



Richard A. Epstein(*)

¿Jugando bajo reglas distintas?

Los derechos de propiedad sobre la tierra y el agua^(*)

Playing by Different Rules?

Property Rights in Land and Water

Resumen: En el presente texto, el autor explica de forma detallada la regulación del derecho de propiedad sobre la tierra y el agua bajo la normativa legal y las decisiones de las cortes norteamericanas. Así, a lo largo del presente artículo, se podrá encontrar una amplia explicación de los problemas generalmente suscitados en torno a ambos derechos desde la perspectiva tanto del Derecho Público como del Derecho Privado, abordando temas relacionados a las servidumbres, posesión y la expropiación.

Palabras clave: Propiedad - Tierra - Agua - Derecho Público - Derecho Privado - Cortes norteamericanas

Abstract: In this article, the author explains in detail the regulation of property rights over land and water under the legal rules and decisions of the United States Courts. For this purpose, Epstein, throughout this article, makes a comprehensive explanation of the issues arising out of these rights from the perspective of the Public and Private Law, touching on topics related to easements, possession and expropriation.

Keywords: Property - Land - Water - Public Law - Private Law - United States Courts

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

(**) 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. Asimismo, el artículo de Richard Epstein se encuentra en el libro *Property in Land and Other Resources*, editado por Daniel H. Cole y Elinor Ostrom y publicado por el *Lincoln Institute of Land Policy*, 2012.

En la presente edición se realiza la traducción de la primera parte del artículo correspondiente al análisis de los derechos sobre la tierra. En la siguiente edición de IUS ET VERITAS N° 46 se publicará la 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. Asociado de Ferrero Abogados. Miembro de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.

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).

¿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. Los regímenes de propiedad sobre la tierra y el agua

Según una de las antiguas asunciones filosóficas sobre la naturaleza del universo, este estaba dividido en tres elementos distintos: aire, agua y tierra. Como explicación sobre las partículas elementales, esta antigua división tripartita es solo una infructífera curiosidad intelectual. Irónicamente, sin embargo, este temprano sistema de clasificación es muy exacto en lo respectivo a la organización de los sistemas de derechos de propiedad. Este capítulo no se centra en los derechos sobre los aires de todo tipo y descripción, aunque sí abordaremos el tema⁽¹⁾. Más bien, sistemáticamente se hace cargo de las diferencias y similitudes involucradas al formar sistemas de derechos de propiedad de la tierra y el agua.

Un punto en común entre estos dos sistemas es que ambos funcionan en dos dimensiones. La primera de ellas se pregunta por la asignación de derechos de propiedad a dos o más sujetos privados. La segunda se encarga de la relación de los titulares de derechos privados, sea individual o colectivamente, con el Estado. Vistos en su conjunto, estos casos se ocupan de la expropiación o regulación de la tierra, incluyendo su uso, las cuales el gobierno solo podrá llevar a cabo si brinda una justa indemnización al titular por todo derecho de propiedad extinguido o reducido. En los Estados Unidos, este tema es usualmente planteado a través de la cláusula de expropiación: "(...) Tampoco podrá expropiarse la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización"⁽²⁾, y las doctrinas aliadas que se desarrollan bajo análogas disposiciones constitucionales estatales.

Sobre el primer problema, relativo a las disputas privadas, la regla uniforme con respecto a la tierra y el agua empieza asumiendo la igualdad de derechos entre todos los participantes en la posición original. Aunque los aspectos remediales de la cuestión no serán enfatizados en

estas líneas, se asume implícitamente que tanto la indemnización por daños como las medidas judiciales del caso están a la mano para remediar agravios pasados y brindar protección contra los futuros, todo en pos de conducir el reordenamiento de los derechos de propiedad a través de transacciones voluntarias. Por el contrario, hasta cierto punto aquella asunción no puede ser plenamente efectiva en ningún escenario de expropiación porque, por definición, el gobierno ejerce un conjunto de potestades únicas con relación a los privados. En estas situaciones, una vez que la necesidad del uso público es satisfecha, como por lo general sucede, el desagravio por mandato judicial está fuera de discusión siempre que el gobierno esté preparado para pagar una justa indemnización. Las preguntas de segundo orden son nuevamente dejadas al margen.

Este capítulo aborda el fundamental desafío de describir las principales características de un sistema de Derecho privado y uno de Derecho público respecto a la tierra y al agua. La textura y las características de estos dos recursos difieren de modo que tienden a crear grandes diferencias entre los regímenes legales que los regulan. La línea divisoria entre la tierra y el agua tiene un gran poder de permanencia en este campo, pero no es en modo alguno la única categorización relevante. Como Daniel Cole y Elinor Ostrom⁽³⁾ han enfatizado (véase el capítulo segundo de este volumen), las diferencias de los derechos de propiedad entre cada una de estas amplias categorías son, cuando menos, tan importantes como las similitudes. Una concepción razonable de la

(1) Véase EPSTEIN, Richard A. *Carbon dioxide: Our newest pollutant*. En: *Suffolk University Law Review* 43. Boston, 2010; p. 797 para una discusión sobre estos asuntos en relación al Clean Air Act (Ley para el Aire Limpio).

(2) Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América.

(3) COLE, Daniel y Elinor OSTROM. *The variety of property systems and rights in natural resources: An introduction*. Investigación expuesta en la conferencia "Evolution of Property Rights Related to Land and Natural Resources". Septiembre de 2010. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy, 2010. Disponible en web: <http://ssrn.com/abstract=1656418>



Richard A. Epstein

tan criticada noción del Derecho Natural contribuye al análisis de las varias doctrinas del Derecho Público y del Derecho Privado discutidas en este capítulo.

2. Los utilitarios orígenes del Derecho Natural

Al abordar el amplio conjunto de asuntos tratados en este capítulo, es importante notar algo sobre la muy vejada relación entre el derecho natural y el enfoque consecuencialista⁽⁴⁾. Varios autores sostienen que el uso de los argumentos de derecho natural genera un sinsentido que debe ser excluido del análisis político. Por ejemplo, Itai Sened brinda una explicación sobre cómo evolucionan los derechos de propiedad entre un conjunto de instituciones políticas descartando, conscientemente, el rol del derecho natural en el análisis:

“La esencia de cualquier contrato social no puede seguir siendo entendida como una delegación de autoridad por parte de los individuos privados a un ente central de manera que este se convierta en el guardián de sus derechos *naturales*. Por el contrario, los cimientos de cualquier contrato social se sustentan en la voluntad de los funcionarios del gobierno de otorgar derechos individuales a sus constituyentes a cambio de su apoyo económico y político”⁽⁵⁾.

Sin duda, existe una siniestra verdad en esta afirmación. Por ejemplo, un sistema de control de arrendamientos surge de los aunados esfuerzos de los inquilinos para forzar controles de precios a los propietarios en su propio beneficio a corto plazo. Este sistema encaja perfectamente en la definición de *derechos individuales* porque le da gran influencia a las presiones políticas que generan este sistema de transferencia de riqueza de inquilinos a propietarios. Todas las clases de subsidios tributarios pueden ser explicados exactamente de la misma manera. Pero la intención no es explicar cómo la legislación puede arruinar un perfecto sistema de derechos de propiedad de derecho común, sino más bien ofrecer una justificación normativa de un tipo de derechos de propiedad en particular que sirva a los intereses humanos.

Al abordar este tema, uno puede culpar a las leyes naturales de las épocas clásicas por su incapacidad de ofrecer la mejor explicación funcional de las reglas que ellas defendían, pero uno no puede acusarlas de adoptar una visión ingenua o inocente de los derechos de propiedad consistente en asumir que la naturaleza ofrecía *en sí misma* una explicación de los derechos de propiedad. Tampoco hicieron asunción alguna en el sentido de que cualquier conjunto de derechos de propiedad establecido por el sistema político a través de una política de grupos de interés tenía derecho al respeto normativo. Más bien, estaban orientadas a tratar de determinar qué conjunto de reglas conducía a la obtención de lo mejor de la naturaleza humana evitando las inconveniencias comúnmente propias del estado de naturaleza. Aunque carecían de una sólida teoría que se ocupe de cómo esto sería medido, el Derecho Natural mantuvo mucha confianza en esas instituciones consuetudinarias que fueron arraigándose como consecuencia de su prolongado uso, muchas de las cuales fueron usadas como bloques de construcción por sabios soberanos quienes buscaban retener la lealtad de sus súbditos mediante la protección de estos antiguos derechos.

