

# ENTROPÍA EN LA PROPIEDAD\*

Francesco Parisi\*\*

*La entropía está definida por la Real Academia Española como la medida de desorden en un sistema. Partiendo de este punto, es sabido que el Derecho de Propiedad, con el tiempo, ha sido objeto de un sinnúmero de modificaciones, alteraciones y reconocimiento de otros derechos que lo integran. Uno de ellos, es el derecho a la fragmentación de la propiedad, el cual implica que uno pueda partir una propiedad horizontalmente, creando lo que hoy se conoce como multipropiedad o propiedad horizontal.*

*El autor considera que esta entropía debe ser combatida, por generar, en efecto, un desorden en el sistema legal; y, difunde la idea de que el arma para combatirla es la de la normativa jurídica vigente; en particular, los remedios del Derecho.*

\* El presente artículo tiene como título original "Entropy in Property". Publicado en el American Journal of Comparative Law 50. Tomo 3. 2002. pp. 595-632. Agradecemos al autor por permitirnos su reproducción. La traducción fue realizada por Carlos Fernando de Trazegnies Valdez, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS.

\*\* Abogado. Profesor y Co-Director del J.M. Buchanan Center for Political Economy, Program in Economics and the Law, George Mason University.

El título de este artículo sugiere que la propiedad está sujeta a una ley fundamental de entropía, siendo afectada por un sesgo que nos guía hacia la fragmentación en aumento. La aplicación de las leyes de entropía a la propiedad luego nos muestra que uno puede evitar esa predisposición sólo en el puro y abstracto mundo de transacciones costo cero. Basándonos en esta consideración, considero la elección de remedios en el Derecho de Propiedad, enfocándose en normas legales que están diseñadas para promover una unidad (i) funcional, (ii) legal y (iii) física de la propiedad. Veremos ejemplos tanto del *Common Law*, cuanto del Derecho Civil Continental, sustentando la hipótesis de que las normas legales son instrumentales en cuanto a combatir la entropía en la propiedad.

Historiadores de Derecho, ocasionalmente, han pasado por alto la existencia de las fuerzas económicas que propician la evolución histórica del Derecho. Al tener un record congruentemente desarrollado de transformaciones históricas y variaciones comparativas en el derecho de propiedad, solemos darle la mínima consideración a la importante dinámica que permitió esas transformaciones y diferencias. En este ensayo, busco facilitar una teoría económica que explique algunas de las aparentes anomalías en la evolución del derecho a la propiedad.

Tomando en cuenta la literatura reciente sobre fragmentación de propiedad (Heller, 1998; Buchanan-Yoon, 2000; Parisi-Schulz-Depoorter, 2000), este artículo sugiere que la propiedad está sujeta a una ley fundamental de entropía<sup>1</sup>. En el contexto de la propiedad, la entropía insinúa un sesgo unidireccional que nos guía hacia la progresiva fragmentación de la propiedad. Más adelante, las leyes de la entropía indican que sólo en el caso puramente

abstracto y limitado de transformaciones reversibles (interna y externamente), se podrá apreciar un cambio neto de la entropía, equivalente a cero. Aplicado esto a nuestro contexto de la propiedad, nos muestra que sólo en un mundo de transacciones costo cero podría evitarse esa tendencia hacia la fragmentación.

Las fuerzas económicas que inducen a la entropía en la propiedad son bastante directas<sup>2</sup>. La división en la propiedad crea una inercia en una sola dirección: Contraria a la transmisión de derechos de un individuo a otro, reunificar el derecho a la propiedad fragmentado, normalmente involucra costos estratégicos y de transacción mayores a aquellos en los que se incurre en el contrato original<sup>3</sup>.

El análisis comparativo e histórico del derecho de remedios nos ofrece un suelo fértil para examinar el rol de las normas legales en la minimización de las pérdidas potenciales de bienestar, producto de los impedimentos que originan que algunas transacciones sean unidireccionales. Este ensayo abarca las implicancias del teorema normativo de Coase (por ejemplo, Calabresi-Melamed, 1972; Ayres-Talley, 1995; Kaplow-Shavell, 1996) y toma en cuenta la selección de normas y remedios idóneos para combatir la entropía en la propiedad. Promulgo una hipótesis de eficiencia, sugiriendo que los sistemas legales abordan problemas que surgen en un ambiente de costos de transacción positivo desarrollando normas que se acercan bastante a los resultados que los partidos hubieran logrado en un mundo de transacciones costo cero. Comparo la elección ideal de remedios con la realidad en el derecho de propiedad. La entropía crea impedimentos de transacción unidireccionales que explican

<sup>1</sup> Uso este término para referirme a la segunda ley de termodinámica, la cual indica que cada proceso que puede ocurrir espontáneamente ira en una sola dirección y resultara en la liberación de una energía que no podrá ser capturada, y así la cantidad de entropía en el universo continuara aumentando.

<sup>2</sup> Heller (1999) cita el cuento de Humpty Dumpty para ilustrar su punto. Cuando Humpty Dumpty queda hecho añicos, ni todos los hombres y caballos del Rey pueden reconstruirlo, y esto contrasta con la facilidad con la que se rompió en pedazos al caer en primer lugar.

