

A. *El teorema de Coase**

Diferentes comentarios formulan el teorema de Coase de distinta manera. Expondremos una versión simple del teorema y luego examinaremos algunos de los comentarios.

Consideremos este ejemplo. Un ganadero vive al lado de un agricultor. El agricultor cultiva maíz en una parte de su tierra y deja el resto en barbecho. El ganadero tiene ganado en toda su tierra. La línea divisoria entre el rancho y la granja es clara, pero no hay ninguna cerca. Por lo tanto, de tiempo en tiempo el ganado se mete a la propiedad del agricultor y daña al maíz. El daño podría reducirse construyendo una cerca, manteniendo menos ganado o cultivando menos maíz, todo lo cual es costoso. El ganadero y el agricultor podrían negociar entre sí para decidir quién debe soportar el costo del daño. De otra manera, la normatividad legal podría asignar la responsabilidad de los daños. Hay dos reglas específicas que legalmente se podrían adoptar:

1. El agricultor es responsable de mantener al ganado fuera de su propiedad, y deberá pagar los daños causados por el ganado (un régimen que podríamos llamar "derechos de los ganaderos" o "praderas abiertas"), o bien
2. El ganadero es responsable de mantener al ganado en su propiedad y debe pagar los daños causados por éste ("derechos de los agricultores" o "praderas cerradas").

Según la primera regla, el agricultor no tendría ningún recurso legal contra el daño causado por el ganado de su vecino. A fin de reducir el daño, el agricultor tendría que cultivar menos maíz o cercar sus campos. De acuerdo con la segunda regla, el ganadero deberá construir una cerca para mantener al ganado en su propiedad. Si el ganado escapa, conforme al derecho se podrían discernir los hechos, determinar el valor monetario del daño así como hacer que el ganadero le pague al agricultor.

¿Cuál ley es mejor? Tal vez usted piense que la justicia exige que los culpables paguen por el daño que causen. En tal caso, enfocará la cuestión como lo hacen los abogados tradicionales, pensando en las causas y la justicia. El profesor Coase contestó en términos de la *eficiencia*. Si todo lo demás permanece igual, desearíamos que la regla legal estimule la eficiencia tanto en la ganadería como en la agricultura. Este enfoque generó una conclusión contraria a la

* El profesor Ronald H. Coase discute este teorema en "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, p. 1. Este artículo ha sido reimpreso en numerosas antologías legales y económicas, notablemente en R. Berrin (comp.), *Great American Law Reviews*, 1984 (un compendio de los 22 artículos "más notables" publicados en las revistas de derecho de Estados Unidos antes de 1965).

intuición, la que podemos explicar mediante algunos números. Supongamos que, si no hay ninguna cerca, la invasión del ganado le cuesta al agricultor \$100 por año en términos de los beneficios perdidos del cultivo de maíz. El costo de instalar y darle mantenimiento a una cerca alrededor de los campos de maíz del agricultor es de \$50 por año, mientras que el costo de instalar una cerca alrededor del rancho es de \$75 por año. Por lo tanto, estamos suponiendo que el daño de \$100 puede evitarse a un costo anual de \$50 para el agricultor y de \$75 para el ganadero. Obviamente, la eficiencia requiere que el agricultor construya una cerca alrededor de sus campos de maíz, y no que el ganadero construya una cerca alrededor de su rancho.

Consideremos ahora lo que ocurrirá según ambas reglas legales. De acuerdo con la primera regla legal (los derechos de los ganaderos), el agricultor asumirá un daño de \$100 por año, a causa de la invasión del ganado. El agricultor puede eliminar este daño a un costo de \$50 por año, con un ahorro neto de \$50 por año. Por lo tanto, la primera regla hará que el agricultor construya una cerca alrededor de sus campos de maíz. De acuerdo con la segunda regla (derechos de los agricultores) el ganadero podrá evitar una responsabilidad de \$100 a un costo de \$75. En consecuencia, la segunda regla hará que el ganadero construya una cerca alrededor de su rancho, con lo que se ahorrará \$25. Aparentemente, la primera regla, que ahorra \$50, es más eficiente que la segunda, que ahorra \$25. Pero esta eficiencia es sólo aparente; no es real.

Podemos comenzar a entender este aparente enigma imaginando primero cómo podrían resolver su problema el ganadero y el agricultor mediante una negociación cooperativa y luego comparando este resultado con los resultados aparentes según las diferentes reglas legales. Supongamos que el agricultor y el ganadero se enamoran, se casan y combinan sus intereses comerciales. Luego maximizarían los beneficios combinados de la agricultura y la ganadería, y estos beneficios conjuntos serían los mayores cuando construyan una cerca alrededor de los campos de maíz, no alrededor del rancho. En consecuencia, la pareja de esposos construirá una cerca alrededor de los campos de maíz, independientemente de que la ley sea la primera o la segunda regla. En otras palabras, cooperarán para maximizar sus beneficios conjuntos, sin importar lo que dicte la ley.

... Hemos visto que la primera regla es más eficiente que la segunda si el agricultor y el ganadero respetan la ley sin cooperar, pero que la ley no crea ninguna diferencia por lo que toca a la eficiencia cuando ellos cooperan. El agricultor y el ganadero no necesitan casarse para cooperar. Los hombres de negocios racionales a menudo pueden negociar y ponerse de acuerdo sobre las condiciones de la cooperación. Al negociar un acuerdo, en lugar de respetar la ley sin cooperar, el agricultor y el ganadero pueden ahorrar \$25. Es decir, si las partes pueden negociar con éxito entre sí, se alcanzará el resultado eficiente, independientemente de lo que dicte la ley.

Recordemos que el resultado más eficiente es que el agricultor construya una cerca alrededor de sus campos de maíz, y que cuando las partes simplemente respetan la ley sin cooperar, la segunda regla (los derechos de los agricultores) conduce a la aparente ineficiencia de que el *ganadero* construya una cerca alrededor de su rancho. Pero consideremos cómo podría proceder la negociación bajo la segunda regla:

GANADERO: "La ley me hace responsable de construir la cerca. Puedo cercar mi rancho por \$75 al año, mientras que tú puedes cercar tus campos de maíz por \$50 al año. Hagamos un trato. Te pagaré \$50 anuales para que cerces tu campo de maíz".

AGRICULTOR: "Si acepto el trato y me pagas \$50 anuales para que cercue mis campos de maíz, no estaré en mejor situación que si no hiciera nada y tú tuvieras que cercar tu rancho. En cambio, tú ahorrarías \$25. No debería recibir todas las ganancias de la cooperación. Deberías compartir conmigo una parte de las ganancias pagándome más de \$50 anuales para que cercue mis campos de maíz".

GANADERO: "Muy bien. Comparámos el ahorro derivado de la cooperación. Te pagaré \$62.50 anuales y tú construirás la cerca. De esa manera, cada uno de nosotros recibirá la mitad de los \$62.50 ganados por la cooperación".

AGRICULTOR: "De acuerdo".

Adviértase la implicación importante: la cooperación logra que la cerca se construya alrededor de los campos de maíz del *agricultor*, a pesar de que la segunda regla legal (los derechos de los agricultores) estuviese en vigor. La eficiencia de la primera regla legal es aparente, no real. Adviértase también el paralelo existente entre la negociación del derecho de propiedad de un automóvil usado, que examinamos antes, y la negociación sobre los derechos de propiedad de la tierra. Adán es propietario del automóvil, y Blas lo valía más que Adán. Negociando un acuerdo, Adán y Blas pueden crear un excedente y dividirlo entre ellos. De igual modo, la segunda regla legal impone al ganadero la obligación de controlar su ganado, pero el agricultor puede controlarlo a un costo menor que el del ganadero. Al negociar un acuerdo, ambas partes pueden ahorrar costos y dividirse la ganancia entre ellos.⁹

⁹ La situación de negociación es muy diferente si la ley adopta la primera regla (los derechos de los ganaderos) antes que la segunda (los derechos de los agricultores). Según la primera regla, el agricultor es responsable de construir una cerca para mantener al ganado fuera de sus campos de maíz. En estas circunstancias, la cooperación entre el agricultor y el ganadero no ahorra costos en relación con la aplicación de la ley en forma no cooperativa. En consecuencia, según la primera regla, el agricultor construirá la cerca sin ninguna negociación. La primera regla tiene una analogía en el ejemplo del automóvil usado. Recordémos que Blas valía el automóvil más que Adán, por lo que puede crearse un excedente si Adán vende el automóvil a Blas. Si Blas es

Generalicemos lo que hemos aprendido de este ejercicio. Cuando una actividad interfiere con otra, la ley debe decidir si una de las partes tiene derecho a interferir o si la otra parte tiene el derecho de quedar libre de la interferencia. La eficiencia requiere que se asigne el derecho a la parte que lo valde más. Cuando las partes respetan la ley en una manera no cooperativa, la asignación legal de los derechos es importante para la eficiencia. Cuando las partes negocian con éxito, la asignación legal de los derechos no importa para la eficiencia. Esto es, si hay una negociación exitosa, el uso de los recursos (la ubicación de una cerca, el número de cabezas de ganado, la extensión de tierra sembrada en los campos de maíz, etc.) es eficiente, cualquiera que sea la regla legal.

Hemos discutido la "negociación exitosa", pero no hemos analizado por qué las negociaciones unas veces triunfan y otras fracasan. La negociación ocurre mediante la comunicación entre las partes. La comunicación tiene varios costos, tales como la renta de una sala de conferencias, la contratación de una taquígrafa y el tiempo que se gasta en la discusión. Coase utilizó el término "costos de transacción" para referirse a los costos de la comunicación, así como a una diversidad de otros costos que analizaremos más adelante. En efecto, Coase utilizó el término "costos de transacción" para incluir todos los impedimentos de la negociación. Dada esta definición, la negociación *necesariamente* ininicia cuando los costos de transacción son iguales a cero. Podemos resumir este resultado enunciando esta versión del teorema de Coase:

Cuando los costos de transacción son nulos, un uso eficiente de los recursos proviene de la negociación privada, cualquiera que sea la asignación legal de los derechos de propiedad.

Ahora debemos relacionar el teorema de Coase con nuestro proyecto más amplio de desarrollar una teoría económica de la propiedad. El teorema enunciado en abstracto lo que nuestro ejemplo mostró en concreto: si los costos de transacción son nulos, no tenemos que preocuparnos por especificar las reglas legales referentes a la propiedad para alcanzar la eficiencia. La negociación privada se ocupará de cuestiones tales como las cosas que pueden ser objeto de la propiedad, lo que los propietarios pueden o no hacer con su propiedad, etc. Al especificar las circunstancias en las cuales carece de importancia el derecho de la propiedad para el uso eficiente de los recursos, el teorema de Coase esencialmente el propietario del automóvil, no podrá ganarse nada negociando con Adán o cooperando con él. Por lo tanto, el hecho de que Blas sea propietario del automóvil es análogo a los derechos de los ganaderos. En el ejemplo del automóvil, no hay margen para una negociación porque la parte que valde más el automóvil es ya su propietario; en el ejemplo del ganado y el maíz, no hay margen para una negociación porque la parte que puede cercar al ganado a un costo menor está ya obligada a construir la cerca.

cífica implícitamente cuándo es importante el derecho de la propiedad. Para ser más explícitos, posulemos este corolario del teorema de Coase:

Cuando los costos de transacción son lo suficientemente elevados para impedir la negociación, el uso eficiente de los recursos dependerá de la manera en que se asignen los derechos de propiedad.

Para apreciar el corolario, volvamos al ejemplo del ganadero y el agricultor. La negociación de un acuerdo requiere comunicación. Supongamos que la comunicación es costosa. Específicamente, supongamos que los costos de transacción de la negociación ascienden a \$35. Los costos de transacción deben restarse del excedente a fin de calcular el valor neto de la cooperación. Supongamos que prevalece la primera regla legal (los derechos de los agricultores), de modo que puede obtenerse un excedente de \$25 mediante un acuerdo en el que el ganadero pague al agricultor para que cercque sus campos de maíz. El valor neto de la negociación es el excedente cooperativo menos los costos de transacción: $\$25 - \$35 = -\$10$. Al reconocer que el valor neto de la negociación es negativo, las partes no negociarán. Si las partes no negocian, respetarán la ley en una manera no cooperativa. Específicamente, el agricultor reclamará su derecho a verse libre de las invasiones del ganado, y el ganadero cercará el rancho, lo cual es ineficiente. A fin de evitar esta ineficiencia, la ley tendría que adoptar la segunda regla (los derechos de los ganaderos), en cuyo caso las partes no negociarían y alcanzarán la eficiencia respetando la ley de una manera no cooperativa.

Pregunta IV-4: Supongamos que un ferrocarril corre al lado de un campo donde se cultivan productos comerciales. El ferrocarril es movido por una locomotora de vapor que arroja cenizas calientes por la chimenea. De vez en cuando, tales cenizas caen en los cultivos cercanos a la vía y los queman por completo. Supongamos que el agricultor cuyos cultivos se queman pierde \$3 000 anuales por esa razón, y que el costo anual de instalar y dar mantenimiento a un controlador de chispas que impedirá todo daño a los cultivos es de \$1 750 para el ferrocarril. ¿Importará para el uso eficiente de la tierra del agricultor, o para la operación eficiente del ferrocarril, que la ley proteja al agricultor contra la invasión de las chispas o permita que el ferrocarril emita chispas sin ninguna responsabilidad? ¿Por qué sí o por qué no?

El teorema de Coase es tan notable que muchos lo han cuestionado. No podemos discutir aquí esta abundante literatura, pero en las preguntas siguientes hemos incorporado algunos de los puntos más importantes:

Pregunta IV-5: El largo plazo. Algunos comentaristas creen que el teorema de Coase podría ser cierto en el corto plazo, pero no en el largo plazo. En el ejemplo del agricultor y el ganadero, cambiar el uso de los campos requiere cierto tiempo. Por ejemplo, para convertir un campo de pastizales en tierra de cultivo, el agricultor deberá cercar y arar la tierra. La eficiencia del teorema de Coase en el largo plazo depende de la capacidad de la negociación privada para acomodar todos los costos adicionales de alinear el uso de los recursos durante largos períodos a medida que cambian los precios relativos y los costos de oportunidad. Discuta algunas maneras en que un contrato para la cooperación en el largo plazo entre el ganadero y el agricultor diferirían de un contrato para la cooperación en el corto plazo.

Pregunta IV-6: Invariación. Cuando los costos de transacción son nulos, el agricultor cerca el campo de maíz en lugar de que el ganadero cercque el rancho, independientemente de lo que dicte la ley. Advértase que en este ejemplo no cambia el uso de los campos en la ganadería y el cultivo de maíz, cualquiera que sea la asignación inicial de los derechos de propiedad. A esta versión del teorema de Coase se le llama la versión de la *invariación* (porque el uso de los recursos es *invariable* en relación con la asignación de los derechos de propiedad). Esta versión resulta ser un caso especial. El caso más general es aquel en el que la asignación de los recursos será *eficiente* (pero no necesariamente idéntica), cualquiera que sea la asignación de los derechos de propiedad. Habrá una asignación de bienes y servicios eficiente en el sentido de Pareto, pero puede ser difícilmente de la asignación eficiente en el sentido de Pareto que habría resultado de la asignación del mismo derecho a un tercero.

Por ejemplo, supongamos que a los agricultores les gusta comer más maíz y menos carne, mientras que a los ganaderos les gusta comer más carne y menos maíz. Supongamos que agricultores y ganaderos son propietarios de sus tierras, que los costos de transacción son nulos y que la cerca es costosa en relación con sus ingresos. El cambio de "los derechos de los ganaderos" a "los derechos de los agricultores" aumentará el ingreso de los agricultores y disminuirá el ingreso de los ganaderos. En consecuencia, aumentará la demanda de maíz y disminuirá la demanda de carne. La mayor demanda de maíz requiere la siembra y el cultivo de más campos de maíz. Por lo tanto, el cambio de la ley provoca la construcción de más cercas. ¿Recreta la distinción que se establece entre los "efectos precio" y los "efectos ingreso" en la teoría de la demanda? ¿Puede usar dichos conceptos para explicar este ejemplo?

¹⁰ Véanse las diversas versiones del teorema de Coase en Robert D. Coase, "The Coase Theorem", *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, 1987. Por lo que toca a los supuestos especiales que se encuentran detrás de la versión de la invariación del teorema de Coase, véase el diagrama gráfico de Thomas S. Ulen, "Piggybacking a Dead Pig: Professor Joshi on the Coase Theorem", *Wayne Law Review*, vol. 38, 1991, p. 91.

Pregunta IV.7: Efectos de la dación. Encuestas y experimentos revelan que, para renunciar a algo que ya tienen, los individuos demandan, a veces, mucho más de lo que estarían dispuestos a pagar para adquirirlo. Por ejemplo, comparezca una situación en la que los individuos tienen una oportunidad para "vender" a un contaminador el aire limpio que disfrutan ahora, con otra situación en la que los individuos que ahora disfrutan del aire limpio tienen una oportunidad para "comprar" aire limpio a un contaminador. Las pruebas sugieren que los individuos pueden demandar un precio mayor por "vender" un derecho al aire limpio que el que pagarían por "comprar" el mismo derecho. Una "dación" es una asignación inicial de derechos de propiedad. La divergencia existente entre el precio de compra y el precio de venta recibe el nombre de "efecto de la dación", porque el precio varía de acuerdo con la asignación inicial de la propiedad.

¿Por qué los agricultores habrían de asignar un valor diferente al derecho de librarse del ganado invasor, dependiendo de que estuviesen vendiendo o comprando ese derecho? ¿Es racional que se asignen valores diferentes a tales derechos? ¿Cómo complican estas variaciones de la valuación relativa un análisis de eficiencia de la asignación de los derechos de propiedad?

Pregunta IV.8: Normas sociales. Las normas sociales evolucionan a menudo para hacer frente a los costos externos, sin necesidad de negociación o de ley. Por ejemplo, una norma social existente en un condado del norte de California establece que los ganaderos serán responsables de controlar su ganado, aunque algunas partes del condado son "praderas abiertas" (es decir, áreas donde la responsabilidad legal corresponde a los agricultores). Además, los ganaderos y los agricultores de este condado aparentemente no realizan la clase de negociaciones que se incluyen en el teorema de Coase. ¿Cuán notivos son estos hechos para el análisis de Coase? ¿Por qué esperaba usted que los vecinos relacionados desde hace largo tiempo adopten normas eficientes para controlar las externalidades?

B. Los elementos de los costos de transacción

¿Qué son los costos de transacción? ¿Son siempre realmente insignificantes? No podemos usar el teorema de Coase para entender el derecho sin contestar estas preguntas. Los costos de transacción son los costos del intercambio y éste tiene tres pasos. Primero, debe localizarse un socio para el intercambio, lo cual implica encontrar a alguien que desee comprar lo que se quiere vender, o vender lo que se quiere comprar. Segundo, deberá llegarse a un arreglo entre

11 Véase a Robert Ellickson, *Order without Law*, 1991.

las partes que intercambian. Este arreglo se logra mediante una negociación exitosa, lo que podría incluir la redacción de un convenio. Tercero, una vez celebrado un acuerdo, deberá ejecutarse. La ejecución implica monitorear el cumplimiento de las partes y castigar las violaciones al acuerdo. Podemos llamar a las tres formas de los costos de transacción en correspondencia con estos tres pasos de un intercambio, 1) costos de la búsqueda, 2) costos del arreglo y 3) costos de la ejecución.

Pregunta IV.9: Clasifique cada uno de los ejemplos siguientes como un costo de la búsqueda, del arreglo o de la ejecución de un acuerdo para comprar un Chevrolet modelo 1987:

- Regatear el precio.
- Recolectar los pagos mensuales de la compra del automóvil.
- Dejar de trabajar por un tiempo para que el comprador y el vendedor se reúnan.
- Comprar un espacio en la sección de "anuncios clasificados" del periódico.
- Comprar un periódico para ver la sección de "anuncios clasificados".
- El hecho de que el comprador pregunte al vendedor por el sistema de ignición.

¿Cuándo son los costos de transacción elevados y cuándo son bajos? Consideremos esta pregunta examinando los tres elementos de los costos del intercambio. Los costos de la búsqueda tienden a ser elevados en el caso de los bienes o servicios peculiares y bajos en el caso de los bienes o servicios estandarizados. Por ejemplo, encontrar a alguien que venda un Chevrolet modelo 1987 es más difícil que encontrar a alguien que venda un refresco embotellado.

Pasando ahora a los costos del arreglo, adviértase que nuestros ejemplos de negociación suponen que ambas partes conocen los valores de amenaza de la otra parte y la solución cooperativa. Los teóricos de juegos dicen que la información es "pública" en las negociaciones en las que ambas partes conocen estos valores. En cambio, la información es "privada" cuando una de las partes conoce algunos de estos valores y la otra no los conoce. Si las partes conocen los valores de amenaza y la solución cooperativa, podrán calcular condiciones razonables para la cooperación. En general, la información pública facilita el acuerdo permitiendo que las partes calculen condiciones razonables para la cooperación. En consecuencia, las negociaciones tienden a ser simples y fáciles cuando la información acerca de los valores de amenaza y la solución cooperativa es pública. Por ejemplo, las negociaciones para vender una san-
dá son simples porque no hay mucho que saber al respecto.

Por otra parte, las negociaciones tienden a ser complicadas y difíciles cuando la información acerca de los valores de amenaza y la solución cooperativa

es privada. La información privada impide la negociación porque gran parte debe convertirse en información pública antes de que se puedan calcular condiciones razonables para la cooperación. En general, la negociación es costosa cuando es necesario convertir mucha información privada en información pública. Por ejemplo, las negociaciones para la venta de una casa implican muchos problemas de financiamiento, cronología, calidad y precio. El vendedor de una casa sabe mucho más que el comprador acerca los defectos ocultos del inmueble, y el comprador sabe mucho más que el vendedor acerca de su propia capacidad para obtener financiamiento. Cada uno de ellos trata de averiguar estos hechos del otro en el curso de las negociaciones. Hasta cierto punto, las partes pueden estar en disposición de divulgar alguna información. Pero pueden sentirse reacios a divulgarla toda. La participación de cada parte en el excedente cooperativo depende, en parte, de que alguna información se mantenga privada. Pero la celebración del arreglo requiere que alguna información se haga pública. El equilibrio de estos estrómenes conflictivos es difícil y potencialmente costoso.

Hay una literatura abundante sobre los juegos de negociación, incluido gran número de experimentos cuidadosamente contruístos para verificar el teorema de Coase.¹² Una de las conclusiones más sólidas de estos experimentos es que existe mayor probabilidad de que los negociadores cooperen cuando sus derechos están claros y menor probabilidad de que lo hagan cuando sus derechos son ambiguos. Dicho en términos más formales, los juegos de negociación son más fáciles de resolver cuando los valores de amenaza son de conocimiento público. Los derechos de las partes definen sus valores de amenaza en las disputas legales. Una implicación de este hallazgo es que el derecho de la propiedad debería favorecer criterios para la determinación de la propiedad que sean claros y simples. Por ejemplo, un sistema para el registro público de los derechos de propiedad de la tierra evita muchas disputas y facilita el arreglo de las que surjan. De igual modo, es fácil de confirmar el hecho de que alguien posea o use una propiedad. En consecuencia, la ley pondría la posesión y el uso al determinar la propiedad.

La mayoría de nuestros ejemplos de negociación se refieren a dos partes. La comunicación entre dos partes suele ser barata, sobre todo cuando las partes están cercanas entre sí. Pero muchas negociaciones implican a tres o más partes. La negociación se vuelve más costosa y difícil en tal caso, sobre todo si las partes están dispersas entre sí. Este hecho podría explicar que los tratados entre muchas naciones son difíciles de concluir.

¹² Véase a J. Keith Murnighan, *Bargaining Games*, 1982, donde aparece un resumen muy ameno de esta literatura. Por lo que toca a experimentos específicos sobre el teorema de Coase, véase a Elizabeth Hoffman y Matthew Spitzer, "The Coase Theorem: Some Experimental Tests," *Journal of Law and Economics*, vol. 25, 1982, p. 73, y Hoffman y Spitzer, "Experimental Tests of the Coase Theorem with Large Bargaining Groups," *Journal of Legal Studies*, vol. 15, 1986, p. 149.

Por último, es posible que las partes deseen que se redacte un acuerdo, lo que podría ser costoso porque deberán preverse muchas contingencias que puedan surgir para cambiar el valor de la negociación.

Otro obstáculo para la negociación es la hostilidad. Es posible que las partes en disputa tengan preocupaciones emocionales que interfieran con el acuerdo racional, como ocurre cuando un divorcio se pelea con acrimonia. Quiénes se odian disienten a menudo acerca de la división del excedente cooperativo, aunque todos los hechos relevantes sean del conocimiento público. Por ejemplo, muchas jurisdicciones tienen reglas para dividir la propiedad en caso de divorcio que son simples y previsibles para la mayoría de los matrimonios sin hijos. Sin embargo, una porción considerable de estos divorcios se litiga en los tribunales en lugar de arreglarse mediante la negociación. En estas circunstancias, los abogados pueden facilitar las negociaciones interponiéndose entre las partes hostiles.

Pero aun cuando no haya hostilidad, la negociación puede ser costosa porque los negociadores se comporten de modo poco razonable, por ejemplo, presionando demasiado a su favor (lo que los abogados llaman "exageración"). Un aspecto esencial de la negociación es la elaboración de una estrategia. Para hacerlo, cada una de las partes trata de adivinar cuánto estará dispuesta a conceder la otra parte. Si una de ellas calcula mal la determinación de la otra parte, ambas se sorprenderán de ver que la otra parte no cede, de modo que las negociaciones podrían fracasar. Los malos cálculos son probables cuando las partes no se conocen entre sí, cuando las diferencias culturales oscurecen la comunicación o cuando las partes están comprometidas con posiciones morales calificativas acerca de lo que es justo.

Los costos de la ejecución, el tercero y último de los elementos de los costos de transacción, surgen cuando se requiere tiempo para el cumplimiento de un acuerdo. Un acuerdo que se puede cumplir de inmediato no tiene costos de ejecución. Tenemos un ejemplo en el intercambio simultáneo, en el que doy un dólar y recibo una sandía. En el caso de las transacciones complejas, monitorear el comportamiento y castigar las violaciones del acuerdo pueden ser costosos. Por ejemplo, consideremos el caso anterior, en el que Blogs desea drenar un pantano de su propiedad para desarrollarlo como área residencial. Supongamos que el municipio le permite construir en una pequeña parte del pantano, a condición de que no dañe el resto. Algunos funcionarios deberán vigilarlo para asegurarse de que cumple su promesa. Además, los funcionarios podrían requerir que Blogs otorgue una fianza, la que será confiscada si daña el resto del pantano y devuelve si completa la construcción sin hacer daño. En general, los costos de la ejecución serán bajos cuando las violaciones del acuerdo puedan observarse fácilmente y la administración del castigo sea barata. Resumamos lo que hemos aprendido acerca de los costos de transacción. Las transacciones tienen tres etapas, cada una de las cuales tiene un tipo de

CUADRO IV.3. Factores que afectan los costos de transacción

Costos menores	Costos mayores
1. Bien o servicio estandarizado	1. Bien o servicio peculiar
2. Derechos claros, simples	2. Derechos inciertos, complejos
3. Pocas partes	3. Muchas partes
4. Partes amistosas	4. Partes hostiles
5. Partes que se conocen	5. Partes que no se conocen
6. Comportamiento razonable	6. Comportamiento poco razonable
7. Intercambio instantáneo	7. Intercambio demorado
8. Sin contingencias	8. Numerosas contingencias
9. Bajos costos de monitoreo	9. Altos costos de monitoreo
10. Castigos baratos	10. Castigos costosos

costo especial: costos de la búsqueda, costos del arreglo y costos de la ejecución. Estos costos varían a lo largo de un espectro, desde cero hasta infinitamente grandes, dependiendo de la transacción. En el cuadro IV.3 se resumen las características de las transacciones que afectan sus costos.

Pregunta IV.1a: Ordene las seis transacciones siguientes de menor a mayor costo de transacción. Explique su ordenamiento por referencia a los costos de la búsqueda, del arreglo y de la ejecución. (No hay una respuesta correcta única.)

- Contratar matrimonio.
- Comprar una alcañola.
- Adquirir un permiso para pasar una línea de gas por la propiedad de un vecino.
- Vender una franquicia de Burger King.
- Ir a la universidad.
- Comprar una garantía para un automóvil nuevo.

C. Nivel de los costos de transacción y la regla legal apropiada

El teorema de Coase sostiene que el uso eficiente de los recursos no depende de la asignación de los derechos de propiedad en situaciones de costos de transacción nulos. Esto implica que la asignación de los derechos de propiedad podría ser crucial para el uso eficiente de los recursos cuando los costos de transacción *no* son nulos (una cuestión de la que nos ocuparemos en la sección siguiente). En la sección anterior dijimos que los costos de transacción se distribuyen a lo largo de un espectro que va de cero a infinitamente grande. Ahora

debemos tratar de llevar este tema a alguna conclusión práctica siendo más específicos acerca de la relación existente entre el nivel de los costos de transacción y la regla legal apropiada.

Supongamos que expresamos primero en forma gráfica el argumento de la sección anterior en el sentido de que los costos de transacción se encuentran en un espectro que va de cero a infinito, como el de la figura IV.1. Podemos asignar cualquier transacción potencial a algún punto del espectro, dependiendo de nuestra evaluación del nivel de los costos de transacción (como lo sugieren los factores del cuadro IV.3). Luego debemos preguntarnos si estos costos son lo suficientemente bajos para dejar que la negociación determine el uso eficiente de los recursos involucrados, o tan elevados que la negociación fracasará, de modo que se requiera alguna alternativa a la negociación.

Habrà en el espectro un umbral de los costos de transacción que lo divida en una región donde la negociación funcionará y otra donde no lo hará. La figura IV.1 presenta un ejemplo del punto donde podría trazarse una línea del umbral.