En efecto, autores como Sened pierden de vista los elementos clave de la tradición clásica al tratar a David Hume, por ejemplo, como si no hubiese observado la tradición de los derechos naturales al insistir que “los derechos individuales de propiedad no derivan de la naturaleza sino del artificio” o que los derechos de propiedad eran *convenciones* humanas que “adquieren fuerza por medio de (...) nuestra repetida experiencia de las inconveniencias

(4) Para el desarrollo de estos temas, véase EPSTEIN, Richard A. *The utilitarian foundations of natural law*. Massachusetts: Harvard Journal of Law and Public Policy, 1989; *The uneasy marriage of utilitarian and libertarian thought*. Quinnipiac Law Review, 2000.

(5) SENED, Itai. *The political institution of private property*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997; p. 7.

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

originadas por su trasgresión⁽⁶⁾. La única fuerza de este pasaje radicaba en evidenciar que las personas entienden la utilidad de los derechos de propiedad observando qué sucede cuando las reglas tradicionales no son observadas. Esa explicación se diferencia, en aspectos fundamentales, de las nociones positivistas que postulan que el contenido de los derechos de propiedad debe ser determinado únicamente con referencia a las batallas políticas que genera esta o aquella configuración de los derechos. Para Hume, el objetivo principal era justificar las reglas tradicionales de la propiedad enlazando estos artificios y convenciones al bienestar humano. Sus esfuerzos se enfocaban en proporcionar una sólida explicación de la justicia y no en seguir las espeluznantes consecuencias de la política de los grupos de interés: “Nuestra propiedad no es sino aquellos bienes, cuya constante posesión está establecida por las normas de la sociedad; esto es, por las normas de la justicia (...) La propiedad de un hombre es un objeto determinado que está relacionado a él. Esta relación no es natural, sino moral, y se funda en la justicia⁽⁷⁾.”

La idea principal de Hume es que no se puede administrar una sociedad si la propiedad de uno está constantemente sujeta a que otros la arrebaten. La sabiduría de esta regla es confirmada por repetida experiencia. Él puede emplear los términos *artificio* o *convención* en contraste al de *derecho natural*, pero su propia teoría no es una oda a la teoría del *public choice*; es en cada punto marcadamente dependiente, por sus raíces normativas, del Derecho Romano. En efecto, como buen escocés formado en Derecho Romano, discute ampliamente las reglas estándar mediante las cuales se adquiere la propiedad, haciéndose cargo exitosamente de la “Ocupación, Prescripción, Accesión y Sucesión⁽⁸⁾”, alabando en cierto momento “la notable sutileza de la Ley Romana⁽⁹⁾”, y posteriormente citando en esa materia a las *Institutas* de Justiniano⁽¹⁰⁾. Su mayor esfuerzo intelectual consistía en demostrar la importancia de la *estabilidad de la posesión*, frase que utiliza en varias ocasiones⁽¹¹⁾ y que viene directamente de la tradición romana sobre este tema.

Es muy fácil confundirse con su empleo de los términos *artificio* y *convención*. Estos no buscan repudiar las concepciones de los juristas romanos de la tradición del derecho natural sobre la propiedad, sino que solo buscan establecer un cimiento más firme para estas reglas mostrando cómo pueden ser justificadas de acuerdo a sus consecuencias, una posición que ningún iusnaturalista de la época hubiera rechazado categóricamente. Esto es evidenciado por la justificación de la propiedad realizada por Blackstone, escrita algunos años después, que también se basa en una mezcla de argumentos de derecho natural y del consecuencialismo, donde nuevamente el desafío central consiste en explicar por qué quien adquirió la propiedad en un momento determinado tiene derecho a retener la posesión aun cuando renuncie a la posesión física inmediata:

“Así, el suelo era común y ninguna parte de él era propiedad permanente de ningún hombre en particular; no obstante, quienquiera que ocupase algún punto determinado del suelo (para descansar, por la sombra, o por algún motivo similar) adquiriría en ese lapso una especie de propiedad, de la que sería injusto, y contrario al derecho natural, privársele por la fuerza; pero otra persona podía hacerse de esta propiedad de manera justa apenas el primero cese el uso o la ocupación (...). Pero cuando la humanidad incrementó en número, habilidad y ambición se hizo necesario desarrollar e idear concepciones en pos de un dominio más permanente; y otorgar a las personas

(6) HUME, David. *A treatise of human nature*. Oxford: 1787; pp. 489-490.

(7) *Ídem.*; p. 491.

(8) *Ídem.*; p. 514.

(9) *Ídem.*; p. 512.

(10) *Ídem.*; p. 509.

(11) *Ídem.*; pp. 490, 503, 514-515 y 567.



Richard A. Epstein

no solo el uso inmediato, sino la sustancia misma de la cosa a ser usada. De otro modo, habrían surgido innumerables problemas⁽¹²⁾.

Jeremy Bentham se valía justo en este tipo de ejemplo para respaldar su aparente crítica al derecho natural. Pero sus diferencias con su archienemigo Blackstone son terminológicas de raíz. En aspectos sustanciales, adopta la posición de Blackstone por completo. Su aforismo más conocido se ve, engañosamente, como un tributo a las explicaciones positivistas de los derechos de propiedad: “La propiedad y el Derecho han nacido juntos y morirán juntos. No había propiedad antes de que las normas fueran creadas; si retiramos las normas, se extinguirá la propiedad⁽¹³⁾. Esta perspectiva aparentemente rechaza cualquier noción de que las prácticas consuetudinarias previas a un decreto del Estado puedan tener fuerza de ley a menos hasta que hayan sido *aprobadas* por el Estado. Tampoco brinda indicio alguno sobre por qué las reglas deben ser como son. Vista en contexto, la observación de Bentham viene luego de un largo pasaje que, al igual que Blackstone, se mofa de las limitaciones de la posesión en el estado de naturaleza, que perdura solo mientras uno puede poseer físicamente determinado objeto⁽¹⁴⁾. Pero esto difícilmente determina el manifiesto positivismo por el cual es citado. Una explicación más completa muestra que el cambio en los derechos de posesión crea una mejora en términos de Pareto, mediante la cual todos resultan estando igual o mejor que bajo los regímenes legales previos, lo que está claramente justificado en términos de eficiencia⁽¹⁵⁾.

Sencillamente, cualquier régimen que fomenta la estabilidad de la posesión permite que aquellos que ya tienen pertenencias

adquieran otras sin tener que preocuparse en excluir al resto. De manera más precisa, significa que el Estado hará valer esas pretensiones en cualquier disputa al rehusarse a considerar a la suspensión del control físico como abandono de la posesión. La clave aquí es que la mejora normativa impulsa el ejemplo. Pero para el ferviente nominalista, sería totalmente indiferente si la llegada del Estado fuese usada para reforzar la noción de que quien sale de casa o desatiende aquello que ha cogido para sí, lo ha abandonado en favor del siguiente tomador.

Es fundamental tener en cuenta que todos estos ejemplos provienen de las normas de la tierra y de los bienes muebles personales. No cabe duda de que los escritos filosóficos sobre los derechos de propiedad del agua son mucho más sencillos. Autores como Blackstone señalan sin problema que el interés de cualquier persona por el agua es (empleando el término romano fuera de contexto) “usufructuario⁽¹⁶⁾. Esto es, por supuesto, una visión insuficiente del sistema y por obvias razones. Las dificultades en el caso del agua son mayores que con la tierra por la mayor diversidad de circunstancias a las que cualquier sistema exhaustivo de derechos de propiedad debe brindar soluciones. Algunos de estos problemas se relacionan con la amplia diversidad de escenarios en los que

(12) BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*. Volumen II. Oxford: 1765-1769; pp. 3 y 4.

(13) BENTHAM, Jeremy. *Theory of legislation*. 4ta edición. Traducción de R. Hildredth. Trübner and Co, 1882; p. 113.

(14) *Ibidem.*: “Ha habido desde el principio, y siempre habrá, circunstancias en las que un hombre puede asegurarse, por sus propios medios, el disfrute de ciertas cosas. Pero el catálogo de estos casos es muy limitado. Quien ha cazado un venado puede esperar quedárselo para sí, siempre que su cueva no sea descubierta; siempre que esté atento para defenderla y sea más fuerte que sus rivales; pero eso es todo. ¡Cuán miserable y precaria es tal posesión! Si suponemos el más elemental acuerdo entre los hombres para respetar las adquisiciones de cada uno, vemos la introducción de un principio al que no se le puede dar otro nombre que ‘Derecho’. Cada cierto tiempo, una débil y momentánea expectativa puede resultar de circunstancias puramente físicas; pero una expectativa fuerte y permanente solo puede resultar del Derecho. Ese que, en el estado de naturaleza, era solo un hilo casi invisible, en el estado de sociedad se convierte en un muy visible cable”.