<sup>3</sup> Tal como en el mundo físico, donde se necesita energía adicional para empujar una piedra de vuelta hacia la cima de una cuesta, después de que esta haya rodado hacia abajo por su cuenta, también se requiere un esfuerzo tanto financiero como legal para re-unir los derechos de propiedad que han sido separados. Parisi-Schulz-Depoorter (2000) observa que hasta revirtiendo una simple transacción de propiedad puede resultar en precios monopólicos por parte del comprador convertido en vendedor; reunificando la propiedad que ha sido separada entre distintas partes ocasiona el aumento de costos debido a la dificultad de coordinación que continua incrementando entre ambas partes.

potenciales anomalías en el derecho de remedios. Este ensayo formula una hipótesis de eficiencia perteneciente a la propiedad: Dada la gran dificultad de reinsertar el concepto de propiedad luego de que se permita la fragmentación de la misma, los ordenamientos jurídicos adoptan mecanismos legales para combatir la entropía. Más aún, proveen protección “de propiedad” menos extensiva (en el sentido que Calabresi profesa) a arreglos atípicos sobre la propiedad.

Tanto el *Common Law* cuanto el Derecho Civil Continental nos proveen de ejemplos que corroboran esta hipótesis, demostrando su validez en diversos ambientes legales.

## I. VARIACIONES ESTRUCTURALES EN LA PROPIEDAD Y EL DILEMA DE LA PROPIEDAD UNIFICADA

A pesar de la renuencia de los científicos sociales modernos para formular teorías generales de la evolución, la mayoría de antropólogos e historiadores del Derecho coincidirían en los patrones generales que caracterizan la evolución de la Propiedad en la Sociedad de la Época Antigua a los Tiempos Modernos. Todas las sociedades reconocen la propiedad privada hasta cierto punto. El contenido de la Propiedad y su ámbito de protección, sin embargo, han sido objeto de cambios sustanciales a través del tiempo. Esta evolución legal del concepto de Propiedad revela una relación muy cercana entre los cambios en un sistema económico y varía en la estructura y contenido de los derechos de propiedad. Específicamente, la propiedad ha sido abarcada en las leyes económicas de entropía, dando como resultado diferentes formas de fragmentación de la propiedad a través de la Historia, desde formas funcionales, y hasta físicas y legales de fragmentación. No obstante, las distintas sociedades han logrado concebir varios remedios para mejorar los irreversibles efectos de la entropía en la propiedad.

### A. Desde concepciones funcionales a espaciales de la Propiedad

En sociedades pastorales, reglas relativamente simples regulaban el “dominio” de la tierra.

El carácter del derecho de propiedad estaba relacionado al uso funcional de esta tierra. Por ejemplo, aquellos que usaban la tierra para cazar, podían adquirir el derecho de caza, mientras que aquellos que criaban ganado, podían obtener el derecho a hacerlo en la misma área geográfica. Tales concepciones funcionales de la propiedad fueron la consecuencia natural de la derivación de la propiedad debido al uso y posesión de la tierra (Rose, 1985). En suma, el cómo fue usada la tierra determinó los posibles tipos de posesión.

Ningún acto de posesión puede abarcar todas las formas potenciales del uso de la tierra, siendo que el sistema de derivar el dominio desde la posesión genera derechos de propiedad limitados (o “funcionales”). Este sistema solía resultar en una coexistencia de potenciales propietarios, clamando su derecho sobre la misma tierra. Luego, normas ordinarias regularon la posesión, el uso, y la transferencia de esos derechos funcionales. Tales divisiones funcionales a menudo tuvieron mucho sentido, ya que diferentes poseedores podían emprender actividades especializadas sobre el mismo territorio con cierta usurpación entre ellos.

Dada la baja densidad poblacional y la limitada explotación de los recursos naturales, las particiones funcionales de la propiedad fueron, en efecto, bastante eficientes. Proveyeron una oportunidad de asignar la misma tierra hacia derechos privados múltiples de uso, permitiendo un nivel óptimo de explotación, a medida que todas las partes de la propiedad podían ser usadas<sup>4</sup>. Pagos detallados(as), basados en un uso pasado y derechos históricos, determinaron lo que fue considerada una conducta aceptable con respecto a la interacción (externalidades naturales) entre las diversas actividades.

Así, las primeras sociedades adoptaron una concepción “funcional” de la propiedad, en la cual los derechos de propiedad estaban ligados a los usos específicos de la tierra, más allá de una concepción espacial de la propiedad, en la cual los confines de la propiedad fueron determinados por fronteras físicas. La propiedad no fue dividida por líneas espaciales, como en el mundo moderno, sino

<sup>4</sup> Para la aplicación de este marco teórico a lo moderno, ver Smith (2000).

por medio de particiones funcionales de manera horizontal, en las cuales diferentes individuos o familias podrían ostentar derechos específicos sobre la tierra, en relación a sus usos específicos (sea la ganadería, la pesca, la caza, entre otros).