Las personas razonables pueden tener ideas muy diferentes acerca de la ubicación de ese umbral. ¿Qué ocurre cuando los individuos tienen opiniones diferentes acerca de cuándo funcionará la negociación y cuándo fracasará? La figura IV.2 examina esta cuestión. La persona cuyas opiniones se indican por arriba del espectro ubica el umbral a un nivel relativamente elevado de los costos de transacción, indicado por la línea *E*. Esta persona cree que la negociación puede triunfar incluso a un nivel relativamente elevado de los costos

FIGURA IV.1. Nivel del umbral de los costos de transacción que distingue las áreas en las que se aplica el teorema de Coase y las áreas en las que no se aplica

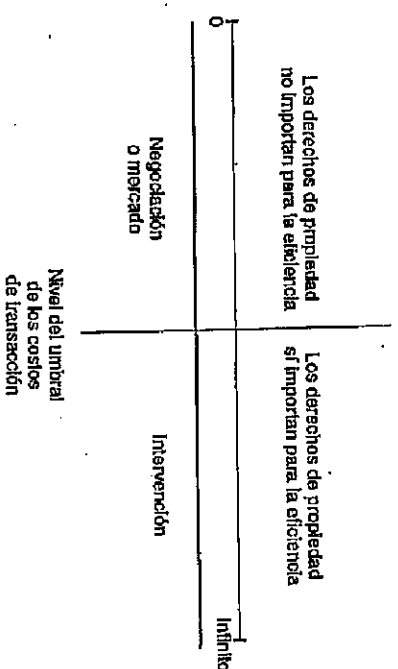
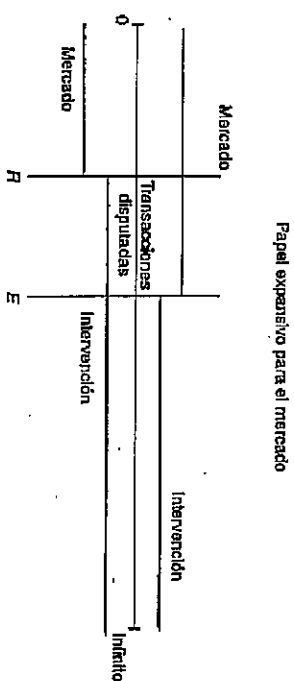


FIGURA IV.2. *Diferentes niveles del umbral de los costos de transacción, con diferentes opiniones acerca de la regla legal apropiada en las disputas de la propiedad*



de transacción. La persona cuyas opiniones se indiquen por debajo del espectro ubica el umbral a un nivel menor de los costos de transacción, indicado por la línea *R*. Esta persona cree que la negociación triunfará en un número menor de situaciones. Por lo tanto, está dispuesta a intervenir legalmente en más situaciones que la persona cuyas opiniones se indican por encima del espectro. Podríamos caracterizar estos dos puntos de vista como uno que favorece un papel (relativamente) expansivo para la negociación sin obstáculos y otro que favorece un papel (relativamente) restrictivo para la negociación al decidir temas de asignación eficiente de los recursos.

Adviértase que estas dos personas convienen en que la intervención legal mejora la eficiencia en todas las situaciones donde los costos de transacción se encuentran por encima de la línea *E*, y que la negociación sin obstáculos triunfa en todas las situaciones en que los costos de transacción se encuentran por debajo de la línea *R*. No se ponen de acuerdo acerca de si la negociación o la intervención legal es el medio más apropiado para las transacciones que se encuentran entre las dos líneas verticales.

Consideremos un ejemplo. Supongamos que surge una disputa acerca de la regla legal apropiada para el derecho de fumar cigarrillos, puros o pipas en los restaurantes. ¿Deberían decidir por sí mismos los restaurantes si permiten fumar y en qué medida, o debería haber una regulación legal de la cantidad y la clase de lo que se fuma en los restaurantes? Quien crea que la negociación puede triunfar en un conjunto amplio de situaciones podría aceptar que la negociación privada entre fumadores, no fumadores y dueños de restaurantes resuelva el asunto. Los fumadores pueden pagar a los no fumadores para que les permitan fumar en los restaurantes. O los no fumadores pueden pagar a

los fumadores para que no fumen en los restaurantes. De cualquier manera, la actividad más valiosa prevalecerá. Alternativamente, los dueños de restaurantes tienen un incentivo (la maximización de sus beneficios) para distribuir de manera más eficiente su espacio en el restaurante entre fumadores y no fumadores.

Otros podrían creer que los costos de transacción entre fumadores y no fumadores en los restaurantes son tan elevados que impiden una solución negociada para sus intereses en conflicto. Estas personas temen que ocurra un comportamiento desagradable y antisocial entre fumadores y no fumadores. El gobierno no debe delegar la tarea de separar a estas partes potencialmente guerreras en la negociación, ni a los dueños de restaurantes. Más bien, el gobierno debe intervenir y encontrar una solución. Por ejemplo, el gobierno podría exigir que los restaurantes tengan áreas separadas para los no fumadores. Esta descripción estilizada de la aplicación práctica del teorema de Coase indica la existencia de una fuente común de desacuerdo entre los analistas por lo que toca a las cuestiones de la política pública.

Pregunta IV.11: ¿Se pondrán o no se pondrán de acuerdo los individuos cuyos valores de umbral para los costos de transacción difieran como se muestra en la gráfica IV.2, acerca del método apropiado para asignar derechos de propiedad de fumar o verse libres del humo en las situaciones siguientes?

- Fumar en una residencia privada.
- Fumar en un área pública tal como un centro comercial, una sala de conciertos cerrada o un estadio al aire libre.
- Fumar en los cuartos de un hotel.
- Fumar en los vuelos de aerolíneas comerciales.

¿Cuáles clases de argumentos formularán los dos individuos en favor y en contra de una negociación o de medios más intervencionistas para abordar cada problema?

D. *Teoremas normativos de Hobbes y de Coase*

Hasta aquí hemos hablado como si la única lección del teorema de Coase para el derecho de la propiedad fuese que la ley debe determinar el nivel de los costos de transacción y reaccionar en consecuencia. Pero podemos ir más allá.

Hasta ahora, hemos señalado los costos de transacción como si fuesen exógenos al sistema legal, es decir, como si fuesen determinados tan sólo por características objetivas de las situaciones de negociación, fuera del dominio

de la ley. No siempre ocurre así. Algunos costos de transacción son *endógenos* al sistema legal en el sentido de que las reglas legales pueden disminuir los obstáculos existentes para la negociación privada. El teorema de Coase sugiere que la ley puede alentar la negociación reduciendo los costos de transacción.

La reducción de los costos de transacción "lubrica" la negociación. Una forma importante en que la ley puede hacer esto es la definición de derechos de propiedad simples y claros. Es más fácil negociar cuando los derechos legales son simples y claros que cuando son complicados e inciertos. Por ejemplo, la regla de "el que es primero en tiempo es primero en derecho" es una forma simple y clara de determinar los derechos de propiedad. De igual modo, el requisito del registro público de los derechos de propiedad vuelve más fácil la determinación de la propiedad. En este libro se muestran muchos ejemplos de otros procedimientos utilizados por la ley para lubricar la negociación. Al hacer esto, la ley permite que las partes privadas intercambien derechos legales, liberando así a los legisladores de la difícil tarea de asignar eficientemente los derechos legales.

Podemos formalizar este principio como el *teorema normativo de Coase*:

Estructurar la ley de tal modo que se eliminen los impedimentos para los acuerdos privados.

El principio es "normativo" porque ofrece una guía a los legisladores. Se inspira en el teorema de Coase porque supone que el intercambio privado puede asignar eficientemente los derechos legales.

Además de estimular la negociación, un sistema legal trata de minimizar los desacuerdos y la falta de cooperación, que son costosos para la sociedad. La importancia de minimizar las pérdidas derivadas de los desacuerdos era especialmente apreciada por Thomas Hobbes, el filósofo inglés del siglo XVII, quien creía que los individuos raras veces serían lo suficientemente racionales para convenir una división del excedente cooperativo, aunque no existiesen impedimentos graves para la negociación.¹³ Su codicia natural los llevaba a pelear, a menos que un tercero más fuerte los obligara a ponerse de acuerdo. Estas consideraciones sugieren el siguiente principio del derecho de la propiedad, el que podemos designar como el *teorema normativo de Hobbes*:

¹³ En virtud de que Hobbes escribió en el siglo XVII, no se expresó exactamente en estos términos, pero esta clase de argumentación impregna su obra clásica, *Leviathan*, 1651.

Estructurar la ley de tal modo que se minimice el daño causado por las fallas de los acuerdos privados.¹⁴

De acuerdo con este principio, la ley debería diseñarse de tal modo que impida las amenazas coercitivas y elimine asimismo la capacidad destructiva del desacuerdo.

Cuando las partes no pueden llegar a un acuerdo privado, pierden el excedente derivado del intercambio. Para minimizar el daño resultante, la ley debería *asignar los derechos de propiedad a la parte que los valía más*. Al asignar los derechos de propiedad a la parte que los valía más, la ley vuelve innecesario el intercambio de derechos y así ahorra el costo de una transacción. Por ejemplo, el teorema normativo de Hobbes exige a la ley la creación de "praderas abiertas" (derechos de los ganaderos), antes que "praderas cerradas" (derechos de los agricultores), en situaciones correspondientes a nuestro ejemplo anterior.

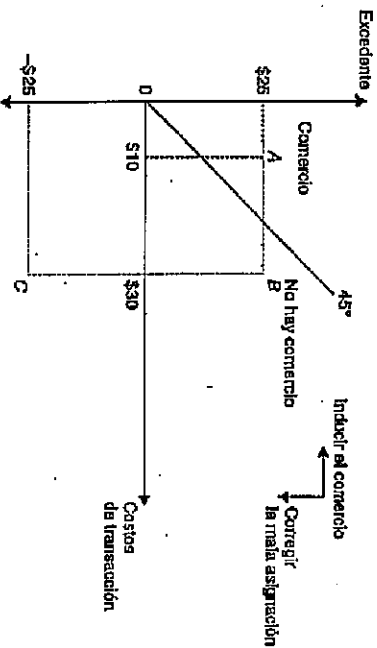
Estos dos principios normativos del derecho de la propiedad —minimizar el daño causado por los desacuerdos privados acerca de la asignación de los recursos (el teorema normativo de Hobbes) y minimizar los obstáculos a los acuerdos privados sobre la asignación de los recursos (el teorema normativo de Coase)— tienen una amplia aplicación en el campo del derecho. En combinación con el teorema de Coase discutido antes y su corolario, estos principios forman el meollo de nuestro análisis económico del derecho de la propiedad en lo que resta de este capítulo y en el siguiente.

E. Representación gráfica de Coase y de Hobbes

Podemos representar gráficamente estos dos teoremas. En el eje vertical de la gráfica IV.1 se representa el excedente derivado de la transferencia de un derecho legal de la parte que lo posee ahora a la otra parte. Para ilustrar esto, volvamos a nuestro ejemplo del agricultor y el ganadero, donde la transferencia de la obligación de cercar del ganadero (derechos de los agricultores) al agricultor (derechos de los ganaderos) crea un excedente de \$25. Por ejemplo, "\$25" en el eje vertical indica el excedente derivado del intercambio cuando la regla es la de "los derechos de los agricultores". Invirtamos ahora el ejemplo. En lugar de suponer que el ganadero tiene la obligación de cercar (derechos de los agricultores), supongamos que el agricultor tiene la obligación de cercar (derechos de los ganaderos). La transferencia de la obligación de cercar

¹⁴ Coase desarrolla esta idea extensamente en "The Cost of Coase", *Journal of Legal Studies*, vol. 11, 1962, p. 1.

GRÁFICA IV.1. Representación gráfica de los teoremas normativos de Coase y de Hobbes.



del agricultor (derechos de los ganaderos) al ganadero (derechos de los agricultores) crea un excedente de -\$25. Por lo tanto, -\$25 en el eje vertical indica el excedente derivado del intercambio cuando la regla es la de "los derechos de los ganaderos".

Existe un excedente positivo en la transferencia de un derecho legal por el que el legislador asigna inicialmente el derecho a la parte errada. La asignación "inicial" se refiere a la asignación existente antes de que las partes privadas reasignen los derechos negociando entre sí. La parte "errada" se refiere a alguien que valía el derecho menos que otra persona. Cuando la ley asigna un derecho a alguna persona que lo valía menos que otra, las partes pueden obtener un excedente intercambiando el derecho. Y dicho intercambio corrige la mala asignación inicial de los derechos por obra de la ley.

El eje horizontal de la gráfica IV.1 mide los costos de transacción del intercambio privado de un derecho legal. En el mundo ideal del teorema de Coase, los costos de transacción son nulos. En la gráfica IV.1, los costos de transacción son nulos a lo largo del eje vertical. Sin embargo, en realidad, los costos de transacción son positivos, no nulos, para el intercambio privado de los derechos legales. Cuando los costos de transacción son positivos, deberán restarse del excedente para calcular el beneficio neto del intercambio privado. Por ejemplo, si el excedente derivado del intercambio es de \$25, y los costos de transacción del intercambio privado son \$10, el beneficio neto del intercambio privado del derecho legal es de \$15. Estos hechos se representan en la gráfica IV.1 por el punto (25, 10), que se denomina A.

Alternativamente, sea que el beneficio siga siendo de \$25, pero que el costo de transacción sea de \$30. Ahora las partes obtendrán un beneficio neto de $\$25 - \$30 = -\$5$ de un acuerdo privado. Estos hechos se presentan en la gráfica por el punto (25, 30), que se denomina B.

La eficiencia requiere el intercambio privado del derecho legal siempre que el excedente supere a los costos de transacción. En cualquier punto por encima de la línea de 45°, el excedente supera a los costos de transacción. Por lo tanto, la eficiencia requiere el intercambio privado del derecho legal para todos los puntos por encima de la línea de 45°. Por otra parte, la eficiencia requiere que no se intercambie el derecho legal siempre que los costos de transacción superen al excedente. Por lo tanto, la eficiencia requiere que no haya intercambio privado del derecho legal para todos los puntos por debajo de la línea de 45 grados.

¿Cuándo ocurrirá en efecto el intercambio privado? Si los costos de transacción superan al excedente, el beneficio neto del intercambio privado es negativo. En otras palabras, por lo menos una de las partes perderá por el intercambio privado. Una persona racional no negociará voluntariamente una pérdida. Por lo tanto, no ocurrirá el intercambio entre personas racionales cuando el beneficio neto sea negativo. Este hecho se indica en la gráfica IV.1 por la denominación de "no hay comercio" para los puntos por debajo de la línea de 45°. Por ejemplo, el intercambio privado de derechos legales no ocurrirá en el punto B.

En cambio, si el excedente supera a los costos de transacción, el beneficio neto del intercambio privado es positivo. En otras palabras, ambas partes pueden ganar con el intercambio privado. Las personas racionales por lo general comerciarán cuando ambas puedan beneficiarse. En consecuencia, el intercambio privado usualmente ocurrirá entre personas racionales cuando el beneficio neto sea positivo. Este hecho se indica en la gráfica por la denominación de "comercio" para los puntos por encima de la línea de 45°. Por ejemplo, el intercambio privado de derechos legales ocurrirá en el punto A. Adviértase que para todos los puntos por encima de la línea de 45°, las partes comerciarán hasta que el derecho legal quede en manos de la parte que lo vala más, aunque la ley haya asignado inicialmente el derecho a la parte que lo valaba menos.

Podemos utilizar la gráfica IV.1 para ilustrar dos formas en que la ley puede aumentar la eficiencia cuando los costos de transacción son positivos. En primer lugar, la ley puede inducir el intercambio privado reduciendo los costos de transacción. Para ilustrar esto con nuestro ejemplo del agricultor y el ganadero, supongamos que la ley asigna la obligación de cercar al ganadero (derechos de los agricultores), de modo que podría obtenerse un excedente de \$25 transfiriendo la obligación de cercar del ganadero al agricultor (derechos de los ganaderos). Pero supongamos que los costos de transacción del intercam-

bio privado ascenden a \$35, de modo que la transferencia está bloqueada. Si la ley puede reducir los costos de transacción del intercambio, de \$35 a \$10, los costos de transacción ya no bloquearán el intercambio privado. Cuando éste no está bloqueado, la obligación del ganadero de construir la cerca (derechos de los agricultores) podrá transferirse al agricultor (derechos de los ganaderos), creando así un beneficio neto de \$15. En los términos de la gráfica, suponemos que la situación inicial corresponde a *B*, pero la ley induce el intercambio y cambia la situación a *A*. En general, el estímulo de la ley corresponde a un movimiento de derecha a izquierda en la gráfica IV.1. Cuando la ley induce el intercambio privado en medida suficiente para cruzar la línea de 45° desde abajo, la ley permite que ocurra un intercambio de derechos legales que de otro modo no ocurriría.

En segundo lugar, la ley puede asignar derechos a la parte que los valde más. Para ilustrar esto con nuestro ejemplo del agricultor y el ganadero, supongamos, como antes, que la ley asigna la obligación de cercar al ganadero (derechos de los agricultores), de modo que podría obtenerse un excedente de \$25 transfiriendo la obligación de cercar del ganadero al agricultor (derechos de los ganaderos). Supongamos, también como antes, que los costos de transacción del intercambio privado ascenden a \$35, de modo que la transferencia está bloqueada. Por último, suponemos que la ley no puede reducir los costos de transacción del intercambio. El otro remedio posible consiste en cambiar la ley y asignar la obligación de cercar al agricultor (derechos de los ganaderos) y no al ganadero (derechos de los agricultores). Si el agricultor tiene la obligación de cercar, los derechos legales se asignan eficientemente. Cuando el derecho ya se ha asignado de manera eficiente, el intercambio del derecho produciría un excedente negativo. En nuestro ejemplo, el excedente negativo ascende a -\$25, lo que corresponde al punto *C* en la gráfica IV.1. En consecuencia, el cambio de la ley, de los derechos de los agricultores a los derechos de los ganaderos, corresponde a un movimiento de *B* a *C* en la gráfica. En general, el cambio de la ley para reasignar los derechos legales, de la parte que los valde menos a la parte que los valde más, corresponde a un movimiento hacia abajo en la gráfica IV.1. Cuando la ley reasigna los derechos legales en medida suficiente para cruzar el eje horizontal desde arriba, la ley vuelve innecesario el intercambio privado.

La gráfica IV.1 ilustra que, al asignar los derechos inicialmente a la parte que los valde más, los legisladores ahorran a la sociedad el costo de transacción del intercambio de los derechos. Pero a menudo los legisladores no saben quién valde más los derechos, y descubrirlo puede resultar muy difícil. Por ejemplo, consideremos el problema de discernir el costo de la cerca de los cultivos del agricultor. Cuando declara en el tribunal, el agricultor tiene un incentivo para exagerar tales costos. Conociendo este hecho, el juez y el jurado no saben con seguridad si deben creerle al agricultor. Como otro ejemplo,

supongamos que los tribunales deben compensar a los dueños de Blackacre, que ha sido propiedad de la familia Gascoyne-Stubbs durante 15 generaciones. Blackacre tiene un valor de mercado de \$1 millón. Su actual propietario, Brewster Gascoyne-Stubbs, debe valorarlo en más de \$1 millón, porque de otro modo ya lo habría vendido. ¿Pero cuánto más? Los tribunales y los legisladores no lo pueden saber, sobre todo porque, cuando se le interroga al respecto, el señor Gascoyne-Stubbs tiene incentivos para exagerar.

Los legisladores eficientes afrontan, aparentemente, un dilema entre los costos de transacción y los costos de información. Siguiendo estrictamente el precedente, los tribunales evitan los costos de información necesarios para determinar quién valde más un derecho y dejan a las partes los costos de transacción del intercambio de derechos legales que puedan existir. Al determinar quién valde más un derecho legal, los tribunales libieran a las partes de los costos de transacción de los derechos legales, pero incurren en los costos de información para determinar quién valde más un derecho. La eficiencia requiere que los tribunales hagan lo que sea más barato. Para formalizar este enunciado, sea que *CI* denote el costo de información que debe asumir un tribunal para determinar quién valde más un derecho legal. Sea que *CT* indique el costo de transacción del intercambio de derechos legales. Los tribunales eficientes seguirían la siguiente regla:

$$\begin{aligned} CI < CT &\Rightarrow \text{asignar el derecho legal inicialmente} \\ &\text{a la persona que lo valde más;} \\ CT < CI &\Rightarrow \text{seguir estrictamente el precedente.} \end{aligned}$$

Pregunta IV.12:

- Cuando los costos de transacción son lo suficientemente bajos, se dará la asignación eficiente de los recursos independientemente de la asignación particular de los derechos de propiedad. Cuando los costos de transacción son lo suficientemente elevados, la asignación eficiente de los recursos requiere que se asignen los derechos de propiedad a la parte que los valde más. ¿Cómo se indica este umbral en la gráfica IV.1?
- Para alcanzar la eficiencia cuando los costos de transacción son elevados, los tribunales deben asignar el derecho legal a la parte que lo valde más. Utilice la gráfica IV.1 para explicar esta proposición.
- ¿Puede usted utilizar el teorema normativo de Hobbes para justificar la legislación reguladora del proceso de negociación colectiva entre los empleadores y los sindicatos?
- Cuando los individuos disienten fuertemente, pueden tratar de hacerse daño entre sí, o pueden abandonar un intercambio potencialmente rentable. ¿Qué respuesta sugiere el teorema normativo de Hobbes que debería dar la ley a estas dos posibilidades?

5. ¿CÓMO SE PROTEGEN LOS DERECHOS DE PROPIEDAD?

Ahora tenemos los elementos necesarios para contestar una de las cuatro preguntas fundamentales acerca del derecho de la propiedad que formulamos al inicio de este capítulo: "¿Qué remedios existen para la violación de los derechos de propiedad?" Esta pregunta se refiere a la forma en que debería de responder un tribunal cuando una persona o el gobierno interfieren con los derechos de propiedad de alguien. Nuestra discusión en este capítulo se concentrará en la interferencia de parte de una persona. En el capítulo siguiente consideraremos la interferencia gubernamental.

A. Pago de daños y mandatos judiciales

Antes que nada, necesitamos ciertos antecedentes. Los remedios de que dispone un tribunal del derecho común son *legales* o *equitativos*. El principal remedio legal es el pago de *daños monetarios compensatorios* que el demandado debe hacer al demandante. Esos daños son una suma de dinero que compensa al demandante por los perjuicios que le ha infligido el demandado. El tribunal determina la suma de dinero apropiada que, como suele decirse, "sanará al demandante". La medición de esta suma es un tema complejo en sí mismo, del que nos ocuparemos más adelante.¹⁵ El remedio *equitativo* es una orden expedida por el tribunal para que el demandado realice un acto o se abstenga de actuar en una forma particular. Esta orden asume con frecuencia la forma de un *mandato* que "prohíbe" al demandado hacer o abstenerse de un acto específico.¹⁶

Adviértase que el remedio legal "mira hacia atrás" en el sentido de que compensa a un demandante por un daño que ya ha sufrido, mientras que el remedio equitativo "mira hacia adelante" en el sentido de que impide que un demandado cause un daño al demandante en el futuro. Por lo tanto, un tribunal puede combinar las dos formas de remedio, otorgando la compensación de los daños monetarios provocados por acciones pasadas y prohibiendo los actos que puedan causar daño en el futuro.

¹⁵ Hay otras dos cosas que usted debe saber. Primero, si un demandado no paga los daños a que lo condena un tribunal, su propiedad podrá ser embargada y vendida para ejecutar el fallo. Segundo, los daños compensatorios deben distinguirse de los *daños punitivos*, que son daños monetarios por encima de los daños compensatorios a cuyo pago se condena al demandado. El propósito de los daños punitivos es el de castigar al demandado, no el de compensar al demandante. En el capítulo IX discutiremos los daños punitivos.

¹⁶ Las consecuencias para un demandado que viole un decreto equitativo son mucho más graves que las de dejar de pagar una condena monetaria. El hecho de que un demandado no cumpla un mandato judicial no sólo causa una pérdida para el demandante, sino que también constituye un insulto para la autoridad del tribunal. Un demandado que no cumpla con una orden equitativa puede ser declarado en rebelión contra el tribunal y encarcelado hasta que acepte cumplir la orden.

El pago de daños constituye el remedio habitual para el incumplimiento de promesas y los accidentes, mientras que el mandato es el remedio habitual para los actos de apropiación, invasión o interferencia con la propiedad de otro. En otras palabras, el pago de daños es el remedio habitual en el derecho de los contratos y los ilícitos culpables, mientras que el mandato es el remedio habitual en el derecho de la propiedad. Por ejemplo, el agricultor tendrá que pagar daños al ganadero por el incumplimiento de un contrato que lo obliga a entregar heno o por haber disparado accidentalmente a la vaca del ganadero cuando andaba cazando. Pero si el ganado invade los cultivos del agricultor (y si los agricultores tienen derecho a quedar libres de las depredaciones del ganado descarriado), es probable que el tribunal conceda el pago de daños por los perjuicios del pasado y mande al ganadero que controle su ganado en el futuro.

B. La invasión y la compañía de electricidad: un ejemplo

Un mandato podría aparecer como la proscripción absoluta de un acto. Por ejemplo, si el tribunal condenara la invasión futura de los campos de maíz del agricultor por el ganado del ganadero, podríamos interpretar que eso significa que el ganadero tendrá que erigir una cerca. Eso es un error. El remedio por mandato no impide que el ganado del ganadero invada la propiedad del agricultor, sino tan sólo que ocurra sin el consentimiento del agricultor. El agricultor queda en libertad para celebrar un contrato por el que prometa *no* aplicar el mandato. Así, el agricultor podría comprometerse a no aplicar el mandato a cambio de que el ganadero le pague cierta suma de dinero.

Dados estos hechos, el derecho a un mandato debería considerarse como una clara asignación de un derecho de propiedad. Una vez que el derecho de propiedad está claramente asignado, su propietario podrá negociar su venta. Por ejemplo, si el tribunal prohibió al ganadero que su ganado invadiera las tierras del agricultor en el futuro, eso podría verse como una declaración de que el agricultor tiene el derecho legalmente exigible a verse libre de la invasión del ganado. Si el valor que el ganadero le asigna al hecho de que se le permita invadir la propiedad del agricultor es mayor que el valor que el agricultor le asigna al hecho de quedar liberado de la invasión, entonces habrá lugar para una negociación en la que el ganadero compre el derecho al agricultor.

La mayoría de las disputas legales se arreglan mediante una negociación entre las partes, sin acudir a un juicio, pero los términos de la negociación se ven afectados por el remedio de que se dispondría en el juicio.¹⁷ Específicamente, los términos de la negociación son diferentes dependiendo de que

¹⁷ Aquí se habla de "negociar a la sombra de la ley".

el remedio sea el pago de daños o un mandato. Un ejemplo tomado del capítulo 1 le ayudará a entender la relación existente entre los remedios y las negociaciones.

Los hechos: La Compañía Eléctrica E emite humo que ensucia la ropa de la Lavandería L . Nadie más se ve afectado porque E y L están cerca una de otra y lejos de todos los demás. E puede abaratar este costo externo instalando limpiadores en sus chimeneas, mientras que L puede reducir el daño instalando filtros en su sistema de ventilación. La instalación de cepillos por E , o de filtros por L , elimina por completo el daño causado por la contaminación. El cuadro IV.4 muestra los beneficios de cada compañía, dependiendo de la acción que se realice para reducir la contaminación. (Los beneficios que se muestran en la matriz excluyen toda compensación que pudiera pagarse o recibirse a resultas de una disputa legal.)

Las cifras del cuadro IV.4 pueden explicarse de la manera siguiente. Cuando E no instala limpiadores, sus beneficios son 1 000 (independientemente de lo que haga la lavandería). Cuando L no instala filtros y no sufre daños por la contaminación (porque E ha instalado limpiadores), los beneficios de L son 300. La contaminación destruye 200 de los beneficios de L , la cual puede evitar esto instalando filtros a un costo de 100, o E puede evitarlo instalando limpiadores a un costo de 500. Verifique si puede utilizar estos hechos para explicar las cifras del cuadro.

Por definición, el resultado más eficiente es una situación en la que los beneficios totales para las dos partes, llamados los "beneficios conjuntos", son los más altos posibles. Los beneficios conjuntos se calculan sumando las dos cifras de cada celda del cuadro. Los beneficios conjuntos se maximizan en la celda noreste, donde se alcanzan 1 200 cuando E no instala limpiadores y L instala filtros.

El daño causado por la contaminación representa una fuente de disputa entre E y L , quienes pueden arreglar su desacuerdo y cooperar entre sí, o pueden dejar de cooperar y litigar su disputa. Nos interesa determinar aquí cómo el remedio disponible en un tribunal puede inducir a las partes a alcanzar la solución eficiente y así minimizar el daño de la contaminación.

Supongamos que E y L litigan su desacuerdo. Tres reglas de la ley podrían aplicarse en el evento de un juicio:

1. E está en libertad para contaminar.
2. L tiene derecho a obtener de E el pago de daños. (El pago de daños es una suma de dinero que E paga a L para compensar la reducción de los beneficios de L por causa de la contaminación de E .)

CUADRO IV.4. Beneficios antes de la acción legal

	Lavandería			
	Sin filtro		Con filtro	
Compañía eléctrica	Sin limpiadores		Con limpiadores	
	100; 1 000	200; 1 000	300; 500	200; 500

NOTA: Los beneficios de la lavandería aparecen primero en cada celda; los beneficios de la compañía eléctrica aparecen en segundo término en cada celda.

3. L tiene derecho a que se expida un mandato que prohíba a E contaminar. (Un mandato es una orden expedida por un tribunal para que E deje de contaminar.)

Determinemos el valor de la solución no cooperativa de acuerdo con cada una de estas reglas.

Principiando con la regla 1, si E está en libertad de contaminar, la acción más rentable para E consiste en abstenerse de instalar limpiadores y ganar beneficios de 1 000. La respuesta más rentable para L consiste en instalar filtros y ganar beneficios de 200. Por lo tanto, el valor no cooperativo de la regla de la libertad para contaminar es 1 200. Ésta es la solución eficiente, que se encuentra en la celda noreste del cuadro.

Pasando a la regla 2, si E debe pagar daños a L por contaminar, entonces L no se molestará en instalar filtros. E tendrá que pagar a L daños iguales a la diferencia existente entre los beneficios que gana L cuando no hay contaminación, 300, y los beneficios que gana L cuando hay contaminación, 100. E puede elegir entre la instalación de limpiadores y el pago de daños a L por la suma de 200. La alternativa más rentable consiste en que E no instale los limpiadores; inicialmente obtiene 1 000 en beneficios, de los que debe restar 200 para pagar los daños, de modo que E se queda con beneficios netos de 800. L obtiene beneficios netos de 300 (100 de sus operaciones más 200 de E). El valor no cooperativo según la regla 2 (una regla de responsabilidad por el pago de los daños) es entonces $1 100 = 300 + 800$. Éste es el valor que aparece en la celda noreste del cuadro.

Pasando ahora a la regla 3, si se ordena a E que se abstenga de contaminar y responda instalando limpiadores, obtendrá 500 de beneficios. Cuando E instala limpiadores, L no se molestará en instalar filtros, de modo que obtendrá 300 de beneficios. Por lo tanto, el valor no cooperativo de acuerdo con la regla que prohíbe la contaminación es $800 = 500 + 300$, que corresponde a la celda suroeste del cuadro.