(15) Para mayor elaboración sobre este punto, véase EPSTEIN, Richard A. *Introduction*. En: *Economics of property law*. Edward Elgar, 2007.

(16) BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*. Volumen I. Oxford: 1765 - 1769; p. 339.

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

los derechos de agua deben ser organizados. A su vez, la diversidad física incrementa la necesidad de balancear los usos concurrentes, de modo que gran parte de los grandes litigios sobre el tema tienen que ver con determinar si el sistema rige o no en primer lugar⁽¹⁷⁾. Para estos efectos, no obstante, es evidente que las reglas que funcionan para un pequeño río inglés no servirán para aprovechar las aguas que corren violentamente por un cañón en el Río Colorado. Ese río es regido por un sistema que favorece la primera apropiación que, a grandes rasgos, da estricta prioridad al orden de uso adquisitivo. La fuerte preferencia por los usos de consumo en lugares apartados del río tiene sentido en escenarios físicos en los que los usos ribereños son de muy poco valor. El llevar vacas a la orilla del río produce consecuencias distintas en cada uno de los dos escenarios ribereños. Además, las variaciones naturales en los ambientes acuíferos alteran la tasa de cambio topológico con respecto al agua, y a la tierra con la que está en contacto, en mayor medida que con respecto a la tierra. Este nivel de variación natural necesita de reglas que determinen la propiedad a medida que los niveles acuíferos suben y bajan, o cuando los ríos son redirigidos. Estas consideraciones dan paso a las doctrinas del aluvión y de la avulsión, las cuales tienen sus orígenes en el Derecho Romano⁽¹⁸⁾. Si bien Joshua Getzler no discute esta área del derecho en particular, hace bien en apuntar en su exhaustivo tratado que varias doctrinas del Derecho Romano han tenido una fuerte influencia en el desarrollo de los derechos del agua en el Derecho Común⁽¹⁹⁾.

Para hacer un balance, la idea clave es que si algo tienen los niveles de diferencias topológicas, los cuales son fáciles de subestimar con respecto a la tierra, es una mucha mayor prominencia en el caso del agua. De igual modo, la regulación estatal de los derechos del agua es en gran medida indiferente a esas variaciones y, en general, tiende a reducir el conjunto de circunstancias en las que la indemnización es otorgada, recurriendo principalmente a los nuevos y distintivos derechos de propiedad aplicables.

Esta discusión nos lleva a las siguientes conclusiones: por un lado, si bien dista mucho de la perfección, el sistema de derechos y deberes privados usualmente termina separando correctamente la propiedad privada de la propiedad común, y con más o menos las reglas correctas para cada una de estas subdivisiones. Por otro lado, las doctrinas constitucionales sobre la expropiación son muy poco protectoras porque cometen dos graves errores doctrinales, cada uno siendo reflejo del otro.

Con respecto a la tierra, el error consiste en fragmentar el cúmulo de derechos^(NT1) de

(17) Véase, por ejemplo, *Coffin v. Left hand Ditch Co.*

(18) GAIUS. *Institutes of Gaius*. En: *The Civil law*. Volumen I. Traducido por Samuel P. Scott. Ohio: The Central Trust Company, 1932; 70-72.

El pie de página fue agregado por el traductor, Scott, para enfatizar que estas reglas fueron incorporadas por completo al Derecho inglés. Véase, por ejemplo, BRACKTON, Henry. *Laws and custom of England*. Massachusetts: Harvard Law School Library on Line, 1969. Disponible en web: <http://hls15.law.harvard.edu/bracton/Common/SearchPage.htm> para acceder a su explicación de la distinción entre el aluvión y la avulsión, la cual usa el primer término pero no el segundo.

(19) GETZLER, Joshua. *A history of water rights at common law*. Oxford: Oxford University Press, 2006; pp. 1 y 2: "Las nuevas doctrinas sobre el agua fueron elaboradas a partir de conceptos del Derecho Romano y del Derecho Civil derivado del Derecho Romano sobre los bienes comunes y los derechos naturales de propiedad, junto con las fuentes inglesas de Bracton y Blackstone, ellos mismos civilistas en parte. El derecho de agua es una de las áreas más romanas del Derecho inglés, lo que demuestra el punto hasta el cual el Derecho Común y el Derecho Civil se han entrelazado. El Derecho del agua se erige como una refutación a la aún común creencia de que el Derecho Inglés y el Derecho Europeo se separaron irreversiblemente en el siglo doce".

(NT1) El término original es *bundle of rights*, utilizado para referirse al grupo o conjunto de derechos que comprende la propiedad.



Richard A. Epstein

modo que se le da una fuerte protección al derecho a excluir, mientras que se le da débil protección a todo otro elemento del cúmulo⁽²⁰⁾. Esencialmente, el gobierno sabe que si trata de expropiar un todo, debe asegurar una indemnización total. Pero si realiza expropiaciones parciales, sus acciones serán frecuentemente disminuidas, de modo que se dice que crean una *mera* disminución del valor (en millones de dólares, por supuesto) por la cual no se requiere indemnización⁽²¹⁾. Entonces, la excesiva fragmentación de los intereses^(NT2) privados conlleva a una protección insuficiente de los derechos privados, con la consecuente pérdida de recursos, y el gobierno es estimulado a expropiar activos privados para uso público sin tener que realizar explícita comparación entre el valor privado perdido y el valor público ganado. Lo que en principio es, idealmente, un sistema eficiente en términos de Kaldor y Hicks, en el cual los ganadores podrían en principio compensar a los perdedores y aun así estar mejor que antes, se rompe en la práctica por razones que en seguida se pondrán de manifiesto.

En el caso del agua, las Cortes incurren en el error contrario. La tratan como una sola cosa para efectos del Derecho Público, si bien como cuestión de Derecho Privado los derechos del agua son altamente fragmentados para reflejar el subyacente conjunto de múltiples usos inconsistentes. Toda evaluación de una demanda individual debe encargarse de las concesiones mutuas marginales, las que son hechas explícitamente en casos que involucren derechos del agua⁽²²⁾.

Todo lo que es compensado marginalmente funciona exactamente en sentido contrario en el caso de las disputas por expropiaciones, donde el constante reconocimiento judicial de la denominada servidumbre de navegación ha sido considerado durante mucho tiempo como dominante por sobre todo interés privado sobre el agua. Entonces, la expropiación total virtualmente no genera compensación

ni para los derechos privados río adentro ni para aquellos de las riveras. Lo cierto es que la misma fuerte parcialidad pro-gobierno en el ámbito de las expropiaciones se manifiesta de diferentes maneras, precisamente debido al esfuerzo consciente por separar o distanciar todas las reglas en las leyes de expropiaciones de sus analogías del derecho privado. El camino a la reforma no consiste en negar la complejidad de los derechos de propiedad, un tema ya muy repetido. En vez de ello, consiste en fortalecer la relación entre las leyes que rigen las controversias privadas con aquellas que rigen las controversias públicas.

3. Iguales derechos en el Derecho de Propiedad

3.1. Partes privadas

En los casos entre partes privadas, se asume uniformemente que el punto de partida apropiado para el análisis es el de cierta igualdad en los derechos de las partes. Una razón para esta particular distribución es que provee un punto focal en disputas bilaterales ordinarias. Este punto focal, a su vez, evita la necesidad de preguntarse sobre cuál de las partes de un conflicto futuro debe ocupar la posición preferente. El otro camino es una vía segura al peligro. Elegir otorgar preferencia a una parte necesariamente da paso a una segunda pregunta aún más compleja: si existe cualquier preferencia estructural, se requiere saber cuán grande es y bajo qué razones en particular puede justificarse.

(20) Para una explicación convencional de los incidentes de la propiedad, véase HONORÉ, Anthony M. *Ownership*. En: *Oxford essays in jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 1961. Para una discusión sobre si la fragmentación de los derechos fortalece o debilita la protección constitucional de los derechos de propiedad, véase CLAEYS, Eric R. *Takings: An appreciative retrospective*. Will and Mary Bill of Rights Journal, 2006. Para una respuesta, véase EPSTEIN, Richard A. *Taking stock of takings: An author's retrospective*. Will and Mary Bill of Rights Journal, 2006.

(21) La declaración doctrinal clave puede ser vista en *Penn Central Transportation Co. v. New York City*.

(NT2) Emplearemos el término "interés" para el término *interest* en inglés, utilizado de manera amplia para referirse a cualquier derecho, pretensión, o privilegio sobre un bien.

(22) Para una versión sobre la naturaleza marginalista de estas concesiones mutuas, véase EPSTEIN, Richard A. *On the optimal mix of common and private property*. Social Philosophy and Policy, 1994.