Al transcurrir el tiempo, sin embargo, las sociedades agrícolas desarrollaron una concepción más compleja de la sociedad, en la cual las particiones funcionales de los derechos sobrevivieron como excepciones a un régimen de dominio unificado<sup>5</sup>. Este paradigmático cambio es entendible, dado que en una economía agrícola, la coexistencia de múltiples derechos sobre la misma tierra creaba conflictos e incrementaba las oportunidades de derrochar externalidades. Más aún, si bien la partición funcional de la tierra era eficiente en una economía estable, devenía en insostenible en condiciones de cambios económicos bruscos. Cambiar de economías pastorales a agrícolas, hacía que las sociedades cambiaran sus sistemas de propiedad, abandonando la propiedad funcional a favor de la propiedad espacial –es decir, acercando sus sistemas de propiedad a aquellos que estamos acostumbrados a observar en el occidente moderno.

Esta transición tiene una explicación económica plausible. Con una economía rápidamente cambiante, los usos óptimos de la tierra son también objeto de un apresurado flujo. Un régimen de propiedad funcional impidió la transformación de la tierra a su uso óptimo, dada la amplia gama de derechos que tenían que ser acomodados o supercedidos.

En regímenes de propiedad espacial, un solo propietario generalmente ostenta todos los derechos concernientes a una parcela de

tierra. Tal dominio unificado podría mejor servir a las necesidades de una economía cambiante. La división de la propiedad a lo largo de líneas funcionales, mientras se permitía la optimización de la propiedad con respecto a todos sus usos potenciales, no proveyó suficiente flexibilidad para acomodar transformaciones estructurales a través del tiempo.

Así, el concepto de propiedad en el Derecho Romano está basado en el descubrimiento de que el uso óptimo de la tierra es una figura cambiante a lo largo del tiempo, y que los derechos absolutos de dominio proveen una mayor flexibilidad, dada la concentración de derechos de decisión en manos de un individuo<sup>6</sup>.

#### **B. Unidad física y desunión legal con respecto a la tierra en el Derecho medieval**

La evolución histórica de la propiedad permitió la aparición (y dominio) de las concepciones especiales de la Propiedad, con regímenes de propiedad absoluta como la regla legal preestablecida en las sociedades agrícolas. Durante la era feudal, un nuevo conjunto de limitaciones legales y funcionales al derecho de uso y disposición de la tierra contaminó la concepción romana sobre la propiedad absoluta. Por más que los cimientos del derecho medieval de propiedad eran incuestionablemente romanos, el sistema feudal transformó gradualmente la concepción social aceptada de la propiedad.

En el mundo feudal, los derechos y deberes estaban basados en la tenencia de tierra y relaciones interpersonales, y esta concepción de la propiedad era instrumental

<sup>5</sup> Los derechos de propiedad absoluta pueden ser observados solo como una categoría excepcional en la mayoría de sociedad que no pertenecen al Oeste mientras que representen un régimen de propiedad predeterminado en los sistemas legales de occidente. En general, la concepción de los habitantes del Oeste con respecto a la propiedad no es universal, por lo menos no históricamente.

<sup>6</sup> Claramente, si un único dueño puede reclamar un pedazo de tierra, un problema de fragmentación distinto podría ocurrir: excesivo espacio de fragmentación, que causa ineficiencias de escala. Las sociedades agricultoras del Oeste tratan este problema de distintas maneras. En el Derecho romano, el jefe de la familia (*paterfamilias*) había concentrado autoridad sobre la propiedad. Un sistema elaborado (*peculium*) mitigó la concentración de la capacidad legal con el resto de miembros del grupo familiar, como esclavos e hijos, autorizados a llevar a cabo transacciones legales vinculantes relacionadas a la propiedad. En tiempos pasados, cuando la capacidad legal era extendida a cada individuo dentro del grupo que sea mayor de edad, la fragmentación de la propiedad era prevenida mediante otras reglas y costumbres sociales, como las reglas de sucesión (por ejemplo, las reglas de la primogenitura), y arreglos institucionales (como las jerarquías feudales) que resultan en la concentración de tierra en manos de un par de individuos.

en mantener la estructura económica de la sociedad feudal. Los primeros tipos de licencia sobre tierras eran similares a las subvenciones del dominio pleno, mas posteriormente los reyes y *lords* mantuvieron el dominio de la tierra para ellos mismos y concedieron tan solo derechos limitados de uso y disfrute<sup>7</sup>. La tierra era *held in fief* por vasallos como resultado de un permiso otorgado por sus *lords* a cambio de variados servicios y votos de lealtad personal<sup>8</sup>. Estas concesiones de dominio fragmentado luego devino en explotaciones hereditarias<sup>9</sup>. Normas ordinarias previnieron la abrogación de estas concesiones, excepto cuando estas concesiones eran resultado de decomiso y confiscación<sup>10</sup>. Esto generó una fragmentación de la propiedad potencialmente irreversible y de muchas capas y etapas.