Bajo el supuesto pesimista de que E y L no pueden cooperar, sólo una de las reglas legales produce un resultado eficiente: la regla 1. En lugar de for-

mular el supuesto pesimista de que las partes no podrán cooperar; supongamos que formulamos el supuesto optimista de que las partes pueden arreglar su desacuerdo de manera cooperativa. (Estamos suponiendo que los costos de transacción son muy bajos.) Cuando E y L cooperan, su mejor estrategia consiste en maximizar los beneficios conjuntos de ambas empresas, y los beneficios se maximizan cuando las partes toman el curso de acción eficiente, el cual en este caso es que L instale filtros y E no instale limpiadores, con lo que se obtienen beneficios conjuntos de 1200. Ésta es la solución eficiente de la celda noroeste.

Así pues, hay dos procedimientos para alcanzar la solución eficiente. Un procedimiento consiste en que la ley adopte la regla para la cual es eficiente la solución, no cooperativa. Esta solución es recomendada por el teorema normativo de Hobbes. En nuestro ejemplo (pero no necesariamente para otros ejemplos de contaminación), la solución no cooperativa es eficiente según la regla 1, que otorga a E libertad para contaminar. El otro procedimiento para alcanzar la eficiencia consiste en que las partes cooperen. La solución cooperativa es eficiente bajo las tres leyes posibles. De acuerdo con el teorema de Coase, las asignaciones ineficientes de los derechos legales por leyes como las reglas 2 y 3 serán remediadas mediante acuerdos privados, a condición de que la negociación tenga éxito.

Si los costos de transacción son nulos y la negociación exitosa puede corregir a las leyes ineficientes, ¿para qué sirve la ley? Una respuesta es que la ley afecta la distribución del producto cooperativo, lo que a su vez afecta a la negociación. Para ilustrar este punto acerca de la distribución, recordemos cómo afecta la estructura de la ley —como las reglas 1, 2 y 3— a los valores de amenaza de las partes. Una solución de negociación razonable consiste en que cada parte reciba su valor de amenaza más una porción igual del excedente cooperativo. Cada parte de una negociación preferiría la regla de la ley que le otorgue el valor de amenaza mayor. Específicamente, el valor de amenaza del demandante, en una disputa de la propiedad, es por lo menos tan grande cuando el remedio para el daño futuro es un mandato judicial como cuando el remedio es el pago de daños. En consecuencia, el demandante preferiría el remedio del mandato para el daño futuro o, mejor aún, el remedio del mandato para el daño futuro más el pago de los daños pasados. En cambio, el demandado prefiere el remedio de los daños futuros o, mejor aún, ningún remedio.

El efecto de la regla de la ley sobre la distribución del producto cooperativo puede calcularse precisamente para E y L . Imaginemos que E y L celebran negociaciones y, para mantener la aritmética simple, suponamos que la negociación de un arreglo o la litigación de un juicio no cuesta nada para ninguna de las partes. (Algo difícil de creer!) Las ganancias no cooperativas —es decir, los beneficios que las partes pueden obtener por sí mismas si las nego-

CUADRO IV.5. Beneficios de la negociación según las tres reglas legales

	Sin cooperación		Con cooperación	
	E	L	E	L
Regla 1	1000	200	1000	200
Regla 2	800	300	100	350
Regla 3	500	300	400	500

ciaciones fracasan —aparecen en el cuadro IV.5 bajo cada una de las tres reglas. El excedente cooperativo, que es igual a la diferencia entre los beneficios conjuntos derivados de la cooperación y los valores de amenaza, aparece en la columna del centro. Una solución de negociación razonable consiste en que cada parte reciba su valor de amenaza más la mitad del excedente derivado de la cooperación. Las ganancias de las dos partes, derivadas de la cooperación, aparecen en las dos columnas del lado derecho del cuadro. Advértase que en todos los casos las ganancias cooperativas suman 1200, pero que L recibe la mayor participación bajo la regla del mandato judicial (regla 3), una participación intermedia bajo la regla del pago de daños (regla 2), y la participación menor cuando E tiene libertad para contaminar (regla 1).

Pregunta 11.13: ¿Por qué el costo para el demandado de cumplir un mandato para que se elimine la interferencia futura es por lo menos tan grande como el pago de daños de la interferencia futura? ¿Es este hecho generalmente cierto, o sólo una característica especial del ejemplo?

C. Remedios eficientes

Dijimos antes que el mandato judicial es por lo general el remedio para la violación de un derecho de propiedad. Nos gustaría explicar esta generalización, así como sus excepciones, en términos de la eficiencia. El ejemplo anterior demostró que el pago de daños y los mandatos judiciales son remedios igualmente eficientes cuando los costos de transacción son nulos. En consecuencia, las diferencias en cuanto a su eficiencia deben depender de los costos de transacción. Para explicar por qué el mandato judicial es un remedio eficiente para la violación de un derecho de propiedad, debemos discutir la conexión entre los derechos de propiedad y los costos de transacción.

Ya antes señalamos que la negociación es más exitosa cuando los derechos legales de las partes son claros y simples. El mandato judicial es a menudo más

claro y simple que el pago de daños. El mandato judicial es más claro y simple porque la determinación de los daños por parte de los tribunales puede resultar impredecible. Por ejemplo, a un tribunal le resulta difícil asignar un valor monetario al daño causado por el satélite de Windseong que se acerca a la órbita del satélite de Orbicom en el ejemplo IV.2. De igual modo, a un tribunal le resulta difícil asignar un valor monetario al daño causado por la inundación de la casa de Pérez que invade medio metro del terreno de González en el ejemplo IV.5. En cambio, el derecho a un mandato otorga a las partes una posición clara para negociar. En el curso de la negociación, pueden establecer por sí mismas el valor del daño.

Estos hechos sugieren que el remedio del mandato judicial puede ser más eficiente que el pago de daños cuando las partes pueden negociar entre sí. En otras palabras, la mejor política es que la ley procure la negociación definiendo derechos claros y simples cuando los costos de transacción ya son bajos.

Pero si los costos de transacción son tan elevados que impiden la negociación, definimos derechos claros y simples contribuye poco a la eficiencia. Por ejemplo, supongamos que cada uno de los propietarios de las casas afectadas por la pestilencia proveniente del comedero en el ejemplo IV.3, al principio del capítulo, tenía el derecho legal de obtener un mandato judicial para que el comedero se abstenga de contaminar. A fin de continuar funcionando, el comedero tendría que negociar un acuerdo con cada uno de los propietarios para no tener que cumplir el mandato judicial. Los costos de transacción impiden negociar tantos acuerdos. Por otra parte, si cada uno de los afectados tuviera derecho a exigir el pago de daños monetario, el tribunal podría ordenar la compensación de acuerdo con una fórmula simple de "mayoreo", de modo que el comedero pueda pagar los daños y continuar funcionando. Estos hechos sugieren que el pago de daños puede ser un remedio más eficiente cuando los costos de transacción son elevados.

Hemos llegado a la conclusión de un artículo famoso del profesor (ahora juez) Guido Calabresi y de A. Douglas Melamed,¹⁸ quienes propusieron las reglas siguientes para determinar el mejor remedio a la violación de un derecho legal:

Cuando haya obstáculos para la cooperación (es decir, elevados costos de transacción), el remedio más eficiente es el pago de daños monetarios compensatorios.

¹⁸ Calabresi y Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, p. 1089. Como lo indica el título, los autores consideran un tercer método para estimular el uso eficiente de la propiedad: la inalienabilidad, es decir, la prohibición de una solución de negociación para el uso de un derecho de propiedad. En el capítulo siguiente discutiremos brevemente la eficiencia de ese método.

Cuando haya pocos obstáculos para la cooperación (es decir, bajos costos de transacción), el remedio más eficiente es un mandato judicial contra la interferencia del demandado con la propiedad del demandante.

Estas dos proposiciones tienen una interpretación simple en términos de la gráfica IV.1. En la zona de "no hay comercio" vemos que, integrada por los puntos *debajo* de la línea de 45°, el remedio más eficiente es el pago de daños. En la zona de "comercio", integrada por los puntos *encima* de la línea de 45°, el remedio más eficiente es un mandato judicial.

Para ilustrar estas reglas, consideremos una modificación del ejemplo de la lavandería y la compañía de electricidad. En lugar de suponer que los costos de negociación son nulos, supongamos que son tan elevados que impiden la negociación. En consecuencia, el resultado que prevalecerá es la solución "sin cooperación" del cuadro IV.5. Bajo la regla del pago de daños, la solución sin cooperación genera beneficios conjuntos de 1100, mientras que bajo la regla del mandato judicial genera beneficios conjuntos de 800. Así pues, el ejemplo ilustra el hecho de que el remedio de pago de daños es por lo menos tan eficiente como el remedio del mandato judicial cuando los costos de transacción impiden la negociación.

Este ejemplo nos permite entender fácilmente la razón de que el pago de daños sea más eficiente que el mandato judicial cuando los costos de transacción impiden la negociación. Si el pago de daños compensa perfectamente a la lavandería, sus beneficios serán iguales (específicamente 300), sin importar que la compañía de electricidad contamine o no. Por lo tanto, la lavandería es indiferente entre el remedio del pago de daños y el del mandato judicial (suponiendo que no hay negociación). Según el remedio del pago de daños, la compañía de electricidad puede contaminar y pagar daños, o puede abatir su contaminación y no pagar daños. Sus beneficios aumentan de 500 a 800 cuando, en lugar de abatir su contaminación contaminar y pagar daños. En cambio, un mandato judicial (sin negociación) elimina esta opción. De manera específica, el mandato judicial obliga a la compañía de electricidad a abatir su contaminación, en cuyo caso sus beneficios son 500. En general, cuando los costos de transacción impiden la negociación, cambiar del remedio del mandato judicial al del pago de daños compensatorios no empeora la situación de la víctima, mientras que el victimario puede encontrarse en mejor situación y no puede ver empeorar su situación.

Hemos ilustrado la superioridad del remedio de pago de daños cuando los costos de transacción son elevados. Ahora modificaremos el ejemplo para ilustrar la superioridad del remedio del mandato judicial cuando los costos de transacción son bajos. Supongamos que los costos de la negociación (o la

transacción) son positivos pero, en virtud de que un mandato es tan simple y claro, estos costos de negociación son menores de acuerdo con el remedio del mandato judicial que según el remedio del pago de daños. Específicamente, supongamos que los costos de transacción son 150 bajo la regla de los daños y 50 bajo la regla del mandato. Como se indica en el cuadro IV.5, el excedente derivado de la cooperación bajo la regla del pago de daños es 100, de modo que el beneficio neto de la cooperación es $-50 (= 100 - 150)$. En virtud de que la cooperación genera beneficios netos negativos, las partes no tienen ningún margen para negociar bajo la regla del pago de daños. En lugar de negociar, la compañía de electricidad contaminará y pagará los daños, lo que genera beneficios netos de 800 para E y 300 para L, de modo que los beneficios conjuntos ascienden a 1100 ($= 800 + 300$).

En cambio, el excedente derivado de la cooperación bajo la regla del mandato asciende a 400, mientras que los costos de la negociación ascienden a 50, de tal modo que el beneficio neto derivado de la cooperación asciende a 350 ($= 400 - 50$). En virtud de que la cooperación genera beneficios netos positivos, las partes tienen un margen para negociar. Un acuerdo razonable daría a cada compañía su valor de amenaza más la mitad de los beneficios netos derivados de la cooperación. Específicamente, un acuerdo razonable genera beneficios netos de 675 para E y 475 para L, de modo que los beneficios conjuntos ascienden a 1150. En este ejemplo, el remedio del mandato es más eficiente porque estimula la negociación privada lo suficiente para inducir la cooperación.

Cuando se aplican en la práctica estas dos reglas, el remedio legal preferido depende en gran medida del número de partes que deban participar en un arreglo. La mayoría de nuestros ejemplos de negociación se refieren a dos partes. La comunicación entre dos partes suele ser barata, sobre todo cuando están próximas entre sí. De igual modo, muchas disputas sobre la propiedad involucran con frecuencia a un número pequeño de propietarios de terrenos contiguos. Los obstáculos para la cooperación suelen ser pocos en las disputas que involucran a un número pequeño de personas geográficamente concentradas que se conocen bien entre sí. En tales circunstancias, los costos de la comunicación son obviamente bajos; las partes pueden monitorear el acuerdo a un costo bajo porque cada persona puede observar lo que ocurre en su propio terreno; por último, los costos estratégicos son bajos si la propiedad de la tierra es estable y los propietarios contiguos se conocen bien entre sí. En estas circunstancias, la negociación tenderá a triunfar y, en consecuencia, el remedio que resulta más eficiente para la resolución de la mayoría de las disputas de propiedad es el mandato judicial.¹⁵

¹⁵ Esto explica la caracterización que hacen Calabresi y McLeod de los remedios equitativos como "reglas de la propiedad".

Sin embargo, muchas negociaciones involucran a tres o más partes. Entre mayor sea el número de las personas involucradas y más alejadas se encuentren entre sí, mayores serán los costos de su comunicación. Es improbable que triunfe la negociación privada en las disputas que involucran a gran número de extraños geográficamente dispersos porque los costos de la comunicación son elevados, el monitoreo es costoso y es probable que surja un comportamiento estratégico. Gran número de terratenientes por lo general se ven afectados por molestias tales como la contaminación del aire o la pestilencia proveniente del comedero en el ejemplo IV.3. En estos casos, el pago de daños es preferible al mandato judicial.

Pregunta IV.14: Utilice la teoría de los costos de transacción para explicar si los derechos siguientes deberían estar protegidos por el mandato judicial o por el pago de daños:

- El derecho de un terrateniente para excluir de su propiedad la línea de gas de un vecino.
- El derecho del propietario de un automóvil nuevo de lograr que el vendedor cambie la transmisión defectuosa del automóvil.
- El derecho del propietario de una casa a quedar libre de la contaminación del aire provocada por una fábrica cercana.
- El derecho de un cónyuge a obtener la mitad de la casa tras un divorcio.

Pregunta IV.15: Supongamos que dos personas optan por litigar una disputa. ¿Debería presuponer la ley que, si dos partes están dispuestas a litigar, los costos de transacción deben de ser elevados, de modo que el tribunal debería optar por el pago de daños como remedio y no por el mandato judicial?

6. ¿QUÉ PUEDE SER OBJETO DE LA PROPIEDAD PRIVADA?

En esta sección abordaremos otra cuestión fundamental del derecho de la propiedad: ¿dos derechos de propiedad deberían ser privados o colectivos? En primer lugar, utilizaremos la distinción económica entre bienes públicos y bienes privados (desarrollada en el capítulo II) para diferenciar los recursos que se usarán con mayor eficiencia si son éstos de propiedad privada, de los recursos que se usarán con mayor eficiencia si son de propiedad pública. En segundo lugar examinaremos los derechos de propiedad en el campo de la información como un ejemplo para distinguir entre la eficiencia de la propiedad privada y la de la propiedad pública.

A. Bienes públicos y bienes privados³⁰

La mayoría de los ejemplos de la propiedad que hemos discutido hasta ahora en este libro son lo que los economistas llaman "bienes privados". Los bienes que describen como puramente privados tienen la característica de que el uso de una persona impide el uso por parte de otra; por ejemplo, cuando una persona se come una manzana, otras personas no pueden comérsela; unos pantalones pueden ser usados sólo por una persona a la vez, un automóvil no puede avanzar en dos direcciones diferentes al mismo tiempo, etc. Estos hechos se resumen a veces diciendo que hay rivalidad en el consumo de los bienes privados.

Lo opuesto es un bien puramente público, para el que no hay rivalidad en el consumo. Un ejemplo convencional de un bien público es el de la seguridad militar en la era nuclear. El hecho de proveer a un ciudadano de protección contra un ataque nuclear no disminuye la cantidad de protección que se ofrece a otros ciudadanos. En el caso de un bien puramente público, no hay rivalidad en el consumo.

Existe otro atributo que también distingue a los bienes privados de los bienes públicos. Una vez definidos los derechos de propiedad sobre los bienes privados, su ejecución resulta (relativamente) barata. En lo específico, el propietario puede excluir a otros del uso de tales bienes a un costo bajo. Por ejemplo, una granja puede cercarse a un costo relativamente bajo para evitar la invasión de ganado. Pero en el caso de los bienes públicos, resulta costoso excluir a cualquiera de su disfrute. Por ejemplo, resulta virtualmente imposible ofrecer cantidades diferentes de protección contra un ataque nuclear a distintos ciudadanos.

Habiendo explicado la distinción de lo público y lo privado en la economía y en el derecho, ahora podemos relacionarlos entre sí. La relación es muy sencilla: la eficiencia exige que los bienes privados sean de propiedad privada y los bienes públicos sean de propiedad pública. En otras palabras, la eficiencia requiere que los bienes rivales y excluibles sean controlados por individuos o por pequeños grupos de personas, mientras que los bienes no rivales y no excluibles sean controlados por un grupo grande de personas tal como el Estado. Por lo tanto, la distinción entre bienes privados y bienes públicos debería guiar la elaboración de reglas de propiedad para contestar a la pregunta: "¿Qué puede ser objeto de la propiedad privada?"

Podemos explicar la idea central, no los detalles, de esta prescripción. Ya que son rivales, los bienes privados deben ser usados y consumidos por individuos, no disfrutados igualmente por todos. La eficiencia requiere que la parte que lo valde más use y consuma cada bien privado. En un mercado libre,

³⁰ Antes de leer esta sección quizá resulte útil revisar el material del capítulo II respecto a los bienes públicos.

ocurren intercambios hasta que cada bien queda en manos de la parte que lo valde más. Por lo tanto, la ley puede lograr la asignación eficiente de los bienes privados; por ejemplo, reduciendo los costos de negociación mediante la asignación de derechos de propiedad claros y simples. Así, una vez que el Estado reconoce los derechos de propiedad privados, el dueño de un bien privado podrá excluir a otros del uso o consumo de ese derecho, excepto con el consentimiento del dueño. La facultad del dueño para excluir canaliza el uso o consumo de los bienes privados hacia el intercambio voluntario, lo que promueve el uso eficiente de tales bienes. Éste es un ejemplo de la "negociación inducida".

En cambio, el carácter técnico de los bienes públicos impide el uso de la negociación para el logro de la eficiencia. Por ejemplo, supongamos que cierta manzana de la ciudad está plagada de delincuentes, de modo que algunos residentes proponen contratar a un guardia privado. Muchos residentes contribuyen voluntariamente al sueldo del guardia, pero supongamos que algunos se niegan a contribuir. Los residentes que pagan podrían instruir al guardia para que no ayude a quienes no pagan en el evento de un asalto. Aún así, la presencia del guardia en la calle la hará más segura para todos, porque es improbable que los asaltantes sepan quién ha pagado y quién no ha pagado los servicios del guardia. En estas circunstancias, no hay mucho que puedan hacer quienes pagan para obligar a contribuir a quienes no lo hacen.

Se le llama "gorriones" (*free riders*) a quienes no pagan su consumo de un bien público. Para entender este concepto, imaginemos que un tranvía tiene instalado un medidor eléctrico y que, para hacer que el tranvía se mueva, los pasajeros deben depositar dinero en el medidor. Los pasajeros advierten que si cualquiera que pague proveerá un viaje gratis a todos los demás. Es posible que algunos pasajeros depositen en el medidor todo el dinero necesario, algunos depositarán algo de dinero, pero no el total y algunos no depositarán nada. Debido a los "gorriones", no se depositará suficiente dinero en el medidor, de modo que la compañía de tranvías proveerá menos tranvías que los requeridos por la eficiencia. En general, los mercados proveen demasiado poco de un bien público porque el proveedor privado no puede excluir a los no pagantes que no paguen su porción de los costos.

Hemos explicado que los bienes privados, que exhiben rivalidad y excluibilidad, deberían ser de propiedad privada; y que los bienes públicos, que exhiben no rivalidad y no exclusión, deberían ser de propiedad pública. Ilustraremos esta proporción en relación con la tierra. Algunos usos eficientes de la tierra se realizan en un área pequeña y afectan a un pequeño grupo de personas; como ocurre con la construcción de una casa o con el cultivo de maíz. "Vivienda" y "maíz" son bienes rivales con costos de exclusión bajos, de modo que los mercados se forman con facilidad para la vivienda y el maíz. Otros usos eficientes de la tierra se realizan en un área grande y afectan a un gran

número de personas. Por ejemplo, el uso de un espacio aéreo no congestionado por los aviones, o el uso de los mares profundos por los barcos no son rivales y la exclusión es costosa. Por lo tanto, el espacio aéreo y los mares profundos son bienes públicos. A medida que el congestionamiento aumenta por el incremento de aviones y barcos, los gobiernos imponen reglas al uso del espacio aéreo y el mar.

Éstos son ejemplos de bienes privados de propiedad privada y bienes públicos de propiedad pública, tal como lo requiere la eficiencia. Sin embargo, hay muchos ejemplos de bienes privados de propiedad pública. La propiedad pública de un bien privado por lo general conduce a una mala asignación, es decir, que el bien privado lo usa o consume alguien distinto de la persona que lo valdría más. Por ejemplo, los arrendamientos para que el ganado pascie en tierras públicas pueden otorgarse a los amigos de los políticos. De igual modo, los funcionarios que administran los arrendamientos pueden dejar de vigilar el cumplimiento para impedir la explotación excesiva, y los ganaderos que explotan en exceso la tierra pueden erosionarla. Gran parte del impulso de la "deregulación" ha provenido de la toma de conciencia de que gran parte de la actividad gubernamental se ejerce sobre bienes privados cuyos mercados deberían ser inducidos, en lugar de que el gobierno intervenga directamente en el proceso de asignación. Por ejemplo, la conciencia de que la transportación por ferrocarril, avión y barco es un servicio privado que deberían proveer los mercados libres, ha conducido al desmantelamiento de la Comisión de Comercio Interestatal, la Junta de Aeronáutica Civil y otras agencias reguladoras en los Estados Unidos.

Podemos contrastar la propiedad privada y la propiedad pública en términos de los costos de transacción. La propiedad privada impone varios costos de transacción en la ejecución y el intercambio privados. La propiedad pública impone costos de transacción en el área de la administración pública y la toma de decisiones colectivas. Para ilustrar la diferencia, consideremos dos procedimientos posibles para controlar la contaminación del aire generada por una fábrica. El enfoque de la propiedad privada consiste en otorgar a cada propietario el derecho a disfrutar de aire limpio, protegido por el remedio del pago de daños compensatorios. Este método ocasionará que muchos terratenientes demanden por el pago de daños o negocien un arreglo extrajudicial. En cambio, el enfoque de la propiedad pública declarará que el aire limpio es un bien público y asignará la tarea de controlar la calidad del aire a una agencia gubernamental. Este método conducirá a la negociación política y las regulaciones, así como a la mala asignación de los recursos. Desde esta perspectiva, la elección entre propiedad privada y propiedad pública debería depender de que los costos de la ejecución y el intercambio privados sean mayores o menores que los costos de la administración pública, la negociación política y la mala asignación de los recursos.

En el capítulo siguiente continuaremos desarrollando estos temas mediante la discusión de dos interrogantes importantes: ¿para cuáles recursos específicos es más eficiente la propiedad privada que la propiedad pública o comunal, y viceversa?, y ¿en cuáles circunstancias debería permitirse que el gobierno tome la propiedad privada de los ciudadanos?²¹

Pregunta 17.16: Si todos tienen acceso gratuito a una playa pública, ¿quién tiene el poder de controlar el uso de este recurso?

B. Ejemplo de un bien público: los derechos de propiedad en la información

La información es un ejemplo de un bien público que se ha vuelto cada vez más importante en la sociedad moderna. ¿Cuáles problemas especiales existen para definir los derechos de propiedad en el campo de la información? Del lado de la demanda, los consumidores no están seguros de la utilidad de la información porque resulta difícil determinar su valor mientras no se tenga en las manos. Pero los consumidores no pueden tener la información antes de pagarla. Sin embargo, no pueden saber cuánto deberán pagar por la información mientras no hayan determinado su utilidad porque ya la tienen en sus manos. No hay un camino fácil para salir de este círculo. Los problemas del lado de la demanda son igualmente formidables. La producción de información es costosa, mientras que su transmisión cuesta relativamente poco. Por lo tanto, a cualquiera que haya dedicado recursos a la producción de información le resulta muy difícil apropiarse su valor mediante la venta de esa información. Eso es así porque, en el instante en que el productor vende la información a un consumidor, éste se convierte en un competidor potencial del productor original, dado el bajo costo de transmitir la información.²² Los consumidores desean convertirse en "gorrones" de la información, no pagando más que el costo de la transmisión del bien. (¿Alguna vez ha copiado usted gratuitamente un programa de computadora, o grabado la cinta de un amigo o un conectoro (televisado)?)

²¹ Si, por supuesto, no estamos sugiriendo que la actual división de la responsabilidad entre los proveedores públicos y privados de bienes y servicios sigue las reglas que acabamos de establecer. Es decir, hay ahora algunos ejemplos de la provisión o el subsidio gubernamentales de bienes privados y de la provisión privada (insuficiente) de bienes públicos. El grado en que existen estas anomalías, y la razón de su persistencia, son dos de los intereses centrales de la rama de la teoría microeconómica llamada "teoría de la elección pública".

²² En la literatura de la economía de la información con frecuencia se le llama a este problema, de la imposibilidad de la información.

Estas consideraciones sugieren que el mercado no regulado producirá cantidades de información menores que el óptimo, como ocurre con los inventos y las obras creativas tales como los libros, las pinturas y la música. Y esto sugiere, a su vez, la necesidad de una intervención gubernamental en el mercado de la información. Esta intervención gubernamental puede asumir una de dos formas generales: 1) la provisión gubernamental de la información, o 2) el subsidio gubernamental de la provisión privada de información (de manera directa con las recomendaciones gubernamentales generales, o indirecta mediante el sistema tributario). En efecto, el gobierno hace ambas cosas. Un ejemplo de la producción y difusión de la información por parte del gobierno es el servicio de pronóstico del estado del tiempo que ofrecen el gobierno federal y los gobiernos estatales. Algunos ejemplos del subsidio gubernamental a la provisión privada de información son el financiamiento gubernamental de la investigación básica en los campos de las ciencias, las humanidades y las artes, y el otorgamiento de derechos monopolísticos a los creadores de información mediante los sistemas de patentes, derechos de autor y marcas comerciales. En el capítulo siguiente exploraremos la economía de la propiedad intelectual.

7. ¿QUÉ PUEDEN HACER LOS DUEÑOS CON SU PROPIEDAD?

Ya antes utilizamos la teoría de los bienes privados y los bienes públicos para contestar esta pregunta: "¿Qué puede ser objeto de la propiedad privada?" Muy relacionada con la teoría de los bienes públicos se encuentra la teoría de las externalidades que analizamos en el capítulo II. Ahora volveremos a utilizar esta teoría para contestar la siguiente pregunta: "¿Qué pueden hacer los dueños con su propiedad?"

La legislación impone muchas restricciones a lo que una persona puede hacer con su propiedad. Pero en el derecho común hay relativamente pocas restricciones, pues la regla general es que se permite cualquier uso que no interfiera con la propiedad o con los derechos de otros. En efecto, podríamos decir que el derecho común se aproxima a un sistema legal de *máxima libertad*, lo que permite que los dueños hagan con su propiedad cualquier cosa que no interfiera con la propiedad o los derechos de otras personas. La restricción de la no interferencia encuentra su justificación en el concepto económico del *caso externo*. Recuérdese que los costos externos son los costos que una persona impone a otra involuntariamente. En virtud de que las transacciones de mercado son voluntarias, las externalidades quedan fuera del sistema de intercambio de mercado, y de ahí su nombre. Por ejemplo, una fábrica que emite humos espesos, pesados, sobre una colonia residencial, estará generando una externalidad. En el ejemplo IV.3, al principio de este capítulo, la peste provocada por el ganado de ganado es una externalidad que interfiere

con que Foster disfrute de su casa. En el ejemplo IV.4, el hecho de que Blogs detene el pantano interferirá con que parte del pueblo disfrute de sus ríos y corrientes. Adviértase que estos tipos de interferencias se parecen a un bien público por cuanto afectan a muchos propietarios. Por decirlo así, no hay rivalidad o exclusión de oler la peste de la casa de Foster entre Foster y sus vecinos. Estas formas de interferencia son, por tanto, como un bien público, excepto que son malas antes que buenas.

Ya hemos explicado por qué no pueden surgir mercados para la provisión eficiente de bienes públicos. El mismo conjunto de consideraciones explica que la negociación privada no pueda resolver el problema de las externalidades, o de los males públicos, como los llamamos en una sección anterior. Por ejemplo, supongamos que Foster tiene suficiente dinero para pagarle al dueño del comedero a cambio de que deje de emitir su peste. Si Foster hiciera este arreglo privado con él, todos sus vecinos se beneficiarían también pero sin tener que pagar por ese beneficio. Esto sugiere que Foster no ha de pagar al comedero para que suspenda sus actividades pestíferas. Dicho de manera más general, el problema del gorrón impide las soluciones de la negociación privada para el problema de las externalidades o los males públicos. Se requiere alguna forma de intervención legal. Una posibilidad sería una regla que prohíba la invasión involuntaria, apoyada por la disposición de remedios en el caso de que ocurra esa invasión. Ya hemos visto cómo la teoría de la negociación puede ayudar a diseñar un procedimiento para ese remedio: el pago de daños monetarios compensatorios. Otro remedio que consideraremos en el capítulo siguiente es que una oficina administrativa regule el mal público o la actividad generadora de un costo externo.

En cambio, los males *privados* pueden corregirse mediante acuerdos privados (recuérdese el ejemplo del ganadero y el agricultor), de modo que quizá no haya necesidad de una solución legal inrusa. Por el contrario, los tribunales pueden estar preparados para expedir un mandato judicial, confiando en que raras veces tenderán que hacerlo.

8. LA DISTRIBUCIÓN

Hemos elaborado una teoría económica de la propiedad basada en la propiedad eficiente. Sin embargo, algunos críticos de la economía creen que el derecho de la propiedad debería basarse en la distribución y no en la eficiencia. Para ilustrar con nuestro ejemplo del agricultor y el ganadero, antes vimos que diversas reglas legales son igualmente eficientes cuando los costos de transacción son nulos, pero que distribuyen los costos de modo diferente; esto es, el agricultor prefiere que el ganadero pague los costos de la cerca, mientras que el ganadero prefiere que pague el agricultor. Al igual que al agricultor y al

ganadero, a todos les interesa la distribución de la riqueza. En efecto, muchos creen que la distribución de la riqueza es más importante para la política pública que la asignación eficiente de los recursos. En general, un derecho de propiedad es valioso y la persona a quien se le asigna se vuelve más rica.

Cuando los costos de transacción son nulos, la asignación de los derechos legales afecta la distribución pero no la eficiencia. Por tanto, ¿por qué no debería la ley asignar los derechos de propiedad explícitamente tomando en cuenta la distribución de la riqueza?

