivo del agua para su mutuo beneficio<sup>(18)</sup>. A modo de analogía, en los casos relativos a la tierra, la regla de la localidad permite niveles más altos de contaminación en determinados distritos industriales porque la mayor recíproca intensidad de uso continúa produciendo ganancias para todos los propietarios de tierras afectados<sup>(19)</sup>. En suma, esta desviación inicial del régimen anterior de derechos ribereños conllevó a incrementos generales en la utilidad sin ninguna variación clara en la riqueza de los ribereños.

La situación era muy distinta con la gran cantidad de molinos que surgieron en la región central de Inglaterra durante los siglos diecisiete y dieciocho<sup>(20)</sup>. Estos molinos eran fuente de energía para las varias fábricas que surgieron a lo largo de los ríos. Hay poca duda de que la introducción de algunos molinos podía incrementar el valor general del río para su consumo y usos dentro de la corriente. A diferencia de los casos de irrigación, estos molinos normalmente no creaban el riesgo de que el agua fuera perdida para los usuarios río abajo. Además, el uso de estos molinos podría generar fuertes consecuencias distributivas

(15) 155, Eng. Rep. 579 Ex, 1851.

(16) 122, Eng. Rep. 27 Ex, 1862.

(17) *Embrey*, 155 Eng. Rep. At 582.

(18) “De acuerdo a la norma enunciada (...) sería competente para un [ribereño] construir un molino (...) y tomar el agua de la corriente para hacerlo funcionar, siempre que no encorrale el agua para el vecino de arriba ni afecte lesivamente el volumen del flujo de la corriente para el vecino de abajo. Y la ley favorece el ejercicio de tal derecho: es a la vez beneficioso para el propietario y para la comunidad”. En: *Nuttal v. Bracewell*, 2 Ex. 1, 1866, citado en GETZLER, Joshua. *Loc. Cit.*

(19) Para la adopción de la regla en Inglaterra en esta época, véase St. *Helen's Smelting Co. v. Tipping*, 11 Eng. Rep. 1483 (H.L.) (1865) y las discusiones de BRENNER, Joel Franklin sobre el caso. *Nuisance law and the Industrial Revolution*. En: *Journal of Legal Studies*. 1974; y, SIMPSON, A W. Brian. *Victorian judges and the problems of social cost*. En: *Leading cases in the Common Law*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

(20) GETZLER, Joshua. *Loc. cit.*

## ¿Jugando bajo reglas distintas? Los derechos de propiedad sobre la tierra y el agua *Playing by Different Rules? Property Rights in Land and Water*

para los ribereños a lo largo del río. La potencia de un molino depende de la altura del agua que cae para hacer girar la rueda. Esa distancia puede ser incrementada construyendo represas detrás del molino, lo que fácilmente podría elevar el río o incluso inundar las tierras de los vecinos río arriba. Por el contrario, podría ser reducida si el propietario río abajo construye su propia represa, la que a su vez elevaría la altura del agua al pie del molino río arriba. Claramente el valor total de todos los molinos y el valor independiente de cada molino dependían del número, tamaño y ubicación de los molinos a lo largo del río. Dado el impacto negativo que cada molino podría tener en la creación de otros molinos, los problemas de número y espacio a lo largo del río se tornaron agudos. Podía ser cuestión de simple física y geografía que algunos ribereños no podían construir molinos en su terreno, mientras que la construcción de algunos molinos podía fácilmente excluir la construcción de otros que podrían haber sido igual de valiosos.

### 1.1.2.2. Casos estadounidenses

Entonces, la cuestión radica en cómo diseñar un régimen para estas situaciones. Los casos más parecidos en el contexto del uso de la tierra son aquellas controversias entre los granjeros ubicados en la cima y al pie de un cerro, lo cual en *Middlesex v. McCue* generó un compromiso que permitió la regular agricultura en la cima, aun si generaba escorrentías que afectarían al granjero al pie del cerro, quien de otro modo hubiese tenido el dominio en la materia. Justamente esa solución fue adoptada en los casos del uso razonable, los cuales alcanzaron la misma incómoda conclusión sobre los molinos. Por ejemplo, en el caso *Dumont v. Kellogg* -que implicó hechos simples pero ilustrativos- el demandante (el propietario río abajo) construyó un molino que fue impulsado por agua de proveniente de arriba. El demandando (el propietario río arriba) posteriormente construyó una represa que materialmente disminuyó el flujo al molino río abajo. La cuestión del “perjuicio”, dado que el término se usa en los casos de irrigación, debe ser resuelta concluyentemente por el demandante. Pero en esta instancia, la decisión fue claramente a favor del demandando. El Juez Cooley planteó el tema del siguiente modo:

“Entre distintos propietarios en el mismo río, el derecho de cada uno califica el derecho del otro, y la cuestión no es simplemente si el propietario de abajo sufre daños por el uso del agua proveniente de arriba, ni tampoco si la cantidad de flujo es disminuida por el uso, sino si, bajo

todas las circunstancias del caso, el uso del agua por parte de uno es razonable y consistente con el correspondiente goce del derecho por parte del otro”.

En otra sección, el punto es planteado de la siguiente manera:

“El dueño de un molino ubicado río arriba tiene derecho a usar el agua, y puede ejercerlo para operar sus molinos en su mejor interés, sujeto, no obstante, a la siguiente limitación: si, en el ejercicio de su derecho, y como consecuencia de él, los molinos río abajo se tornan inoperantes e improductivos, la ley, en tal caso, se interpondrá y limitará ese derecho común, de modo que los dueños del molino río abajo gocen de una justa participación (...)”  
- Woodworth, J. en *Merritt v. Brinkerhoff*.

Lo que la Ley busca es proteger la justa participación y el uso razonable por parte de cada uno.

En este punto, el sistema empieza a resquebrajarse. No hay manera de preservar la paridad entre usuarios río arriba y río debajo de modo que se les dé a ambos una justa participación y uso razonable. Es fácil pensar en situaciones en las cuales la paridad resulte en una situación en la que ningún ribereño pueda mantener un molino con éxito, de modo que un molino debe permanecer inoperante si el otro ha de ser viable o productivo. La capacidad de carga del río durante el intervalo correspondiente solo soporta un molino y no dos. El sistema de bienestar social ya no puede, aun si es llevado al máximo, alcanzar un estándar de Pareto, al menos en ausencia de pagos laterales, los cuales, hasta donde sé, nunca fueron realizados. Lo mejor que puede hacerse es crear un sistema en el cual se espere que las ganancias para el ribereño río arriba excedan las pérdidas de un ribereño río abajo, a juzgar por el sentido



## Richard A. Epstein

de la comunidad, como quiera que este sea determinado. En esencia, no hay una clara jerarquía entre los usos correlativos de los usuarios río adentro. Las únicas reglas claras en este contexto son aquellas que involucran una desviación del agua del río para usos no ribereños, la que siempre será prohibida si hay cualquier disminución en el flujo; lo mismo es cierto de cualquier desviación realizada por parte de un extraño<sup>(21)</sup>. En efecto, ambas actividades no son distintas a las estrictas reglas de exclusión de otras actividades que rigen el uso de la tierra. Cualesquiera sean las complicaciones entre los copropietarios, las fuertes líneas de frontera se reafirman en dos contextos: aquellas situaciones en las que un extraño toma algo del grupo como conjunto, o aquellos casos en los que una persona del grupo convierte lo que es propiedad común en su propiedad privada.