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

Aquí radica la dificultad. Mejorar la tajada que le toca a una parte en relación a la otra produce ganancias y pérdidas, lo que significa que la única medida social de eficiencia que puede usarse para lidiar con la situación es una medida Kaldor y Hicks, la que reconocerá una acción del gobierno como eficiente solo si las ganancias del ganador son mayores a las pérdidas del perdedor. Por supuesto, todas estas acciones asumen que la transacción ocurre en un mundo en el cual ningún pago, sea en dinero o en especie, es efectuado (o necesita ser efectuado) a la otra parte. Encontrar una transacción que satisfaga esta restricción requiere indagar más sobre las particularidades del caso concreto de lo que requiere la más estricta fórmula de Pareto, que requiere que ambas partes estén al menos igual en el nuevo estado de las cosas con relación al anterior, sin comprometerse a una distribución alguna de las ganancias netas entre ellos.

La igualdad formal de condiciones entre las dos partes tiende a generar beneficios para una solo si los genera para la otra. Dado que el juicio sobre la igualdad de condiciones se hace en gran medida tras un velo de ignorancia, no hay, más aún, razón en particular para asumir que las dos partes gozan de algún nivel diferencial de ganancias. Asumir que ambos se benefician, a grandes rasgos, en la misma proporción es mucho más plausible. Por consiguiente, la posición de igualdad de derechos tiene mayor probabilidad de producir un sistema de propiedad que genere más ganancias agregadas que la prueba menos restrictiva de Kaldor y Hicks. Es justo por esta razón que el postulado de igualdad de las personas en el estado de naturaleza no solo es usado para establecer las relaciones de propiedad, sino también al asignar iguales o similares libertades a los seres humanos dentro del marco general de Locke⁽²³⁾. El principio de igualdad crea, así, un equilibrio de punto focal que cualesquiera dos personas, sin importar sus relaciones previas, pueden sostener.

La segunda gran ventaja de la posición de los derechos de propiedad en igual o similar libertad radica en que es susceptible de ser trabajado a escala de manera que preservan el punto focal buscado. La regla que funciona para dos personas puede ser aplicada a n personas, al menos

mientras se prohíba la interferencia con los derechos similares de otros individuos⁽²⁴⁾. Esta capacidad es importantísima en los casos de propiedad porque aun si el problema no radica en los derechos de propiedad buenos para el mundo, como los de la tierra, sino aquellos vinculantes para un número importante de personas, como los derechos ribereños, cualquier asimetría en la determinación de los derechos introduce una nueva dosis de complejidad para la que no existe fácil solución.

Como es usual, la explicación radica en una perspectiva del mundo a partir de los costos de transacción. Cualquier esfuerzo por crear preferencias en una disputa entre n individuos ser, cuando menos, ordenado, de modo que un sistema en el que A tiene prioridad sobre B , quien a su vez tiene prioridad sobre C , tenga características transitivas inalterables. Adicionalmente, la magnitud de las preferencias tiene que ser ensayada sin saber la solución conceptual alternativa o los tipos de evidencia capaces de brindarle credibilidad empírica.

Por ejemplo, la igualdad de libertad contra la fuerza y el fraude evita el problema porque todos pueden obedecer una regla que obligue a no meterse con un extraño. En este punto, las reglas de no interferencia establecen una situación de fondo en la que cualesquiera dos personas pueden cooperar conjuntamente sin la aprobación del resto del mundo, siempre y cuando no infrinjan, mediante cooperación o combinación voluntaria, derechos de terceros.

Con un razonamiento similar, están protegidos contra la reducción de sus derechos en favor de terceros, los cuales de otro modo serían

(23) Véase LOCKE, John. *Second treatise of government*. Edición por C. B. MacPherson. Indianapolis: Hackett, 1980.

(24) Estos aspectos también tienen cercana relación con consideraciones sobre el Estado de Derecho; véase EPSTEIN, Richard A. *Design for liberty: Private property, public administration and the rule of law*. Massachusetts: Harvard University Press, 2011.



Richard A. Epstein

un tributo implícito sobre las transacciones voluntarias que mejorasen la posición de ambas partes de la transacción. Así, la estabilización del sistema en su conjunto debe recorrer un largo camino para resolver varias demandas entre las partes.

La forma en la que esta restricción de la igualdad opera depende, en parte, de las reglas en cuestión. Las reglas físicas de no interferencia mencionadas son sensatas para este tipo de enfoque porque simultáneamente crea un perímetro de derechos alrededor de todas las personas dentro del cual pueden hacer lo que les plazca. No obstante, no es tan fácil diseñar derechos para los recursos externos. Así, todas las reglas sobre la ocupación del territorio, la captura de animales o la apropiación de diversos recursos naturales se rigen bajo un sistema de primera posesión, en el cual se presume que el primero en poseer la cosa es el dueño⁽²⁵⁾. La característica fundamental que hace que funcione este sistema es el equilibrio en el punto focal, mediante el cual todos instantáneamente reconocen a la parte preferida, si el poseedor tiene derecho a mantener a raya al resto y ello es bien sabido por la colectividad. Es la posesión la que distingue al dueño del resto de personas, cosa que cualquier sistema de derechos exclusivos debe hacer y lo hará mientras antes existan acciones del Estado destinadas a regular el comportamiento de los individuos.

En efecto, la regla de la primera posesión debe generalizarse con cautela porque la propiedad en algunos escenarios (por ejemplo, la captura de ballenas) no basta una sola parte para capturar las ballenas y llevarlas a la orilla. En este punto, la lógica inicial se complica un poco, pero los lineamientos básicos de la regla de la primera posesión se amoldan sin llegar a romperse. La inmensa mayoría de la humanidad que no ha tenido nada que ver con la captura y traslado de las ballenas sigue sin reclamar nada por ellas. No obstante, los individuos que efectivamente contribuyen a la captura necesitan coordinar alguna manera para reflejar

sus respectivas contribuciones a la captura. El sistema colapsaría si los contribuyentes no recibiesen algo a cambio que iguale o supere sus respectivas contribuciones al emprendimiento en su totalidad. En este sentido, el estricto orden secuencial de los diversos actores significa que cualquier desviación inadecuada en el proceso conlleva a la pérdida de la ballena para todos. Por lo tanto, todos los actores tienen que ser estimulados simultáneamente. Más aún, aquel conjunto de mutuas y equivalentes recompensas debe ser creado consuetudinariamente porque no existe comunicación directa entre los actores a la hora de actuar. Por ejemplo, estas condiciones se ven reflejadas en la norma que dispone que el barco que arponea una ballena pague una tarifa a la persona en la playa que informó sobre dónde esta quedó varada⁽²⁶⁾. La tarifa excede el costo de dar el aviso, pero no niega al pescador el retorno por su inversión. Este análisis no toma en cuenta todas las dificultades de la propiedad común que surgen por motivo de la sobre pesca, las que requieren mayor adaptación.

Más aún, con respecto a los derechos de agua, la entrelazada naturaleza de las demandas por cuerpos de agua fluyente hace más difícil seguir la posición de igualdad, especialmente cuando el nivel de uso se intensifica con la introducción de los molinos y las represas, los cuales generan diversos conflictos⁽²⁷⁾. Entonces, no puede decirse que el seguir un principio de igualdad soluciona todos los problemas y ello por dos sencillas razones. Primero, los ríos fluyen pendiente abajo y los

(25) Para los orígenes romanos, véase, nuevamente, GAIUS; véase también JUSTINIAN. *Institutes*. Editado por Alan Watson. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2009, 2:1:12.

(26) Véase *Ghen v. Rich* 8 F.

(27) Para una explicación histórica, véase ROSE, Carol. *Energy and efficiency in the realignment of common-law water rights*. *Journal of Legal Studies*, 1990. Para acceder a una extensa crítica de esta posición por sobre simplificar las diferencias entre el Derecho Inglés y el Derecho Estadounidense sobre el auge de la doctrina del usuario razonable, véase 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*

océanos son frecuentemente influenciados por la marea. De la misma manera, sin embargo, el esfuerzo por considerar esas condiciones naturales sí ayuda a eliminar ciertas configuraciones legales menos estables que sus rivales. Pero en ausencia de cualquier sistema de límites, no es verosímil pensar que las reglas del derecho común pueden hacer que se consolide el sistema jurídico sin intervención legislativa, la que se dio muy regularmente en el sistema inglés y en el estadounidense⁽²⁸⁾. En suma, solo se puede decir que la restricción de la igualdad es una salvaguarda contra los peores abusos, pero no es en sí ni por sí una guía confiable hacia al óptimo sistema de derechos de propiedad del agua, aun si hay cierta certeza sobre cuál es el óptimo.