Algunos creen que el gobierno debería redistribuir la riqueza de los ricos a los pobres en aras de la justicia social, mientras que otros creen que el gobierno debería abstenerse de redistribuir la riqueza. Como el resto de la población, los economistas no se ponen de acuerdo sobre los fines o las metas de la distribución. Sin embargo, en general sí están de acuerdo por lo que toca a los medios de la redistribución. Muchos economistas creen que las metas de la redistribución pueden alcanzarse mejor en los estados modernos, mediante la tributación progresiva, que redistribuyendo los derechos de propiedad. Si los economistas tienen razón, quienes creen que el gobierno debería redistribuir la riqueza en aras de la justicia social no deberían aconsejar el uso del derecho de la propiedad para este propósito.

Existen muchas razones para que la tributación sea superior al derecho de la propiedad como un medio para la redistribución. Primero, el impuesto al ingreso ataca precisamente la desigualdad, mientras que el derecho de la propiedad utiliza promedios imprecisos. Por ejemplo, supongamos que la regla de derecho en un condado particular de Montana es la de "los derechos de los ganaderos". Si, en promedio, los ganaderos son más ricos que los agricultores en este condado, cambiar la regla a "los derechos de los agricultores" redistribuiría la riqueza hacia una mayor igualdad. Sin embargo, aun que los ganaderos son más ricos que los agricultores en promedio, algunos agricultores son indudablemente más ricos que algunos ganaderos. El cambio de los derechos de propiedad para favorecer a los agricultores frente a los ganaderos agravará la desigualdad entre los agricultores ricos y los ganaderos pobres. En cambio, la tributación progresiva aliviará la desigualdad de los ingresos.

Otra objeción dice que la redistribución de los derechos de propiedad podría no tener realmente los efectos distributivos esperados. Por ejemplo, supongamos que tanto los agricultores como los ganaderos reman su tierra a propietarios ausentes. Si el derecho de la propiedad desplaza el costo de las cercas, de los agricultores a los ganaderos, la competencia entre los terratenientes podría llevarlos a ajustar las rentas para contrarrestar el cambio ocurrido en los costos. Específicamente, los terratenientes propietarios de tierras agrícolas aumentarían la renta que cobran a los agricultores, y los terratenientes propietarios de tierras ganaderas disminuirían la renta que cobran a

los ganaderos. En consecuencia, la redistribución de los derechos de propiedad no afectará la distribución de la riqueza entre agricultores y ganaderos. Por el contrario, los terratenientes propietarios de tierras agrícolas ganarán y los terratenientes propietarios de tierras ganaderas perderán. En general, todo cambio del valor de la tierra se "capitaliza" en forma de rentas. En consecuencia, los efectos de riqueza de redistribuir la propiedad en un mundo donde los costos de transacción son nulos tenderán a recaer sobre los propietarios de la tierra, no sobre sus usuarios.²³

Hasta ahora hemos discutido el caso de la redistribución mediante los derechos de propiedad en un mundo en el que los costos de transacción son nulos. En ese mundo, los derechos de propiedad pueden modificarse para perseguir metas distributivas sin ningún costo de eficiencia. En realidad, los costos de transacción son positivos, y la modificación de los derechos de propiedad en aras de la redistribución tiene costos de eficiencia. Por cada peso realizado en un grupo a otro, una fracción se gasta por lo general en la realización de la transferencia.

Un ejemplo vivido le ayudará a apreciar los costos de redistribución.²⁴ Supongamos que hay dos oasis en el desierto, uno de los cuales tiene helados mientras que el otro no tiene nada. El Estado declara que la justicia requiere que el primer oasis comparta sus helados con el segundo. Se llena un gran tazón con nieve en el primer oasis y un joven empieza a correr por el desierto para llevar el tazón al segundo oasis. El ardiente sol derrete parte del helado, de modo que el primer oasis pierde más nieve que la que recibe el segundo oasis. La nieve derretida representa el costo de la redistribución. Parte más rápido corra el joven, menos nieve se derretirá. La redistribución eficiente requiere elegir al corredor más rápido para transportar la nieve.

Cuando se transfiere un peso de un grupo a otro, la fracción que se gasta es mucho mayor en las transferencias realizadas mediante el derecho de la propiedad que en las transferencias realizadas mediante el impuesto al ingreso. La redistribución mediante el derecho de la propiedad, y no mediante la tributación progresiva del ingreso, equivale a escoger a uno de los jóvenes más lentos para que lleve el helado. La ejecución de derechos legales requiere la utilización de abogados. En los Estados Unidos, el abogado de un demandante por lo general cobra una tercera parte de lo que se recupere. En cambio, el honorario pagado a un contador que elabora la declaración del impuesto al ingreso de un cliente es una fracción pequeña del total a pagar.

²³ El profesor Coase formula este argumento en "Notes on the Problem of Social Cost", *The Firm, the Market, and the Law*, 1988. En general, los impuestos y otras reglas gubernamentales recaen finalmente sobre los factores de oferta relativamente fijos, como la tierra.

²⁴ Este ejemplo fue elaborado por el profesor George Shlegel, de la Universidad de Chicago, laureado con el Premio Nobel de Economía.

Además, existe otra razón que explica la relativa ineficiencia de la redistribución mediante el derecho de la propiedad. Esa redistribución distorsiona la economía en mayor medida que la tributación progresiva en el largo plazo. Por ejemplo, si el derecho de la propiedad favorece a los agricultores frente a los ganaderos, algunos ganaderos ricos podrían cambiarse a la agricultura para ganar valiosos derechos legales. En cambio, un impuesto amplio al ingreso impide que los individuos reduzcan su carga fiscal cambiando la fuente de su ingreso.²⁵ Por estas y otras razones, los economistas que están a favor de la redistribución y los que no lo están bien pueden convenir en que el derecho de la propiedad es, por lo general, el camino errado para buscar la justicia distributiva. Desafortunadamente, estos hechos no son apreciados por muchos abogados que no han estudiado economía.

CONCLUSIÓN

Examinamos el derecho de la propiedad como un instrumento para facilitar la negociación privada y minimizar el daño resultante de la incapacidad para llegar a acuerdos privados. El derecho de la propiedad crea, protege y fortalece la estructura transaccional de los intercambios voluntarios. El intercambio voluntario transfiere derechos de propiedad de una persona a otra. Desarrollamos la distinción entre bienes privados y bienes públicos para responder a esta interrogante: "¿Qué puede ser objeto de la propiedad privada?" Concluimos que la propiedad privada es apropiada cuando hay rivalidad y exclusión en el uso de los bienes. Luego desarrollamos el concepto económico de una externalidad para contestar a la pregunta: "¿Qué pueden hacer los dueños con su propiedad?" Demostramos la existencia de un ajuste estrecho entre el análisis económico y el principio del derecho común que permite a los dueños hacer con su propiedad cualquier cosa que no interfiera con otros. Por último, nos preguntamos cómo se protegen los derechos de propiedad. Concluimos que los propietarios deberían ser protegidos mediante mandatos judiciales cuando ello genere bajos costos de transacción en la negociación privada, en tanto que deberían ser protegidos mediante el pago de daños cuando los costos de transacción elevados impidan la negociación privada. Específicamente, concluimos que los propietarios deberían ser protegidos contra las externalidades del tipo de males privados mediante remedios de mandatos judiciales y que deberían ser pro-

²⁵ Un principio fundamental de las finanzas públicas dice que los impuestos distorsionan menos cuando se aplican a una base amplia en lugar de a una base estrecha. La distorsión disminuye con la amplitud de la base porque la demanda se vuelve menos elástica. Por ejemplo, la demanda de alimentos es menos elástica que la demanda de vegetales, y la demanda de vegetales es menos elástica que la demanda de zanahorias. El ingreso tiene una base muy amplia.

regidos contra externalidades del tipo de males públicos mediante el pago de daños compensatorios.

APÉNDICE. EL CONCEPTO FILÓSÓFICO DE LA PROPIEDAD

En general, los filósofos perciben a la propiedad como un instrumento para la realización de valores fundamentales. Algunos filósofos de la propiedad se han concentrado en su capacidad para promover valores tales como la utilidad, la justicia, la autoexpresión y la evolución social. Estas tradiciones del pensamiento han influido sobre el derecho. Este apéndice introduce al lector a cuatro de tales tradiciones y las relaciona con el análisis económico de la propiedad.

1. EL UTILITARISMO

Los utilitarios miden el valor de un bien o un acto por el placer o la satisfacción que crea en términos netos. Para los utilitarios, el propósito de la institución de la propiedad es la maximización del placer o la satisfacción totales que se obtienen de los recursos materiales y de otras clases. En consecuencia, Bentham define a la propiedad como una esperanza de utilidad: "La propiedad no es más que una base de esperanza; la esperanza de obtener ventajas de una cosa, que decimos poseer, en consecuencia de la relación en la que nos encontramos respecto de ella."²⁶ El objetivo de maximizar la utilidad total constituye un criterio para la evaluación de las reglas de la propiedad. En nuestros ejemplos al principio del capítulo, cada una de las disputas podría resolverse con argumentos utilitarios estableciendo una regla legal que trate de maximizar la suma de las utilidades o del placer de la sociedad en conjunto.

El enfoque utilitario vuelve tenazador el derecho de propiedad de una persona. Un principio se le puede arrebatar si los beneficiarios de la expropiación ganan una utilidad mayor que la que pierde el propietario. Supongamos, por ejemplo, que un hijo joven vive con sus padres ancianos en su casa. Por razones utilitarias, el hijo podría ser excusado si arroja de la casa a los padres porque la pérdida de utilidad de los padres despojados es menor que la ganancia de utilidad del hijo que se queda con la casa. Los críticos del utilitarismo se han preguntado a menudo si la teoría no vuelve a la propiedad demandado tenazadora. ¿No es la propiedad algo más que una esperanza? ¿Creemos realmente que una persona podría verse justamente privada de su propiedad porque la pérdida se compensa con creces por la ganancia de otros?

²⁶ Jeremy Bentham, *Theory of Legislation: Principles of the Code*, edición de Hildreth, 1931, p. 111-113.

Esta objeción contra la teoría utilizaría de la propiedad se aplica con igual vigor a la teoría económica convencional que sostiene que el propósito de la propiedad es la maximización de la riqueza. ¿No es la propiedad algo más que un derecho a una corriente de ingresos? ¿Creemos realmente que una persona podría ser justamente privada de su propiedad sólo porque la pérdida de riqueza es contrarrestada con creces por el aumento de la riqueza de otros?

2. LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Otro enfoque filosófico para el derecho de la propiedad destaca la capacidad de tal derecho para alcanzar la justicia distributiva, antes que el placer o la satisfacción. Por ejemplo, Aristóteles sostuvo que un concepto de justicia distributiva está implícito en diversas formas de la organización social. Para Aristóteles, el principio de la justicia es distinto en sociedades diferentes, pero es apropiado que cada tipo de sociedad promueva su propio concepto de justicia distributiva mediante su Constitución y sus leyes, incluida su noción de los derechos de propiedad. Sostiene que una democracia favorecerá una distribución igualitaria de la riqueza, mientras que una aristocracia (la forma preferida por Aristóteles) favorecerá la distribución de la riqueza de acuerdo con las virtudes de las diversas clases. En el concepto de Aristóteles, es justo que los aristócratas reciban una porción desigual de la riqueza porque la utilizan para fines más meritorios que otros individuos.

A partir del concepto aristotélico de la igualdad democrática, podríamos inferir una política pública de justicia redistributiva mediante la cual se redistribuyan periódicamente los activos valiosos de la sociedad para alcanzar una distribución aproximadamente igualitaria. En general, esta clase de redistribución favorecería a los pobres y perjudicaría a los ricos. Por otra parte, de la justificación aristotélica de la desigualdad aristocrática, podríamos inferir la política pública totalmente contraria de la justicia redistributiva mediante la cual se redistribuirían periódicamente los activos de la sociedad en favor de los aristócratas. En tanto la aristocracia y la riqueza se encuentran en el mismo grupo, esta redistribución de la propiedad favorecería a los ricos y castigaría a los pobres. En cualquier caso, estas nociones de la justicia distributiva considerarán a los derechos de propiedad tan tentadores como lo eran bajo el utilitarismo y, por lo tanto, son susceptibles de las mismas críticas.

Otra escuela del pensamiento filosófico referente a la justicia distributiva y la propiedad destaca un *proceso* justo para definir y ejecutar los derechos de propiedad, antes que un *resultado* o fin justo en la distribución de la riqueza mediante la propiedad.²⁷ De acuerdo con una versión de esta teoría, cualquier

²⁷ La presentación moderna más vigorosa de este concepto se encuentra en R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, 1974.

distribución de la riqueza es justa a condición de que parta de una distribución inicial justa de los recursos y alcance la distribución final mediante el intercambio voluntario. En la práctica, esto significa que el proceso del intercambio voluntario en el mercado es justo y que los derechos de propiedad se establecen y aplican con mayor justicia en un mercado libre donde haya una competencia libre y perfecta. Nozick reformuló memorablemente el lema de Marx: "De cada quien como escoja; a cada quien como lo escojan". Cualquier distribución de la riqueza que derive de este proceso justo será también justa. Por lo tanto, de acuerdo con esta teoría, es injusta la redistribución de la propiedad para diluir los efectos de la competencia.

Se han formulado varias críticas contra esta noción de la justicia distributiva. La más aguda de tales críticas dice que el proceso competitivo puede generar una multitud de resultados distributivos, desde uno en el que cada individuo tenga una participación igual hasta otro en el que un individuo tenga 99% de la propiedad y todos los demás se dividan el restante 1%. Todos los resultados son eficientes. Pero queda claro que no todos son equitativos o justos. La noción del proceso competitivo como justicia distributiva no es una guía suficiente para el diseño de las reglas del derecho de la propiedad. Por lo menos, debería de haber un criterio adicional independiente para evaluar las diversas dotaciones iniciales de la propiedad.

3. LA LIBERTAD Y LA AUTOEXPRESIÓN

Además de la utilidad y la justicia distributiva, otro valor que puede encontrarse detrás del derecho de la propiedad es el de la libertad. La propiedad privada es una condición necesaria para los mercados, los cuales constituyen un mecanismo descentralizado para la asignación de los recursos. La mayoría de los mercados operan sin gran interferencia o supervisión gubernamental. La alternativa práctica para los mercados en la economía moderna, es alguna forma de la planeación gubernamental. La planeación gubernamental implica que el poder sobre cuestiones económicas se centralice en manos de funcionarios estatales. El control de la vida económica otorga a los funcionarios una palanca que puede usarse para controlar otros aspectos de la vida, mientras que la propiedad privada crea una zona de discreción dentro de la cual los individuos no tienen que rendir cuentas a los funcionarios gubernamentales. En consecuencia, algunos filósofos han considerado a la propiedad privada como un baluarte contra la autoridad dictatorial de los gobiernos.²⁸ Por ejemplo, se ha sostenido que el capitalismo fue inventado deliberadamente para

²⁸ Este es un tema de *The Federalist Papers*, 1786, y de la obra del finado Friedrich Hayek (véase, por ejemplo, *The Constitution of Liberty*, 1973).

destruir el absolutismo privando al rey de poder económico. Es probable que la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica se haya redactado teniendo esta idea en mente.

Otra conexión entre la propiedad y la libertad se concentra en la autoexpresión individual. Hegel destacó la idea de que los individuos, con sus obras, transforman la naturaleza en una expresión de la personalidad, y al hacerlo así perfeccionan al mundo natural. Un pintor toma materiales sin ningún orden particular y los reordena en una obra de arte. Invirtiendo su personalidad en la obra, el artista transforma objetos naturales y los convierte en objetos del propio artista. Resulta difícil imaginar un sistema de derecho de la propiedad que no reconociera este hecho. Por lo tanto, a fin de alentar la autoexpresión, el Estado debe reconocer los derechos de propiedad de los creadores sobre sus creaciones. Advirtiese que esta proposición se extiende más allá del arte, a la mayoría de las obras de los seres humanos.

4. EL CONSERVADURISMO Y EL ORIGEN DE LA PROPIEDAD

Las teorías filosóficas discutidas hasta ahora tienden a considerar la institución de la propiedad al servicio de valores máximos tales como la utilidad, la justicia distributiva o la libertad. Una tradición filosófica no se concentra en los propósitos de la propiedad sino en su origen. Por ejemplo, en la época medieval había muchos obstáculos y restricciones al uso y la venta de tierras. El derecho común de la propiedad privada surgió del feudalismo y adquirió su carácter moderno desmenuzando estos obstáculos mediante el mercado de la propiedad real. Algunos conservadores políticos como Burke y Hayek idealizaron formas del orden social que, como el derecho común de la propiedad, evolucionaron a través del tiempo en una forma muy similar a la de las numerosas especies de la vida. Al igual que los organismos, las formas sociales están sujetas, en esta concepción, a las reglas de la selección natural. Los filósofos conservadores condenan las instituciones que nos imponen los planeadores, los ingenieros, los políticos y otros tomadores de decisiones sociales por razones muy similares a las que esgrimen los ambientalistas para condenar las acciones que interfieren con el ambiente de un área.

LECTURAS SUGERIDAS

- Ackerman, Bruce (comp.), *The Economic Foundations of Property Law*, 1976.
 Barzel, Yoram, *The Economics of Property Rights*, 1988.
 Becker, Lawrence, *Property Rights: Philosophical Foundations*, 1977.

- Grubb, John, *Principles of the Law of Property*, 2a. ed., 1978.
 Dukeminier, Jesse y James Krier, *Property*, 1981.
 Epstein, Richard, "Possession as the Root of Title", *Georgia Law Review*, vol. 13, 1979, p. 1221.
 Furuborn, E., y S. Pejovich (comps.), *The Economics of Property Rights*, 1974.
 Manne, Henry (comp.), *The Economics of Legal Relations: Readings in the Theory of Property Rights*, 1975.
 Munzer, Stephen R., *A Theory of Property*, 1990.
 Polinsky, A. Mitchell, "Resolving Nuisance Disputes: The Simple, Economics of Injunctive and Damage Remedies", *Stanford Law Review*, vol. 32, 1980, p. 1075.
 Rose, Carol M., "Possession as the Origin of Property", *University of Chicago Law Review*, vol. 52, 1985, p. 73.

EL TEOREMA DE COASE

Hay una vasta literatura sobre el teorema de Coase, parte de la cual ha sido citada en el texto. He aquí algunas otras obras:

- Calabresi, Guido, "The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further", *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, p. 1043.
 Coase, Dan, Elizabeth Hoffman y Matthew Spitzer, "Tear and Leaching in the Coase Theorem: Experimental Tests Involving Physical Discomfort", *Journal of Legal Studies*, vol. 16, 1987, p. 217.
 Donohue, John J., III, "Diverging the Coase River: Incentive Schemes to Reduce Unemployment Spells", *Yale Law Journal*, vol. 93, 1983, p. 549.
 Elickson, Robert, "The Case for Coase and Against 'Coaseanism'", *Yale Law Journal*, vol. 99, 1989, p. 611.
 ———, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, 1991.
 Hovenkamp, Herbert, "Marginal Utility and the Coase Theorem", *Cornell Law Review*, vol. 75, 1990, p. 783.
 Schleg, Pierre, "An Apprehensive Comment on Coase's The Problem of Social Cost: A View from the Left", *Wisconsin Law Review*, 1986, p. 919.
 ———, "The Problem of Transaction Costs", *South California Law Review*, vol. 62, 1989, p. 1661.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO

*Profesor de Derecho Civil
(Universidad de Concepción y Universidad Católica de la Sma.
Concepción)*

LOS BIENES

LA PROPIEDAD

Y OTROS DERECHOS REALES

© DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE

Ahumada 131, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción Nº 159.795, año 2006

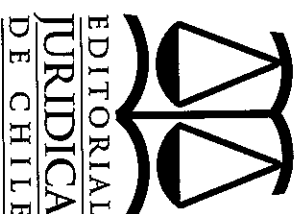
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 500 ejemplares en el mes de diciembre de 2006

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1736-9



CAPÍTULO I

LA PROPIEDAD, CONCEPTO, EVOLUCIÓN Y CARACTERES

50. Advertencia. Antes de acometer este tema conviene prevenir que, por su naturaleza y trascendencia, dista mucho de haber unanimidad en sus concepciones fundamentales. Su concepto, sus modalidades en épocas primitivas, la clase de bienes que han de ser susceptibles de propiedad privada, las facultades que debe significar para el propietario, las restricciones y cargas que debe soportar, motivan controversias interminables. La literatura sobre tales materias es abundante y difundida, los postulados jurídicos se relacionan y suelen confundirse con los económicos, sociológicos, políticos y, en definitiva, la discusión termina centrándose en diferentes concepciones filosóficas y de organización social.

Tomando en consideración las últimas décadas quizás sólo una generalización puede formularse: de una concepción muy liberal del dominio, que otorga las más amplias facultades al propietario para el ejercicio de su derecho, se ha evolucionado en el sentido de imponerle restricciones y cargas a fin de que de ese ejercicio pueda obtenerse provecho no sólo para el propietario, sino también para la colectividad, tendencia que culmina en la decisión de reservar para el dominio de la comunidad, representada por el Estado, ciertos bienes de importancia básica en la vida nacional. Pero tal tendencia nunca ha estado exenta de objeciones, al menos en el grado de su intensidad.

A continuación se consignarán sólo algunos alcances en los puntos aludidos, antes de tratar una materia más técnica en el

Derecho nacional, como es la atiniente a los modos de adquirir la propiedad.⁸⁰

51. Legislación. Con lo dicho se comprende también que las bases estructurales se consagren siempre en la Constitución Política, de manera que la reglamentación legal se somete a esos textos, superiores y de mayor estabilidad (como ya se ha dicho, entre nosotros fundamentales son las reglas del art. 19 N°s 21 al 25 de la C. Pol.).

Por otra parte, la naturaleza de la institución conduce a que normas relativas a ella se encuentren —dispersas o agrupadas en temas— a través de todo el ordenamiento jurídico; sobre todo con la creciente intervención del poder público, se aprecia una creación constante de normas legales a su respecto (agrarias, urbanísticas, laborales, tributarias, penales), para transformarlo, restringirlo o protegerlo.

El CC. la trata en el Libro II (arts. 582 y sgts.). Aunque normas relativas a la propiedad se encuentran a través de todo el Código, ahí están las fundamentales en cuanto a los modos de adquirirla, sus restricciones por existencia de derechos reales limitados y su protección. Su transferencia por la vía de la contratación y su transmisión mortis causa, terminan por vincular al Derecho de propiedad con toda la regulación del Derecho patrimonial (v. también supra, N° 3).

52. Concepto. El Código declara que “el dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno” (art. 582, inc. 1°).⁸¹

⁸⁰ Para antecedentes bibliográficos debe considerarse, como ya se dijo, que la producción es vasta y que, atendidas la trascendencia de la materia y sus numerosas facetas, se presenta relacionada con muchas actividades y disciplinas. Una amplia nómina de estudios puede consultarse en Castán Tobeñas, José, ob. cit., t. II, vol. I, pp. 80 y sgts., donde se agrupan obras sobre la propiedad en sus aspectos filosófico y social, histórico y jurídico.

⁸¹ El Código, como un amplio sector de la doctrina, considera sinónimos los términos dominio y propiedad. Hay quienes reservan el término propiedad para referirla a toda clase de derechos susceptibles de apreciación pecuniaria (propiedad intelectual, de una herencia, de créditos, etc.) y el dominio para las cosas corporales, en las que se concibe un poderío tangible. También se han distinguido los términos en cuanto indican distintos énfasis, aunque del mismo concepto: el dominio, con un sentido más subjetivo, insiste en el poder del sujeto, la propiedad, más objetivamente, en la pertenencia de la cosa al sujeto.

Tal definición es consecuencia de una concepción *analítica* del dominio, que lo concibe como un conjunto de facultades o prerrogativas identificables y de cierta autonomía y, por tanto, con un criterio cuantitativo se dedica a enumerar las facultades que el dominio confiere al propietario sobre el objeto de su derecho. Se opone a ella la concepción *sinéctica*, que lo concibe como un señorío monolítico o poder pleno sobre el objeto de la propiedad, con prescindencia de facultades identificables que puedan describirse separadamente y con autonomía; genera, por cierto, una definición distinta que, en lugar de enumerar facultades, con dirección cualitativa se reduce a describir los caracteres, vigor y restricciones a ese pleno poder (además, cuando se tratan los derechos reales limitados se percibirán consecuencias de estas diferentes concepciones).

Por el término “arbitrariedad” que incluye, esa definición ha sido calificada de clásica, denunciándose en ella un contenido absoluto, individualista, desprovisto de preocupación social. Pero puede observarse que el complemento (“no siendo contra ley o contra derecho ajeno”) permite sobradamente morigerar y aun impedir la arbitrariedad y el abuso; la jurisprudencia y, desde luego, el legislador (como se explicará pronto al tratar la función social), han quedado facultados para conducir la institución mediante estas restricciones que posibilitan elaboraciones para que cumpla adecuada función; en esos términos, estimamos que el concepto es abierto y flexible (v. también infra, N° 59).⁸²

⁸² Para comentarios en torno al concepto en el Código francés, pero aplicables en buena medida al nuestro, considerando la semejanza, puede verse de Rodota, Stefano: “Notas sobre el derecho de propiedad y el origen del art. 544 del Code Civil”, en *Libro-homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, Univ. Central, Caracas, 1970, t. I; Rodota, S.: *El terrible derecho. Estudios sobre el derecho de propiedad privada*, Edit. Civitas, Madrid, 1986.

Por otra parte, es reveladora la constatación de que nuevos textos, como el CC. holandés (arts. 5-1 y 5-2) y el CC. de Québec (art. 947), vienen a fortalecer unas definiciones que no difieren substancialmente de la nuestra.

A este respecto, es interesante el estudio del que nos informa el Prof. Brahm García, Enrique: “El concepto de propiedad en el Código napoleónico. Una nueva interpretación de su artículo 544 en la historiografía jurídica alemana”, en *Rev. Chilena de Derecho*, Número monográfico. Derecho de propiedad, Univ. Católica de Chile, vol. 23, N° 1, Santiago, 1996, pp. 7 y sgts. Relata el autor que, conforme a la investigación del Prof. Alfons Bürgel, el citado art. 544 no estaría inspirado en una concepción liberal individualista, como generalizadamente se ha predicado. La expresión “de la manera más absoluta”, que contiene (que po-

Cuatro componentes son destacables en esa definición: a) la calificación de "derecho", con la derivada calificación de "real"; b) la consignación de los atributos: de uso (implícito en uno expreso, el de goce), goce y disposición (se verán más adelante), con la amplitud de la arbitrariedad; c) las inmediatas restricciones genéricas, ley y derecho ajeno; y d) un campo de aplicación, cosas corporales que, a continuación (art. 583), es ampliado a las cosas incorpóreas, pero matizadamente (al calificar el poder sobre ellas como una "especie" de propiedad; al respecto, v. supra, N°s 12, 13 y 14; una proposición particular, en la que el art. 582 estaría definiendo sólo la categoría de propiedad sobre cosa corporal, y las de los preceptos siguientes serían otras especies de un género no definido, pero cuya característica fundamental es la "exclusividad", en N° 14, final, nota).

Pero si bien cuando de definición se trata se nos presenta de inmediato el texto del art. 582 citado, el concepto vigente tiene otro punto de partida, por explicación jerárquica, la Constitución (art. 19 N°s 23 y 24). Estas normas serán pronto examinadas.

dríamos tener por equivalente a nuestra "arbitrariamente", habría tenido por fin impedir el restablecimiento de trabas feudales o estructuras propietarias del antiguo régimen y no consagrar un derecho absoluto en el sentido individualista. Así lo demuestra también el ambiente en el que surgió el texto (incluyendo referencias al pensamiento de Portalis), en el que la utilidad pública y el rechazo al abuso individual estuvieron siempre presentes; otro tanto habría acontecido al sentido de los primeros intérpretes; y también se manifestó en la práctica legislativa que proliferó con restricciones e intervenciones públicas conforme a la advertencia de la parte final de la definición. La proposición fundamental es que la interpretación liberal individualista del texto provendría de la recepción de un ideal que no era francés; más bien llegaba de una concepción propietaria asentada en la libertad personal, de origen kantiano y recogida por Savigny, que se desenvuelve durante el siglo XIX. Y surge también una vinculación con nuevos criterios económicos liberales. Así fue adoptada por posteriores intérpretes, como Aubry y Rau, Troplong, Demolombe. La tendencia se fue imponiendo y termino identificándose al Código con ella en este punto. Como epílogo del relato, el autor formula la interrogante sobre cuál concepción habría adoptado el señor Bello, constataando la ausencia hasta ahora de antecedentes definitivos; y concluye (ante un repetido supuesto individualismo de nuestro 582) con una sugerente advertencia—que nos atrae—sobre lo inconveniente que es quedarse anclado en ideas comunes o iniciales sobre un problema.

Véase también De los Mozos, José Luis: "La formación del concepto de propiedad que acoge el Código Civil". En Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario N° 609, Madrid, 1992, pp. 581 y ss., con evolución histórica y aporte de juristas españoles.

53. Evolución. Entre los investigadores de las épocas primitivas es materia de discusión la forma primaria de propiedad y el sentido de la evolución. Con frecuencia se sostiene que fue la propiedad colectiva la predominante en los inicios, y de allí se habría llegado a las formas comunitarias o familiares, hasta configurarse la individual; pero también se ha afirmado la existencia de dispersión, apareciendo, en distintos lugares, alternadamente distintas formas.⁸⁵

54. Evolución; continuación. En relación con los objetos del dominio, tal como se ha dicho en otra ocasión, hasta los tiempos de la revolución industrial era la propiedad territorial la fundamentalmente importante; el suelo y sus edificaciones constituían definitivamente la riqueza material de mayor envergadura; de ahí que los estudios sobre la evolución de la institución están siempre referidos a la propiedad inmueble. Es a partir de aquel acontecimiento que van apareciendo bienes muebles e inmuebles de apreciable valor y, por lo mismo, van influyendo también en la estructuración y caracteres jurídicos del dominio.