Aun si las reglas del derecho común funcionan en aquellos dos contextos, con seguridad quedan cortas con respecto a los conflictos entre los usuarios río adentro, porque no existe obvia razón por la cual las acciones unilaterales de varios ribereños podrán maximizar el valor a lo largo del río. Si las reglas legales quedan cortas aun cuando solo hay dos partes en la disputa, tampoco funcionarán cuando haya más partes. En este punto parece que se requerirá de alguna solución administrativa para lidiar no solo con la cuestión del tamaño y separación entre los molinos, sino con la indemnización para aquellas personas cuyas tierras son inundadas. Durante el siglo diecinueve se desarrollaron esquemas de este tipo y lograron superar con éxito acciones constitucionales sobre la base de que las expropiaciones no eran para uso público<sup>(22)</sup>. Un conjunto de procedimientos más preciso seguiría las reglas de unificación del petróleo y el gas, en donde la práctica común consistía en limitar el número de pozos que podían ser perforados en el campo y compensar a aquellos propietarios a quienes se les negaba el derecho a perforar en su propia tierra. Dicho de otro modo, no hay forma de evitar soluciones sensatas siempre que el agua fluya hacia abajo, pero siempre

hay forma de brindar indemnización a quienes pierden en las elecciones de “todo o nada” para la construcción.

### 1.1.3. Aluvión y avulsión

La última de las características distintivas del derecho del agua implica las tradicionales doctrinas del aluvión y la avulsión, que emergen cuando el agua cambia su curso. En el caso de los ríos, tiene mucho sentido la solución romana a la que nos hemos referido. Los cambios graduales en el curso del río conllevaron principalmente a cambios automáticos en la propiedad de la tierra. Si el río se aleja de X, su propiedad se expande; si se acerca, se contrae. *Ex ante*, no hay razón en particular para creer que el río se moverá en una u otra dirección, y definitivamente no hay razón para suponer que alguna maniobra del hombre pueda alterar su curso. La gran ventaja de esta regla es que mantiene a todos los ribereños en tal condición, eliminando con ello la pérdida de valor que se generaría si un ex ribereño ya no pudiese acceder al río. También elimina la tarea de tener que decidir quién es el dueño de cualquier sección de terreno que emerge entre el río y la tierra que fue del ribereño. Del mismo modo, un cambio drástico en el curso del agua de un canal a otro no puede ser manejado por este medio. Otros propietarios de tierras podrían fácilmente ser propietarios de la tierra entre el nuevo y el viejo curso, y sus propiedades serán eliminadas si se aplicase la doctrina del aluvión. Entonces, la nueva corriente tiene nuevos propietarios ribereños que están sujetos a las mismas reglas.

(21) “Nadie tiene derecho de causar tal diversión, y es un acto del todo ilegal, para el cual una acción será impuesta, sin prueba de un daño especial. Se diferencia, también, del caso de una interferencia por parte de un extraño, quien, por cualquier medio, o por cualquier motivo, disminuye el flujo del agua; porque esto también es ilegal, y no puede surgir duda sobre la razonabilidad de su acción en causar la disminución.” (*Dumont*, 29 Mich. at 422). Para el mismo resultado, véase *Stratton v. Mt. Hermon Boys' School*.

(22) Véase *Head v. Amoskeog Mfg. Co.*, 113 U.S. 9 (1985). Para una discusión sobre el tema, véase EPSTEIN, Richard A. *Littoral rights under the takings law: The clash between the Ius Naturale and Stop the Beach Renourishment*. Florida: Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy.

## ¿Jugando bajo reglas distintas? Los derechos de propiedad sobre la tierra y el agua *Playing by Different Rules? Property Rights in Land and Water*

Distinta es la situación de la propiedad litoral, la cual bordea los lagos u océanos. Si las aguas se mueven hacia adentro, la tierra se pierde; si se mueven hacia afuera, la nueva tierra queda en favor del propietario. Estas adiciones o disminuciones no son poca cosa. El lago Michigan ha retrocedido más de treinta metros en los últimos quince años. Las nuevas grandes dunas quedan en beneficio de la propiedad frente a la playa. Desde luego, cualquier pérdida afectaría a las mismas partes. El problema tiene gran importancia porque la expansión de las tierras no debería permitir que se destruyan los principales componentes de valor en ninguna propiedad frente a un lago o al mar. La dificultad de aplicar estas reglas depende en la rapidez con la que estas orillas cambien de dirección. Si bien el tema está fuera del ámbito de este capítulo, el derecho de aguas de Florida es particularmente complicado porque al movimiento se le suman la inundación y el drenaje, lo que da lugar a complejas preguntas sobre quién es propietario de las tierras de los lagos que han sido drenados (parece que la respuesta es que el Estado, quien era propietario cuando las tierras estaban cubiertas por agua)<sup>(23)</sup>. Esencialmente, la introducción de incluso otro elemento de complejidad le aumenta presión al sistema de derechos de propiedad entre las partes. La pregunta que queda ahora es cómo esta complejidad se desenvuelve en el ámbito constitucional.

### 1.2. La protección constitucional de los derechos de agua

#### 1.2.1. La servidumbre de navegación

La parte final de esta investigación busca integrar la discusión de los derechos de agua a los principios generales del derecho constitucional estadounidense. El tema se torna más prominente con respecto a una cuestión que aún no ha sido discutida, a saber, los derechos de navegación en los ríos. Dado el obvio interés en el transporte entre y a través de las líneas estatales, esta pregunta ha adquirido mayor importancia en las decisiones constitucionales sobre el tema. El Derecho Romano no estaba del todo desarrollado en esta materia y tenía ciertas complejidades internas. Una era que no

todos los ríos eran necesariamente públicos, particularmente si todo su curso estaba dentro de las fronteras de un solo dueño. Pero muchos ríos eran obviamente públicos y para estos el tema de los derechos y deberes correlativos rápidamente se volvió primordial: ¿cuál era la relación entre los derechos de navegación del público en general y los derechos de los ribereños? La respuesta es que los derechos de navegación no podían ser perjudicados por el uso de los derechos ribereños, con lo que se quería decir que el curso natural no podía ser bloqueado por mejoras en la tierra, ni tampoco podían las aguas en cuestión ser drenadas del canal de modo que impidiese el paso<sup>(24)</sup>. Solo en este sentido se podía decir, como lo hacía Getzler, que “en el Digesto, se le da absoluta prioridad a la navegación y a la irrigación sobre los usos de consumo”<sup>(25)</sup>. No hay referencia en el material Romano sobre la cuestión opuesta de si las mejoras públicas a un río podían incorporarse a los derechos ribereños de los propietarios.