3.2. Público versus Privado

La resolución de conflictos entre el Estado y los individuos no puede, en general, estar completamente guiada por el principio de igualdad. La sola mención del poder de dominio eminente sugiere que el Estado ostenta ciertos derechos superiores a los de los ciudadanos. A diferencia de las disputas privadas ordinarias, no hay real dificultad en determinar quién debe obtener los derechos adicionales ni mayor obstáculo en aplicar simultáneamente las reglas del caso a grandes números de disputas; sea que el gobierno expropie a una sola o varias partes, siempre va a ocupar su rol distintivo. Los problemas de coordinar las conductas de los múltiples actores que emergen en las disputas privadas no emergen cuando el Estado apela a su posición preferente.

El principio de igualdad no funciona así de bien en los sistemas de gobierno directo. Para poder iniciar esta indagación es necesario aceptar sin cuestionamiento que el Estado puede erigirse por encima de los ciudadanos al usar la compulsión contra los individuos, sea en el caso de la tierra o del agua. Pero ¿cuán por encima de los individuos puede erigirse? En particular, usualmente la pregunta más difícil es si el Estado puede actuar en uso de su poder de policía de modo que las regulaciones que impone no sean contrarrestadas por algún deber de compensar a los individuos privados que se comportan, al menos en alguna instancia, incorrectamente,

como en el caso de la contaminación. Sin embargo, no todas las iniciativas del Estado están dirigidas a las partes privadas que se comportan de este modo. En algunos casos, el Estado demanda sacrificios de aquellos individuos que no han hecho nada incorrecto en aras de lograr el bien común. El requerimiento común de que solo se otorgue indemnización en aquellos casos es un esfuerzo por convertir un conjunto de iniciativas del gobierno que puedan proveer una mejora en términos de Kaldor y Hicks en uno que proporcione una mejora en términos de Pareto: el propósito de la indemnización es asegurar que ninguno empeore su situación como consecuencia de la coerción del Estado.

Pero poner las cosas de este modo introduce la necesidad de determinar a qué lado de la línea está cada caso. Como torpe dato histórico, los errores sistemáticos al tratar con el dominio eminente no son aquellos que vuelven al Estado muy débil como para afrontar los desafíos que enfrenta; de hecho, crean el riesgo opuesto. El deber de indemnizar es sistemáticamente separado de las concepciones de lo correcto e incorrecto que rigen las disputas entre vecinos, especialmente bajo la ley de molestias^(NT3). La brecha genera una enorme oportunidad para el arbitraje político entre el derecho privado y el procedimiento administrativo público. Dentro del contexto del uso del terreno, en caso un grupo de vecinos no pueda adquirir un derecho de vista sobre el terreno de otra persona a través de un convenio restrictivo, podría solicitárselo al Consejo de Zonificación si alcanza la mayoría de votos para ello, particularmente en vista del casi perfecto historial de casos judiciales que le dan la razón a las autoridades de zonificación desde

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

(NT3) El término original en inglés es *law of nuisance*. En general, dicha norma tiene por objeto regular lo relativo a las molestias y turbaciones (como por ejemplo, olores, ruidos, contaminación, entre otros) y, en general, hechos o conductas de este tipo que irrazonablemente afecten o interfieran con el regular uso o goce de un inmueble ajeno.



Richard A. Epstein

la decisión inicial de la Corte Suprema en *Village of Euclid v. Ambler Realty Co.*

Hay mucho campo para este tipo de conductas. Primero, las ganancias por obtener una vista deseada no son poca cosa: el valor de un terreno con vista protegida puede incrementar hasta un 50% en determinados lugares de la costa. Segundo, las ganancias generadas pueden convertirse en el punto central de acción política porque una vez impuestas las restricciones, la futura aplicación del acuerdo político usualmente no es mayor obstáculo para su realización inicial. La durabilidad de la compra incrementa la predisposición a realizarla. Tercero, las pérdidas del otro lado son casi siempre mayores, y es por ello que a menudo se realizan transacciones voluntarias para implementar las restricciones impuestas por las ordenanzas de zonificación. En casi todos los casos, la parte a la que se le prohíbe construir tiene la misma vista que la parte que sí obtiene la ordenanza de zonificación. Si esos valores se pierden, entonces aquel dueño dará batalla. No obstante, en la arena política los votos cuentan más que el dinero de las ganancias o pérdidas económicas, de modo que el grupo con la mayor coalición puede ganar incluso si el resultado es ineficiente. Por consiguiente, al final solo hay una estructura con buena vista en vez de dos, cuya vista es mejor que el de la otra. Cuarto, un problema aun mayor es que la capacidad de arreglarse por medios políticos no conlleva a soluciones basadas en compromisos en las que, por un pago, el dueño del espacio costero otorgará concesiones sobre el tamaño, tipo o ubicación de la nueva construcción en beneficio de la parte reubicada un nivel más lejos de la playa.

Solo hay una manera de evitar el arbitraje político que conlleva a estas batallas por la zonificación y consiste en utilizar el mismo conjunto de reglas sobre límites y responsabilidad para la resolución de disputas públicas y disputas privadas. Pero ¿qué conjunto? Sobre este punto, la elección final es sencilla. Las reglas privadas entre partes iguales están todas perfiladas teniendo en mente la eficiencia del todo. El principio rector es que a mayor igualdad en condiciones, mayor nivel de eficiencia esperada. Pero no existe una protección similar en términos del *velo de ignorancia* con las reglas públicas, para las cuales no existe dosis de ingenio que pueda tornar útiles para tratar las disputas de derecho privado. En este punto, entonces, las reglas de Derecho privado proporcionan una base para tratar con el problema clave de la demarcación, el cual se pregunta sobre cómo distinguir entre las acciones del

gobierno que generan alguna obligación de indemnizar y aquellas que no la generan. Es ilustrativo apreciar cómo estas transacciones se desempeñan con respecto a la tierra y al agua.

4. Disputas Privadas y Públicas por el uso de la tierra

4.1. Disputas Privadas

La estrategia implícita del Derecho Privado para resolver las disputas entre dos partes se lleva a cabo en dos etapas. En la primera, la ley adopta la posición de igualdad implícita entre las partes prevenir el favoritismo por las razones señaladas anteriormente. En la segunda, el sistema jurídico (en caso funcione correctamente) adopta reglas para maximizar el valor para cada uno de los participantes. Dada la forma en la que se organiza el proyecto, en la mayoría de casos la segunda tarea se torna más sencilla mediante la adopción de la regla de la igualdad. En la medida que todas las partes del sistema están en una posición muy similar, una parte solo podría buscar mejorar su posición mediante la adopción de una regla que mejore la posición de todos los demás. Dicho de otra manera, cuando se satisface la primera condición, la segunda tarea se vuelve más manejable de lo que sería de otro modo. Cualquier esfuerzo de una parte por maximizar su propia posición conllevará a mejoras paralelas para todo el resto.

4.1.1. Exclusividad

Es precisamente este procedimiento el que conlleva al tradicional cúmulo de derechos para la propiedad de la tierra, derechos que se encuentran tanto en los sistemas de Derecho Civil como en los de Derecho Común. Así, la pregunta sobre exclusividad recibe inicialmente una respuesta sencilla: nadie puede realizar inversiones en una propiedad inmueble a menos que pueda excluir al resto.

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

Este argumento inicial a favor de la exclusividad sobre la tierra privada es tan poderoso que recorre un largo tramo para encaminar la indagación hacia el correcto entendimiento de la propiedad privada, que constituye una razón por la cual la exclusión siempre ha sido incluida en el cúmulo de derechos.

No obstante, el proceso en este caso es repetitivo y de incremento gradual⁽²⁹⁾. La mejor manera de entender a la exclusividad es como una mejora al estado de naturaleza, esto es, aquel estado en el que ninguna parte tiene derecho alguno sobre ninguna clase de terreno. Esta prueba no requiere de detallada indagación empírica para concluir que la exclusividad constituye una mejora por sobre la trifulca o conflicto y sobre el escenario en el que todo es gratuito para todos. No obstante, surge luego la pregunta sobre si debe realizarse aún más mejoras y, de ser el caso, cómo éstas deben hacerse.