55. Evolución; estructura. Desde un punto de vista más bien técnico, a través de la historia del Derecho en dos épocas se ha observado la existencia de una estructura compleja de la propiedad: en los tiempos del Derecho romano clásico y durante el sistema feudal. La concepción romana primitiva se asentaba en una propiedad simple, con caracteres similares a los conocidos en la actualidad; pero con la extensión del Imperio se produjeron diferencias de regímenes, principalmente para los "fundos itálicos" (propiedad quintaria) y para los "fundos provinciales". La situación persistió hasta los tiempos de Justiniano, en que ya se volvió a la unidad. Pero pronto, después de producida esa simplificación, a la caída del Imperio (en Occidente) se inició otro sistema, aún más complejo, en el que se asentó el feudalismo, y que se mantuvo (al menos formalmente) hasta fines del siglo XVIII. A partir de arrendamientos perpetuos y numerosos otros contratos se fueron configurando unas atribuciones semejantes

⁸⁵ V., por ej., Dekkers, René: *El Derecho privado de los pueblos*, trad. de Francisco Osset, Edit. Rev. de D. Privado, Madrid, 1957, especialmente pp. 476 y sgts.; Azcarate, Guimerindo: *Historia de la propiedad*, Madrid, 1879; Prudhon, Jean-Baptiste-Victor: *Traité du domaine de propriété*, 1758; Dijon, 1838; Laveleye, Émile: *De la propriété et des ses formes primitives*, 4^a ed. Félix Alcan, edit. Paris, 1891; Grossi, Paolo: *Un altro modo di possedere*, Edit. Giuffrè, Milano, 1977.

a las concesiones, como el "feudo" y el "censo", en cuya virtud se fue descomponiendo el dominio entre un titular del objeto y el concesionario de él; el "señor" era el titular del dominio, tras el "vasallo" o "tenanciero" que realmente tenía, ocupaba la cosa, pero sin tener la propiedad; con el tiempo, por la extensión de los derechos de disfrute del vasallo y por su perpetuidad, se le fue considerando también como una especie de propietario; el señor tenía entonces el "dominio directo", y el vasallo el "dominio útil"; y queda así estructurado un sistema con dos propietarios sobre una misma cosa, sin que haya división entre ellos, pero concebidos como derechos de propiedad de distinta naturaleza. Esa descomposición se llegó a ampliar, produciéndose una escala jerarquizada de titulares. Ya al final del periodo se va acen tuando el derecho del vasallo (el dominio útil) a quien se llega a tener como el propietario, con tan sólo una servidumbre o carga en favor del primitivo señor, carga respecto de la cual van apareciendo intentos por extinguirla. Se concluye, pues, en una especie de expropiación al concedente, obrándose imperceptiblemente un desplazamiento de la propiedad hacia el tenanciero; la evolución estaba ya consumándose al tiempo de la Revolución francesa. Con la Revolución desaparecen definitivamente las cargas feudales; el Código de 1804 consagra una propiedad liberada, única, pero con una regulación que la dejaba con fisonomía individualista. Como otros, el Código chileno recibe esa concepción.⁸⁴

56. Evolución; final. Desde allí, simple nuevamente en su estructura, pero con escueta regulación, con amplias prerrogativas del

⁸⁴ Pero sobre ese carácter individualista recuérdese la objeción relatada en una nota precedente.

Aparte de los estudios históricos especializados, mayores precisiones pueden encontrarse en los tratados de Derecho civil; por ej., Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, ob. cit., t. III, pp. 9 y sgts.; un panorama muy completo, con amplia bibliografía, en Casán Tobeñas, José, ob. cit., t. II, vol. I, pp. 94 y sgts. Sobre la historia de la propiedad privada territorial en Chile, v. Encina, Francisco Antonio: *Historia de Chile*, 3ª edic., Edit. Nascimento, Santiago, 1949, t. I, pp. 189 y sgts. y 392 y sgts. (las formas iniciales principales fueron las asignaciones de solares y mercedes de tierras en nombre de la Corona, los remates de tierras fiscales y la prescripción, procedente de diversas clases de posesión).

titular sobre el objeto, se inicia otra evolución incesante, resumida en la expresión "función social".⁸⁵

57. Orientaciones actuales. El campo de aplicación y los principios rectores: equidad en el reparto y en el aprovechamiento. El tratamiento de este tema debe iniciarse con lo que puede denominarse una decisión fundamental, de carácter político-económico: la del *campo de aplicación de la propiedad privada*.

La naturaleza de las cosas y las posibilidades racionales de la vida social excluyen los dos extremos. La propiedad privada no puede ser eliminada completamente (teniendo presentes los objetos de uso personal) y no se puede extender a la totalidad de las cosas (teniendo presente la necesidad de una calle).

Así, partiendo del supuesto de que siempre habrán de existir bienes de propiedad privada y bienes de propiedad colectiva (formalmente pertenecientes al Estado, o a la nación toda), la decisión se reduce a establecer el límite. Qué bienes permanecerán en poder de la comunidad y cuáles quedarán entregados al dominio de los particulares. En la fijación de ese límite (o confesión del "inventario") surge una diversidad de posiciones filosófico-políticas, que están siempre presentes en la vida social. En esos planteamientos han aparecido también terceras posiciones, como son las llamadas propiedad cooperativa, propiedad comunitaria, por las cuales se propone que ciertos bienes sean, no de propiedad colectiva ni privada, sino de grupos sociales (por ej., los laborantes de una fábrica, que serían dueños de ella).

La decisión es dinámica. Va adoptando diversos matices y sufriendo cambios en distintos momentos históricos, por los cambios que experimentan muchos de los factores influyentes y por la alternancia de ideologías en la autoridad gobernante.⁸⁶

Examinada la realidad de un país en determinado momento, considerando la titularidad de los bienes conforme a las al-

⁸⁵ Una síntesis para el Derecho chileno, a partir del Código, puede verse en Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., pp. 136 y sgts.; Ríos Labbé, Sebastián: "Ciento cincuenta años de evolución del derecho de propiedad", en *Seguro centenario del Código Civil de Andrés Bello*, Univ. de Chile, Edit. Lexis Nexis, Santiago, 2005, t. I, pp. 533 y sgts.

⁸⁶ V., a este respecto, Parejo, Luciano, ob. cit., pp. 2404 y sgts., desde el punto de vista del Derecho administrativo.

ternativas referidas (que siempre coexistirán), se podrá apreciar que quedan configurados "sectores" o "áreas" de propiedad colectiva, de propiedad privada y, aun, de propiedad intermedia, que se van restringiendo o extendiendo como resultado de aquel aludido dinamismo, y lo hacen en correlación como en recipientes comunicantes.

Cuando en casos concretos se adopta la decisión de que cierto bien quede en dominio colectivo y a la sazón está en propiedad particular, para lograr aquella finalidad habrá de extraerse acudiendo al instrumento jurídico disponible para ese efecto: la expropiación por causa de utilidad pública (pero también la expropiación puede utilizarse para redistribuir la propiedad privada; en Chile, las leyes de reforma agraria que se han dictado contemplaban la expropiación de predios con la finalidad posterior de ser asignados a cultivadores en dominio individual, en unidades de dimensiones familiares).

Estos bienes que quedan en dominio del Estado a veces son excluidos de toda negociación con los particulares y otras son objeto de algunas limitadas actuaciones con ellos, mediante figuras jurídicas como los permisos y las concesiones (tratadas en Derecho administrativo).

Por la trascendencia que tienen para la comunidad, aquella relacionada decisión fundamental y varios de sus caracteres son diseñados, en sus rasgos fundamentales, por la Constitución del respectivo país. En Chile, por cierto, la Constitución dispone de normas al efecto (se verán pronto).

Tanto en la que se ha llamado decisión fundamental como en la regulación específica de los distintos temas de los derechos reales influyen, en diversa medida según la materia, numerosos factores de variada naturaleza: actitudes filosóficas, ideales de justicia, individual y social, necesidades económicas y sociales contingentes, experiencias en el propio país y en otras latitudes, la naturaleza de ciertos bienes, su función (principalmente económica), sus características históricas o artísticas, la trascendencia que algunos tienen en la economía nacional (que ha conducido a llamar a algunos "bienes estratégicos"), la magnitud de las inversiones que requirieren, el riesgo de la empresa de crearlos o desarrollarlos (v., además, supra, N°s 27 y 45 y lo dicho sobre vinculaciones en infra, N° 220, nota).

Al tratarse aquí de formular una descripción de rasgos fundamentales de diversa naturaleza, procede también con-

signar el postulado (ideológico más que técnico) conforme al cual se concibe a la propiedad como *supuesto de eficacia* de algunos otros derechos fundamentales (sólo los propietarios son libres; sin propiedad no hay libertad),⁸⁷ hay que suponer que

⁸⁷ V., por ej., Weber, Albrecht: "La protección de la propiedad en el Derecho comparado", en Rev. de Derecho Administrativo, N° 72, Madrid, 1991, pp. 477 y sgts.

Pero este (moderno) concepto de propiedad, concebida como derecho subjetivo (basado a su vez en la noción de facultad o poder), como realizador de libertad, impregnado de individualismo, con inventario de poderes o atributos que el titular conduce con independencia aun del mismo Estado y máxime extendido en su campo de aplicación, ha sido objetado. Crea tensiones con otro ideal, la igualdad, que no cesa de agredirla; el contenido se ha ido vaciando, el campo de aplicación se va restringiendo a favor de una "propiedad" pública (que no es tal, es un contrasentido, y ella no sirve a ninguna libertad); y así se avanza a una opción entre dos soluciones indeseables: la propiedad como instrumento de una libertad absoluta o la justicia igualitaria que va produciendo su destrucción progresiva. El viejo concepto romano (clásico) de la propiedad (*proprietas*), bien diferente al concepto moderno, merece ser recordado como exponente de una noción que no presenta esos inconvenientes; ella no es más que una cualidad que tiene una cosa de pertenecer a alguien; no estructurada en torno al individuo tratando de definir sus libertades y poderes, sino a las relaciones entre una pluralidad de personas; no se preocupa de determinar la esencia del poder del propietario, lo que tiene permiso de hacer, sino sólo de decir qué cosas, beneficios o utilidades, o, por el contrario, cargas o servidumbres, deben ser atribuidos a cada uno, lo que será propio de cada uno (la definición del "contenido" de la propiedad ha sido una invención de los modernos, no se encuentra en los textos romanos; incluso el *jus utendi*, esencial en el concepto moderno, no se encuentra ni en la *proprietas* ni en el *dominus*, al punto que más tarde Santo Tomás, fiel a esa tradición clásica, enseñará que sólo es susceptible de ser apropiada la gestión de la cosa propia, no el *usus*, que debería permanecer en principio común); en esta propiedad el titular tampoco tiene el poder de destruir la cosa o de abusar de ella; está fuera de la esfera del Derecho determinar el comportamiento del propietario sobre la cosa, lo cual surge de otras formas de control social; de hecho, si bien se dejaba a cada familia el señorío sobre sus bienes, los poderes del jefe de familia estaban limitados por las costumbres, la religión y las leyes; el Derecho en sí mismo no decía nada; tampoco es fundada en títulos originarios surgidos del derecho natural (como lo pretenden los juristas modernos); es función del Derecho realizar el reparto en un grupo dado, pero no se trata de un reparto efectuado por el juez o el legislador y, sobre todo, no caprichosamente, sino en base a la justicia distributiva, manteniendo una buena proporción entre los miembros del grupo y conforme a las calidades, méritos o necesidades de cada uno, y con la justicia correctiva o conmutativa que, en los cambios, preservará el equilibrio; el reparto tiende a retomar un equilibrio natural, es regulado so-

al blandirlo no se está, ciertamente, jerarquizando derechos o valores sino, como recién se destacó, se trata de advertir que la contracción excesiva del campo de aplicación desvanece la efectiva vigencia de otros derechos (y decimos "contracción excesiva" porque la negación absoluta de la propiedad no es razonablemente concebible).

En un proceso de síntesis se destacan algunos *principios orientadores*, que también pueden ser enunciados como preocupacio-

bre la naturaleza de las cosas; guiada por esta norma de justicia o la "utilidad pública", la iniciativa legislativa puede ser intensificadora; tampoco en Roma existió la extraña necesidad de los juristas modernos de universalizar el régimen de la propiedad, de expandir sobre todo el campo jurídico un concepto forjado con individualismo; hay cosas de derecho divino, cosas comunes, cosas públicas, que no son propiedades, no presentan la cualidad de la *proprietas*, en Roma sólo una fracción de las cosas son apropiables, y no todas sometidas al mismo molde; las prerrogativas estaban sutilmente modeladas conforme a las cualidades de las cosas; ciertamente todas disponían de la acción reivindicatoria, pero aparte de eso, se usará y dispondrá de modo diferente según las características y estado de la cosa. Hoy, en que la propiedad ha perdido mucho de su absolutismo y universalidad, ese concepto parece más capaz de dar razón de las realidades actuales; y responde mejor a las dos exigencias, libertad e igualdad, a condición de que éstas sean rectificadas. En cuanto a la libertad, es cierto que la propiedad de las cosas (exteriores) es condición de libertad y de desarrollo de la persona (como lo explicaba el idealismo alemán); y en Roma se trata de que cada uno tenga lo suyo (lo propio), bien determinado (ese es el bastión de la libertad); pero el error moderno es haber hecho abstracción de la dimensión social del hombre; con ésta, es necesario que a las propiedades se les tracen límites, dejándolas estables, pero no inviolables; lo admirable en Roma es que se evitó el exceso; nuestra auténtica libertad no es absoluta; tampoco tiene que ser universal; es bueno que haya cosas comunes; cosas públicas. En cuanto a la igualdad, ciertamente es buscada por la justicia, pero no absoluta; hay ámbitos donde lo es (como igualdad aritmética, igualdad ante Dios, en nuestra vida espiritual), pero no en la propiedad de los bienes (exteriores); no se trata de una igualdad absoluta, sino proporcional (geométrica) a los méritos, necesidades o función que se ocupa en la sociedad u otros factores; sin tener que nivelar, se trata de prevenir desproporciones excesivas (aceptando que haya ricos y pobres); se tienen en cuenta las diferencias que hay entre los hombres en el organismo social: si no se respetan esas diferencias no puede haber propiedad; sólo esta igualdad, proporcional se concilia con la libertad; y así, las dos nociones, siempre rivales, dejan de ser incompatibles. Ese modelo de pensamiento puede ser útil a la filosofía; ésta no tiene por misión buscar técnicas para promover nuestros ideales de libertad e igualdad, pero sí reformar nuestros conceptos sobre la libertad y la igualdad (Villey, Michel: "Notas sobre el concepto de propiedad", en Rev. de Derecho Público, N° 35-36, Univ. de Chile, Santiago, 1984, pp. 67 y sgts.).

nes más constantes, con particular énfasis en los tiempos recientes:

a) *Equidad en el reparto*. Creados los bienes para servir al hombre, a todos los hombres, con ellos también debe realizarse aquel valor. Y esta realización se desenvuelve en una *equidad en el reparto*, de modo que todos tengamos acceso a ellos, al menos en lo más indispensable para una aceptable calidad de vida.

b) *Equidad en el aprovechamiento*. Perteneciendo las cosas a dueños privados, éstos deben explotarla, obtener de ellas beneficio, no simplemente detentarlos por ostentación de poder u otras consideraciones equivalentes, y esa explotación, aprovechando inicialmente al propietario, reporte también beneficios a la comunidad. Se ha sintetizado en la bien conocida expresión "función social de la propiedad" (sobre la que se volverá pronto).

Estos principios frecuentemente están presentes tanto en la elaboración de textos legales como en su interpretación y aplicación, de modo que son verdaderas constantes y rasgos distintivos del actual Derecho de cosas.

Debe añadirse que la intensidad de estas restricciones y deberes provoca también polémica, en términos semejantes a la aludida al tratar el tema de la decisión fundamental (también deben tenerse presentes las excepciones al carácter exclusivo, que se verán pronto, infra, N° 59).

Finalmente, la influencia de aquellos dos principios en la dictación de normas legales permite concluir que, en la dogmática del derecho de propiedad, *la consideración de la función o utilidad* (generalmente económica) *que tiene el objeto*, es un criterio que incide decisivamente en su reglamentación (v. supra, N° 3 bis).⁸⁸

Desde otro punto de vista, y sobre todo con las restricciones derivadas de la función social, puede apreciarse que la propiedad ya ha superado el concepto simple de "derecho". Para expresarla con realismo, observando cómo se presenta efectivamente, adopta la fisonomía de una "situación jurídica", constituida por una

⁸⁸ Más aún, de los textos se llega a desprender que un factor frecuentemente determinante es la *actividad* mediante la cual el objeto constituye fuente productiva de riqueza (v. al respecto, Cambaro, Antonio: "Salvatore Pugliatti e la proprietà moderna", en Rev. di Diritto Civile, N° 6, Padova, 2003, pp. 633 y sgts.).

posición jurídica que tiene un sujeto ante una cosa. Y está compuesta por estos tres elementos: un poder dominador integral (en el sentido de que cubre todo el objeto); ciertas restricciones, y ciertos deberes.⁸⁹ En la propiedad inmueble (el suelo), la ecuación poder-restricciones se va marcando intensamente con la consideración ecosistémica y la planificación.

Siendo tantas y tan distintas las funciones y utilidades que prestan las cosas, se han ido configurando diversos estatutos legales para distintas categorías de bienes, que van debilitando la noción unitaria del dominio, atomizándola. Y por este camino han ido apareciendo las llamadas "formas de propiedad" (a las que se hará referencia pronto).

57 bis. La base constitucional chilena; el campo de aplicación; la protección; la función social, la reserva legal, las restricciones y privaciones y la afectación de la esencia; la privación o afectación sin indemnización y su consecuencia; la preservación natural y cultural. Ya se ha advertido que, atendida su trascendencia en la organización social y económica de una comunidad, es universal la decisión de incluir las normas básicas de la propiedad en el texto constitucional. Así acontece también entre nosotros, y con notoria dedicación.⁹⁰

En primer lugar, y no obstante la aludida atención dispensada, incluyendo una afanosa protección, la Constitución no la definió.⁹¹ En tales condiciones, parece natural la remisión a la

⁸⁹ En los textos positivos es destacable a este respecto la Constitución alemana de 1949: "La propiedad obliga. Su ejercicio debe servir al mismo tiempo al bienestar común" (art. 14).

⁹⁰ Por obra de diversos factores, entre otros por el momento histórico—a esa época reciente—el derecho de propiedad fue un capítulo de especial atención y amplio debate en los trabajos preparatorios del texto. Para el examen de ese debate, en la denominada Comisión de Estudios de la Nueva Constitución fueron destinadas al tema las sesiones 148 a 150, 155 a 164, 166 a 175, 180 a 184 y 242, aparte de numerosas sesiones relativas al específico capítulo de la expropiación (Evans, Enrique: *Los derechos constitucionales*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, t. III, p. 229).

⁹¹ Y no fue un olvido; en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se abordó el punto y se optó por evitar la definición (así Evans, Enrique, ob. cit., t. III, p. 290). Por lo demás, la generalidad de las Constituciones (así al menos las que hemos revisado, las americanas y de Europa occidental) omiten la definición. Otro tanto acontece en textos internacionales en

recién mencionada del Código, sobre todo considerando su aludida flexibilidad, que se acomoda (sin obstáculos) a los substanciales preceptos que impone la Constitución.⁹²

Las reglas constitucionales se refieren al campo de aplicación, a su función social, a su protección, a los atributos o facultades esenciales y a ciertos objetos especiales. Por cierto, cuanto dispongan al respecto las leyes ha de acomodarse a ella.

En cuanto a los atributos o facultades esenciales, se examinarán luego (infra, N° 60, y sobre la posibilidad de su privación, se volverá pronto, en este mismo párrafo) (reglas particulares para ciertos objetos: minas, aguas, propiedad intelectual, son tratadas en disciplinas especializadas).

El campo de aplicación. El texto es el art. 19 N° 23, que establece como principio muy general, "la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes"; esta fundamental norma se trabaja vigorosamente con otra, la del art. 19 N° 21, que reconoce y protege "el derecho a desarrollar cualquier actividad económica...";⁹³ en conjunto, sientan las bases del régimen económico, que se consolida con la descripción de los caracteres fundamentales que se reconocen al dominio y la protección

los que se le reconoce y protege: Declaración universal de derechos humanos (1948), Protocolo adicional al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1952), Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (1948), Convención americana sobre derechos humanos (1969), Constitución europea.

Asimismo puede observarse que, no obstante la especial preocupación por su tratamiento y protección, no se incluyó en la nuestra una norma sobre su transmisibilidad mortis causa, como acontece en algunas Constituciones extranjeras; por ej., en las de España (art. 33), Irlanda (art. 43), Italia (art. 42), Portugal (art. 62), Perú (art. 2); también en la Constitución europea (art. II-77).

⁹² Así, también, en un interesante trabajo, Varas, Juan Andrés: "Limitaciones a la propiedad: una perspectiva civil", en *La constitucionalización del Derecho chileno*, coordinador J.C. Ferrada, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 143 y sgts.

⁹³ V., al respecto, Fernandois Vöhninger, Arturo: "El orden público económico bajo la Constitución de 1980", en Rev. Ius Publicum, N° 4, Santiago, 2000, pp. 63 y sgts.

que se le brinda, en el art. 19 N°s 21 a 25, y se respalda (junto a otros) en el N° 26.⁹⁴

La amplitud queda determinada en dos sentidos; la generalidad de las cosas son susceptibles de propiedad privada (art. 19 N° 23), y se incluyen las cosas corporales e incorporales (v. sobre este punto lo dicho en supra, N°s 12, 13 y 14; en el N° 13 se trata la identificación del derecho con la cosa y, en nota, se advierte la actitud del constituyente, de prescindir de la identificación; para la adquisición de inmuebles en zonas fronterizas, v. infra, N° 60, final, y nota).

La protección. Se inicia con la proclama de su aseguramiento (de la propiedad adquirida).⁹⁵ Se dispone reserva legal para el establecimiento de los modos de adquirir el dominio y para imponer restricciones, obligaciones y privaciones (se verán pronto, en este mismo párrafo). La privación (expropiación) es detenidamente regulada (restringiéndose así el campo regulado por la ley). Se vuelve a asegurar (junto a los demás derechos protegidos) que no puede ser afectada en su "contenido esencial" (art. 19 N° 26). Y es incluida entre los derechos protegidos por el recurso de pro-

⁹⁴ La importancia del N° 24, confirmada por su frecuente aplicación, ha sido ampliamente difundida y en este estudio se volverá sobre ella; lo que estimamos conveniente destacar es la trascendencia del N° 23, que establece una base fundamental para el régimen que se ha adoptado en la actividad económica nacional; en buena medida viene a decidirlo.

V., al respecto, RDJ., t. 85, secc. 5ª, p. 187. Una síntesis de la libertad económica consagrada en la Constitución y un didáctico resumen de la evolución de los textos constitucionales sobre la propiedad puede verse en Cuevas, Gustavo: *Lecciones de Derecho constitucional chileno*, Edics. Univ. Mayor, Santiago, 2003. Más antecedentes en Carrasco, Sergio: *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2002. Cea, José Luis: "Derecho Constitucional Chileno". Edics. Univ. Católica de Chile. Santiago, 2004. t. II, p. 515 y sgts.; Evans, Enrique, ob. cit., t. III, pp. 213 y sgts.; Fermandois, Arturo: *Derecho constitucional económica*, Edics. Univ. Católica de Chile, Santiago, 2001.

⁹⁵ El texto protege el derecho y la cosa sobre la cual el derecho recae. Esta protección a la cosa podría entenderse como redundancia (o una explicable insistencia) si se tiene presente la -ya aludida- identificación del derecho con la cosa sobre la que versa cuando del derecho de propiedad se trata, por el carácter integral, abrazador de este derecho; pero también admite la comprensión de que queda así protegida la posesión (del que es dueño), como se ha sostenido (Guzmán Brito, Alejandro: *El Derecho privado constitucional...*, cit., p. 272).

tección (art. 20) (para la adicional protección brindada por las leyes ver infra, 4ª Parte, N°s 258 y sgts.).⁹⁶

La función social, la reserva legal, las restricciones y privaciones y la afectación de la esencia. Tomando base en aquellos que hemos llamado principios orientadores, se ha difundido ampliamente la expresión *función social de la propiedad*, para advertir que el dominio (en torno al cual giran los demás derechos reales) debe ser ejercido con consideración de los intereses de la sociedad y no sólo de los particulares del propietario.⁹⁷ Ya se observa su influencia en la decisión sobre la *titularidad*, para preservar un objeto en poder del Estado o entregarlo al dominio de los particulares; pero se desenvuelve en la *regulación específica* de la propiedad privada y en general de todos los derechos reales. Y esa regulación entonces implica acometer una tarea que en la generalidad de las legislaciones se ha erigido en el centro de una discordia social, política y jurídica: *el hallazgo de la satisfactoria ecuación que armonice el interés individual (emplazado en el derecho subjetivo) con el colectivo (afincado en la función social)*.⁹⁸ Se manifiesta principalmente en la introducción de "limitaciones" (o, mejor, "restricciones") y "obligaciones" (o, mejor, "cargas" o "deberes") a la propiedad privada; y llega a su extremo con la "privación" del dominio que, en la general-

⁹⁶ Sobre reconocimiento y protección de la propiedad privada en textos internacionales puede verse Rey Martínez, Fernando, ob. cit., p. 53.

⁹⁷ Aunque parezca evidente, siempre es útil recordar que esta función es gestada y sigue siempre determinada, en medida fundamental, por los datos de la realidad previos a la legislación y no es una pura consecuencia de ésta (v., al respecto, Murillo, Pablo: "Aspectos constitucionales de la propiedad privada y de la expropiación forzosa", en Estudios de Deusto, 2ª época, vol. 51/1 (enero-junio), Bilbao, 2003, pp. 283 y sgts.

⁹⁸ Como es bien sabido, sobre el tema los aportes de Duguit y de las Encíclicas papales son de referencia obligada.

En otro sentido, se ha llegado a discutir si la función social ha de entenderse como un límite externo al concepto de dominio o como noción integrante de él (v., por ej., Murillo, Pablo, ob. cit., p. 292, con referencias a la posición del Tribunal Constitucional español, que la estima integrante del derecho mismo, en la que es particularmente destacable la sentencia 37/1987 de 26 de marzo de 1987; entre nosotros puede verse a este respecto el ilustrativo estudio de Rajevic Mosler, Enrique: "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada", en Rev. Chilena de Derecho, N° monográfico, Univ. Católica de Chile, vol. 23, N° 1, Santiago, 1996, pp. 83 y sgts.).

dad de las legislaciones, conforma la expropiación (que implica indemnización).⁹⁹

Entre nosotros, la Constitución ha dispuesto para esta materia una "reserva legal", "*sólo la ley* puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que derivan de su función social" (art. 19 N° 24, inc. 2°; la cursiva es nuestra).¹⁰⁰ Y agrega que la función social comprende cuatro objetivos (el tercero descompuesto a su vez en dos) (concebidos, como es esperable en un texto de esta naturaleza, genéricamente).¹⁰¹ Por cierto, si es justificado exigir ley para imponer restricciones, más lo es para disponer la priva-

⁹⁹ En realidad, en la expropiación no hay propiamente agresión al contenido del patrimonio por la función social. Como hay indemnización, que debe ser previa y completa, no hay una disminución patrimonial; así, no se afecta al patrimonio del expropiado, sino a la libertad del titular para confiarlo (a la libertad en su noción liberal ha dicho un autor: Novoa Monreal, Eduardo: *Instrumentos jurídicos para una política económica avanzada, ¿El Derecho como factor de cambio social?*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 95).

¹⁰⁰ Los términos "limitaciones" y "obligaciones" (referidos al derecho de dominio más que a su titular), habitualmente empleados, no son muy apropiados; el primero, porque sólo confiere la idea de límite o frontera, en circunstancias que, a partir de una amplitud difícil de precisar, lo que se pretende comunicar es una disminución del campo o de la potencia, para lo cual resulta más clarificante el término "restricciones"; y el segundo, porque conviene mantener el término obligación para ese vínculo en cuyos extremos están los determinados sujetos acreedor y deudor, siendo preferible entonces emplear el término "deberes" (o "cargas").

A este respecto, parece muy conveniente la adopción de los dos conceptos, que apuntan, respectivamente, a una dirección negativa (de abstenciones) y a otra positiva (de asunción de comportamientos de convivencia o solidaridad social) (V., a este respecto, Hernández Gil, Antonio: *La función social de la posesión*, Alianza Editorial, Madrid, 1969, p. 171).

Por otra parte —y aunque quede claro conviene puntualizarlo— esa reserva tiene la doble derivación consistente en exigencia de ley a lo menos y entrega o remisión a ella en la regulación.

Recordando que la bibliografía sobre la llamada función social es muy vasta, para este solo efecto de ordenación instrumental, con base en la Constitución, entre nosotros puede verse a Ríos Álvarez, Lautaro: "El principio constitucional de la función social de la propiedad", en RDJ, t. 84, Primera parte, pp. 57 y segs.

¹⁰¹ Son "los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental" (art. 19 N° 24, inc. 2°). El problema de su taxatividad, que suele plantearse, parece carecer de relevancia atendida la amplitud de los términos.

ción del dominio; y la Constitución así también lo establece (en el inc. 3° del N° 24 del art. 19). La privación tiene también mencionados sus objetivos, dos (asimismo enunciados genéricamente).¹⁰² Y confiere indemnización (que, antes que en las normas de la ley de expropiaciones, tiene una —prolija— regulación constitucional en el mismo inc. 3°). En otros términos, entre nosotros la "reserva legal" está dispuesta para la *privación* del dominio y aun para la sola *restricción* o *deber*. En la doctrina general la noción de reserva legal ha sido concebida con una intensidad graduable y en cada ordenamiento es habitual la discusión acerca del rigor con el que los respectivos preceptos la han acogido;¹⁰³ ante nuestros textos constitucionales, los autores nacionales de Derecho público mantienen asimismo la discusión para nuestro régimen (que frecuentemente es reducida al dilema reserva absoluta o relativa, para surgir luego la proposición intermedia). En materia de propiedad entre nosotros parece adoptar estrictez, considerando lo dispuesto en los arts. 19 N° 24, 32 N° 8 y 60.¹⁰⁴

Las restricciones y los deberes pueden estar dirigidos genéricamente al contenido (respetando el esencial), a cierto atributo (sin que se configure la privación de uno esencial) o a algunos de los caracteres del dominio (en esta alternativa el más alcanzado es el carácter absoluto, al punto que habiendo sido, desde que apareció incorporado en las definiciones de dominio el centro del combate, en virtud de la intervención, hemos de tenerlo por superado). Por otra parte se vinculan a otros principios (como la doctrina del abuso del derecho).

Positivamente, se concretan en normas sobre variadas materias. Entre nosotros están diseminadas por todo el Código Civil

¹⁰² Son "utilidad pública o interés nacional".

¹⁰³ V., por ej., Murillo, Pablo, ob. cit., p. 294.