En este sistema feudal de tenencia de tierras, cada individuo era definido por su estatus jerárquico y su relación con la tierra. Con la sola excepción del rey, todo individuo estaba subordinado a otro. De acuerdo a la ya conocida pirámide feudal, solo los menos pudientes (o tenientes) tenían uso posesorio de la tierra, y todos los otros servían de intermediarios en

la colecta de impuestos y prestando servicios y protección. El rey permanecía como el demandante residual máximo. A través de este proceso, la propiedad feudal logró diferenciarse del paradigma romano de la propiedad, mientras las concesiones feudales fueron siempre limitadas por la licencia y el título, los intereses posesorios nunca residieron en las mismas manos. El dominio de la Propiedad no era ilimitado ni absoluto; los intereses no eran aplicables *erga omnes*, por el contrario, consistieron en un conjunto de derechos y deberes, parcialmente determinados por la específica relación contractual entre el concedente y el concedido. Un complejo sistema de control político y social reforzó esta transición del sistema romano al sistema feudal de dominio disperso (y fragmentación de la propiedad).

El feudalismo estaba indistintamente ligado a la vida agrícola<sup>11</sup>. En una economía agrícola, las especies funcionales de fragmentación no suelen ser problemáticas, siempre y cuando la unidad física del terreno no se vea afectada. Al respecto, los ordenamientos jurídicos feudales fueron diseñados para reducir el riesgo de fragmentación excesiva<sup>12</sup>. Las reglas de la *primogeniture*<sup>13</sup> y la prohibición del

<sup>7</sup> Otros privilegios del Lord incluían los conocidos incidentes feudales, los cuales, entre otras cosas, le daban al Lord el derecho de poseer la tierra.

<sup>8</sup> Conforme el tiempo pasaba, los servicios, que estaban relacionados al apoyo y defensa del *lord* en tiempos de guerra mediante el servicio militar, se convirtieron gradualmente en obligaciones pecuniarias. Es imposible entender los desarrollos de la sociedad medieval sin notar que la corona y el nobiliado (y en cada feudo, el *lord* y sus vasallos) eran centros de poder potencialmente en conflicto. La famosa pirámide feudal (rey, nobles, *lords*, vasallos) nos muestra una sociedad dinámica que estaba a menudo al borde de la desintegración. En el nivel personal, el acuerdo de lealtad entre un *lord* y su vasallo siempre tendía a enmascarar el mismo tipo de relación inestable y, de la misma forma, los lazos de propiedad intentaban crear un mecanismo de unión que promueva estabilidad.

<sup>9</sup> Si un teniente muriera sin herederos, la tierra retornaba al *lord*: una forma de aclamación residual del soberano sobreviviente, bajo un nombre distinto, en el Derecho moderno de sucesiones.

<sup>10</sup> El embargo y confiscación eran remedios que permitían al *lord* recuperar la posesión de la tierra si un teniente rompía su promesa de lealtad o fallaba en desarrollar los servicios feudales. Remedios similares fueron aplicados en el caso de alta traición en favor del rey. Para mayor referencia, ver el capítulo 3 de Dukeminier and Krier (1998).

<sup>11</sup> La economía feudal estaba basada principalmente en la agricultura. La estructura feudal aseguraba la producción de la comida necesitada para mantener a una población constantemente al borde de la guerra.

<sup>12</sup> Incluso el Derecho feudal de propiedad –a menudo presentado como el paradigma de la propiedad entrópica– concibió remedios para combatir fragmentaciones excesivas de propiedad. En efecto, mientras algunas formas funcionales de fragmentación de propiedad eran vitales para la estabilidad de la sociedad feudal, otras podían ser fácilmente prevenidas.

<sup>13</sup> En la tradición legal occidental, las leyes que prohibían la partición de la tierra y establecían la sucesión de la tierra en favor de los hijos mayores o menores, han sido a menudo utilizadas para preservar la unidad de la tierra. Estas reglas solían tener sus orígenes comunes y gozaban de un gran nivel de aceptación y cumplimiento, dado el interés de la mayoría de propietarios de tierras en proteger el poder y prestigio de su familia, los cuales estaban ligados tradicionalmente al tamaño de sus tierras. En este contexto, la prioridad en la sucesión era normalmente otorgada al hijo mayor (primogenitura) o al hijo menor (ultimogenitura). El efecto principal de estas reglas ha sido la manutención de la unidad en su estado normal, es decir, cuando el propietario hereditario la poseía.

*subinfeuds*<sup>14</sup> son ejemplos de los intentos del Derecho feudal de limitar la entropía en la Propiedad.

La peculiar coexistencia de la unidad física y la desunión legal en la propiedad feudal pudo haber funcionado en una economía agrícola, pero demostró ser problemática en otros contextos económicos. En efecto, los acuerdos feudales, que solían brotar de una economía feudal cerrada, no tuvieron acogida en los ambientes urbanos<sup>15</sup>. Las ciudades del Imperio Romano, a medida que sobrevivieron, no tuvieron una estructura feudal paralela<sup>16</sup>, con la excepción de algunas áreas urbanas en Italia y el sur de Francia<sup>17</sup>.

### C. El surgimiento de las concepciones absolutas de la Propiedad

Con la llegada de la Era Moderna, vino otro cambio paradigmático en la concepción de la Propiedad.