Está bien establecido en todo sistema legal, por ejemplo, que el derecho de excluir es superado por una restringida excepción que permite a uno entrar al terreno de otro en caso de necesidad para evitar la muerte, lesiones graves o una grave pérdida de la propiedad por fuerzas de la naturaleza o de terceros. Este privilegio existe solo mientras persista tal necesidad, luego de la cual se restablece el orden anterior. Más aún, en la mayoría de casos, el derecho a entrar al terreno implica el deber de pagar una indemnización por las pérdidas en lo relativo a la propiedad misma, o incluso por la pérdida del valor del arrendamiento de la propiedad. La gran corazonada empírica consiste en que debe preferirse la salvación por sobre la exclusión, tanto es así que puede incluso desestimarse la pretensión del propietario que trate de excluir en situaciones de necesidad, al menos si la cuestión radica en si el tercero extraño puede amarrar su bote en un muelle. Sin embargo, en general no existe un deber universal de rescatar o acoger (un principio que tiene sus propios problemas) y la situación se complica aún más si el tercero en situación de necesidad desea reclamar el derecho de acceder al interior del hogar de uno. En cuanto más complicadas sean las disposiciones, será menos claro el beneficio general.

Además de los casos de necesidad, surge una excepción a la norma de propiedad exclusiva relacionada a la propiedad

común, que opera como un enlace de red. Para aquellas propiedades largas, delgadas y adecuadas para el transporte, el régimen inicial de propiedad puede fácilmente operar en común, como con el agua, las playas y las rutas frecuentemente transitadas. En este punto, el régimen dominante asegura que el dueño de cada propiedad colindante con el elemento en común tenga acceso a la red de transporte (u, hoy en día, de comunicación), dados los obvios beneficios en juego. Un sistema jurídico netamente privado tiene límites evidentes, pero por ahora al menos hasta aquí puede llegar el análisis.

4.1.2. Uso

La misma argumentación que se aplica a los derechos de uso del agua se aplica también a los derechos de uso de la tierra: si la asignación de algunos derechos de uso conlleva a una mejora social general. En un sistema en el que a nadie se le permite construir, la definición legal de los derechos de propiedad relegaría a los individuos a un estado de permanente privación de la propiedad. Entonces, asignar derechos de uso en la propiedad es necesario, en vista de las manifiestas mejoras que crea en términos de Pareto. Pero, nuevamente, el enfoque incrementista se impone porque el derecho a usar no abarca todos los usos porque en toda jurisdicción estos están restringidos por alguna ley de molestias que se encargue de la basura, la contaminación, los olores y otros similares, asumiendo generalizadamente que todas las partes están, bajo una primera aproximación, mejor con estas restricciones que sin ellas⁽³⁰⁾.

Pero la heterogeneidad de las molestias hace necesario que surja la noción de precaución, de manera que esta primera aproximación es

(29) Para una discusión sobre el incrementalismo moral, véase EPSTEIN, Richard A. *Skepticism and freedom: A modern case for classical liberalism*. Chicago: University of Chicago Press, 2003.

(30) Para mayor discusión, véase EPSTEIN, Richard A. *Corrective justice and its utilitarian constraints*. Journal of Legal Studies, 1979.



Richard A. Epstein

modificada de ambas maneras, pero siempre bajo un principio de reciprocidad que se aplique a todas las partes en todos los casos. Así, por ejemplo, las servidumbres negativas recíprocas imponen deberes a los propietarios de abstenerse de cavar en su terreno de manera que causen perjuicios al terreno vecino⁽³¹⁾. Por el contrario, la regla de “vive y deja vivir” recorta de la Ley de Molestias aquellas recíprocas interferencias de escasa importancia con respecto a todas las partes (la regla es fácilmente generalizada a n personas, donde todas las personas están mejor si a ninguna se le permite demandar)⁽³²⁾. Una lógica similar aplica para casos como la difusión de ondas de radio o el sobrevuelo de aviones, para los cuales no se permite alivio alguno.

Más aún, este argumento no solo se aplica para el uso de la tierra, sino también para su desarrollo, donde, nuevamente, los beneficios son tan grandes que la posición contraria no es sostenible como regla general, dados los beneficios mutuos que se generan si a todas las partes en el estado de naturaleza se les permite desarrollar su tierra, en vez de una situación en la que a nadie le es permitido. Hasta dónde podrán llegar estos derechos es siempre una interrogante, y sobre esta materia, la cuestión del apoyo lateral, mediante el cual la tierra de un vecino apoya a todos los demás, usualmente requiere que los individuos desarrollen sus construcciones de manera que respeten los límites.

De manera más controversial, las restricciones de altura (que buscan preservar el aire y la luz) pueden también ser impuestas si funcionan adecuadamente de manera recíproca, pero el imponer estas restricciones como cuestión de derecho tiende a ser débil. En el ámbito rural, los terrenos extensos tienden a hacer innecesarias estas restricciones de altura. En el ámbito urbano, la alta densidad de propiedades tiende a que estos *derechos de bloqueo* sean prohibitivamente costosos, por lo que usualmente su solicitud es denegada⁽³³⁾.

Fue por esa razón que Justice Brandeis, con su usual franco y directo estilo, señaló que: “En el derecho común, un hombre

tiene derecho a construir en su propia tierra una cerca tan alta como le plazca, sin importar cuánto pueda obstruir la luz y el aire de su vecino”⁽³⁴⁾. Más aún, al tratar estos asuntos es crucial recordar que cualquier evaluación de los derechos tiene que realizarse al momento en el que la propiedad ha sido adquirida en su estado natural. Los juicios se tornan completamente sesgados cuando las acciones unilaterales de una parte introducen una asimetría determinante al tratar con los derechos. Así, si A construye en su propio terreno, puede argumentar sólidamente que la Ley de Molestias debe evitar que B bloquee su vista al construir en su terreno. El marco analítico correcto niega a A la oportunidad de obtener ventaja sobre su vecino al tomar la decisión unilateral de construir primero. Su más temprana acción le otorga el beneficio de una vista sin obstrucciones hasta que decida construir. No crea un derecho preceptivo mediante el cual, con el paso del tiempo, ella pierda el derecho a construir.

Desde luego, hay situaciones en las que el principio de paridad no puede ser aplicado, no por lo que la ley diga, sino porque la naturaleza no permite que las partes interactúen en igualdad de condiciones. El caso más evidente concierne a los conflictos que surgen entre los propietarios ubicados colina arriba y colina abajo. Esta situación, muy frecuente en los derechos de agua, hace imposible idear una regla que manifieste igualdad absoluta, por lo que la pregunta radica en qué compromisos podrán asumirse. La regla que establece que no es posible invasión física alguna favorecerá al propietario ubicado cuesta abajo, pero aniquilará todo desarrollo para los de arriba. Entonces,

(31) *Birmingham Corp v. Allen*: discutiendo los derechos de los dueños de las minas a extraer carbón, previniendo la extracción de carbón de las minas vecinas.

(32) *Bamford v. Turnley* (B. Bramwell con opinión concurrente).

(33) Véase, por ejemplo, *Fontainebleau Hotel Corp. v. Forty-five-Twenty-Five, Inc.*

(34) *Rideout v. Knox*.

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

se desarrolló una solución tripartita relativamente ingeniosa. Toda descarga del terreno de arriba al de abajo, como el arrojar desechos desde la ventana de un segundo piso hacia el terreno del vecino, era tratada como daño extracontractual⁽³⁵⁾.

Por otro lado, la decisión de retirar el carbón del terreno de arriba, de manera que el agua pudiera pasar, no constituía daño extracontractual. Que la persona de abajo se defiende bajo el *enemigo común* o que compre alguna protección al demandando⁽³⁶⁾. El sentido aquí es que forzar al propietario de arriba a proporcionar protección impone todo el costo de un lado y deja todo el beneficio del otro. Además, crea un costo adicional de coordinación entre dos partes que no surgiría si la misma persona debe mantener el carbón en su lugar, al conocer la consecuencia de no hacerlo.

Esto nos deja el caso intermedio, en el que la parte de arriba quiere dedicarse a la agricultura, siendo inevitable cierto nivel de escorrentía. Aquí la decisión consistente en que el propietario de arriba debía evitar toda interferencia significativa que el propietario del terreno de abajo tenía una gran ventaja estratégica que era contraria a aquella que la naturaleza creó. Por consiguiente, la intención era evitar que cualquiera de los extremos se vea involucrado en otros casos, lo que a su vez conllevó a la adopción de una regla de razonabilidad que rápidamente se desarrolló con relación a los derechos del agua.

En el famoso caso *Middlesex Co. V. McCue*, Justice Holmes se negó a forzar al demandado a llenar el estanque del molino del demandante, con la inevitable escorrentía generada cuando el demandado regaba su parcela. Su inclinación por la posición intermedia fue expresada de la siguiente manera: “Uno tiene derecho a cultivar su terreno de la manera usual y razonable, tanto en las colinas como en las llanuras, y el daño demandado por el propietario de abajo es algo de lo que este se debe proteger como mejor pueda. El demandante señala que una pared podría detener el problema. Si es así, puede construir una sobre su propio terreno”.