¹⁰⁴ Por lo menos es razonable concluir que si la Constitución exige que sea la ley (no otra norma de inferior jerarquía) quien imponga deber (obligación) o restricción (limitación), el cumplimiento de esta exigencia no ha de reducirse sólo a imponerla (mediante un término que la nomine) sino que ha de ser el propio legislador quien la describa (en qué consiste), la caracterice en sus razgos fundamentales y consigne los supuestos sobre los que surge. Por cierto, en la experiencia normativa suelen presentarse situaciones a lo menos dudosas por estos conceptos. V., a este respecto, con detenido examen y cita de otros precedentes, el fallo del Tribunal Constitucional de 9 de abril de 2003. Y un ejemplo de su aplicación, en sentencia de la Corte de Tremino, de 30 de enero de 2001.

y en innumerables leyes especiales, tanto de sectores productivos como habitacionales; tanto industrial como agropecuario, minero, urbanístico, etc. (v. el inventario de la legislación *solamente* ecológica y sanitaria y de protección cultural, contenido en las notas 125 a 128, al final de este mismo párrafo, cuyo contenido es masivamente restrictor del dominio).¹⁰⁵

Conviene también puntualizar los términos con que se consagró la privación (en el inc. 3°). Notablemente, junto a la *privación total* (expropiación, en su significado tradicional, en la que es extraída toda la cosa), la regla concibe también la *privación parcial* (que implica expropiación parcial); y no se trata de una privación parcial de la cosa, sino del *derecho*. Si un particular tiene, por ej., un predio, naturalmente puede ser expropiada una sección de él; esa sección es íntegramente sustraída del dominio privado, que es trasladado al expropiante. Pero el texto agrega que asimismo nadie puede ser privado "de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio" sin una ley expropiatoria. Esto significa que el constituyente concibe la expropiación de una *parte del derecho*, permaneciendo la cosa en el patrimonio del expropiado, pero con el derecho cercenado. En consecuencia, debe precederse como en toda expropiación, cumpliéndose las exigencias que el texto dispone para ella; destacadamente, por cierto, la indemnización.¹⁰⁶ Adoptada la actitud de proteger intensamente el dominio, la decisión de los redactores exhibe agudeza y realismo,

¹⁰⁵ Puede verse Mohor, Salvador: "Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización", XIX Jornadas chilenas de Derecho Público, en Rev. Chilena de Derecho, Univ. Católica de Chile, vol. 16, N° 2, Santiago, 1989, pp. 283 y sgts., trabajo del cual discrepamos en un punto indemnizatorio y la calificación de una eventual indemnización, que será mencionado pronto.

¹⁰⁶ Por esta vía, el análisis conduce incluso a interrogarnos sobre una *privación parcial de un atributo*. Si claramente es privación parcial, tendría que aplicarse la regla (el inc. 3°) y conferirse, por tanto, indemnización. Aunque sin determinismo, en la Comisión hubo referencia a esa hipótesis, sólo que entrecruzada (por los ejemplos que se usaron) con una cercana: la de una ley que impusiera un acento con dudosa calificación de restricción o privación de atributo esencial (con intervenciones de los Srs. Guzmán y Bascuñán); se sugirió la solución de que el conflicto debería quedar entregado al órgano jurisdiccional, con la instrucción de que si se acercaba más a la privación, debía tenerse por privación y exigirse ley expropiatoria (v. el contenido de la discusión en Evans, Enrique, ob. cit., t. III, pp. 328 y sgts.; más tarde, en la misma hipótesis, y sin hacer referencia al antecedente histórico, se ha propuesto una solución semejante, empleando el término "significativo" (Mohor, Salvador, ob. cit., p. 297).

porque pone el derecho a resguardo de atentados esenciales que adopten formas de restricciones, manteniendo (formalmente) el dominio en el titular (y que, de penetrar, evitarían los reclamos, las diligencias y, sobre todo, la indemnización, a que da lugar —sin duda— la expropiación integral).¹⁰⁷

La expresión "atributos o facultades esenciales" debe ser aplicada con el contenido que la doctrina civil le atribuye (y que pronto será referida; infra N° 60). En otros términos, estimamos que aquella expresión empleada en el texto alude (está vinculada) a los atributos contenidos (básicamente) en la definición del Código Civil y que son los reconocidos tradicional y secularmente por la doctrina y las demás fuentes (decimos "básicamente" porque a los emergentes de la definición del Código deben agregarse otros: la exclusividad, la administración y la reivindicabilidad o, menos formalmente, la persecución, que se mencionan también en infra, N° 60).¹⁰⁸ (v. también el art. 6° de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras).

¹⁰⁷ Por lo demás, el planteamiento ya estaba inaugurado en la doctrina; lo hemos encontrado propuesto ya en 1899 (a lo menos, porque ese es el año de la traducción española de la obra), por el ilustre Gaba, C.F.: "Servidumbres legales e indemnización", en *Cuestiones prácticas de Derecho civil moderno*, trad. de A. Posada, Edit. La España moderna, Madrid, 1899, vol. I, p. 332.

¹⁰⁸ En este mismo sentido, Evans, Enrique, ob. cit., t. III, pp. 231 y 233. Así se desprende claramente también del debate en la Comisión, según se da cuenta en la obra recién citada, en las discusiones se hizo muy frecuente alusión a los atributos de uso, goce y disposición. Entonces aquí aparece una segunda vinculación con la legislación civil; primero se trató de la definición (aludida en una nota precedente); ahora, del significado de esta expresión "atributos". Ya es oportuno entonces, al menos advertir que se presenta aquí una conexión directa con doctrina: ampliamente en el Derecho extranjero y en alguna medida también particularidades en la materia de propiedad, influyentes en la interpretación de la norma constitucional, por diversos factores, como la historia inmediatamente anterior al texto (ya mencionada), el detalle de su regulación, la presencia del cuerpo legal relacionado (el Código Civil). En todo caso, compartimos la conclusión de que los conceptos civiles (eso sí bien comprendidos) y específicamente, la expresión "atributos o facultades esenciales", deben entenderse, al menos como punto de partida, con el significado atribuido por los textos y la doctrina civil que, como se sabe, tienen —ya se dijo— dilatada tradición (así también Varas, Juan Andrés, ob. cit., pp. 143 y sgts., especialmente pp. 146 y sgts.).

Sin embargo, y prescindiendo de la íntima convicción de cada uno de los redactores, estimamos apropiado formular una enmienda a los definidos conceptos civiles. Cuando el texto emplea la expresión "atributos o facultades esen-

Por otra parte, el precepto ostenta armonía con lo dispuesto en el N° 26 que, insistiendo en el resguardo de la generalidad de los derechos fundamentales, acude a la noción de contenido esencial, disponiendo que se asegure asimismo que las leyes no afectarán a los derechos en su "esencia". Tratándose del derecho de dominio, aquí resulta protegido con el otro método; ya no (con la concepción analítica) mediante el recurso a los atributos esenciales, sino (en la sintética) acudiendo a la "esencia". Estimamos que esta esencia o contenido esencial encuentra su significado básico en la ya citada expresión "atributos esenciales",¹⁰⁹ pero, in-

ciales" debe tenerse presente que en la doctrina civil esos términos son considerados sinónimos; son empleados indistintamente, y se les diferencia de los caracteres (derecho real, exclusivo, absoluto y perpetuo, que luego serán también examinados, en infra N° 59). Pues bien, para lograr una suficiente protección al dominio, por una parte, sin llegar a debilitar, por otra, el vigor de la función social, además de los propiamente atributos (mencionados) deben incluirse también en la fórmula tres de los cuatro caracteres: real, exclusivo y perpetuo; del carácter real emerge la "reivindicabilidad", que en la doctrina extranjera suele ser mencionada; y complementando la perpetuidad, ha de ser incluida la transmisibilidad *moris causa* (por sólo una transmisión, como se dirá al tratar los caracteres).

El art. 6° inc. 2° del C. de M. dispone: "La privación de las facultades de iniciar o continuar la exploración, extracción y apropiación de las subterráneas que son objeto de una concesión minera constituye privación de los atributos o facultades esenciales del dominio de ella".

Algunos Códigos del siglo XX llegan a incluir algunos de estos caracteres en las definiciones; por ej., el CC. peruano incluye la reivindicabilidad (art. 923); el CC. paraguayo la exclusividad y, más apropiadamente que la reivindicabilidad, la facultad de "recuperar" (art. 1954); esta última es incluida también en el CC. brasileño (art. 1228).

Por otra parte, los tres atributos básicos (uso, goce y disposición), han sido considerados por siglos como los esenciales y consignados habitualmente en los Códigos Civiles. La ausencia del recurso a los "atributos o facultades esenciales" para delimitar, perceptible en buena parte de la doctrina contemporánea y en algunos Códigos Civiles recientes, puede explicarse por aquella tendencia (ya revuelta aquí, en supra N° 52) a concebir el dominio no como una suma de facultades, sino como un único poderío, que rehúye el desmembramiento en atributos autónomos. Con todo, la Constitución europea vuelve por antiguos textos y describe los tres atributos clásicos (art. II-77); también el CC. brasileño (art. 1228).

¹⁰⁹ Y armoniza también con el art. 41, N° 8 que se refiere a las requisiciones en estado de excepción constitucional. Por ellas confiere indemnización (se está refiriendo a la requisición que puede llamarse integral, como acontece, según dijimos, en la expropiación); y también confiere expresamente

cluyéndolos, la supera, con una fórmula más integradora, prescindiendo de atributos individualizables que la conforman por suma y que pueden dejar intersticios; este contenido esencial introduce un exclusivo y directo aprovechamiento integral de las cosas en sus posibilidades actuales y potencialidades futuras, con posibilidad de intercambio y poder de persecución.¹¹⁰

indemnización por las limitaciones al dominio "cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio". Sólo que la regla se inicia con una impropiedad terminológica: "limitaciones", pero que inmediatamente queda sanada cuando aclara que se refiere a "privación de alguno de los atributos...". El complemento "y con ello se cause daño" (que no se consigna en el art. 19 N° 24) es explicable porque se trata aquí de sucesos transitorios, temporales, y entonces se ha querido evitar que alguien, por haberle sido privado por un tiempo algún atributo esencial, por el solo hecho de la privación pretenda indemnización.

¹¹⁰ Cfr. el rasgo de exclusividad en Guzmán Brito, Alejandro, *Las cosas incorporales...*, cit. En el intento de concretar el significado del contenido esencial, estimamos conveniente recoger la noción propuesta por el Prof. Díez-Picazo, quien toma base metodológica en una sentencia del Tribunal Constitucional español (de 8 de abril de 1981). Acude a dos criterios: uno dogmático (la parte del contenido del derecho en que se encuentra su reconocibilidad como perteneciente a un determinado tipo) y otro de jurisprudencia de intereses (la parte del contenido que es necesaria para que el derecho cumpla las finalidades e intereses a los que debe servir y de los cuales es instrumento). Dogmáticamente, el derecho de dominio es reconocible si en él se conjugan los clásicos atributos de uso, goce y disposición; conforme a la jurisprudencia de intereses, el dominio sirve a la dignidad y libertad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, y también al reconocimiento de los sujetos jurídicos como sujetos de iniciativa y gestión económica (insertos en un proceso de economía de libre mercado, agrega, en una referencia que parece más contingente) (Díez-Picazo, Luis, ob. cit., t. III, pp. 50 y sgts., especialmente p. 52). También se ha propuesto que el contenido está integrado, precisamente, por la exclusividad, la disposición y el absolutismo (como vocación, restringido por las leyes y reglamentos y con especial dirección a la oponibilidad) (Zenati, Frédéric, ob. cit., pp. 313 y sgts.). Y debe tenerse presente también la controversia acerca de si la función social constituye un límite externo al concepto dominio o forma parte de él (ya aludida en este mismo número, nota, con referencia a la posición del Tribunal Constitucional español). V. también Medina de Lemus, ob. cit., t. I, pp. 409 y sgts., quien parte insistiendo que el contenido esencial no se identifica necesariamente con la definición, y añade también que la base ha de ser el art. 348 del CC. español (con su función definitoria), sólo que, para el contenido esencial, ese concepto debe ser integrado con otros elementos del Derecho vigente, en dirección a hacer reconocible el derecho de propiedad.

En suma, la Constitución autoriza a la ley (y sólo a la ley) para imponer *restricciones y deberes*, por cierto sin indemnización (como que se imponen con base en la función social), y para *privar* del dominio, integral (expropiación en su sentido tradicional) o parcialmente (por privación de un atributo o facultad esencial), aquí mediante ley expropiatoria y, por tanto, con la consecuente indemnización. Además, vuelve a asegurar que la ley no podrá afectar el derecho (en nuestro caso el de propiedad) en su esencia.¹¹¹

En la confrontación de aquellos textos con leyes determinadas que intervienen el derecho de dominio, pueden presentarse situaciones en las que será difícil precisar cuándo se estará en presencia de una *restricción* y cuándo de una *privación de un atributo esencial*; y si se ha afectado o no el derecho de dominio en su *esencia* (que en términos de controversia los particulares afectados podrán plantear —y de hecho han planteado— al tribunal). En definitiva, éste viene a erigirse en el conflicto fundamental que entre nosotros presenta este capítulo, pero ya no tanto por imprecisión constitucional, sino más bien por los términos en que la ley respectiva acomete la intervención.¹¹²

¹¹¹ Tal es el sistema diseñado por el constituyente. Si en el caso concreto se introduce una restricción con violación a norma, formal o substancial, se está quebrantando el sistema y habrá que acudir a un remedio, como se dirá pronto, pero no es que la indemnización proceda por restricción ilegal (señalándose a esa situación como una de aquellas en que procede indemnizar por restricciones, como en alguna ocasión se ha postulado); si hay violación a la normativa, que se concreta en cierto acto, podrá el tribunal dejarlo sin efecto, con lo que el problema se resuelve; y si no es posible deshacer lo hecho, se podrá llegar a la indemnización, pero en ese caso como auténtica indemnización en responsabilidad civil (que —como se dirá— es distinta), pero no es que haya restricciones que, por ilegales, se tornen indemnizables (en indemnización expropiatoria).

¹¹² Que es (como se ha visto en una nota precedente) el gran problema en muchas legislaciones. Entre nosotros, puede apreciarse, por ej., en RD), t. 79, secc. 5ª, pp. 194 y sgts. (Bolsa de Comercio de Santiago con Ministerio de Educación); t. 81, secc. 1ª, p. 117 y sgts.; también publicado en secc. 5ª, pp. 181 y sgts. (Comunidad Galletué con Ministerio de Agricultura, especialmente consid. 11); Rev. Gaceta Jurídica N° 289, Santiago, 2004, pp. 26 y sgts. (Soc. Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco, llamado caso Palacio Pereira, con voto disidente y comentario del Prof. Francisco Zúñiga).

Efectivamente suele ocurrir que la legislación procede a intervenir la propiedad de ciertos bienes sin emplear la misma terminología de los textos superiores, y a veces con expresiones que más bien sugieren que se trataría sólo de restricciones intensas a las facultades del titular; en su calidad de “restricciones”, quedarían incluidas en la función social y no conferirían indemnización, pero en los hechos a veces —al menos según el dueño— constituyen verdaderas privaciones (parciales) del dominio, el cual (formalmente) es mantenido en manos del propietario.¹¹³⁻¹¹⁴

En doctrina y jurisprudencia extranjeras la materia ha sido bastante agitada. La casuística, por los campos de donde surge, es muy similar a la que se está presentando aquí, y las soluciones oscilan entre las mismas alternativas nuestras. Pero con *dos diferencias técnicas* respecto de nosotros, que se manifiestan en el razonamiento; primero: autores y textos (frecuentemente menos explícitos que los nuestros), prescinden de la expresión “atributos esenciales” (que parece irse abandonando, producto del decaimiento de la concepción del dominio como suma de facultades) y la controversia es planteada puramente como un atentado al “contenido esencial” del derecho de propiedad; y, segundo: no llegan a exigir expropiación (que es reservada sólo para la privación total de la cosa); así, frente a leyes agresoras imprecisas, o se estiman restricciones fundadas en la función social y, por tanto, no indemnizables, o se consideran privaciones de contenido esencial, confiriéndose la respectiva indemnización.¹¹⁵⁻¹¹⁶

¹¹³ Por cierto, en muchas ocasiones el dueño preferiría que de una vez le expropiaren (integralmente), porque entonces tendría (sin duda) la indemnización.

¹¹⁴ Aparte de las restricciones, recuérdese que el texto permite también imponer “obligaciones” (que hemos preferido llamar deberes o cargas) las cuales (al igual que las restricciones) tampoco confieren indemnización; quedan incluidas en la función social; pues bien, es asimismo concebible que la ley imponga verdaderas privaciones mediante la forma de obligaciones; en otros términos, puede acontecer que, con la forma de obligaciones, en el hecho llegue a privar de algún atributo o facultad esencial.

¹¹⁵ Del examen de varios estudios sobre el tema se desprenden algunas referencias frecuentes, como éstas: desde luego, la mencionada expresión “contenido esencial” del derecho, la noción de “carga especial y exorbitante”; la distinción entre restricción y privación; entre limitación y vinculación (esta última caracterizada por una afectación concreta, singularizada); y entre expropiación formal (declarada e integral) y material (no declarada y constituida por

Entre nosotros los textos legales han recaído, hasta ahora—como en otras latitudes—principalmente en los ámbitos urbanístico, ecológico e histórico y artístico; y las controversias prácticas, sobre todo en los dos últimos. Más específicamente, un ejemplo de esta situación lo proporciona la legislación (pronto será consignada) que ha afectado intensamente el dominio de predios forestales, llegando a impedir la explotación de ciertas especies

privación de arbustos) (suelen emplearse términos distintos para referirse a conceptos semejantes, como en la jurisprudencia suiza, en la que se distingue entre "intervenciones débiles y fuertes"). V., por ejemplo, Weber, Albrecht, ob. cit., pp. 481 y sgts.; Galán, Roberto: "De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado legislador" en *Rev. de Administración Pública* N° 155, Madrid, 2001, pp. 285 y sgts.; Murillo, Pablo, ob. cit., 283 y sgts.; Arribas, Pablo: "La indemnización por las limitaciones a la propiedad recogidas en los catálogos urbanísticos", en *Rev. de Derecho Urbanístico* N° 122, Madrid, 1991, pp. 33 y sgts. (que consigna los conceptos de propiedades "vinculada" y "catalogada" y se extiende en las exigencias para que proceda la indemnización conforme a sus textos, entre las que es destacable la "singularidad" del sacrificio y la "proporcionalidad" entre el interés colectivo y el sacrificio del particular); Rey Martínez, Fernando, ob. cit., pp. 53 y sgts.; García de Enterría, Eduardo: "Las garantías de la expropiación según el Derecho europeo", en *Documentación Administrativa* N° 221, Madrid, 1990, pp. 23 y sgts. (dedicado principalmente al análisis del art. 1° del Protocolo adicional al Convenio europeo de derechos humanos, con particular dirección a la expropiación, consigna también un alcance al atentado al contenido esencial del dominio cuando se impone una carga especial y exorbitante, y pareciera conducir las situaciones a la responsabilidad por daños causados por la administración).

Así también el Protocolo adicional al Convenio europeo de derechos humanos, que ha sido relacionado con el art. 50 del Convenio; con base en ellos es mencionada como particularmente destacable la sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos, de 23 de septiembre de 1982 (recaída en el difundido caso "Sporrong y Lönnroth contra Suecia", relativo a unas restricciones urbanísticas en la ciudad de Estocolmo; al negarse a los dueños de unos predios en el centro de la ciudad el permiso para construir debido a una inminente expropiación, que tardaba más de 20 años en concretarse, se resolvió que la sujeción afectaba a la substancia misma de la propiedad y aunque el derecho no haya desaparecido, se ha producido una expropiación de hecho la "substancia misma" parece equivaler a la más usada expresión "contenido esencial").

En el Derecho norteamericano la situación no parece ser muy distinta, salvo, ciertamente, por el método. El texto es la 5ª Enmienda ("La propiedad privada no deberá ser tomada para un uso público sin una adecuada compensación"), de donde ha emergido el "taking", situación de privación del dominio, indemnizable; el Tribunal Supremo parece evitar una fórmula de aplicación general y, en los casos, la vía del precedente no llega a definiciones de alguna generalización. Hay "leading cases" como "US. vs. Causby" (1946), que confiere indemnización, y "Penn Central transportation vs. City of New York" (1978),

amenazadas o en peligro de extinción; si un predio determinado tiene como valor exclusivo (o ampliamente dominante) esa especie, para el dueño la prohibición equivale (o se asemeja mucho) a privarlo del dominio.

En primer lugar, conviene advertir que en el reclamo no se está contra la conveniencia de proteger el bien o la categoría de bienes a los que se dirige la privación o pretendida restricción (la

en el que se niega (en cuanto permanece todavía un uso razonable del inmueble) (v., al respecto, Jordano Fraga, Jesús: "Medio ambiente versus propiedad: expropiaciones legislativas en el Derecho ambiental americano", en *Rev. española de Derecho administrativo* N° 85, Madrid, 1995, pp. 67 y sgts.). Es destacable la noticia transmitida por el autor en el sentido de que no obstante que los antecedentes históricos del precepto demuestran que los redactores sólo pensaban en la formal (e integral) expropiación, se le ha llegado a considerar un dato irrelevante en la jurisprudencia (concretamente, en el renombrado caso "Lucas vs. South Carolina Coastal Council", un comentario a este interesante caso puede verse en Sax, Joseph: "Property rights and the economy of nature: understanding Lucas vs. South Carolina Coastal Council", en *Stanford Law Review*, mayo, 1993, vol. 45, N° 5, pp. 1433 y sgts.). En apreciación general, se mantiene con intensidad la discusión de los criterios para determinar cuándo procede la indemnización y cuándo no (y los "casos", con dedicados comentarios, son muchos). Han surgido algunos como la afectación del "núcleo esencial" de la propiedad (en el que se acude a la delimitación histórica del contenido esencial de la propiedad); la regulación destinada a prevenir un daño en la colectividad en principio no produce indemnización, si la regulación dirigida a obtener un beneficio, si la disminución del valor de la propiedad es demasiado apreciable requiere indemnización; si la gravedad de la invasión es desproporcionada respecto de la política gubernamental efectuada, requiere indemnización; la afectación derivada de la prohibición de actividades peyorativas para la comunidad no es indemnizable (tradicionalmente este último criterio se dirigía a la salud pública, pero tiende a expandirse al ámbito de los límites esenciales de la calidad ambiental) (y frecuentemente estos criterios funcionan en conjunto). Como afirmaciones elementales suelen mencionarse la igualdad en el reparto de las cargas públicas y la inadmisibilidad de la expropiación sin indemnización (a lo que debe agregarse el dato histórico de que en su origen el "taking" parece estar asociado a la idea de garantía frente a conductas arbitrarias de la autoridad).

Contribuye, por último, al debate el muy clarificante símil (del prof. francés Luchaire, consignado en Weber, citado) con la alcahofa: "si se la toma completa, debe pagarse por ella; pero si se cogen sólo hojas sueltas, podría uno llegar a apoderarse de ella sin pagar".

¹¹⁶ Coincidentemente, las expresiones "contenido esencial" y "esencia del derecho" fueron ampliamente empleadas en los debates sostenidos por los redactores de nuestro texto constitucional respecto del derecho de propiedad, como se dirá pronto. Y—como se sabe—la última hasta terminó recogiendo en la protección general de todos los derechos asegurados.

especie vegetal amenazada, el monumento histórico o artístico, etc.); lo objetado es que esa protección o beneficio perseguido para toda la comunidad se logre a costa de un solo particular o de un grupo de dueños de predios con esos caracteres. De ahí que la impugnación haya sido sustentada en las garantías de igual repartición de las cargas públicas y de igualdad ante la ley.

Con sus textos, la Constitución viene a ofrecer dos métodos para solucionar el conflicto, y en ambos el problema es de *calificación*.

— Con los incs. 2º y 3º, que distinguen entre restitución y privación de atributo esencial y exigen ley expropiatoria para esta última, se trata de calificar si la intervención al dominio que la norma legal impone constituye restitución (o deber) o privación.

— Con el N° 26, que protege la esencia del derecho, se trata de resolver si la ley agresora afecta o no al derecho de propiedad en su esencia.

Por cierto, esa calificación ha de emprenderse objetivamente, con prescindencia de los términos que la ley interviniente emplee.

Es importante destacar que se trata de *métodos* distintos para solucionar el conflicto, cada uno con su texto, y, por tanto, no deben ser (como ha ocurrido en algunos casos) confundidos o mezclados (sin perjuicio de que, en su aplicación práctica, puedan plantearse uno en subsidio del otro); y ellos hacen innecesario acudir a la equidad (como también ha acontecido).

La privación o afectación sin indemnización y su consecuencia. Si la calificación es de reproche, es decir, si se concluye que la ley ha impuesto una privación de atributo esencial sin los requisitos de una ley expropiatoria (sobre todo sin conferir indemnización), o ha afectado al derecho en su esencia, hay que determinar la consecuencia. En ambos caminos la conclusión es la *inconstitucionalidad* de la ley que impone la intervención (en el primero, por contravenir los incs. 2º y 3º del N° 24; en el segundo, por contravenir el N° 26).

Pero en la práctica se ha intentado otro remedio: la *indemnización*, que es demandada en lugar de atacar la norma legal invasora, la cual habrá de quedar, entonces, vigente, manteniéndose la privación del atributo esencial o la afectación de la esencia. En ciertas situaciones (sobre todo en las llamadas servidumbres administrativas), en algunas de las cuales hasta podría dudarse de su calificación como de restricciones o privaciones

de atributo esencial, los respectivos textos legales confieren indemnización, con diversos procedimientos.¹¹⁷ Pero quedan otras (que irán aumentando) sin el remedio expreso.

Con el primer método no parece posible; aquí el planteamiento es que se trata de una ley que expropia y que no reúne las exigencias que la Constitución impone a toda ley expropiatoria, de modo que lo que procede es simplemente declararla inconstitucional (a menos que se reúnan todos los requisitos salvo la indemnización, porque entonces, al conferirse, la situación queda ajustada a la Constitución). Con el segundo es dudoso; el texto (el N° 26) garantiza que las leyes “no podrán afectar los derechos en su esencia”; la norma legal ha afectado el contenido esencial, quedando configurada así la inconstitucionalidad; la indemnización no es contemplada; tampoco es negada; entonces, ¿es la indemnización un remedio ante una ley que contraviene la Constitución? ¿Queda remediada la contravención a través de una indemnización al afectado? La respuesta inmediata es negativa; pero podría postularse que como se trata de una garantía a las personas, pudiere ser un remedio aceptable, cuando el afectado mismo lo ha pedido. También podría estimarse que con la indemnización el derecho no ha sido “afectado en su esencia” (porque en el patrimonio del dueño se ha producido una subrogación real, en la cual el deterioro ha sido reemplazado por la indemnización).

En la práctica, al menos hasta ahora, no se ha procedido siempre con claridad en el empleo de estas alternativas. En ocasiones, con motivo de un recurso de protección, se ha pedido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y ha sido acogida. En otras, sin impugnar la vigencia de la ley, se ha demandado puramente indemnización, y ha sido concedida; pero mezclando —estimamos que indebidamente— los métodos aquí descritos. En efecto, no se ha resuelto explícitamente que se trate de una formal restricción que implica una real privación de atributo esencial; manteniéndose el tribunal en la sede del inc. 2º (restricciones) se ha optado por estimar que se trata de restricciones graves que atentan en contra del contenido essen-

¹¹⁷ Que convendría unificar en bases comunes, con las diferencias que resulten inevitables por explicación de naturaleza o de otras circunstancias particulares.

cial del derecho de dominio y, ante la ausencia de norma que confiera indemnización (las restricciones no la confieren), se ha conferido.¹¹⁸ Se ha acudido a varios fundamentos. Uno frecuente es la garantía de igual repartición de las cargas públicas (a veces con el agregado de igualdad ante la ley). Se añade que si

¹¹⁸ En Rev. Gaceta Jurídica N° 289, Santiago, 2004 (Soc. Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco), se declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad; y el fallo no es claro en su calificación, que oscila entre privaciones de atributo esencial y restricciones que en conjunto atentan contra el contenido esencial. El voto disidente estima que se trata de restricciones aceptables por la función social y no observa atentado a la igual repartición de las cargas públicas (por lo que desestima la inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Se ha acogido la indemnización, por ej., en RDJ, t. 81, secc. 5ª, pp. 181 y sgts. (Comunidad Calleué con Fisco). Se confirió indemnización (con un voto disidente), pero con algunos conceptos de los que –conforme a lo expuesto– discrepamos. Las llamadas restricciones que la norma impuso nos parecen calificables de “privación de atributo esencial” y no de restricciones; con aquella calificación, debía conferirse indemnización sin más (por el inc. 3º). Pero el fallo estimó que se trataba sólo de graves limitaciones (restricciones) y que, como la Constitución al tiempo que por ellas no la confiere tampoco impide la indemnización, con la ayuda de la equidad la confirió. Además, empleó el argumento –al que ya hemos aludido– del art. 41 N° 8 sobre los estados de excepción, argumentando que si en esos estados expresamente la Constitución confiere indemnización por “limitaciones”, con mayor razón debe conferirse en estados de normalidad (omitiendo que ese precepto, no obstante emplear –impropiamente– el término limitación, aclara acto seguido que se trata de limitaciones que importen privación de atributo esencial, es decir, se está tratando de privaciones). Por último, sin abordar el problema de la naturaleza de la indemnización (como expropiatoria o de responsabilidad, que aquí también mencionamos), y habiendo acudido a la equidad, la sentencia añade referencia a la responsabilidad del Estado con ejemplos como el de la indemnización al sobreseído o absuelto (es decir, identificando la naturaleza de ambas indemnizaciones, que aquí ya hemos aludido y estimado diferentes). Por su parte, el voto disidente (que estuvo por rechazar la demanda) considera la indemnización sólo en la expropiación total (única que parece conferir, aunque no lo expresa así), prescindiendo de la privación de atributo esencial que, conforme al inc. 3º, es también indemnizable.

Actitud semejante ha demostrado el Tribunal Constitucional, en sentencia rol 245, respecto del DS. N° 1, de Bienes Nacionales (DO. de 6 de agosto de 1996), sobre acceso gratuito a playas de mar, río o lago. Sobre la actitud del Tribunal Constitucional ante distintos temas de propiedad, puede verse Buñes Aldunate, Luz: “El derecho de propiedad y la jurisprudencia constitucional”, en Rev. de Derecho. U. de Concepción N° 212, Concepción 2002, pp. 71 y sgts.