El Derecho inglés proviene del Derecho Romano en muchos aspectos. Las reglas originales del derecho común en Inglaterra establecían que los ríos eran navegables solo hasta el punto que sus niveles varían con las mareas. La regla tenía sentido para la mayoría de los pequeños ríos ingleses, pero no para los grandes ríos estadounidenses, los cuales en ese entonces eran regidos por la regla de la navegabilidad “de hecho”, sin tener en cuenta las mareas<sup>(26)</sup>. En la medida que el río sea navegable de hecho, su uso está abierto a todos, no solo a los ribereños que lo bordean. La regla hace total y perfecto

(23) Véase, por ejemplo, *Martin v. Busch*, 112 So. 274 (Fla. 1927), discutida en *Stop the Beach Renourishment, Inc. v. Florida Department of Environmental Protection*, 130 S. Ct. 2592, 2611 (2010). Para mi opinión, véase Epstein, Richard A. *Ibidem*.

(24) MACGRADY, Glenn J. *The navigability concept in the civil and common law*. Florida: Florida State University Law Review, 1975.

(25) GETZLER, Joshua. *Ídem*; pp. 13 y 14.

(26) Para discusión sobre el tema, véase *United States v. Cress*, 243 U.S. 316,320’322 (1917).



## Richard A. Epstein

sentido porque de otro modo el río tendría inutilizada una gran capacidad carga. Pero mientras el público en general no pueda hacer ningún uso de consumo de agua, parecen positivas las ganancias netas del incrementado uso de aquellas aguas.

No obstante, la frase “abierto a todos” es una frase de derecho natural que no toma en cuenta el poder de los gobiernos soberanos de limitar el acceso a las aguas navegables del Estado (o, en efecto, cualquier otra propiedad). Los textos de Derecho Romano de Gayo y Justiniano nunca abordan el problema, pero asumen que estas relaciones se rigen por el *ius gentium*, (Derecho de Gentes o Derecho de las Naciones) que consiste en principios generales que son considerados aplicables a las situaciones comunes donde y cuando quiera que estas ocurran. Hay una profunda tensión entre el derecho natural y el poder político porque los principios del derecho natural no están atados de modo alguno al poder que un soberano ejerce de su propio territorio<sup>(27)</sup>. Muy por el contrario, se pensaba que los lineamientos generales del derecho natural vinculaban a todos los soberanos a principios generales, dejando a los Estados las cuestiones relativas a su implementación, lo que podía determinar, por ejemplo, quiénes podían disfrutar del status de propietarios ribereños. El peculiar rol del soberano nunca se volvió prominente en el contexto inglés con su sistema unitario de normas administradas por un gobierno central. Pero la potencial colisión entre el derecho natural y el poder soberano surge con especial urgencia en los Estados Unidos por su sistema federal de Estado dividido y poder nacional. Una consecuencia de hacer los derechos de propiedad parte del Derecho de las Naciones es que

todas las personas del mundo, sin importar su ciudadanía, tienen igual acceso a las varias formas de propiedad común. En efecto, la frase “derecho de las naciones” no es extraña a la Constitución de los Estados Unidos, la cual a veces también toma el enfoque de derecho natural hacia estos aspectos. Así, establece explícitamente que el Congreso tiene el poder de “definir y castigar la piratería y los delitos cometidos en altamar, y crímenes al Derecho de las Naciones”<sup>(28)(29)</sup>.

En cualquier contexto real, no obstante, los Estados soberanos y las naciones hacen cumplir los particulares mandatos del derecho natural. Lado a lado, entonces, con la anterior tradición yace el punto de vista de que todos los derechos de propiedad son la creación del soberano, cuyo poder es esencialmente ilimitado. Así, Justiniano no solo habla del Derecho de las Naciones, sino que también expresa la famosa frase del poder real *Quod principi placuit legis habet vigorem* o “lo que place al príncipe tiene fuerza de ley”<sup>(30)(31)</sup>. En el contexto del federalismo estadounidense, la cuestión de la soberanía da paso a una complicación adicional: ¿qué soberano, sea Estado o Federación, toma la responsabilidad? Aquella pregunta tiene especial relevancia en relación a la cláusula de expropiación, la

(27) Para una reciente explicación sobre el tema del derecho natural en relación al poder soberano, véase HAMBURGER, Philip. *Law and judicial duty*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. Para mis comentarios sobre la materia, véase EPSTEIN, Richard A. *The natural law influences on the first generation of American constitutional law: Reflections on Philip Hamburger's law and judicial duty* (próximamente).

(28) Constitución de los Estados Unidos, Artículo I, numeral 8, cl.10.

(29) Nótese la implícita tensión entre el Derecho de las Naciones, el cual es generalmente consuetudinario y, por ello, detectable por inspección, y la posibilidad de “definir” las conductas objeto de castigo, lo que, pareciera, puede ser realizado de manera limitada.

(30) Thatcher, Oliver J. *The library of original sources. Volume III: The Roman world*. Milwaukee: Milwaukee University Research Extension Co. Disponible en web: <http://faculty.cua.edu/Pennington/Law508/InstitutesofJustinian.htm> #Book%20I.

(31) Una segunda traducción de este crítico pasaje se diferencia de maneras ilustrativa. En la versión de Moyle, el pasaje es traducido como “nuevamente, lo que el Emperador determine tiene fuerza de ley”. Traducido al inglés por J. B. Moyle, doctor en Derecho Civil de *Lincoln's Inn*. Abogado, miembro y tutor de *New College*, 5ta. edición de Oxford. Disponible en web: [http://www.gutenberg.org/files/5983/5983-h/5983-h.htm#2H\\_4\\_0003](http://www.gutenberg.org/files/5983/5983-h/5983-h.htm#2H_4_0003), la cual del mismo modo no toma en cuenta el nivel de arbitrariedad de la palabra “*placuit*”. En estos aspectos vale más una onza de literalidad que una libra de creatividad.

## ¿Jugando bajo reglas distintas? Los derechos de propiedad sobre la tierra y el agua *Playing by Different Rules? Property Rights in Land and Water*

que, en su redacción original, solo ofrecía protección ante el gobierno federal<sup>(32)</sup>. Pero históricamente todos los derechos de agua son mucho más antiguos que el gobierno federal, de manera que la conclusión común y correcta sobre la materia siempre ha sido que la delimitación de los derechos de propiedad a la que se adhiere la cláusula de expropiación es determinada por la norma estatal<sup>(33)</sup>. ¿De dónde más podrían venir, dado el poder del gobierno federal? La cuestión de las servidumbres de navegación concierne a todos los ríos, no solo aquellos que fluyen por dos o más Estados. Pero tal y como *Gibbons v. Ogden* pone claramente de manifiesto, desde la época de la fundación de los Estados Unidos hasta por lo menos los primeros años del siglo veinte, la cláusula de comercio no se extendió a ninguna navegación que tomara lugar enteramente dentro de los confines de un solo Estado<sup>(34)</sup>.