Tal y como la transición de la economía pastoral a la agrícola juzgó a las conocidas concepciones funcionales de la propiedad como ineficaces, el crecimiento gradual de la economía hizo de la dispersión del control feudal sobre la propiedad algo altamente problemático.

Como lo ha reconocido la literatura, la abolición del feudalismo era una precondition necesaria para el cambio a un mercado de tierras moderno, en el cual los individuos pueden transferir la Propiedad y derechos de desarrollo a terceros a través de contratos o disposiciones testamentarias. La transición de vuelta de la base contractual y relativista de la Propiedad a la concepción absoluta de la Propiedad, no fue gradual y suave, sin embargo<sup>18</sup>. Los eventos históricos que rodean el fin de la era feudal demuestran el poder de la dinámica irreversible de la entropía en la Propiedad, tema central de este ensayo.

<sup>14</sup> Las reglas emergían para prevenir la futura fragmentación de intereses posesorios incluso en tiempos feudales. Los tenientes en *demeine* no podían subcontratar sus derechos y obligaciones a través de la creación de un rango menor de agentes feudales. La práctica de la subinfeudación ha provisto mucha de la justificación intelectual para restricciones modernas en la fragmentación funcional de la propiedad. Rudden (1987) se refiere a esta idea como *pyramiding rationale*: si cada dueño heredero de una propiedad tuviera el poder para entrelazar la tierra con el desarrollo de un capricho, esa tierra sería plagada por una pirámide de obligaciones no diferentes a esas asociadas a la práctica del *subinfeudation* (concepto similar al subarrendamiento, en el que los tenientes de tierras del *lord* o del rey, permitían otros usos, alienaban partes, etcétera. Rudden reconoce la validez de este argumento, pero formula tres objeciones. Primero, él considera que la objeción histórica al *subinfeudation* no concernía en principio las capas de la obligación. Segundo, piensa que un mecanismo legal podría revisar los excesos de un sistema de intereses de propiedad más amplio. Tercero, los mecanismos mercantiles podrían resolver mejor tales problemas "piramidales", en lugar de mecanismos legales.

<sup>15</sup> De acuerdo a Monateri (1996), no es coincidencia que el renacimiento de los estudios legales romanos comenzaran en un tiempo de resurgimiento de la vida urbana en el norte de Italia. El sur de Francia era el centro de un sistema legal codificado, mientras que el Derecho romano permanecía con fuerza. En contraste, un sistema feudal más completo en el norte de Francia propició el desarrollo del derecho común bajo el régimen de los francos carolingios. Las ciudades no eran el centro del poder feudal, sino más bien del eclesiástico, de manera que el Derecho Canónico sentó un precedente, si bien el Derecho Mercantil era un importante componente del *ius commune*, al menos en localidades con mercados comerciales activos. Parisi y O'Hara (1998) y Parisi (1998) observaron que si bien tenían cabida los conflictos jurisdiccionales, el Derecho Feudal había coexistido armónicamente con el Derecho Mercantil, dada la distante perspectiva entre ambos, en cuanto a la Propiedad y a los temas contractuales (sea, que el Derecho Feudal cubría, por lo general, temas de propiedad y de estado, mientras que el Derecho Mercantil era usado para temas comerciales y contractuales).

<sup>16</sup> El sistema feudal no formó la base de la jurisdicción en las ciudades, donde el Derecho Romano y el Derecho Canónico tomaron precedencia. El Derecho Feudal no congeniaba con las necesidades dinámicas de la emergente clase mercantil. Como resultado de la revolución comercial por parte de la clase mercantil medieval, las grandes ciudades del antiguo Imperio Romano se volvieron atractivas para el desarrollo de mercados comerciales activos, así que muchos comerciantes de segunda generación reubicaron el centro de su actividad en éstas. En este punto, el Derecho Mercantil se convirtió en un componente cada vez más importante del *ius commune*. Para mayor análisis, ver el interesante libro sobre el Derecho Mercantil de Galgano (1976).

<sup>17</sup> El feudalismo se expandió de Francia hacia el norte de Italia, Alemania y España, para luego inmiscuirse en algunos territorios latinos en Europa. Muchas de las otras grandes civilizaciones del mundo han pasado por periodos en los que han imitado los arreglos feudales, por más de que las características específicas son, de alguna manera, diferentes al paradigma típico de Europa medieval.

<sup>18</sup> Los arreglos feudales en temas de Propiedad, caracterizaron mucho del Derecho común de la Propiedad, sin embargo, los juristas y académicos medievales continuaron utilizando las categorías romanas de la Propiedad en sus escritos. Esto facilitó el retorno a las categorías romanas, que fueron eventualmente reinstauradas como parte de la oposición al feudalismo que los conducía a la Revolución Francesa.