El sacrificio de animales para evitar la propagación de la fiebre aftosa ha dado lugar a controversias en las que en algunos sentidos se ha tratado el tema. Al respecto se ha dictado un texto legal especial que establece normas para la indemnización (Ley 18.617, DO. de 3 de junio de 1987).

bien al referirse el inc. 2º a las restricciones no confiere indemnización, tampoco la niega. Se ha empleado también la regla de que en los estados de excepción constitucional se confiere indemnización por las limitaciones a la propiedad (art. 41 N° 8 de la C. Pol.), deduciéndose que si en esos estados se confiere indemnización, con mayor razón procede por las restricciones impuestas en estado de normalidad (olvidando que allí se trata sólo de una impropiedad de lenguaje, porque el constituyente agrega que se trata de limitaciones que importen privación de atributos esenciales, con lo que queda claro que se trata allí simplemente de “privaciones” de atributo esencial, situación en la que evidentemente procede indemnización, conforme al inc. 3º). Se ha agregado la equidad (es equitativo concederla). En fin, se ha hecho expresa referencia a la responsabilidad del Estado y, dentro de ella, a la llamada “responsabilidad por hecho lícito” (en Chile afrontada principalmente por la doctrina administrativa) con la cita de preceptos como el art. 38, inc. 2º de la Constitución y el art. 42 de la Ley 18.575, Org. Const. de Bases Generales de la Administración del Estado.¹¹⁹⁻¹²⁰

¹¹⁹ V. DEL. 1, que fijó el texto refundido de esa ley, DO. de 17 de noviembre de 2001.

¹²⁰ El tema ha sido examinado en sede de Derecho administrativo, con la denominación de “responsabilidad del Estado por acto lícito”; y, por cierto, presenta viva controversia. V., a este respecto, Varela Caballero, Alex: “Responsabilidad del Estado-legislador”, en Revista de Ciencias Jurídicas N° 1, Edit. Jurídica de Chile, Valparaíso, 1971, pp. 233 y sgts.; Caldera, Hugo: “La responsabilidad extrac contractual por el hecho de las leyes en la Constitución Política de 1980, ¿espejismo o realidad?”, en *XIII Jornadas chilenas de Derecho público*, Univ. de Concepción, Concepción, 1983, pp. 222 y sgts.; Soto Kloss, Eduardo: “Bases para una teoría general de la responsabilidad extrac contractual del Estado en el Derecho chileno”, en RDJ, t. 81, Primera Parte, pp. 87 y sgts.; Vergara Bezanilla, José: “La responsabilidad por acto legislativo y una sentencia de mayoría de una de las salas de la Corte Suprema”, comentario, en Rev. Chilena de Derecho, Univ. Católica de Chile, vol. 12, N° 2, Santiago, 1985, pp. 363 y sgts.; Oelckers, Osvaldo: “Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado”, en Rev. de Derecho Público N° 37-38, Santiago, 1985, pp. 365 y sgts.; Quinlanilla, Alvaro: “Responsabilidad del Estado por actos lícitos”, en Revista de Ciencias Sociales, Fac. de Derecho y Ciencias Sociales, Univ. de Valparaíso, N° 44, Valparaíso, 1999, pp. 281 y sgts.; Cordero, Luis: *La responsabilidad de la administración del Estado*, Edit. Lexis Nexis, Santiago, 2003; Sanhueza, Ricardo: *Teoría general de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado administrativo*, Edit. Lexis Nexis, Santiago, 2005.

Esta última referencia merece una observación. Estimamos que el problema no es de responsabilidad civil; al menos, atendidos nuestros textos (sobre todo el inc. 3º), no es necesario acudir a esa vía (y, por tanto, no es necesaria –ni procedente– la confrontación con todas las exigencias o elementos propios de esa responsabilidad). Si la norma constituye privación de atributo esencial (o afecta el derecho en su esencia) y, prescindiéndose de la ley expropiatoria y de la inconstitucionalidad, la situación va a ser remediada con la indemnización, esta indemnización pertenece al ámbito de la indemnización expropiatoria, que sustituye valor, y no en el sentido que tiene en la materia de responsabilidad civil.¹²¹ En la res-

V. también, a este respecto, RDJ., t. 27, p. 744; t. 71, p. 137, que se pronuncia adversamente sobre la indemnización por las restricciones a la faja de terreno contigua a un camino, luego de una expropiación; t. 81, p. 117; Gaceta Jurídica N° 289 (2004), pp. 26 y sgts. (Corte Suprema, 18 de junio de 2004, con comentario del prof. Francisco Zúñiga), en que se declaran inaplicables por inconstitucionales (en inconstitucionalidad sobrevenida) dos preceptos de la ley 17.288 sobre monumentos nacionales (arts. 11 y 12); RDJ., t. 81, secc. 1ª, pp. 117 y sgts., también publicado en secc. 5ª, p. 181 (Comunidad Galletué con Fisco).

¹²¹ V., a este respecto, Calán, Roberto, ob. cit., pp. 292 y sgts. Pero el autor admite que es difícil encontrar criterios que permitan distinguir cuándo el daño es propiamente expropiatorio y cuándo pertenece al ámbito de la responsabilidad del Estado legislador. Insiste en la presencia de leyes que, sin expropiar formalmente, imponen una verdadera mutilación al derecho de propiedad y que, en definitiva, son también expropiatorias. Y se emplea la distinción entre expropiación formal y material (que aquí ya fue aludida en una nota anterior). Este es el fuero doctrinario extrajero a favor de lo que llamamos expropiación parcial del derecho de dominio, demuestra la visión penetrante del constituyente chileno, que –como hemos dicho– la ha concebido y estampado claramente en el inc. 3º. También Garrido Falla, Fernando: “El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada”, en Rev. de Administración Pública N° 81, Madrid, 1976, pp. 7 y sgts. Este estudio examina detenidamente la dificultad y plantea directamente la distinción entre “la responsabilidad de la Administración y su deber de indemnización en determinados supuestos” (p. 10). Agregamos que la indemnización “se aplica a aquellos supuestos en que la Administración actuando legítimamente, sacrifica el derecho de un particular (también legítimo, por supuesto): la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas es incompatible con la idea del ‘sacrificio especial’ sin indemnización”; distinta es la responsabilidad del Estado “por los daños causados a los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos...” (p. 12). En la posibilidad de repetición en contra del funcionario actuante se aprecia también claramente la diferencia; añade casos hipotéticos y reales.

ponsabilidad civil se trata de reparar un daño causado con dolo o culpa o aun sin ellos (si se trata de responsabilidad objetiva), en la que el daño se produjo como consecuencia de la actuación del Estado dentro de su actividad, daño que *no es el fin perseguido* y es más bien no deseado; por lo mismo, el interés público no se beneficia con la exacta actividad que provoca el daño. En cambio, en la indemnización expropiatoria la autoridad agrede directamente al derecho de dominio, en ejercicio de sus potestades y *para* obtener un fin de utilidad pública. Nos parece que simplemente debe indemnizarse, con la justificación (remota) de la igualdad ante la ley y del igual reparto de las cargas públicas y, en términos inmediatos, con la misma justificación que explica la indemnización expropiatoria (integral); de protección a la propiedad, porque lo que se produce (conforme al inc. 3º) es una privación parcial del dominio, privación parcial del derecho, no de la cosa, en la cual aquella privación viene luego a proyectarse; instalada en el derecho, más precisamente la agresión se radica (en términos de la concepción dominical tradicional) en los atributos esenciales, o (en expresiones de la concepción unitaria del dominio) en la potencia o magnitud fundamental (en el contenido esencial) del poder del propietario.¹²²

¹²² En la misma actitud de mantener (o consolidar) la disposición legal en doctrina extranjera ha surgido –como se aludió en una nota anterior– otro planteamiento; el de que en la especie hay una verdadera expropiación del objeto, no declarada formalmente (expropiación “indirecta”, “disfrazada” o “por excesivas restricciones”), de modo que el tribunal tendría que declararla, con lo que el dominio (integral) del bien expropiado se trasladaría al Estado y tendría que pagarse la correspondiente indemnización. La expropiación, con la debida indemnización (que proviene de fondos del erario nacional), soluciona el problema equitativamente: logra el fin social costado por toda la comunidad y el primitivo dueño, queda indemnizado (v. Peñailillo Arévalo, Daniel: *La expropiación ante el Derecho civil*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1995, reimpresión de 2004, pp. 65 y sgts). Esta alternativa puede resultar aceptable más bien en ordenamientos que carecen de una norma como la de nuestro inc. 3º citado, que, como se ha visto, conchie directamente la expropiación parcial (del derecho).

Otros comentarios sobre las restricciones y el contenido esencial del dominio, pueden verse en Rajevic Mosler, Enrique, ob. cit., pp. 44 y sgts.

La preservación natural y cultural. En tiempos recientes, la función social ha recibido una destacada tarea de *preservación*. Aunque proviene desde antiguo, esta preocupación se ha impuesto últimamente con gran persistencia, por razones bien conocidas, hasta llegar a entrar en conflicto con el progreso material. Principalmente, se refiere a dos ámbitos:

1°. *La preservación de la naturaleza*, para mantener el ambiente con caracteres benéficos para la vida humana, amenazado por la contaminación industrial y por elementos derivados del congestionamiento urbano (v. C. Pol., art. 19 N°s 8 y 24, inc. 2°). Como se irá viendo, se refleja en variadas materias. En términos genéricos, en una multitud de restricciones y cargas al derecho de propiedad; en términos más específicos; en el uso de bienes muebles (vehículos motorizados, instalaciones industriales, productos y residuos químicos, agua); y en el uso de inmuebles, del suelo (en las relaciones de vecindad, en las servidumbres, en las explotaciones mineras). Entre nosotros, el Código ya contiene algunas normas (por cierto desorganizadamente);¹²³ pero posteriormente el aumento legislativo no ha cesado (muchos de esos textos se irán mencionando en capítulos siguientes). El texto nacional que aparece como uno de los centros de donde se emiten restricciones es la Ley de Bases del Medio Ambiente.¹²⁴ Las reuniones de gobiernos, que culminan en tratados y convenciones internacionales, y la acción de Organizaciones no gubernamentales, han influido notablemente en las legislaciones internas (sólo por introducir un orden en la exposición y consulta, podemos distinguir una

¹²³ Pueden considerarse, por ej., el art. 1461 (su sentido es, ciertamente, discutible; en un sentido amplio, todo pacto cuya prestación contare a la naturaleza carecería de objeto porque sería físicamente imposible y, así, el acto sería inexistente o, al menos, nulo absolutamente; con esa comprensión tendría un efecto muy protector de la naturaleza, pero paralizante para la actividad humana; en sentido más restringido, se estaría refiriendo sólo a pactos que impongan prestaciones que no puedan cumplirse por imposibles al no poderse vencer a la naturaleza, atendidas las posibilidades físicas actuales del hombre); el art. 1475, que aunque algo más acotado que el anterior es también bastante extendido; y el art. 937 que, en términos muy amplios, dispone (con forma no muy perfecta) la imprescriptibilidad de las acciones en contra de obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso.

V. también lo que se dirá sobre el "entorno" en los atributos del dominio; infra N° 60.

¹²⁴ Ley 19.300, de 9 de marzo de 1994.

normativa restrictora con inmediato *fundamento ambiental*.¹²⁵⁻¹²⁶ y otra con inmediato *fundamento sanitario*.¹²⁷

2°. *La del patrimonio cultural* que la comunidad va acumulando con el tiempo, que servirá para cimentar nuevos progresos y

¹²⁵ Los siguientes son algunos textos:

DS. 4.363 (DO. de 31 de julio de 1931, con muchas modificaciones), llamando ley de bosques; DS. 144 (DO. de 18 de mayo de 1961, que establece normas para evitar emanaciones o contaminantes atmosféricos de cualquier especie; DS. 551 (DO. de 4 de octubre de 1967), aprueba la Convención de Washington para la Protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América (suscrita el 12 de octubre de 1940); Ley 17.288 (DO. de 4 de febrero de 1970) de Monumentos nacionales; DS. 141, que aprueba y publica la Convención sobre comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (DO. de 25 de marzo de 1975, antes aprobada por DL. 873, DO. de 28 de enero de 1975); DL. 1.557, para preservar y reponer recursos naturales (DO. de 30 de septiembre de 1976); DL. 1.939 (DO. de 10 de noviembre de 1977) sobre Adquisición, administración y disposición de bienes del Estado; DL. 2.565, sobre fomento forestal (sustituye al DL. 701, DO. de 3 de abril de 1979); DS. 259 (DO. de 12 de mayo de 1980), que promulga la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural (suscrita en la Unesco, París, el 16 de noviembre de 1972); DL. 3.557, sobre Protección agrícola (DO. de 9 de febrero de 1981); ley 18.362 (DO. de 27 de diciembre de 1984), que crea el sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado; ley 18.378 (DO. de 29 de diciembre de 1984), que faculta al Presidente de la República para crear "distritos de conservación de suelos, bosques y aguas" en áreas erosionadas o en inminente riesgo de erosión; DS. 430, fija el texto refundido de la Ley general de pesca y acuicultura (DO. de 21 de enero de 1992; la ley original es la 18.892, DO. de 23 de diciembre de 1989); ley 19.300 (DO. de 9 de marzo de 1994), de Bases del medio ambiente; DS. 1.963 (DO. de 6 de mayo de 1993), que promulga el Convenio sobre la diversidad biológica; ley 19.473, de Caza (DO. de 27 de septiembre de 1996, con su Regl., DS. 5, DO. de 7 de diciembre de 1998); DS. 2.065 (DO. de 20 de noviembre de 1997), que promulga la Convención de las Naciones Unidas para la lucha contra la desertificación y la sequía; DS. 146 (DO. de 17 de abril de 1998), sobre norma de emisión de ruidos molestos generados por fuentes fijas; ley 18.348, que crea (o reorganiza) la Corporación Nacional Forestal (aún no publicada oficialmente, pero difundida en recopilaciones de leyes; v. su art. 19).

V. también las normas relativas a las aguas, en supra, N° 48.

En estos textos se establecen y definen zonas como Reserva forestal, Reserva nacional, Parque nacional, Santuario de la naturaleza (con fines eminentemente científicos), Reserva de región virgen, Monumento natural, Área de protección, Sitios del patrimonio mundial, cultural y natural, Reservas de la biosfera, Áreas de especial interés científico.

Para la regulación de una de las zonas más identificables en nuestro medio, la de *Parque nacional*, pueden verse, de los textos recién citados, especialmente: ley de Bosques (art. 10); DL. 1.939 (art. 21); Convención de Washington (art. 1); ley 17.699 (art. 75); ley 18.362 (arts. 3 y sgts.); ley 18.348, de Conaf (art. 4).

para el disfrute y enriquecimiento del espíritu. La legislación ha ido reflejando también la preocupación. Entre nosotros, falta aún. El primer texto destacable es la Ley de Monumentos Nacionales (v. C. Pol., art. 19 N° 10 inc. penúltimo).¹²⁸

Respecto de los animales la normativa es muy abundante; algunos textos son los siguientes.

En el Código hay normas a propósito de la ocupación (arts. 607 al 623, que serán también referidas al tratar ese modo de adquirir).

Para la Pesca: Ley de pesca y acuicultura, 18.892 (DO. de 23 de diciembre de 1989); texto refundido en DS. 430 (DO. de 21 de enero de 1992).

Para la Caza: Ley de caza, 19.473 (DO. de 27 septiembre de 1996); Regl. de la ley de caza, DS. 5 (DO. de 7 de diciembre de 1998); Regl. de sanidad y protección animal, DS. 16 (DO. de 9 de marzo de 1983).

Más antecedentes en Palma, Mario y Cobo, Pedro: *Medio ambiente*, Edit. Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1997; Fuentes, Flavio: *Manual de Derecho ambiental*, Edit. Libromar Ltda., Valparaíso, 1999; Fernández Bitterlich, Pedro: *Manual de Derecho ambiental chileno*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

No procede entrar aquí al examen del tema medioambiental, pero queremos consignar que compartimos esta proposición fundamental: que, sin desconocer que existen diversos problemas que debe enfrentar el Derecho, los desafíos que plantea el medio ambiente son más políticos que jurídicos (Cfr. Cane, Peter: "Indemnización por daños medioambientales", en Anuario de Derecho Civil, t. 53, Madrid, 2000, pp. 825 y sgts., especialmente p. 847). V. también Moro Almaraz, María: "Medio ambiente y función social de la propiedad", En Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 617, Madrid, 1993, pp. 943 y sgts.

¹²⁷ El Código Sanitario da cuenta de innumerables restricciones de esta naturaleza en materias como la protección materno-infantil; las enfermedades transmisibles; la protección sanitaria internacional; la higiene y seguridad en el uso de las aguas en viviendas, locales, campamentos; los desperdicios y basuras; la higiene y seguridad en los lugares de trabajo; la contaminación del aire; las sustancias tóxicas; los productos farmacéuticos; los alimentos de uso médico; los cosméticos; los enfermos mentales; las inhumaciones, exhumaciones y traslado de cadáveres; el aprovechamiento de tejidos del cuerpo humano vivo y muerto.

Y debe añadirse una importante legislación complementaria, sobre esta última, baste el ejemplo del DFL. N° 1 (DO. de 21 de febrero de 1990), que determina actividades que requieren autorización sanitaria expresa, y se mencionan 46 (desde la instalación de clínicas hasta el trabajo de profesionales que revisan calderas a vapor).

¹²⁸ En el Derecho extranjero (principalmente europeo) se ha desarrollado ampliamente este sector del derecho de cosas, con nutrida y frecuentemente rigurosa legislación protectora, y se ha ido conformando el concepto de "bien cultural" (v., por ej., Cornu, Marie: "L'espérance d'intangibilité dans la vie des oeuvres", en Rev. Trimestrielle de Droit Civil, N° 4, Paris, 2000, pp. 697 y sgts., con variados factores justificantes de la protección y demostrativo de preocupación legal y jurisprudencial; López Fritas, María Jesús: "Las vicisitudes de los pro-

57 ter. La planificación territorial, el uso del suelo, la división predial y la edificación. Las diversas funciones que cumple el suelo en la producción agraria, las instalaciones industriales y comerciales, la vivienda y en general en la calidad de vida de la comunidad, han conducido a los legisladores a regular su uso y división imponiendo así intensas restricciones a la propiedad (generándose aquí, como en otros capítulos, un conjunto normativo

pietarios de inmuebles situados en un conjunto histórico: el deber de conservación y sus límites", en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario N° 669, Madrid, 2002, pp. 53 y sgts.; Guerra López de Castro, María: "Los bienes culturales, noción y regulación en el Derecho español, con especial referencia al patrimonio de la Iglesia Católica", en Rev. Chilena de Derecho, Univ. Católica de Chile, vol. 31, N° 2, Santiago, 2004, pp. 309 y sgts.; v. también una directiva de la Unión Europea, 93/7, de 15 de marzo de 1993 (DOCE L 74, de 27 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y el Convenio Unidroit sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente (Roma, 24 de junio de 1995).

Entre nosotros pronto habrá de regularse la materia en términos más comprensivos, con el inquietante tema de la indemnización (que aquí ya fue tratado). Contamos ya con algunos textos; por ej., ley 16.592 (DO. de 21 de diciembre de 1966), sobre derecho preferente del Ministerio de RR.EE. y de la Biblioteca Nacional para adquirir mapas, libros y otros impresos indispensables para los intereses nacionales, que se rematen en subasta pública o privada, sin perjuicio de que puedan ser expropiados; ley 17.236 (DO. de 21 de noviembre de 1969, y Reglamento, DS. 3.858, DO. de 24 de noviembre de 1970), sobre control de la salida del territorio nacional de obras de arte; ley 17.288, sobre monumentos nacionales (DO. de 4 de febrero de 1970 que, aparte de referirse a monumentos propiamente, incluye normas sobre zonas arqueológicas, santuarios de la naturaleza y "zonas típicas" o "pintorescas") (y Reglamento, DS. 484, sobre excavaciones y prospecciones arqueológicas, arqueológicas y paleontológicas, DO. de 2 de abril de 1991); ley 17.726 (DO. de 25 de septiembre de 1972), sobre derecho preferente de las bibliotecas públicas para la adquisición de manuscritos, libros u otros impresos que sean subastados; ley 17.929 (DO. de 13 de junio de 1973), sobre instrumentos musicales de interés artístico nacional; ley 18.845 (DO. de 3 de noviembre de 1989) sobre sistema de microcopia o micrograbación de documentos, especialmente el art. 6, que prohíbe la destrucción de todo documento de valor histórico o cultural, aunque haya sido microcopiado o micrograbado, y DFL. N° 4 (DO. de 30 de diciembre de 1991), que regula el Registro de microcopiado o micrograbado y otros pormenores sobre la materia; ley 19.928 (DO. de 31 de enero de 2004), sobre fomento de la música chilena.

Un texto que trata conjuntamente de la preservación del ambiente y de la riqueza cultural es el DS. 259 (DO. de 12 de mayo de 1980), que promulga la Convención sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural (suscrita en Unesco, París, el 16 de noviembre de 1972).

pueden detectarse, ya que no todas se encuentran en un mismo estado de desenvolvimiento normativo, doctrinario y jurisprudencial. Puede sí afirmarse que, estando los nuevos estatutos motivados, fundamentalmente, por la particular *naturaleza y función del objeto* regulado, esos criterios deben considerarse también como un elemento importante en la *interpretación e integración* de los preceptos legales y de las negociaciones que sobre la materia pacten los particulares.¹⁴⁸

59. Caracteres. Desde mucho tiempo la doctrina tiene asignados al derecho de dominio estos caracteres: real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Pero, como se verá, deben ser matizados.

a) *Real.* Es el derecho real por excelencia; empleando los términos del Código, se ejerce sobre una cosa sin respecto a determinada persona (arts. 577 y 582; v. supra, N° 17).

b) *Absoluto.* Confiere al titular la posibilidad de ejercer sobre el objeto las más amplias facultades, de manera soberana, ilimitada e independiente. Siguiendo las codificaciones de la época, el Código establece este carácter absoluto expresando que su derecho lo ejercita "arbitrariamente" (v. supra, N° 52).

Ésta es la característica que ha sido principalmente alterada en los términos que se han reseñado, introduciéndosele restricciones de variada naturaleza y magnitud, a través de la genérica y ya referida expresión "función social". Pero nuestro texto soporta esta masiva incursión casi sin resentirse porque a aquella arbitrariedad añadió de inmediato dos fronteras (la ley y el derecho ajeno) cuyas naturales movibilidades dejan a ese arbitrio en un estado muy susceptible de ser modelado, con lo que el concepto del dominio queda bastante flexible; y, por lo mismo, dejan adaptable la fórmula empleada para definirlo y, entonces, con bastante capacidad de sobrevivencia (v. supra, N° 52).

Considerando esas restricciones ya integradas al concepto de propiedad, suele reemplazarse el nombre de esta característica por el de "generalidad" del dominio, en cuanto el propietario puede obtener toda utilidad o provecho que la cosa puede pro-

porcionar sin necesidad de texto o autorización especial, salvo las restricciones legales y las limitaciones derivadas de otros derechos reales sobre la misma cosa; y se le agrega que es un derecho "independiente", en cuanto no presupone la existencia de otro derecho real. Estos rasgos destacan al contrastar el dominio con otros derechos reales que carecen de aquella generalidad, otorgan sólo algunas facultades especiales (como la de uso, o las de uso y goce), y son, además, dependientes, pues presuponen la existencia de un dominio radicado en otro sujeto.

c) *Exclusivo.* Se radica en un solo titular, y no puede haber dos o más propietarios, independientes uno del otro, sobre una misma cosa con iguales poderes sobre ella. Las actividades de demarcación y cerramiento son manifestaciones de la exclusividad del dominio (arts. 842 y 844; v. también arts. 876, 878, 942) (para la trascendencia fundamental que la exclusividad tiene en la noción misma de propiedad, v. supra, N° 14, final, nota).¹⁴⁹

Una importante forma de concreción de esta característica es la llamada *facultad de excluir*; consiste en el poder o prerrogativa que tiene el dueño de impedir a los demás el uso o goce o disposición de la cosa de que es propietario. Como puede verse, ésta es una forma ostensible de hacer valer el dominio en la vida diaria; fundado en la sola situación de ser dueño, puede impedir que cualquier otra persona penetre en el objeto, se instale en él, lo gobierne (o tan sólo lo toque, con su cuerpo o con un objeto conducido por él; sólo que en la realidad las invasiones mínimas, a veces producto del congestionamiento humano, deben ser calificadas con prudencia). Por cierto, comprende innombrables jurisdicciones y materiales, pero es en éstas en donde conviene tenerla presente en cuanto terceros pueden vincularse a

¹⁴⁸ Como la exclusividad significa que no es posible el derecho de propiedad de dos o más personas de manera independiente sobre una misma cosa, la comunidad proindiviso no constituye excepción a esta característica; en ella varias personas son sujetos del mismo y único derecho de propiedad; el conjunto tiene, privativamente a los demás, el derecho de propiedad de la cosa en su totalidad y, entre ellas, la parte que pertenece a cada uno proindiviso (v. Claro Solar Luis, ob. cit., t. VI, p. 344); centrando el planteamiento en la cuota, se hallando a la misma conclusión en cuanto se trata de diversos dominios o derechos sobre objetos (las cuotas) distintos (pues cada cuota es distinta de la otra) (Guzmán Brito, Alejandro, *Las cosas incorporales...*, cit., p. 143). V. también, RDJ., t. 79, secc. 2ª, p. 18.

la cosa ajena, por descuido o aun porque pretenden que es admisible por la circunstancia de que no la están dañando.

Deben destacarse importantes *excepciones*, que desde mucho tiempo se han venido elaborando:

1º. *El derecho de uso inocuo*. Es el que se tiene en la cosa de otro para obtener un provecho sin causar al dueño perjuicio alguno o causándolo en medida insignificante (para una actividad específica, v. el art. 620). Hay Códigos que lo establecen expresamente.¹⁵⁰ En todo caso, su ejercicio requiere de específico control y prudencia.

2º. *El derecho de acceso forzoso (o coactivo)*. Es el que se le reconoce al dueño o administrador de una cosa para entrar, transitoriamente, a una propiedad ajena, a ejecutar algún acto relativo a la utilización de aquel objeto (por ej., para recoger frutos caídos en un predio vecino, para reparar un muro, etc.). En Chile hay textos aislados a este respecto (por ej., arts. 620 y 943 del CC.).¹⁵¹

3º. *El principio del mal menor*. En su virtud, cualquier persona puede aprovecharse de una cosa ajena para salvar una cosa o un bien jurídico de mayor valor que el daño que pueda causar, ante un peligro inminente (v. un ejemplo en el art. 36, inc. final de la ley de copropiedad inmobiliaria).¹⁵²

Estas proposiciones se vinculan estrechamente a la noción de función social del dominio; en definitiva, constituyen algunas aplicaciones concretas y, por cierto, contribuyen a conferir la verdadera dimensión del derecho de propiedad. Por otra par-

¹⁵⁰ V., por ej., el art. 699 del CC. suizo.

Conviene distinguir la regla de la excepción. El dueño tiene la facultad de excluir, impidiendo que un extraño invada o entre en contacto con la cosa, aunque en nada la dañe; la excepción consiste en que el extraño puede entrar al objeto si le obtiene un provecho, sin causar al dueño perjuicio alguno o uno insignificante.

Más antecedentes en López de Haro, Carlos: "El 'jus incoqui'", en Rev. de D. Privado, t. VII, Madrid, 1920, pp. 18 y sgts., con datos históricos y una referencia final al Derecho francés.

¹⁵¹ Aunque el art. 943 aparece ubicado en el título de algunas acciones posesorias especiales, es claro que es norma de propiedad (v. el art. 543 del CC. italiano).

¹⁵² En emergencias en que esté comprometida la seguridad del dominio se puede acceder aun forzadamente a la unidad con varias precauciones. V. también el art. 904 del CC. alemán que, en todo caso, concede indemnización al propietario si se le causa daño.

te, en su funcionamiento práctico requieren de criterio prudente y firme control.

d) *Perpetuo*. Significa que el dominio sobre una cosa persiste mientras subsiste la cosa. No se extingue por el solo transcurso del tiempo o por el no ejercicio del derecho; por lo mismo, se tiene concluido que su acción protectora, la reivindicatoria, no se extingue por el solo transcurso del tiempo. Mediante tiempo pueden perderse cuando un tercero posee la cosa y llega a ganarla por prescripción (adquisitiva), teniendo lugar lo dispuesto en el art. 2517: "Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho". Debe tenerse presente, además, lo dispuesto en la Constitución (art. 19 N° 24 inc. 3º, que permite la privación del dominio sólo mediante expropiación, con la respectiva indemnización) (v. también los párrafos sobre extinción del dominio, infra, N° 65 bis, y prescripción de la acción reivindicatoria, con una discusión, infra, N° 268).¹⁵³⁻¹⁵⁴

Los ordenamientos jurídicos suelen contemplar situaciones de dominio sin perpetuidad o, al menos, sin perpetuidad cierta; dicha esta última posibilidad en sentido inverso, con eventual terminación, que implica un dominio temporal. Se trata de un dominio revocable. Conviene distinguir la *revocación* de otro

¹⁵³ V., por ej., RDJ, t. 30, p. 206; t. 31, secc. 2ª, p. 33; t. 39, p. 1; t. 54, p. 68.

¹⁵⁴ Sobre la *vocación de perpetuidad* de los derechos patrimoniales en general (no sólo de los reales), v. el interesante estudio de Lamarche, Thierry: "L'impréscriptibilité et le droit de biens", en Rev. Trimestrielle de Droit Civil, N° 33, París, 2004, pp. 403 y sgts.; la proposición ahí consignada resulta armónica con ese postulado -sostenido entre nosotros, con nuestros textos- de que la prescripción extintiva sólo extingue la acción (quedando la obligación -estimamos que debería decirse "el derecho"- como natural). Pero en contra se ha afirmado que la prescripción extintiva debe ser concebida como extintora del derecho más que de la acción, tal como lo concibe -a veces con falta de coherencia- el CC. italiano (Messineo, Francesco, ob. cit., t. II, p. 65). Por otra parte, a la perpetuidad de los derechos personales se llega también (al menos entre nosotros) con la noción de propiedad sobre derechos; siendo indiscutida la perpetuidad del dominio, como el titular tiene la "propiedad" del derecho (personal), queda así impuesta la perpetuidad de la titularidad (pero no debe olvidarse la postura de la transitoriedad de la obligación, en cuanto constituye restricción de la libertad, para lo cual v. Penailillo-Arévalo, Daniel, *Obligaciones*, cit.).

Merece ser especialmente citado, a este respecto, el CC. argentino, que dispone la perpetuidad con expresiones terminantes, independientemente de su falta de ejercicio (art. 2510, con nota del redactor que revela su constancia).

género de causales de extinción del dominio (que se verán más adelante, infra, N° 65 bis). La revocación se produce por una causal intrínseca que, como germen interno, puede llegar a provocar su extinción; en tanto, se reservan para ser tratadas como causales de extinción del dominio las varias circunstancias que, como agentes externos, lo extinguen. El dominio es revocable cuando se asume su eventual extinción y, por lo mismo, carece de su vocación de perpetuidad. Las otras causales lo destruyen no obstante aquella vocación de perpetuidad; naturalmente perpetuo (tenido por perpetuo), sin embargo lo extinguen. Entre nosotros, la situación más típica de dominio revocable es la propiedad fiduciaria (art. 733; se verá más adelante); en la expropiación es conocida la llamada "retrocesión",¹⁵⁵ que también implica una eventual excepción a esta característica del dominio¹⁵⁶ (este carácter evoca la sucesión por causa de muerte, que se presenta

¹⁵⁵ Consiste en la posibilidad de que el objeto expropiado vuelva al patrimonio del particular a quien se le expropió, si el expropiante no lo destina a la finalidad que justificó la expropiación (la admisión de la retrocesión en el Derecho chileno está discutida, como puede verse en los estudios sobre la institución de la expropiación).