### 1.2.2. *Cress* y la servidumbre limitada

En este punto, podemos abordar la pregunta central: ¿hasta qué punto puede el gobierno federal alterar la distribución de derechos para proteger e incrementar los intereses del público en general? Este tema surge con la protección de las tierras altas, el acceso al río, y la variedad de usos dentro de

la corriente en la medida en que se relacionan con la servidumbre de navegación de alcance incierto. El enfoque correcto a esta pregunta tuvo lugar en *United States v. Cress*. Dos distintos demandantes en el caso *Cress* se quejaron de la destrucción por el incremento de una variedad de intereses: la frecuente inundación de la tierra al lado del río causó la destrucción de un vado sobre el río, y un molino en el río se tornó inoperable por incrementos en el nivel del agua. En ambos casos, la actividad del gobierno tuvo lugar en ríos navegables. En un caso, era probable, y en el otro, certero, que el daño tuvo lugar en ríos no navegables.

La conclusión de que estos actos fueron por razones de uso público es, en el contexto de un río navegable, muy obvia para contestar. Del mismo modo, desde este punto de vista, el único tema pendiente de decisión era la indemnización, si correspondía, que se le

(32) Barron. Baltimore, 32, U.S. 243 (1833).

(33) Véase, por ejemplo, *United States v. Cress*, 243 U.S. 316, 319-320 (1917). El mismo punto de vista es adoptado con relación a los casos modernos del debido proceso; véase también *Board of Regents v. Roth*, 408 U.S. 564-577-578 (1972) (“Los intereses de propiedad, desde luego, no son creados por la Constitución. Más bien, son creados y sus dimensiones son definidas por reglas existentes o entendimientos que provienen de una fuente independiente tal como la ley del Estado, reglas o entendimientos que aseguran ciertos beneficios y que respaldan demandas por el derecho a tales beneficios”). Roth involucró demandas del debido proceso para derechos de propiedad que surgieron de contratos con los Estados Unidos, los cuales no tienen origen en el derecho natural, como en el caso de los derechos de agua.

(34) “Si bien es relativamente exhaustiva, la palabra ‘entre’ bien podría estar restringida al comercio que concierne a más de un solo Estado. La frase no es una que probablemente hubiese sido seleccionada para indicar el tráfico totalmente interno de un Estado, porque no es una frase apta para tal propósito; y la enumeración de las particulares clases de comercio, para las cuales se debía extender el poder, nunca se habría hecho, si la intención hubiese sido extender el poder a toda descripción. La enumeración presupone algo no enumerado; y ese algo, si consideramos el lenguaje o la materia de la oración, tiene que ser exclusivamente el comercio interno de un Estado”. *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 194-195 (1824). Este pasaje es aquí citado por completo porque ha sido alterado en decisiones siguientes para hacer parecer que la cláusula de comercio cubre todas las actividades productivas. Véase, por ejemplo, *United States v. Wrightwood Dairy Co.*, 315 U.S. 110 (1942) (que considera válida una ley que regulaba los precios de la leche que ha sido transportada por vías interestatales o que afecte el *marketing* de dicha leche). En ella, *Gibbons* fue redactado para que se lea de una manera conflictiva con su significado original: “El poder del Congreso sobre el comercio interestatal es pleno y completo por sí mismo, puede ser ejercido en su más amplia medida, y no reconoce limitaciones aparte de aquellas establecidas en la Constitución. (*Gibbons*, 22 U.S. at 196). De ello se desprende que ninguna forma de actividad estatal puede constitucionalmente frustrar el poder regulatorio otorgado al Congreso por la cláusula de comercio. Entonces, el alcance de aquel poder *se extiende* a aquellas actividades intraestatales que de manera sustancial interfieran y obstruyan el ejercicio del poder otorgado. (*Wrightwood*, 315 U.S. at 119; énfasis agregado). La norma constitucional se vuelve muy sencilla si las palabras “restringe” y “extiende” tienen el mismo significado.



## Richard A. Epstein

debía al gobierno por llevar a cabo su acción en particular. En línea con decisiones como la de *Dumont*, la posibilidad del gobierno de inundar las tierras de arriba era regida por principios ordinarios de dominio eminente. La inundación para uso público no podía ser prohibida, pero en tal caso se debía una indemnización completa. Para llegar a aquella conclusión, el Juez Piney aplicó la simple prueba de agencia desarrollada anteriormente, a saber, que las acciones que son ilegales cuando las realizan los privados son indemnizables cuando las realiza el Estado. En ese punto, examinó el alcance de la servidumbre de navegación en términos que se fundaban en los orígenes de derecho natural de los derechos del agua. Vale la pena citar por completo este importante pasaje porque ha sido ignorado en muchos aspectos:

En Kentucky y en otros Estados que han rechazado la prueba de derecho común del flujo de la marea y han adoptado la prueba de navegabilidad de hecho, si bien reconociendo la propiedad privada de los lechos de las corrientes navegables, han surgido numerosos casos en los que ha sido necesario trazar una línea entre el derecho público y el derecho privado en aguas supuestamente navegables; y ya varias autoridades en la materia han establecido firmemente que la prueba de la navegabilidad de hecho ha de ser aplicada al arroyo en su condición natural, no levantado artificialmente por represas o estructuras similares; que el derecho público ha de ser medido por la capacidad del arroyo para un uso público valioso en su condición natural; que los propietarios ribereños tienen derecho a gozar del flujo natural sin cargas u obstáculos impuestos por medios artificiales, y ninguna servidumbre pública más allá de aquella natural puede surgir sin transferencia formal de propiedad u otorgamiento del privado al Estado con fines públicos, salvo la expropiación del Estado haciendo uso de su poder de dominio eminente, con la apropiada indemnización por el derecho del privado<sup>(35)</sup>.

Luego, él describe la relación del poder federal bajo la cláusula de comercio: “el Congreso tendrá el poder (...) de regular el comercio con otras naciones y entre los varios Estados, y con las tribus de la India<sup>(36)</sup>”.

(35) *Cress*, 243, U.S. at 321.

(36) Constitución de los Estados Unidos, Artículo 1, numeral 8, cl. 3.

(37) *Cress*, 243, U.S. at 319-20.

Los Estados tienen la autoridad de establecer por ellos mismos aquellas reglas de propiedad de la forma que consideren conveniente con respecto a las corrientes de agua dentro de sus límites, sean navegables o no navegables, y la propiedad de las tierras que formen sus lechos y márgenes, sujeta, no obstante, en el caso de los arroyos navegables, a la suprema autoridad del Congreso de controlar la navegación hasta donde sea necesario para la regulación del comercio entre los Estados y con otras naciones; el ejercicio de esta autoridad siendo sujeto, a su vez, a la inhibición de la Quinta Enmienda contra la expropiación de la propiedad privada para uso público sin una indemnización justa<sup>(37)</sup>.