Tanto una revolución política cuanto una ideológica fueron requisito para darle forma y contenido a la concepción dominante de la Propiedad. La Revolución Francesa marcó un punto de quiebre. En un fallido intento por evitar los serios desórdenes políticos y sociales, los nobles franceses y los miembros del Clero renunciaron a algunos de sus privilegios feudales en la primera sesión del *États Généraux* después de 200 años, el 4 de agosto de 1789. El significado teórico de esta acción era sobresaliente conforme liberó la tierra de una multitud de servidumbres personales (por ejemplo, derecho de caza y servicios domésticos). Otra carga feudal (por ejemplo, tasas señoriales) podían extinguirse pagando una cantidad "global" a los *Lords* (lo que correspondía de veinte a veinticinco veces el valor anual). En la práctica, la plebe era incapaz de pagar las grandes cantidades requeridas para liberarse de la subordinación feudal. La Revolución Francesa trajo consigo el colapso del régimen feudal y con ello la abolición definitiva de todas las cargas y tasas señoriales sin compensación.

Durante el siglo dieciocho, se volvió popular culpar a la traidicon feudal como el desencadenante de la fragmentación ineficiente de la Propiedad y rebelarse en contra del legado feudal, proclamando un nuevo paradigma de Propiedad unificada y absoluta. Historicamente, los sistemas de tierra feudales impusieron obligaciones positivas a los terratenientes. Estas obligaciones no eran parte del puñado romanista de derechos y deberes de los que ostentaban la Propiedad, mezclando derechos absolutos y relativos en una relación híbrida de Propiedad. La versión filosófica hegeleana (1942 [1821]) de esta historia ha influenciado las concepciones legales de la Propiedad alrededor del mundo. Hegel considera que la estandarización de los intereses de Propiedad es un movimiento relacionado a la difícil lucha por liberar a la

Propiedad de los inconvenientes feudales que persistían, sugiriendo que la libertad individual depende bastante de la libertad de Propiedad<sup>19</sup>.

Siendo así, la visión romana se convirtió en el modelo para la Propiedad de la burguesía, concebida como un derecho privado y absoluto que permitía el uso y disfrute de su tierra. Este renovado concepto está en el origen de muchos trabajos de investigación y teóricos en la teoría legal y en filosofía. Podemos considerar la premisa de John Austin (1885 [1832]), que sugiere que el derecho de propiedad consiste en dos elementos principales: el derecho a usar la propiedad y el de poder excluir a otros.<sup>20</sup> Más importante para nuestro análisis, es que teóricos del siglo dieciocho y diecinueve especificaron los atributos estructurales del derecho de Propiedad. Entre otros, podemos apreciar que las normas universales de la noción kantiana deben ser negativas en su contenido, esto es, deben indicarnos qué no hacer. En ese sentido, el correlativo de un derecho real no puede requerir de acción<sup>21</sup>.

Esta concepción de propiedad absoluta discrepó dramáticamente con el concepto feudal de la propiedad como un puñado de derechos y deberes que mezclaban relaciones absolutas y relativas tanto en la esfera privada cuanto en la pública. Si bien una concepción unificada de la propiedad estaba ya presente en la era prefeudal, la reacción intelectual en contra del antiguo régimen conllevó una articulación más matizada de este ideal<sup>22</sup>. Esta evolución teórica culminó en los eventos revolucionarios de la década de 1790, los cuales marcaron el comienzo de una nueva era en los regímenes de propiedad en Francia y el resto de Europa. Esta nueva perspectiva legal, de manera que combine satisfactoriamente los conceptos de unidad funcional con la concepción absoluta de la

<sup>19</sup> Rudden (1987: p. 250) sagazmente nota que la palabra *servidumbre* cubre tanto esclavitud cuanto la servidumbre como la conocemos (legal).

<sup>20</sup> AUSTIN, John. 1885 [1832]. p. 808.

<sup>21</sup> Rudden (1987: p. 249) considera que esta premisa está lógicamente relacionada a la de Austin, quien cita a Immanuel Kant (1887 [1797]: p. 14) en sustento de sus proposiciones.

<sup>22</sup> Mattei (2000: p. 14) observa que la teoría unitaria moderna de los derechos de propiedad es, en efecto, el producto intelectual de la Revolución Francesa. En la misma línea, el extenso trabajo de Rodota (1990) demuestra los límites de las analogías entre las nociones romanas de la propiedad absoluta y la aplicación moderna de tal noción contenida en el artículo 544 del Código Francés de 1804. Para mayor análisis histórico, ver Monateri (1996).

propiedad, debía tener reglas sustanciales para fomentar la unidad funcional, física y legal en la Propiedad. Estos principios de Propiedad unitaria están encarnadas en muchas normas importantes que caracterizan el derecho moderno de Propiedad, el cual consideraremos a continuación.

## II. EL NACIMIENTO Y AUGE DE LOS IDEALES MODERNOS EN LA PROPIEDAD UNIFICADA

Como reacción a la tradición feudal, la jurisprudencia racionalista del Siglo dieciocho y las codificaciones modernas del Siglo diecinueve revivieron aquellas reglas romanas de propiedad que resultaban importantes, promocionándolas como principios generales de Derecho Civil. Los principios de unidad en la Propiedad son susceptibles de ser catalogados como (i) funcionales, (ii) físicos y (iii) legales. Estos principios, relacionados entre sí, contribuyeron de diferentes formas a controlar los problemas de la entropía en la Propiedad.