Nótese que la protección no se brinda ante cultivos inusuales o irrazonables, lo que significa, como adoraba decir Holmes en varios otros contextos, que la protección del derecho era una cuestión de grado, como en efecto ocurre en algunos casos⁽³⁷⁾. Pero una simple prueba física indica cuáles casos pueden ser regidos por reglas categóricas y cuáles no. Para los casos de igualdad de condiciones, los límites rígidos funcionan porque no existe riesgo de flujo hacia abajo. Fue por esa razón que en *Rideout v. Knox* Holmes dio el fallo categórico que negó la servidumbre de luz y aire. Pero en casos de terrenos en una pendiente se requiere una adaptación sensata para evitar la total dominación de uno sobre el otro. Se tornará evidente qué categoría le corresponde al agua.

4.1.3. Disposición

El tercer elemento clave para el cúmulo de derechos comprendido en la propiedad es el de disponer. Los derechos de exclusión, uso y desarrollo no tienen en cuenta los beneficios del comercio, sea entre vecinos o con extraños. Para que el sistema funcione, estas reglas tienen que ser incluidas en el cúmulo de derechos comprendidos en la propiedad. Entre extraños, las reglas sobre molestias son primeras aproximaciones objeto de limitada corrección por parte de la norma legal. También sirve de mucho permitir a las partes realizar ajustes adicionales a través de contratos que vinculen a ellas y a los sucesores del título.

La ley que regula el *ius in re aliena* (derechos sobre la propiedad ajena) se encarga del

(35) Véase, por ejemplo, *Baird v. Williamson*. El gran caso *Ryland v. Fletcher*, que afirma lo sostenido en *Fletcher v. Rylands*, puede entenderse mejor como una variación en el tema de la descarga que se aplicaba a casos en los cuales el demandado trae, mantiene, reúne o acumula agua en su terreno con una alta probabilidad de causar desmanes en caso el agua escape. Ambos casos fueron evaluados por una estricta regla de responsabilidad en la cual la negligencia del demandado fue inmaterial.

(36) Véase, por ejemplo, *Smith v. Kenrick*.

(37) Véase *Rideout v. Knox*.



Richard A. Epstein

problema permitiendo la creación de servidumbres por consenso, la cual puede permitir a los individuos entrar al terreno de sus vecinos sin incurrir en infracción o puede restringir el uso que los vecinos le pueden dar a su propia propiedad sin que ello sea una forma no permisible de dominio⁽³⁸⁾. Estas servidumbres consensuales pueden ser recíprocas, como usualmente sucede cuando están incluidas dentro de un desarrollo planificado de unidades, el cual contiene un elaborado entramado de pactos y servidumbres entre los varios participantes. Pero estos pactos y servidumbres no necesitan ser creados mediante concesión común; pueden ser realizados en una sola dirección, previo pago de una indemnización.

Independientemente de su forma de creación, estos intereses se ciñen a dos reglas estrictas sobre la conservación de los derechos de propiedad. La primera es que las partes de una transacción no pueden expandir sus derechos por sobre el resto del mundo, el cual está protegido contra este tipo de pretensiones. La segunda es que las partes de una transacción no están obligadas a sacrificar sus derechos en beneficio del resto del mundo como condición para celebrar un acuerdo. Esencialmente, los derechos de A, por su cuenta, y B, por su cuenta, ante el resto del mundo son llevados a cualquier combinación de A+ y B- o, de hecho, cualquier situación más compleja de A++ y B—, donde los signos positivos y negativos representan la desviación emparejada del cúmulo inicial de derechos.

Más aún, estos derechos de disposición no están limitados a ajustes entre los vecinos. Hay varios puntos en este sentido. Primero, estos derechos también son de aplicación cuando el dueño de una parcela decide crear múltiples intereses sobre

ella. Aquí, nuevamente, no importa el número de partes involucradas y cuán complejas sean las coordinaciones, la misma conservación de derechos es necesariamente aplicada. Luego surge la pregunta sobre qué clases de división de intereses de propiedad pueden darse. La lista es larga e impresionante, pero la característica principal es que dos o más desviaciones de la posición inicial siempre pueden ser combinadas siempre que se respeten las mismas restricciones.

Así, se han desarrollado sensatas instituciones que han dividido la titularidad de la propiedad a lo largo del tiempo, como la creación de la propiedad vitalicia^(NT4) (presente y futura), derechos futuros contingentes^(NT5) y los intereses ejecutivos^(NT6), los cuales son otorgados solo cuando ocurre un evento futuro. En efecto, el dueño de un terreno tiene derecho a dar lineamientos para la disposición de la propiedad que se transferirá de parte en parte a consecuencia de muerte, matrimonio o algún otro evento. Existen ciertas limitaciones poco comunes a esta libertad de disposición, entre las que resalta la regla contra la perpetuidad, que invalida algunos derechos futuros contingentes e intereses ejecutivos debido a que toman mucho tiempo en ser efectivamente otorgados⁽³⁹⁾. Pero ninguno de estos tiene un efecto material en la capacidad de dividir el control real.

(38) Para las reglas actuales, véase FRENCH, Susan F. *Tradition and innovation in the new restatement of servitudes. A report from midpoint*. Connecticut Law Reviews, 1994.

(NT4) El término en inglés es *life estate*, referido a un derecho o interés sobre la tierra que se extiende solo durante la vida del titular. Por consiguiente, este derecho no puede transferirse por testamento.

(NT5) El término original en inglés es *contingent remainder*. Un *remainder* es un segundo derecho de propiedad (futuro) que será eficaz solo cuando concluya el primer derecho creado por el mismo instrumento. Se dice que un *remainder* es "contingente" cuando su otorgamiento está sujeto a cierta incertidumbre (por ejemplo, cuando el beneficiado no ha nacido o es indeterminado, o cuando entre otros).

(NT6) El término original en inglés es *executory interest*, referido a un eventual derecho futuro de un tercero sobre la propiedad (principalmente propiedad inmueble) que solo se hará efectivo en caso se cumpla una condición que haga que quien tiene un *remainder* no adquiera tal derecho.

(39) Para una explicación de los aspectos técnicos de la regla, véase BERGIN, Thomas F. y Paul G. HASKELL. *Preface to estates in land and future interests*. New York: Foundation Press, 1984.

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

Segundo, es posible crear intereses comerciales en forma de arrendamientos (y subarrendamientos), los cuales de ordinario pueden ser cedidos a terceros. Nuevamente, la contabilidad entre las partes se torna compleja conforme aumenta el número de intereses, pero lo importante es que no importa de cuántas maneras se fraccione el derecho de dominio absoluto^(NT7) (tal como se llama al terreno cuando el título no está sometido a duración), la suma de las partes es siempre igual al total con respecto a los extraños.

Tercero, es posible constituir hipotecas sobre el terreno o cualquier parte de él, y puede hacerse no solo una vez, sino en repetidas ocasiones con la segunda y tercera hipoteca, cuyas respectivas demandas pueden ser reorganizadas mediante reglas precisas de prioridad.

Cuarto, es posible separar la administración del control de cualquier interés a través del mecanismo del fideicomiso, el cual hoy en día no es muy común para los terrenos, pero sí para los activos financieros. Pero, nuevamente, funciona la misma táctica. Las partes regulan sus relaciones a través de contratos. Ante el resto del mundo, tienen el mismo acuerdo independiente y sin influencias personales^(NT8). La única respuesta adaptiva es que con frecuencia la función defensiva de la administración y control de la propiedad es otorgada a una sola persona (usualmente el tenedor vitalicio o el fideicomisario) por razones de conveniencia administrativa. En cierta época, la proliferación de intereses hizo difícil que los terceros sepan quién era el dueño y así se redujo la capacidad de realizar sucesivas enajenaciones de determinadas partes del todo. Los sistemas registrales modernos han ayudado mucho a mitigar este problema. Un tablón de anuncios, hoy en día usualmente disponible o susceptible de ser buscado en internet, registra todos los intereses de manera que cualquier tercero pueda determinar el estado del título si desea comprar la propiedad o bien arrendarla gracias a la garantía que ofrece. La proliferación de intereses produce beneficios del comercio. El sistema de escrituras y registros reduce los costos de transacción que surgen como consecuencia de la fragmentación de intereses.

4.2. Expropiación a los privados con fines públicos

La idea clave para abordar correctamente el dominio eminente es que el gobierno no puede impedir la división de los derechos en cuestión. El estado del título como cuestión de derecho privado vincula al soberano, quien puede decidir si expropiar o no expropiar la tierra o algún interés sobre ella. Ningún propietario puede evitar la expropiación mientras esta sea para uso público. La nota distintiva de la cláusula de expropiación es que permite al Estado a forzar intercambios en condiciones igualitarias, mediante el pago de una justa indemnización, para prevenir los problemas ocasionados por la negativa o resistencia del expropiado, que de otro modo podrían prevenir el correcto agrupamiento del terreno requerido para ciertos tipos de proyectos colectivos.