La excelente opinión del Juez Pitney en el caso *Cress* es ciertamente explícita en insistir que la *condición natural* de las vías de agua establece la base a partir de la cual debe proceder el análisis de la expropiación. Él identifica correctamente la relación entre el uso público y los requisitos de una indemnización justa. Los intereses ribereños que funcionan ante otros ribereños también funcionan ante los Estados Unidos. En este sentido, casi no hay duda de que los Estados Unidos pueden, sin indemnización, dar los pasos necesarios para asegurar que la navegación no sea bloqueada por el canal original mediante la obstrucción con sedimento u otras acciones humanas, incluyendo aquellas realizadas por ribereños u otros usuarios legítimos del río. Es una cuestión más cercana, en principio, si los Estados Unidos pueden contrarrestar los cambios en el curso o profundidad de un río navegable. Adicionalmente, Pitney señala (tan solo una vez) que el interés de los Estados Unidos en la servidumbre de navegación es

## ¿Jugando bajo reglas distintas? Los derechos de propiedad sobre la tierra y el agua *Playing by Different Rules? Property Rights in Land and Water*

“supremo”, pero solo en este restrictivo sentido: permite a los Estados Unidos ampliar su enfoque de la servidumbre de navegación siempre que provea una justa indemnización cuando ejerza tal privilegio. En este sentido, sigue la legislación aplicable para las servidumbres en la tierra, en donde está bien establecido que a ninguna parte privada se le permite alterar una servidumbre haciendo de ella un uso más extensivo o intensivo del permitido por los términos del otorgamiento original, por ejemplo, usando una servidumbre para permitir al titular del interés dominante entrar a la terreno del predio sirviente para también invadir los intereses de terceras personas<sup>(38)</sup>. Si la servidumbre es adquirida por prescripción, el enfoque del uso original también determina sus límites adecuados. Así, una servidumbre para caminar sobre el terreno de alguien no puede ser utilizada para pastear ganado. Se requiere una nueva y más amplia servidumbre. Los privados enfrentarán acciones judiciales en caso no adquieran la servidumbre más amplia. De manera similar, el gobierno puede expropiar la servidumbre de navegación más amplia, pero debe pagar por su expansión. Pitney detecta este punto y se rehúsa a permitir al gobierno un incremento por sobre la servidumbre natural, determinada por los principios de derecho privado razonables.

Al tratar con este problema en particular, tal solución es la única manera de evitar el problema del arbitraje político anteriormente citado. La política de los derechos de agua es siempre intensa, dados los múltiples intereses en cualquier determinado cuerpo de agua. El deseo de un requerimiento de indemnización justa incentiva así a las agrupaciones políticas dominantes a buscar extensiones de la servidumbre de navegación a través de la acción política, sabiendo bien que no necesitan pagar por el cambio o pedir a los contribuyentes que provean los fondos necesarios. La única manera de controlar el abuso del poder del gobierno es insistir en que todas las expropiaciones con fines públicos requieran el pago de una indemnización en ausencia de cualquier molestia de derecho común. Este tema de las molestias, desde luego, siempre permanece en el fondo. En *Cress*, el problema no fue expresamente planteado probablemente porque el asunto fue puesto de lado en casos anteriores, lo que limitó el poder del Estado para redefinir las molestias a voluntad de formas

que negaban su deber de indemnización. Así, en *Yates v. Milwaukee* la Corte Suprema señaló que: “no puede tolerarse en este país la doctrina de que una corporación municipal, sin ninguna norma general de la ciudad o el Estado, dentro de la cual una determinada estructura puede evidenciarse como molestia, pueda por su sola declaración de ser una corporación, someterla a remoción por cualquier persona supuestamente agraviada, o aun por la ciudad en sí”<sup>(39)</sup>.

La declaración del caso *Yates* surgió en el contexto de los esfuerzos del propietario privado por construir un muelle que llegue a las aguas navegables del río local. La precisa decisión en el caso sostuvo que el Estado no podía bloquear aquel esfuerzo clasificando al muelle como una molestia en ausencia de muestras de cualquier interferencia con la navegación a lo largo del río. Aquí se le llamó la atención al gobierno por su excesivamente agresiva defensa de su servidumbre de navegación y no por su esfuerzo por expandir la servidumbre por donde previamente no la tenía, como en el caso *Cress*. Si un Estado busca expandir su esfera de influencia para la servidumbre de navegación, el problema de la molestia no tiene oportunidad de éxito, razón por la cual nunca surgió en el caso *Cress*. En vez de ello, todo gira alrededor de la indemnización y su relación con los varios tipos de intereses susceptibles de ser afectados por el proyecto del gobierno. Si hay cualquier daño a las tierras al costado del río, el tema de la indemnización es fácil dada la regla *per se* en la norma privada que protege estos intereses de las tierras de arriba de cualquier acción por cualquier usuario del río. El gobierno está atado a esa regla. El daño al río mismo, incluyendo la pérdida de potencia del molino, es un asunto más complicado porque

(38) *Penn Bowling Recreation Center, Inc. v. Hot Shoppes Inc.*, 179 F.2d 64,66 (D.C. 1949); véase también *Restatement of Property* 478 & cmt. E (1944).

(39) *Yates v. Milwaukee*, 77, U.S. 497, 505 1871.



## Richard A. Epstein

la naturaleza correlativa de todos los derechos y deberes privados significa que, para prevalecer, las partes privadas tienen que demostrar el daño y la falta de razonabilidad del actuar del gobierno. Aquella pregunta podría, en ciertos casos, dar paso a delicadas preguntas de hecho, que podrían girar en torno al enfoque natural de la servidumbre de navegación. Pero en el caso *Cress*, la expansión artificial era en sí misma y por sí misma suficiente para mostrar aquel resultado. En este punto, siguió el hallazgo de la expropiación. La servidumbre de navegación es solo *una* dentro de un grupo de intereses correlativos sobre las aguas. No puede, mediante esta lógica, convertirse en el dominante.

1.2.3. *Scranton* y la suprema servidumbre de navegación  
*Cress* es virtualmente el único caso resuelto por la Corte Suprema que sigue una correcta secuencia de inicio a fin. En todas las otras situaciones, se dice que la servidumbre de navegación de los Estados Unidos es suprema por sobre todos los otros intereses en el río. Así, el delicado balance es dejado de lado. La gran mayoría de los casos adopta esta posición. En el caso *Scranton v. Wheeler*, la cuestión radicaba en si el gobierno debía indemnización cuando su proyecto de construcción de un canal cortó el acceso de un ribereño privado al río navegable. El Juez John Marshall Harlan desestimó la demanda en el entendido que el término “supremo” comprendía no solo el problema del uso público, sino también el relativo a la justa indemnización: “todo los casos concurren en sostener que el poder el Congreso para regular el comercio, y por ende la navegación, es supremo, y es irrestricto excepto por las limitaciones a su autoridad por la Constitución”<sup>(40)</sup>. Prosiguió:

“No era objetivo de aquella disposición de la Constitución que la autoridad suprema del Congreso para mejorar la navegación en aguas públicas de los Estados Unidos deba ser mutilada obligando al gobierno a indemnizar al propietario ribereño el por daño cuyo derecho de acceso a la navegación pudo incidentalmente haber resultado de una mejora ordenada por el Congreso”<sup>(41)</sup>.