¹⁵⁶ En la ley de reforma agraria 16.640 —ya derogada— se contemplaba una notable situación que podía significar una excepción al carácter perpetuo del dominio: cuando al final del proceso de reforma que esa ley establecía se asignaba a particulares una "unidad agrícola familiar"—que es una forma de propiedad privada—, el titular contraía ciertas obligaciones y se le imponían ciertas prohibiciones relacionadas con el cultivo de la unidad; si las infringía, la institución que asignaba el predio podía solicitar judicialmente la "caducidad" del título de dominio, en cuyo caso esa propiedad revertiría a ella.

También puede mencionarse la situación del legado de especie cuando hay asignatarios forzosos. Si es cierto (como se afirma generalizadamente) que el legatario de especie adquiere el dominio de la cosa legada por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte en el instante en que fallece el testador, entonces, si el causante dejó asignatarios forzosos puede acontecer que más tarde (efectuadas las tasaciones, al procederse a la partición) se demuestre que de cumplirse el legado quedarían perjudicadas esas asignaciones; como ellas prevalecen (arts. 1167, 1192, etc.), en el conflicto es el legado el que deberá quedar sin efecto o, al menos, disminuirse; así, el propietario (legatario) ve extinguido total o parcialmente su derecho, lo que equivale a considerar un derecho eventual, o resolvable, hasta que queden definitivamente satisfechas las referidas asignaciones.

Sobre el carácter perpetuo, en general, puede verse Chauvardet, Marcel. *Le problème de la perpétuité de la propriété*, Librairie du Recueil Sirey, París, 1933; Fuenmayor, Amadeo: *La revocation de la propriété*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1941.

como un medio para en cierto modo extender, si es posible, la perpetuidad del dominio más allá de la vida del titular).¹⁵⁷

e) *Abstracción y elasticidad*. En la doctrina moderna se han ido planteando estas dos características del dominio, que explican mejor diversas situaciones concretas. Es abstracto en el sentido de que el poder del titular es independiente de (está sobre) las facultades que integran su contenido; de ahí que, aunque una facultad, incluso esencial, se (aparentemente) extraiga, el dominio permanece sin desnaturalizarse. Incluso se ha estimado que la facultad queda potencialmente dentro del derecho, más bien está inhibida y es sólo el ejercicio de la facultad lo que ha pasado a otro o, sin pasar a otro, el titular queda inhibido (así ocurre, respectivamente, en el usufructo y en la convención de no enajenar). Relacionada con esa característica está la otra, la elasticidad; a partir de su básica vocación de plenitud, el poder tiene la virtud de contraerse y expandirse; al concurrir otros

¹⁵⁷ Pero aquí se llega a un límite trascendental para la configuración del sistema de organización económica de una sociedad. Parece estar demostrado históricamente que a la mayoría de los propietarios le atrae gobernar su patrimonio más allá de sus días. Así, un poder limitado para disponer hacia el futuro conduce pronto a configurar todo un sistema de propiedad entrabado, dirigido por un pretérito propietario que, desde su tumba, dirige el destino de sus bienes, al menos en cuanto a la titularidad (y podría complementarse con una facultad de dirigir incluso el destino en cuanto utilización). Se configura así la vinculación, que termina estructurando un régimen conocido, el feudalismo. Dictado el Código ya en la época en que en Occidente se imponía la propiedad liberalizada, tenía que restringirse ese poder de gobierno del titular, y se instauró la denominada "libre circulación" de la riqueza. Pero la sucesión *mortis causa* se siguió conociendo. Así, se permite disponer por testamento y, a falta de él, la propiedad es transmitida a los parientes (interpretando así la ley—suele decirse—las preferencias del causante). Más aún, a la facultad de disponer por testamento se le añaden algunas restricciones en lo que aquí importa: por una parte, respetando las llamadas "asignaciones forzosas" a ciertos parientes cercanos y cónyuge, en protección a la familia; por otra, sin imposición de cargas más allá de la primera transmisión. En fundamental complemento, se prohíben los usufructos y fideicomisos sucesivos (como se verá más adelante) y por esta vía puede llegarse excepcionalmente a una determinación de destino hacia un segundo titular: se asigna un objeto a alguien y, a su muerte o luego de cierto plazo (usufructo), o si se cumple una condición (fideicomiso), el objeto pasará a otro sujeto; se tratarán más adelante (v. supra, N° 57 bis, primeras notas, en que se destacó que la Constitución no incluyó una norma hereditaria—a diferencia de textos extranjeros—no obstante su especial preocupación reguladora de este derecho; v., además, lo que se dirá sobre la extinción del dominio, infra, N° 65 bis).

derechos reales de inferior jerarquía, se contrae, para expandirse (automáticamente) en cuanto cesa ese derecho que lo comprime; este carácter explica la situación que se produce, por ej., en el usufructo: cuando el usufructo se extingue, el dominio se expande de inmediato, recupera su plenitud, sin necesidad de un nuevo acto (restitutorio).

60. Atributos (o facultades). Uso, goce (el entorno), disposición (las zonas fronterizas). Esa concepción del dominio como suma de prerrogativas individualizables, asigna al propietario estas tres facultades (llamadas también "atributos") fundamentales: uso, goce y disposición del objeto de su dominio.¹⁵⁸ Para efectos constitucionales, pueden ser consideradas "esenciales"; y estimamos que (para los mismos efectos) a ellas ha de agregarse la reivindicabilidad, la facultad de administración y la que formalmente es el más notorio y tipificante de sus caracteres, la exclusividad (v., para esta última, supra, N° 14, final, nota; y para el contenido esencial en general, v. N° 57 bis).

a) La *facultad de uso (ius utendi)* significa que el propietario puede utilizar o servirse de la cosa. El Código (como su modelo francés) no menciona separadamente este atributo, lo que ha conducido a entender que lo incluye en la facultad de goce. Así aparece también en las definiciones de usufructo (art. 764) y arrendamiento (art. 1915), en que la facultad de uso es evidente; con más evidencia aun aparece en la definición del derecho real de uso (art. 811). La refiere especialmente, sí, en otras disposiciones (por ej., en los arts. 575, 1946, 1916, 2174, 2220). Pero es claro que se trata de dos facultades distintas (aunque en la realidad es difícil que el goce concorra sin el uso); y hay preceptos que se refieren a ambas separadamente (arts. 592, 595, 598, 602).¹⁵⁹ Por otra parte, si la cosa se extingue por el

¹⁵⁸ Para la crítica histórica de concebir éstos como atributos del dominio v. Villey Michel, ob. cit.; Zenati, Frédéric, ob. cit.

¹⁵⁹ En la doctrina se ha ido desarrollando específicamente la "facultad de edificar" (en el suelo urbano) dentro del atributo de uso de la propiedad, que parece prevalecer sobre la concepción (insubstancial) de la edificación como facultad urbanística que no deriva directamente del derecho de propiedad sino de la concesión de la licencia urbanística (v. Moll de Alba Lacuve, Chantal: "Derecho de propiedad y derecho a edificar", en Rev. Crítica de Derecho inmobiliario, N° 683, Madrid, 2004, pp. 1447 y sgts., con referencia a la función económica de la propiedad y cita de jurisprudencia); Vatter, Carlos: "Propiedad privada y régimen de suelo", en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 613, pp. 2547 y sgts.).

primer uso (objetivamente, como un alimento, o para el titular, como el dinero) el uso pasa a convertirse en consumo.

b) La *facultad de goce (ius fruendi)* significa que el dueño puede beneficiarse con los frutos y productos de la cosa. No obstante que el art. 643 los llama productos, la doctrina siempre ha distinguido los productos de los frutos. Estos últimos son los que la cosa da periódicamente, ayudada o no de la industria humana y sin detrimento de la cosa fructuaria; el producto carece de periodicidad y disminuye la cosa (es claro, por lo mismo, el art. 537).

Con lo anterior no resulta justificado recurrir a la accesión —como lo hace el Código (arts. 643 y sgts.)— para conferir al propietario de una cosa los frutos y productos de ella; pertenecen al dueño por la mencionada facultad de goce (v. infra, N°s 81 y sgts.; v. además el usufructo, infra, N°s 228 y sgts.).

Incluida en esta facultad, en las últimas décadas se ha desenvuelto la característica del *entorno*.¹⁶⁰

Ante el intenso desenvolvimiento de la protección ambiental, junto al estímulo de situaciones concretas se postula que las características ambientales que rodean al objeto (señaladamente al inmueble) integran también el derecho de dominio y quedan, por tanto, también protegidas, como los atributos.

1º. Estimamos que no alcanza a erigirse en un atributo del derecho, si se llega a calificar de atributo, por regla general no ha de considerarse esencial; se trata más bien de características del objeto que, en consecuencia, quedan cubiertas por la protección que a él se le prodigan.

2º. Entonces, al igual que las partes integrantes de la cosa sobre la que recae el derecho, ese entorno en principio queda intangible ante intentos de alteraciones por la autoridad o por terceros. Decimos "en principio" porque, al igual que el objeto propiamente, puede ser alterado en ciertas circunstancias y con determinadas exigencias; esas características de entorno no podrían quedar más protegidas que la cosa misma. Además, esa intangibilidad debe evaluarse frente a otros factores y, sobre todo, debe cotejarse con las necesidades de modificación física del entorno motivadas por interés de la comunidad (que se incluyen en la función social del dominio); de no ser así, la intangi-

¹⁶⁰ Como se verá, la noción se yuxtapone sobre los conceptos de uso y goce (v. también lo dicho sobre la preservación de la naturaleza, en N° 57 bis, final).

bilidad absoluta del entorno, debido a que es parte del dominio privado, traería consigo la -insostenible- paralización (o congelamiento) general del ambiente del país y, eventualmente, del planeta, al menos en las zonas en que está distribuido en propiedad privada. Debe considerarse asimismo el derecho de los demás propietarios privados cuyos respectivos derechos de dominio deben ser también respetados. Entonces, las dificultades se conectan con las "relaciones de vecindad" (v. infra, N° 64).

3°. Como resultado de la evaluación comparativa podrá concluirse si ese entorno merece ser protegido o debe rendirse a la alteración.

Para esos efectos, pueden considerarse los siguientes elementos de juicio: a) No todas las características del entorno han de quedar protegidas. Nótese que se pretende que queden incluidas en el atributo del goce o disfrute; luego, ha de tratarse de características positivas, beneficiosas para el predio. Y esta calificación, efectuada por el tribunal, debe resultar de una apreciación objetiva, en lugar de obedecer a la pretensión proveniente del propietario (que frecuentemente estará impulsado a la intangibilidad por variadas motivaciones y no sólo por un objetivo beneficio). En estas condiciones, quedarían fuera de la protección las características objetivamente perjudiciales y aun las inocuas; b) Por otra parte, para concluir si la alteración de la que se está quejando un propietario merece o no protección, debe confrontarse también con la situación del resto de los vecinos, porque pudiere ocurrir que cierta característica del entorno, que para el quejoso es beneficiosa, para ellos es perjudicial. En tales situaciones, la relatividad de los derechos y los principios y reglas sobre las relaciones de vecindad deben también ser considerados; c) Por último, debe asimismo averiguarse si, al adquirirse el objeto, tenía ya incorporada, legítima y definitivamente, la característica que ahora se altera.¹⁶¹

¹⁶¹ Un sujeto adquiere un lote de terreno frente a un predio erizo, de hecho acomodado como plaza, pero que en el proyecto aprobado por la autoridad competente está destinado a zona de equipamiento; luego de un tiempo en el cual el adquirente ha disfrutado de ese entorno, se concreta el destino y se construye una edificación que realiza alguna de las varias alternativas específicas de equipamiento. Aunque la obra efectivamente le perjudique, no parece aceptable el reclamo del propietario, que desde su adquisición sabía o debía saber que ese solar contiguo tenía aquel destino, y que -por tanto- el beneficio emplazamiento del suyo no era definitivo.

Entre nosotros hay algunos precedentes jurisprudenciales.¹⁶²⁻¹⁶³ c) *La facultad de abuso o disposición (ius abutendi)* deriva de su carácter absoluto. Significa que el dueño puede disponer de la cosa según su voluntad y arbitrariamente. Pero las limitaciones de la ley y del derecho ajeno surgen aquí en toda su fuerza y controversia, como ya se ha referido.

En esta facultad de disposición pueden distinguirse dos categorías:

- El dueño puede disponer *materialemente* de la cosa, modificándola, destruyéndola. Pero deben tenerse presentes las limitaciones contenidas en la legislación protectora de obras de arte y monumentos históricos, y de la naturaleza (ya mencionadas en supra, N° 57 bis); también leyes económicas impiden una destrucción caprichosa de artículos de consumo esencial (por ej., alimentos).

- El dueño puede disponer *jurídicamente* de la cosa, celebrando negociaciones con terceros respecto de ella, dándola en arriendo, comodato, gravándola con prendas, hipotecas u otras cargas y, en fin, transfiriéndola (v., además, lo dicho sobre la disposición *mortis causa* al tratar el carácter perpetuo del dominio

¹⁶² Por ej., RDJ., t. 86, secc. 5°, pp. 222 y sgts., especialmente consid. 7, 25, 29, 30; en el consid. 25 juega constitucionalmente incluido en la protección del dominio el carácter de proximidad a un área verde; los consid. 29 y 30 estiman que la eliminación del área verde deteriora el ambiente (y el paisaje), afectando al dueño, a la poste, en su derecho de vivir en un ambiente libre de contaminación; t. 88, secc. 5°, pp. 102 y sgts.; el consid. 22 reconoce que la cercanía a un área verde influye en el valor del inmueble, de modo que suprimida esa área disminuye el valor del predio, "desde que ello significa sustraer a cada lote el derecho de uso de la extensión original de las áreas verdes"; y se cita al comisionado (de la Comisión de estudios de la nueva Constitución) Silva Bascuñán, en la sesión 150; t. 95, secc. 5°, p. 29 (se estimó que el disfrute de un predio no sólo se refiere al casco, sino también incluye el aire, la luz, el calor, la vista, que en conjunto forman parte del predio, sobre todo si es agrícola).

¹⁶³ V. también una notable sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de noviembre de 1974 (mencionada por Díez-Picazo, Luis, ob. cit., t. III, p. 598, en su tratamiento de la posesión).

¹⁶⁴ V., por ej., Díez-Picazo, Luis, ob. cit., t. III, pp. 203 y sgts., distinguiendo una tutela administrativa y otra privada (del propietario o de grupos organizados de un sector). A este respecto, merece ser mencionada una obra que, dirigida a la específica materia de las aguas, integralmente gira alrededor de la posición física de los inmuebles, recogiendo las influencias que esa situación ejerce y debe ejercer en las soluciones jurídicas (Santos Salgado, Julio: *La riberanía en la legislación colombiana de aguas*, Edit. Kelly, Bogotá, 1942, especialmente págs. 74 y sgts. y 87 y sgts.).

en N° 59, y lo que se dirá sobre la extinción del dominio, especialmente sobre el abandono, en infra, N° 65 bis).

Las zonas fronterizas. Es frecuente en las legislaciones la imposición de restricciones para la negociación inmobiliaria en las denominadas zonas fronterizas y, específicamente, para conferir derechos reales o personales (disponer, en un sentido amplio), a extranjeros o, al menos, a nacionales de países limítrofes y a los Estados limítrofes mismos. Entre nosotros hay varias importantes (y se agregan algunas para zonas costeras). Por cierto, son dictadas por razones de seguridad nacional (v. el art. 57 del CC.).¹⁶⁴

¹⁶⁴ Algunos textos son los siguientes:

a) DFL. N° 7 (DO. de 21 de noviembre de 1968), que fija normas para el otorgamiento de concesiones, permisos o cualquiera autorización que pudiere otorgarse en bienes nacionales ubicados en zonas fronterizas (dispone que las instituciones públicas que señala no podrán, sin autorización previa de la Dirección de Fronteras y Límites, celebrar contratos respecto de bienes nacionales de uso público o fiscales, ubicados en zonas fronterizas);

b) el DL. 993 (DO. de 24 de abril de 1975), sobre arrendamiento de predios rústicos (en su art. 3° dispone que en las zonas fronterizas no podrán celebrarse arrendamientos ni otros contratos ahí regulados, con personas naturales o jurídicas extranjeras);

c) el DL. 1.939 (DO. de 10 de noviembre de 1977), sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado (en su art. 6° dispone que las tierras fiscales situadas hasta 10 kilómetros desde la frontera sólo podrán ser obtenidas en propiedad, arrendamiento o a cualquier otro título, por personas naturales o jurídicas chilenas; norma semejante se establece para terrenos situados hasta 5 kilómetros de la costa; y en el art. 7° dispone que por razones de interés nacional se prohíbe adquirir el dominio y otros derechos reales o ejercer la posesión o meritenencia de bienes raíces situados en zonas fronterizas a los nacionales de países limítrofes, salvo autorización por DS. La prohibición se extiende a sociedades o personas jurídicas con sede principal en el país limítrofe o cuyo capital pertenezca en un 40% o más a nacionales del mismo país o cuyo control efectivo se encuentre en manos de nacionales de esos países; con ciertas salvedades se ha dictado un Regl. para la aplicación de este art. 7°, DS. 232, DO. de 15 de abril de 1994).

Mediante DS. se ha confeccionado una lista de áreas (en base a la comuna) que son consideradas zonas fronterizas (conforme al DFL. 4, DO. de 10 de noviembre de 1967; diversos DS. han ido actualizando esa nómina).

Deben tenerse en cuenta también otros textos, como la ley 16.952 (DO. de 21 de diciembre de 1966), que crea la Dirección de Fronteras y Límites del Estado; el DFL. 4, recién citado, sobre coordinación de los servicios públicos con la Dirección de Fronteras y Límites; el DFL. 83 (DO. de 27 de marzo de 1979), que fija el Estatuto orgánico de la Dirección de Fronteras y Límites; la ley 19.420 (DO. de 11 de septiembre de 2001), sobre incentivos para las provincias de Arica y Parinacota, que modifica textos precedentes y formula especial referencia a los Estados limítrofes en la restricción a la adquisición de inmuebles en zonas fronterizas.

61. Estipulación limitativa de la facultad de disposición. Es la convención por la que el propietario de un objeto se obliga a no disponer de él. Recordando las categorías de disposición, teóricamente puede referirse a no disponer material o jurídicamente. La estipulación de no disponer materialmente no presenta mayor dificultad y, al menos entre nosotros, no es frecuente.¹⁶⁵ La de no disponer jurídicamente, no enajenar, es más aplicada y presenta conflicto.¹⁶⁶

La doctrina ha mantenido discusión acerca de la validez de esta estipulación. En síntesis, los planteamientos antagónicos son los siguientes. Por una parte, se estima que la facultad de disposición en último término garantiza la libre circulación de la riqueza y la libertad de comercio, de modo que el establecimiento de trabas a la disposición podría significar una alteración substancial al sistema económico, que podría adquirir caracteres verdaderamente feudales; así, hay un interés público comprometido en mantener en los propietarios la libertad de disponer de los objetos de su dominio. En contra, se opta por la libertad de los particulares de contratar los convenios que estimen y, entre ellos, la de limitar la mencionada facultad dispositiva.¹⁶⁷

En el Derecho chileno, en algunas materias específicas se prohíbe la estipulación de no enajenar (arts. 1126, 1964, 2031,

¹⁶⁵ Puede concebirse para preservar bienes de algún especial valor: artístico, histórico, familiar, ecológico.

¹⁶⁶ Aunque puede versar sobre toda clase de bienes, generalmente versa sobre un inmueble. Surge especialmente en el ámbito comercial. Aunque puede convenirse sola, habitualmente es una estipulación dentro de un contrato que regula otros intereses. Puede establecerse en términos amplios o restringirse a no enajenar a ciertas personas, en ciertas circunstancias, durante cierto tiempo, etc. En su alcance más amplio, la redacción es la más simple: "El adquirente del inmueble individualizado se obliga a no enajenarlo". Un texto más frecuente: "El adquirente del inmueble individualizado se obliga a no enajenarlo durante 5 años contados desde esta fecha". La expresión "no enajenar" puede plantear el mismo problema que plantean los textos legales que la emplean: si la voz "enajenar" está referida restrictivamente a la sola transferencia del dominio o a la constitución de cualquier derecho real a favor de un tercero. Entonces, convendría mayor claridad (expresando, por ej., que el adquirente se obliga a no transferir el dominio del inmueble, así como a no constituir sobre él derecho real alguno).

¹⁶⁷ Se ha llegado a introducir una distinción entre obligación de no disponer y prohibición convencional de no disponer (v. Eguisquiza, María: *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, Edit. Bosch, Barcelona, 1990, p. 60).

2415) y en otras se permite (arts. 751, 793, 1432). Y no existe una norma que en términos expresos y generales se pronuncie al respecto, circunstancia que posibilita también aquí la discusión para las materias restantes. En síntesis, el problema se ha debatido en los siguientes términos:

a) Se ha sostenido la validez de estas estipulaciones, con los siguientes fundamentos: 1°. No hay una prohibición expresa general de estos pactos, y es principio generalmente aceptado el que en Derecho privado se puede efectuar todo lo que no está expresamente prohibido por la ley. 2°. Hay ocasiones en que la ley prohíbe expresamente esta cláusula, de donde se desprende que por lo general es posible convenirla. 3°. Si el propietario puede desprenderse del uso, goce y disposición, caso en el que enajena la cosa, más bien podría desprenderse de sólo esta última facultad; 4°. Por último, el Reglamento del Registro Conservatorio permite precisamente inscribir, en el Registro correspondiente, "todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea *convenional*, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar" (art. 53 N° 3°).

b) En contra, han sido rechazadas, estimándose las nulas, por que: 1°. Atentarían en contra de la libre circulación de la riqueza. Esta libre circulación y, por consiguiente, la proscripción de trabas propias de la época feudal, establecida en diferentes disposiciones del Código y en el Mensaje, es uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico y puede tenerse como una norma de orden público. 2°. Si en determinadas situaciones las cláusulas de no enajenar están expresamente permitidas, de allí se desprende que generalmente no se tienen por válidas. 3°. El art. 1810, dando a entender también que sólo la ley puede prohibir enajenar, dispone que pueden venderse todas las cosas cuya enajenación no esté prohibida *por ley*. 4°. En cuanto a la disposición del art. 53 del Regl. (citado), como se trata de una norma reglamentaria no puede dársele eficacia en lo que no se acomode a la ley y, rechazándose estas cláusulas por la ley (el Código), el Reglamento no podría establecerlas (pero se ha sostenido que habiéndose dictado el Reglamento en virtud de una disposición del Código, el art. 695 tendría fuerza de ley).¹⁶⁸ En esta posición, las convenciones de no enajenar adolecen de

nulidad absoluta por falta o ilicitud del objeto (arts. 10, 1461, 1466 y 1682).

c) Finalmente, ha sido aceptada la validez en términos relativos, si se establecen por un tiempo no prolongado y existe una justificación. Se aduce para este efecto la norma del art. 1126 *a contrario sensu* (a la que se confiere una aplicación general).

Esta última parece ser la solución más aceptable. Con ella quedaría desvirtuado el argumento del atentado al principio de la libre circulación de los bienes que, por su naturaleza general (y no de un mero particularismo dispositivo), pareciera ser la razón más contundente para negar validez a estos pactos.¹⁶⁹ En esta misma dirección, la jurisprudencia tiende a aceptar la validez de la estipulación por tiempo determinado y prudente, y con justificado motivo.¹⁷⁰ En alguna ocasión también se ha rechazado.¹⁷¹

En cuanto al contenido de la estipulación, impone una obligación de no hacer (no celebrar acto enajenativo). Supuesta su validez, si el deudor la infringe, es decir, enajena el bien de que se trata, sería aplicable el art. 1555¹⁷²⁻¹⁷³ (en lo concerniente a la

¹⁶⁸ En este sentido, Alessandri Besa, Arturo: *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1949, p. 176.
¹⁷⁰ En RDJ, t. 7, p. 175; t. 13, p. 429; Rev. del Notariado, año I, N° 1, p. 227.

El art. 1379 del CC. italiano dispone: "La prohibición de enajenar establecida por contrato tiene efecto solamente entre las partes y no es válida si no estuviere contenida dentro de convenientes límites de tiempo y si no respóndese a un interés apreciable de una de las partes".
¹⁷¹ RDJ, t. 46, p. 486; t. 81, secc. 2ª, p. 58, en este caso por ser absoluta y perpetua.

¹⁷² V. RDJ, t. 13, p. 429.

Se ha sostenido también que la estipulación implicaría una condición resolutoria, que se cumpliría cuando el obligado a no enajenar, enajena (así, RDJ, t. 68, secc. 2ª, p. 71). Pero debe recordarse que las condiciones se imponen a las obligaciones, las cuales entonces pasan a calificarse de condicionales. Así, en la situación presente lo primero que se observa es una obligación: no enajenar. Ella podría estimarse condicional -siguiendo el razonamiento de la sentencia mencionada-, considerando que esa obligación está sometida al evento de incumplirse; en el fondo, se está acudiendo a la condición tácita del art. 1489 (suponiendo que el contrato en que se impone es bilateral). Estimamos que esa calificación importa extremar el alcance del art. 1489, el cual califica de condición a todo incumplimiento en los contratos bilaterales. Al menos generalmente, las partes no pactan una condición; pactan una *obligación* (la obligación de no hacer consistente en no enajenar). Si ahí se quiere ver una condición, entonces (en los contratos bilaterales) no existirían las obligaciones puras o simples; todas serían condicionales porque estarían sometidas al

¹⁶⁸ V., a este respecto, GT. de 1911, t. II, pp. 912 y sgts.

inscripción de la prohibición cuando recae sobre inmuebles y los efectos de esa inscripción, v. infra, N° 128, final).¹⁷⁴

62. Algunas clasificaciones

– En base a su titularidad, la propiedad puede ser individual, asociativa o colectiva, según el propietario sea un particular, un grupo de individuos (formando generalmente una persona jurídica, como es el caso de las cooperativas) o el Estado.

– Desde el punto de vista de la naturaleza del objeto sobre el que el dominio recae, puede ser propiedad civil o común, agraria, urbana, intelectual, minera, horizontal, etc.

– En cuanto a la integridad de facultades del derecho de propiedad, puede haber propiedad *plena* o *nuda*. La primera está prevista de los atributos ya mencionados de uso, goce y disposición, la segunda contiene sólo el derecho de disposición jurídica del objeto en el que recae, perteneciendo a otro las facultades de uso y goce, configurándose en éste un derecho de usufructo (art. 582 inc. 2°).

– En cuanto a su duración, se distingue entre propiedad *absoluta*, que no está sometida a duración o término, y *fiduciaria*, que está sometida al evento de traspasarse a otro si se cumple una condición (art. 733).

63. Extensión material. El subsuelo. Para cuando el dominio recae sobre cosas corporales, resulta necesario formular algunos alcances sobre los límites hasta los que se extiende físicamente la propiedad.

evento de incumplirse. En todo caso, no hay incompatibilidad. Preferimos la más natural calificación de obligación de no hacer, cuyo incumplimiento en Chile se rige por el texto destinado al efecto, el art. 1555 (y si la estipulación está incluida en un contrato bilateral, con el art. 1489 podría estimarse que es condicional, en cuanto está sometida al evento de incumplirse).

¹⁷⁴ En cuanto a los efectos, alcanzarán o no al tercero adquirente según resulte de aplicar los arts. 1490 y 1491.

¹⁷⁵ Más antecedentes sobre la estipulación y su validez en Vicuña Suárez, Luis: *De la facultad de enajenar y de su prohibición impuesta en el contrato*, Imp. San Rafael, Valparaíso, 1928; Rogers Sotomayor, Jorge: "Valor de las prohibiciones contractuales de enajenar", en Rev. de la Asociación de Notarios y Corresponsables de Chile N° 6, Santiago, 1996-7, pp. 135 y sgts. Para doctrina extranjera, Castán Tobeñas, José, ob. cit., t. II, vol. I, p. 233.

Tratándose de bienes muebles, los contornos materiales de la cosa constituyen su límite. La dificultad la ofrecen los fluidos (como el agua y otros líquidos, los gases), en cuanto se necesita proceder a su individualización como cosa, con el auxilio de elementos externos, como un recipiente en que se contengan o una medida técnica (como el "gasto" respecto del agua). Individualizados así estos bienes, allí quedarán igualmente establecidos los límites de su dominio.

Es en los inmuebles donde hacen falta mayores precisiones. En el *plano horizontal*, los deslindes establecen la extensión de cada propiedad; y si ellos no están claros, se recurre a la operación de "demarcación", la que se puede complementar con la de "cerramiento" (arts. 842 y sgts., que se tratarán en el capítulo de las servidumbres; las dificultades que suelen surgir en la individualización de los predios serán consideradas al tratar la acción reivindicatoria, infra, N° 264; v. también lo dicho en N° 25).

En el *plano vertical* se plantean dificultades que se traducen en la extensión del dominio hacia el subsuelo y hacia el espacio (o "vuelo").

Es conocido el antiguo postulado: "por arriba hasta el cielo, por abajo hasta el infierno". Con esta concepción no habría límites en este plano vertical hacia el espacio, y hacia el subsuelo llegaría hasta el centro de la Tierra (las líneas y planos serían convergentes hasta el centro, formando una pirámide invertida o una figura geométrica semejante).¹⁷⁶

El otro extremo significa la inocupabilidad de estos elementos, limitando al propietario a ejercer su derecho solamente en la superficie del inmueble (actitud que prácticamente impide o, al menos, restringe excesivamente la utilización de los inmuebles).

Por la fuerza de la realidad (en cuanto el efectivo ejercicio del dominio implica la necesidad de emplear espacio y subsuelo

¹⁷⁶ Se suponía al infierno ubicado en el ígneo centro del planeta.

Para los datos que proporciona la geodesia, incluyendo figuras geométricas que ilustran esta pretensión, y con alguna dirección hacia el interés jurídico, v. Bueno Ruiz, Antonio: "La propiedad inmueble. Su extensión y representación geométrica", en Rev. Notarial N° 818, La Plata, 1975, pp. 65 y sgts.

En épocas pretéritas, con posibilidades tecnológicas restringidas, el uso no podía llegar a zonas muy elevadas ni profundas, por lo que había pocas posibilidades de conflicto y, por tanto, de inclinación a rebelarse contra el planteamiento.