### A. Principios de la unidad funcional en la Propiedad

Bajo el Derecho Romano clásico, el *propietarius* no podía transferir menos del total de derechos, privilegios y poderes que la propiedad reunía. Transferir la propiedad de manera parcial era sólo permitido en casos excepcionales y limitados<sup>23</sup>. Así, por ejemplo, la creación de restricciones legalmente vinculantes a la Propiedad estuvo limitada a situaciones en las que el estado dominante

podía demostrar una necesidad perpetua por el acuerdo. En el Digesto romano podemos apreciar que las servidumbres necesitaban una *causa perpetua*<sup>24</sup>. En otros pasajes, las fuentes romanas indicaban que las servidumbres creadas para el beneficio transitorio del propietario de un lote vecino (en desmedro del beneficio perpetuo de la tierra misma) no eran válidas<sup>25</sup>.

Como ya hemos discutido, esta noción de Propiedad absoluta sufrió un cambio sustancial en el Derecho feudal, mas recuperó eventualmente la popularidad al tiempo de las codificaciones europeas modernas. Los códigos modernos limitan el permisivo nivel de la fragmentación funcional de la Propiedad para luego proveer protección a los derechos de Propiedad<sup>26</sup>. Este favorecimiento de ciertos arreglos sobre Propiedad es conocido como el principio *numerus clausus* y es una expresión significativa del principio fundamental de unidad que propicia el derecho moderno de Propiedad. El propósito de este principio es evitar que los individuos creen derechos de propiedad que difieran de aquellos que están expresamente reconocidos por el ordenamiento jurídico<sup>27</sup>.

Las formulaciones tempranas de los *numerus clausus* carecieron de un *rationale* bien articulado, especialmente llamativo porque ello contrasta agudamente con la doctrina de la libertad de contratar, la cual promulga el que dos partes en un contrato privado puedan coincidir en cualquier acuerdo sin limitaciones impuestas por el gobierno<sup>28</sup>. La dicotomía entre

<sup>23</sup> Consecuentemente, por ejemplo, los derechos de uso y de explotación se divorciaron del usufructo, el cual solo se podía dar a una persona por toda su vida; la creación de restricciones legalmente obligatorias (servidumbres) estaba agudamente limitada.

<sup>24</sup> Paulus Book 25 *ad Sabinum* en D. 8.2.28: "*omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*" (todas las servidumbres deben tener causa perpetua).

<sup>25</sup> Paulus Book 15 *ad Plautium* en D. 8.1.8: "ut pomum decerpere liceat et ut spatari et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest." (las servidumbres no pueden ser creadas para atribuir derechos para cosechar fruta o tener meriendas o para simplemente irrumpir en la propiedad ajena). Tales arreglos atípicos —entendidos como un corolario implícito— podían, sin embargo, ser creados como objeto de obligaciones personales.

<sup>26</sup> Los académicos europeos también se referían a este principio invocando el concepto de los derechos de propiedad nominados. Merrill y Smith (2000: p. 69) han reconocido que, si bien el principio de *numerus clausus* es producto de la doctrina romanista y es seguida y aplicada en muchos países del Derecho Civil, el principio también existe como parte de la tradición inarticulada del *Common Law*. Los autores ilustran las muchas formas en las que los jueces del *Common Law* se acostumbran a pensar en términos comparables a la doctrina civilista.

<sup>27</sup> Para un desafío moderno al principio de *numerus clausus*, ver Rudden (1987), quien analiza críticamente las justificaciones legales, filosóficas y económicas para limitar los tipos de interés de propiedad legalmente conocidos a un puñado de formas estandarizadas.

<sup>28</sup> Merrill y Smith (2000: pp. 68-69) notan la peculiar dicotomía entre la Propiedad y los contratos, observando que mientras los derechos contractuales son libremente pactables, los derechos de propiedad son restringidos a una lista cerrada de formas estandarizadas.



estos paradigmas de propiedad y de contratos deviene en una tensión general entre el principio de la libertad de contratar y la necesidad social de estandarizar el derecho a la Propiedad. Las codificaciones europeas modernas son reflejo de esta tensión. Éstas promueven la libertad de contratar reconociendo y aplicando tanto formas nominativas cuanto innominativas de contratos. Mas al mismo tiempo limitan la autonomía privada en transacciones de Propiedad y solo aplican transacciones correspondientes a formas estandarizadas (o nominativas) de la Propiedad<sup>29</sup>.

Más allá del residuo intelectual de la Revolución Francesa, la influencia del principio de *numerus clausus* ha perdurado a través de los códigos post-revolucionarios, y puede ser hallada en la mayoría de los códigos europeos modernos. El Código Napoleónico de 1804<sup>30</sup>, el Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán) de 1900<sup>31</sup>, y muchas otras codificaciones<sup>32</sup> contienen provisiones que restringen la creación —o al menos retiene la aplicación— de derechos de Propiedad atípicos. Como bien mencionó Rudden (1987, p. 243), “en términos muy generales, todos los sistemas limitan, o al menos restringen fuertemente, la creación de derechos reales:

los *fancies* son para contratos, no Propiedad.”

Estos límites en la creación de derechos de Propiedad atípicos a menudo emergieron como un principio general del derecho de Propiedad moderno. Incluso ordenamientos que no han codificado la doctrina formalmente, se adhieren sus restricciones.