Las dos aseveraciones clave de este fragmento son totalmente erróneas, relacionadas, primero, a la naturaleza

de la servidumbre de navegación y, segundo, al poder sobre el comercio. La lectura de Harlan sobre la *supremacía* es totalmente inconsistente con el común entendimiento de los derechos de agua como mezclados y correlativos. Un ilustrativo paralelo a esta aseveración sobre la servidumbre suprema es la alterada (y ampliamente criticada) definición de Blackstone de la titularidad de la propiedad inmueble como “aquel único y despótico dominio que un hombre demanda y ejerce sobre las cosas externas del mundo, excluyendo totalmente el derecho de cualquier otro individuo en el universo”<sup>(42)</sup>. Pero, irónicamente, Blackstone está más cerca de la verdad porque los derechos exclusivos son el punto de partida para delinear los derechos de propiedad en la tierra, si bien los derechos y deberes correlativos seguramente son la mejor manera de pensar sobre esta materia en el caso del agua. Esta imperial definición de “supremo” es de seguro inferior a la más sensata definición del término de Pitney en el caso *Cress*.

Harlan tampoco ofrece ninguna razón contundente para este extravagante argumento. Su empleo de la palabra “mutilado” hace parecer que el ribereño puede detener el proyecto, cuando lo único que puede hacer es demandar una indemnización por la pérdida de la propiedad relacionada a la mejora. Aquel requerimiento no *mutila* la adquisición de la tierra por parte del gobierno, sino que le pone un precio preciso a los costos sociales de sus emprendimientos. La misma conclusión se aplica aquí. Tampoco mejoran las cosas empleando el engañoso término “incidental”, que hace parecer que solamente las expropiaciones intencionales hechas con el único objeto de agraviar al propietario privado están cubiertas por la cláusula de

(40) *Scranton*, 179, U.S. at 162.

(41) *Scranton*, 179 U.S. at 164-165.

(42) BLACKSTONE, William. *Loc. cit.*

## ¿Jugando bajo reglas distintas? Los derechos de propiedad sobre la tierra y el agua *Playing by Different Rules? Property Rights in Land and Water*

expropiación. Pero el término no está ni aquí ni allá. El gobierno sabe muy bien que la mayoría de las represas contendrán agua y, si no lo sabe, su ignorancia difícilmente es excusa para permitir que mantenga el beneficio para el público en general infligiendo daño en algunos de sus miembros. La norma privada que rige los derechos de los ribereños entre ellos de ninguna manera gira alrededor de si cualquier ribereño que represa o diverge el río intenta dañar los ribereños río arriba o río abajo. Una estricta norma de responsabilidad establece algo igualmente útil en este contexto.

El segundo error de Harland consiste en interpretar la cláusula de comercio como si fuese todopoderosa. En particular, todo su argumento yace sobre una profunda confusión entre el poder federal y el poder soberano, por un lado, y la propiedad federal de activos específicos, por el otro. En la incursión inicial de la Corte Suprema sobre alcance de la cláusula de comercio, el Juez Principal Marshall, en el caso *Gibbons*, opinó correctamente que el poder de comercio de los Estados Unidos comprendía la navegación, incluyendo aquella que se extendía hacia el interior del Estado. Aquel poder de seguro da al gobierno federal el poder de regular fuentes existentes de navegación y a expandirlas o ampliarlas. Pero no hay razón para convertir este otorgamiento de poder federal en una demanda central y primordial de derechos de propiedad que no toma en cuenta otros aspectos de la Constitución.

### 1.2.4. La síntesis de *Willow River*

La misma confusión tuvo lugar en el importante caso *United States v. Chandler-Dunbar Water Power Co.* (en el que el Juez Piney sorpresivamente no se pronunció), el cual superó la diferencia permitiendo la recuperación de cualquier inundación de las tierras de arriba, pero negaba la indemnización por la pérdida de potencia de los molinos de la compañía relacionada a la expansión del río en cuestión. No obstante, la decisión más notable en esta secuencia es aquella del Juez Robert Jackson en *United States v. Willow River Power Co.*, en donde la cuestión radicaba en determinar si las acciones del gobierno que subieron el nivel del agua del St. Croix, un río navegable, generaban pérdidas compensables al dueño de una planta generadora en el río *Willow*, un río no

navegable corriente arriba, cuya potencia se veía disminuida cuando la altura del río St. Croix se incrementaba. En los hechos, no obstante, los casos fueron debidamente *distinguidos*, dejando a *Cress* como estaba, sin hacer progreso alguno, el cual es su actual status en la norma<sup>(43)</sup>. El afirmado dominio de la servidumbre de navegación fue clave para la argumentación del caso *Willow River*. El uso de la base del derecho natural hace de este un caso fácil, razón por la cual el aumento del positivismo dominaba la opinión de Jackson: “el demandante no puede ponerse en la misma situación que *Cress* a menos que pueda establecer el mismo derecho a que el navegable río St. Croix se lleve las aguas residuales en el nivel natural que *Cress* tenía a que la corriente no navegable se lleve sus aguas residuales en el nivel natural”. La teoría de la agencia de los derechos del gobierno es entonces dejada de lado considerando que los deberes correlativos entre los ribereños de igual talla ante la ley no vinculan al gobierno con sus derechos superiores:

“Los derechos, la propiedad u otros, absolutos ante todos son ciertamente poco usuales, y los derechos del agua no figuran en dicha lista. Cualesquiera sean los derechos entre personas iguales tales como los propietarios ribereños, no son la medida de los derechos ribereños en una corriente navegable con relación a la función del gobierno de mejorar la navegación. Cuando estos intereses entren en conflicto no han de ser reconciliados como entre los iguales, sino que el interés privado debe dar paso al derecho superior, o quizás sería más preciso decir que ante el gobierno tal interés privado no es del todo un derecho” (*Willow River*, 324 U.S at 510).

(43) Véase *United States v. Grand River Dam Authority*, 363, U.S. 229 (1960); *United States v. 531.13 Acres of Land* 366 F.2d 915, 922 (4ta Cir. 1966). Estos casos se basaban en *Willow River* para una amplia construcción de la servidumbre de navegación que permitió al gobierno federal hacer triunfar a todos los intereses del Estado en fuentes de energía y otros usos de los ríos no navegables.