El éxito de esta operación depende socialmente del juicio de que el valor de la propiedad es mayor en manos del gobierno que en manos de los privados, cuando todos los efectos colaterales sobre terceros son tomados en cuenta. Sin esa restricción, todo el proceso será consumido por varias formas de intriga de política pública. Desafortunadamente, sin embargo, surge justo esa situación porque el derecho de *propiedad* vigente, tal como es concebido bajo la ley de dominio eminente, no corresponde a la ley de propiedad privada con sus poderosos efectos de eficiencia en todo el sistema. Aquí tenemos algunas de las razones por las cuales esta situación tambalea mucho.

4.2.1. Expropiaciones parciales

Un error clave es que la ley hace una distinción artificial entre la expropiación total y la expropiación parcial, o limitada, de la

(NT7) El término original en inglés es *fee simple*. Es definido como el derecho más amplio y comprensivo sobre un terreno. No está sometido a reservas, limitaciones temporales o condiciones, puede ser objeto de disposición y heredado.

(NT8) El término original en inglés es *arm's length arrangement*.



Richard A. Epstein

propiedad. Un buen sistema de propiedad privada incentiva la división ilimitada de intereses hasta agotar todos los beneficios del comercio. La fase constitucional del derecho de propiedad asume que el único interés íntegramente protegido es el derecho a excluir, el cual es violado cuando el gobierno toma la propiedad, momento en el cual existe una regla, casi *per se* o automática, para la indemnización del interés expropiado⁽⁴⁰⁾. Pero incluso en estos casos, usualmente se declara que la indemnización es solo por la *propiedad expropiada*, lo que excluye del paquete a todas las dislocaciones ocurridas cuando el dueño es privado, por ejemplo, de la propiedad que va a utilizar con fines empresariales⁽⁴¹⁾. Pero estos consecuentes daños son rutinariamente permitidos (hasta el punto medible) contra los demandados privados y el no incluirlos en el cálculo social conlleva a expropiaciones que resultan excesivas con respecto al correcto estándar de bienestar social.

Partiendo de una malentendida perspectiva de la propiedad privada, la ley de expropiaciones vigente ofrece escasa protección a los intereses sobre fracciones de la propiedad, lo cual tiene el infortunado efecto de desincentivar que los dueños realicen transacciones convenientes en términos empresariales. Una muestra de esta posición incluye el famoso caso *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, en el que los dueños privados del terreno vendieron sus derechos sobre los aires a otro comprador. No hubo duda de que los derechos de los aires eran solo otro modo razonable de dividir la propiedad bajo la ley neoyorquina, que permitía que fueran vendidos, divididos, heredados, comerciados, legados, arrendados e hipotecados. Esencialmente, fueron incorporados al sistema tradicional de derechos de propiedad. En el caso *Penn Central*, la Comisión para la Preservación de Monumentos Históricos de Nueva York^(NT9) denegó a los dueños de los aires el derecho a explotarlos. Ningún privado podría haber hecho esto por su propia cuenta, pero si la ciudad de Nueva York eligió preservar la vista de Park Avenue, la cual ya estaba bloqueada por lo que en aquel entonces era el Edificio Pan Am, sus esfuerzos por conservar la belleza escénica calificaban como uso público, siempre que una justa indemnización, calculada según valor de mercado de estos

derechos sobre los aires en una transacción voluntaria, fuese pagada. Pero Justice Brennan se apartó de la regla de derecho privado que protegía la división. En vez de ello, sostuvo que los derechos sobre los aires debían ser considerados como “parte de la parcela como un todo”⁽⁴²⁾.

Esa maniobra es incorrecta, por decir lo menos, porque unir nuevamente la tierra implícitamente privaba al titular de los derechos sobre los aires de los beneficios de la separación. Pero, de hecho, los planes de Brennan iban aún más lejos. Desde su punto de vista, los derechos a desarrollar el terreno no recibían valoración alguna siempre que las operaciones actuales del terminal de Penn Central permitieran a la Compañía cubrir sus costos y obtener una ganancia normal. Nuevamente, esta regla es con seguridad errónea por analogía al sistema privado, en el cual la expropiación o destrucción de cualquier interés sobre la tierra hace que esta pierda su valor (no el costo original para el dueño) como justa medida. Brennan argumentaba que la disminución del valor debe ser tratada como si fuese una pérdida a causa de la competencia, lo que nuevamente se aparta del principio fundamental de derecho privado de que incluso las pérdidas competitivas *no son* compensables, mientras que la remoción de cualquier parte del cúmulo de derechos de propiedad es compensable. De otro modo, el riesgo es tan grande que el gobierno conseguirá sus objetivos a través de una sucesión de pequeñas expropiaciones de intereses parciales.

Este error inicial crea una seria pregunta sobre cómo valorar los derechos de desarrollo

(40) *Loretto v. Teleprompter Manhattan*.

(41) Véase *Monongahela Navigation Co. v. United States*.

(NT9) El término original es *New York's Landmark Commission*. Es la agencia encargada de identificar y designar y regular lo relativo a los sitios referenciales, destacados e históricos de la ciudad.

(42) *Penn Central*, 438 U.S. 104 at 131.

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

sobre la tierra que no está desarrollada en el presente, no pudiendo por ende cubrir sus costos. Las reglas vigentes siguen siendo incoherentes en este respecto porque se han apartado de las únicas reglas que tienen sentido: aquellas que rigen la expropiación o destrucción de la propiedad privada por parte de otros sujetos privados. Este intento del gobierno por crear un conjunto privilegiado de derechos de propiedad promueve la forma de arbitraje político identificada líneas arriba. De más está decir que virtualmente todo ejercicio de la potestad de zonificación tendrá la misma consecuencia cuando no está vinculado a concepciones de derecho privado sobre la propiedad privada.

4.2.2. Exacciones

Seguimos. Toda la doctrina de las exacciones constituye otro abuso ocasionado por el apartamiento del derecho privado. Las definiciones comunes de “coerción” comprenden el uso de la fuerza (o la amenaza de ello) sobre otra persona o su propiedad. Aquella definición tiene sentido y funciona cuando las dos partes no se conocen. Pero la concepción de la coerción tiene que ser lo suficientemente flexible para cubrir otros casos. Se configura un claro caso de coerción si tengo *tu* dinero y *tu* anillo y te ofrezco elegir entre ambos cuando tienes derecho a los dos⁽⁴³⁾. Desafortunadamente, ello usualmente se hace con la ley de exacciones.

Un individuo debería tener el derecho a construir su casa y mantener el acceso a la playa. El gobierno anuncia que permitirá la construcción de un nuevo edificio, el cual bajo ningún concepto califica como molestia, solamente si el dueño de la propiedad consiente que se le imponga una servidumbre lateral (en paralelo a la playa) a lo largo del frontis de su terreno. Aquí existe una elección entre dos derechos y la Corte Suprema tenía razón en sostener que esta elección no era permisible⁽⁴⁴⁾. Pero esa decisión reposaba en la noción de que una servidumbre, y no un pacto restrictivo, a pesar de que ambos son derechos sobre la propiedad ajena, era un interés posesorio en la tierra que era objeto de la regla de indemnización *per se* en el caso *Loretto*. El peligro de esta ilícita elección está en todos lados. Por ello, el gobierno solo permitirá la construcción del nuevo complejo de departamentos, el cual, nuevamente, no constituye molestia, si el dueño acepta financiar un nuevo parque, colegio o estación de tren que esté a disposición de todos los miembros de la comunidad. Aquí el juego consiste en que la carga sea soportada por algunos a pesar de que los beneficios sean compartidos por otros que no contribuyen con el costo. La regulación conlleva a una implícita transferencia de riqueza, la cual ha sido rechazada por las Cortes en ámbitos distintos al de las servidumbres. Nuevamente, las distorsiones son evidentes.

En suma, debe notarse que estas importantes decisiones muestran una misma cualidad general. Todo apartamiento de las (eficientes) reglas usadas para resolver las disputas privadas siempre favorece al gobierno, casi siempre asumiendo que los funcionarios del gobierno tienen experticia y una sofisticada mente que ningún propietario privado podría esperar igualar. Esa ingenuidad conlleva a grandes pérdidas sociales. 

(43) EPSTEIN, Richard A. *Bargaining with the state*. Princeton: Princeton University Press, 1993.

(44) *Nollan v. California Coastal Commission*.