## Richard A. Epstein

Existe una exquisita ironía en una decisión que desprecia el reconocimiento de derechos *absolutos* y a la vez eleva la servidumbre de navegación a aquel estado superior. Pero el rechazo a una posición -sin argumentación- requiere proponer una alternativa. En vez de hacerse cargo de esta cuestión de manera frontal, Jackson ofrece una variedad de consideraciones funcionalistas insistiendo en lo siguiente:

“no todos los intereses económicos son *derechos de propiedad*; solo son *derechos* aquellas ventajas económicas que determina la ley, y solo cuando sean reconocidas, las Cortes podrán obligar a abstenerse de interferir con ellos o a indemnizar por su trasgresión. Desde hace mucho la ley ha reconocido que el derecho de propiedad sobre la tierra podría incluir el derecho legal de gozar algunos beneficios de aguas adyacentes. Pero que un catálogo cerrado de *derechos de propiedad* abstracto y absoluto en el agua esté a flote sobre determinada área de tierra de la orilla, oponible ante todos, no es una asunción permisible hoy en día. No podemos iniciar el proceso llamando a la presente pretensión un *derecho de propiedad*; la pregunta a responderse es *si se trata* de un derecho de propiedad. Aquellos usos económicos son derechos solo cuando son intereses legalmente protegidos. El que sean intereses de tal tipo puede depender de los derechos de la tierra del demandante para los cuales reclama derechos de agua accesorios o incidentales; de la naturaleza navegable o no navegable de las aguas de las que se sirve; del goce del mismo para el cual reclama amparo legal; en las relaciones legales del adversario a quien se imputa tener el deber de observar o compensar sus intereses; y de si el conflicto tiene lugar con otro interés ribereño privado o con un interés público de navegación. La aseveración del demandante de que el interés en una fuente de energía constituye un *derecho de propiedad* es hecha bajo circunstancias que no se han presentado en ningún caso que esta Corte haya visto antes” (*Willow River*, 324, US at 502-503).

El fragmento de Jackson es una nebulosa de palabras que explica el reto a enfrentarse sin resolverlo. Además, no trata ninguna de las explicaciones funcionales para la

estabilización de los derechos de propiedad que el sistema de derecho natural provee de manera tan fuerte y libre. Es cierto que los derechos de propiedad existen solo cuando la ley les da sustento. No obstante, es primordial explicar por qué la ley no debería amparar al demandante en este caso. Jackson trata la situación como si fuese una de *damnum absque iniuria* (daño sin injusticia). El término moderno e igualmente no ilustrativo es *externalidad pecuniaria*, el cual se refiere a las pérdidas de los cambios en los precios y cantidades en la operación de la economía competitiva. Pero estas pérdidas no surgen porque las personas prefieren usar regularmente la energía ahora derivada de fuentes menos costosas. Proviene de eliminar el molino mediante acciones que no serían toleradas bajo el estándar de la razonabilidad en el uso ribereño desarrollado en *Dumont*. El esfuerzo por degradarlas anticipa entonces la misma mal aconsejada maniobra en *Penn Central*, cuando el Juez Brennan explícitamente se vale del confuso argumento de *Willow River* para equiparar la pérdida de un interés en la propiedad a una pérdida competitiva. Así, Brennan apunta a:

“las decisiones en las que esta Corte ha desestimado las demandas de *expropiación* considerando que si bien la acción del gobierno objeto de demanda ha causado un daño económico, esta no interfería con los intereses que eran suficientemente ligados a las razonables expectativas del demandante para constituir *propiedad* para efectos de la Quinta Enmienda”<sup>(44)</sup>.

Aquel error ocurrió poco después del error original del Juez Brennan consistente en menospreciar la posibilidad de articular reglas claras, al equivocadamente insistir en que todo

(44) Véase, por ejemplo, *Willow River* (el interés en un alto nivel de agua en el río, para escurrir de aguas residuales con el fin de mantener la potencia no constituye propiedad); *Chandler-Dunbar* (no puede existir interés de propiedad en aguas navegables). (*Penn Central*, 438, U.S. at 124-125).

## ¿Jugando bajo reglas distintas? Los derechos de propiedad sobre la tierra y el agua *Playing by Different Rules? Property Rights in Land and Water*

depende de las indagaciones *ad hoc* que balancean distintos factores<sup>(45)</sup>, el cual desnaturaliza la estructura interna de cualquier sistema de derechos de propiedad.

Así, *Willow River* marca un lamentable decaimiento en cómo los casos modernos abordan la cuestión de los derechos de propiedad, en relación a resoluciones anteriores, como *Yates* y *Cress*, las cuales siguieron principios de derecho natural aun si no tenían del todo claro por qué tenían tal poder explicativo. En la mayoría de instancias la fuerza del derecho natural recae en la solidez de sus implícitos cimientos utilitarios.

### 1.2.5. La avulsión y *stop the beach renourishment*

Para la mayoría de corrientes normales de agua, la norma de expropiaciones desarrollada en la seguidilla de casos desde *Scranton* hasta *Willow River* ha establecido el sendero para futuros desarrollos. El más reciente desarrollo en esta área viene con la interrogante de cómo aplicar principios de expropiación a las acciones del gobierno que tienen lugar en las cambiantes aguas de Florida. En el caso *Stop the Beach Renourishment, Inc v. Florida Department of Environmental Protection*, la controversia surgió en torno a un fuerte programa anti erosión introducido por el Estado de Florida, diseñado para estabilizar las condiciones en propiedades frente a los lagos. La clave de esta situación fue una decisión de construir muros y otros soportes que prevendrían la erosión de la playa. El esquema legal estableció una nueva línea de frontera entre las tierras públicas y privadas en el lugar donde esta línea de frontera fue establecida. La línea reemplaza la acostumbrada línea media de agua alta, que podía variar mucho con las circunstancias. Estaba claro que este sistema podría, con la expansión de las tierras litorales, recortar el derecho del propietario original del litoral al permitir al gobierno demandar derecho sobre las nuevas tierras emergentes del agua.

A la luz de lo que se ha dicho aquí, aquella interposición constituye una manipulación de las relaciones privadas fundamentales, que cuenta como una expropiación de la propiedad por la cual se debe una indemnización. Es fácil ver la fuerza de la demanda del Estado en esta situación, dado que ¿por qué invertiría sus recursos en regenerar las playas con dinero público si todo el beneficio redundará en los propietarios

privados de los terrenos? No obstante, esta objeción puede enfrentarse dentro del marco de la tradicional norma de dominio eminente una vez que todo el esquema en su conjunto sea examinado. El punto clave a favor del esquema actual es que todos los beneficios de la regeneración no recaían en el Estado. De acuerdo al diseño del esquema legal, los propietarios no solo recibían los beneficios de una línea del agua estabilizada, sino que también tenían el acceso y los derechos de vista explícitamente preservados. Estos derechos son ciertamente impresionantes y bien puede haber dejado a los propietarios en mejor situación con el nuevo esquema de lo que antes estaban, punto en el cual no son apropiadas las compensaciones en dinero. No obstante, la decisión sobre este punto no fue desarrollada, de manera que una posibilidad era suspender el caso para la determinación de los valores relativos, entendiendo que lo más que el Estado podría deber sería la determinación neta del valor, luego de hacerse todas las sumas y restas del caso.

Este sensato marco le brinda protección al interés del Estado, pero toda esta línea de argumentación se perdió con el Juez Scalia. Lejos de concentrarse en los detalles del esquema en particular, confío en el punto de vista de que la norma privada en esta área no establecía ninguna expectativa de fondo. Confiando en su anterior decisión en *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, concluyó que “una regulación que prive al propietario privado de todo uso económicamente beneficioso de su propiedad no constituye expropiación si la restricción ‘es inherente al título mismo, en las restricciones que los principios de fondo que las normas de propiedad y molestias del Estado ya introducen sobre la propiedad de la tierra’<sup>(46)(47)</sup>. Su aplicación de esta prueba

(45) *Penn Central*, 438, U.S. at 124.

(46) *Stop the Beach*, 130 S. Ct. at 2609.

(47) Hay dos grandes debilidades en este enfoque. Primero, implica que hay dos regímenes de expropiaciones, uno que trata de



## Richard A. Epstein

en *Stop the Beach* fue inútil porque se basaba en *Martin v. Busch*, para respaldar la proposición de que tal expectativa no ha sido formada. Esto era extraño porque la nota distintiva de la ley de Florida era que preservaba tanto el anterior derecho del propietario del litoral de acceder a la playa como su derecho de vista sobre ella como parte de la solución. Entonces, el enfoque correcto era mencionar un aspecto de hecho con el cual el gobierno bien podría prevalecer, a saber, si la estabilización de la orilla (la cual prevenía el retroceso, el cual habría resultado en la pérdida de la tierra frente al lago al cual los derechos de propiedad son accesorios), sumada a las servidumbres de acceso y de vista, hacían que la parcela valga más que antes.

Más aún, es ilustrativo el motivo por el cual Scalia fue tan mal camino. Al tratar con la ley de Florida, citó diversos primeros tratados que abordaban el tema para las reglas que habían sido desarrolladas<sup>(48)</sup>. Pero en ningún punto prestó atención al marco del derecho natural que acaparaba sus discusiones<sup>(49)</sup>. Gracias a su completa falta de anclaje en la literatura tradicional, Scalia adoptó un marco desprovisto de perspicacia cuando debió haber seguido el análisis del caso *Cress*. Una vez más, la total separación entre la norma pública y la norma privada, aunada a la total inobservancia de la tradición del derecho natural, llevó a la Corte Suprema por mal camino.

Este capítulo ha trazado dos grupos de interconexiones que son de vital importancia para entender el análisis económico del derecho de los recursos naturales. La primera tarea es entender, dentro del contexto del derecho privado, las semejanzas y diferencias entre las normas que rigen la tierra y aquellas que rigen el agua. No debe suponerse que no hay conexión entre ellas porque la tradición del

derecho natural en las que estas relaciones están todas involucradas presenta dos consideraciones. Primero, los derechos privados fueron adquiridos a través de un sistema consuetudinario descentralizado cuya implementación no dependía del uso del poder público. La regla de la primera posesión funcionaba en ambos contextos, aunque de formas muy diferentes. Para la tierra, la figura dominante siempre fue aquella de los derechos exclusivos de posesión, uso y disposición, no como la mejor asignación posible de derechos, sino como la mejor primera aproximación como preámbulo de una solución más comprensiva. Para el agua, la noción del sistema ribereño denotó una clase de individuos que tenían complejos derechos entre ellos mismos, de modo similar a los usuarios conjuntos o usuarios en común para la tierra, pero quienes, como grupo, tenían un conjunto de derechos exclusivos (para usos de consumo) que no tenían que compartir con el resto. Empezando por estos simples componentes, un sistema más grande de derechos de propiedad que era en cierto sentido eficiente podría desarrollarse en ambas áreas.

Una exitosa norma pública (i.e. una que pueda distinguir entre expropiaciones y legítimas regulaciones que no requieran de indemnización) solo es posible en un ambiente legal que construya sobre el entero

---

aniquilaciones totales (pérdida de todos los usos económicamente beneficiosos) y uno que no. Segundo, nunca especifica los temas del poder de policía que rodea la ley de molestias. Resulta interesante que el Juez Pitney no comentó ese error en *Cress*. En aquel caso primero notó que la inundación de la tierra daba origen a una expropiación compensable sea que el gobierno adquiera o no adquiera formalmente la propiedad. Véase *Pumpelly v. Green Bay Co.*, 80 U.S. 166 (1872). *Cress* no implicó inundaciones permanentes: “es verdad que en el caso *Pumpelly* hubo una destrucción casi completa (...) del valor de las tierras, mientras que en el presente caso el valor es dañado hasta la mitad. Pero es el carácter de la invasión, no la cantidad de daño que resulte de ella, siempre que el daño sea sustancial, el que determina si se trata de una expropiación o no” (*Cress*, 243 U.S. at 328).

(48) FARNHAM, Henry Philip. *Law of waters and water rights*. New York: The Lawyers Co-Operative Publishing Company, 1904; LEWIS, John. *A treatise on the law of eminent domain*. 1909; MALONEY, F.E., S. J. PLAGER y F. N. BALDWIN. *Water law and administration: The Florida experience*. Florida: University of Florida Press, 1968, citado con autorización en *Stop the Beach*, 130, Sup. Ct. at 2598.

(49) Véase, por ejemplo, FARNHAM, Henry Philip. *Ídem*.

## ¿Jugando bajo reglas distintas? Los derechos de propiedad sobre la tierra y el agua *Playing by Different Rules? Property Rights in Land and Water*

conjunto de derechos de agua privados. El poder distintivo del gobierno no consiste en redefinir el derecho común de las molestias en modos que contribuyan a su ventaja a corto plazo. Más bien, consiste en que puede iniciar modificaciones al uso público en derechos privados sin el consentimiento de los propietarios ribereños, si otorga una adecuada indemnización por los derechos expropiados. Al tratar con esta cuestión, las reglas de propiedad en los casos del gobierno siguen aquellas desarrolladas en contextos de derecho privado. Para la propiedad inmueble, esto significa que los intereses fraccionales tienen que recibir tanta protección como los intereses mayores de los que forman parte. Para el agua, significa justo lo contrario, de manera que el esfuerzo del gobierno por expandir su servidumbre de navegación debe respetar (o indemnizar) a los diversos intereses correlativos sobre el agua.

El curso de la norma de expropiación en los Estados Unidos no ha seguido este camino. En vez de ello, para ambos conjuntos de recursos, la tradicional concepción de los derechos de propiedad ha abierto un vasto espacio público para la intriga política, la cual a menudo conlleva al conflicto político y a despilfarradores sistemas de asignación de recursos que un enfoque más definido y coherente podría ayudar a evitar. De tiempo en tiempo, se dice que el nuevo aprendizaje refleja sofisticación intelectual, la cual se decía que los intuitivos juristas del derecho natural ignoraban. Y, de tiempo en tiempo, los modernistas están equivocados, precisamente porque han perdido totalmente de vista de los fundamentos básicos.

## 2. Agradecimientos

Agradezco a Daniel Cole, Joshua Getzler y a Yu-Hung Hong por sus valiosísimos comentarios a la versión anterior de este capítulo, y a Isaac Gruber de la Escuela de Economía de la Universidad de Chicago y a Brett Davenport de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York por su acostumbrada excelente asistencia en la investigación. 