El requerimiento de que la transferencia de la Propiedad inmueble sea inscrita en un registro público refuerza el principio de *numerus clausus*, ya que sólo los derechos de Propiedad nominados podrán ser registrables, asegurando así la comprensibilidad de los registros públicos para efectos de publicidad y notoriedad<sup>33</sup>. A esto le sigue que cualquier contrato que constituya o modifique una situación de Propiedad haciendo caso omiso de la taxonomía de los derechos reales reconocidos por el sistema legal es tan solo una fuente de obligaciones contractuales<sup>34</sup>.

Sin embargo Gambaro (1995, p. 67) esclarece la paradoja de las partes aceptando las obligaciones contractuales, mas privándolas de los beneficios de esos acuerdos. Si el sistema registral no permite inscribir los derechos de Propiedad atípicos, la libertad de contratar

<sup>29</sup> Esto implica que los derechos de propiedad son reforzados solo con remedios reales si es que conforman una de las *nominadas* categorías estandarizadas. Por otro lado, la premisa es lo opuesto en el campo de los contratos: el sistema legal refuerza todo tipo de contratos, a menos que éstos violen una norma dispositiva en cuanto a su objeto y alcance.

<sup>30</sup> Muchos artículos del Código Civil Francés consideran el concepto de *tipicidad* de los derechos reales y principios articulados de propiedad absoluta y unitaria. Ver, como ejemplo, el artículo 516 sobre diferenciación de la propiedad; artículo 526, el cual enumera las formas reconocidas de los derechos reales limitados (usufructo, servidumbre y embargos); artículos 544 al 546 sobre la definición y el contenido necesario del dominio absoluto, entre otros.

<sup>31</sup> El Código Civil Alemán, en su parágrafo 90, establece que “solo los objetos corpóreos son cosas en el sentido legal”, lo cual puede ser visto como un despegue sustancial de la concepción feudal de la propiedad, donde la mayoría de derechos atípicos tenían una naturaleza abstracta.

<sup>32</sup> Prácticamente todas las codificaciones modernas importantes —de las cuales no todas fueron influencia directa de los modelos francés y alemán— reconocen un principio similar de unidad en la propiedad. Rudden (1987) provee un estudio comparativo del principio de *numerus clausus* en los sistemas legales del mundo moderno, reportando que varios sistemas legales asiáticos han adoptado una regla básica de acuerdo a la cual ningún derecho real puede crearse, si es que no está provisto por el Código o legislación de cada lugar. Por ejemplo, el Código Coreano, artículo 185; el Código Tailandés, artículo 1298; y, el Código Japonés, artículo 175. Provisiones similares existen en otros sistemas derivados directamente de modelos europeos, tales como el Código de Louisiana, artículo 476, inciso 8; el Código Argentino, artículo 2536; el Código Etiopí, artículo 1204, inciso 2; y la Israeli Land Law 1969, secciones 2 a 5.

<sup>33</sup> El razonamiento legal de la “ausencia de notificación” aparenta que sería difícil para un comprador conocer sobre posibles transacciones, o intereses de propiedad no-*numerus clausus*. Rudden (1987) hace una objeción a este razonamiento. Piensa que un sistema registral funcional podría revelar éstas transacciones al comprador. Más aún, la notificación no es necesaria ni suficiente, para crear intereses válidos de propiedad. Para mayor análisis en este punto, ver Mattei (2000: pp. 91-92), quien observa que la misma restricción en la admisibilidad de los instrumentos registrables no existe en las jurisdicciones del *Common Law*, donde las partes pueden crear derechos de propiedad con un grado mucho mayor de autonomía.

<sup>34</sup> Rudden (1987: p. 243) nota que Argentina es el único país que articuló este importante corolario lógico en la forma de una provisión del código (Código Civil Argentino, artículo 2536).

está menoscabada, ya que el sistema retiene el mecanismo –inscripción registral– que podría transformar un acuerdo de propiedad atípica entre las partes de una obligación en un derecho real oponible a terceros compradores.

## B. Principios de la unidad física en la Propiedad

Otros principios básicos del derecho de Propiedad moderno demuestran la tendencia general de los sistemas legales de combatir la entropía y promover la unidad en la Propiedad. En el trato con la partición física de la Propiedad, las reglas de los sistemas legales del Derecho Civil representan el ideal de la integridad física de la Propiedad. Por ejemplo, un gran número de jurisprudencias y legislaciones reconocen el derecho del propietario a resguardar su propiedad como una prerrogativa simbólica de su soberanía<sup>35</sup>. Más aún, los sistemas del Derecho Civil enfrentan el problema de la unidad física con reglas que restringen particiones horizontales en la construcción de la propiedad sobre la herencia del sistema legal romano que se limitaba al reconocimiento de derechos reales del subsuelo, como sugería la máxima latina *cuius est solum eius est usque ad coelum et usque ad inferos* (aquel que tiene la tierra, tiene la propiedad hasta el cielo y hasta el centro de la tierra)<sup>36</sup>.

La teoría y la práctica del derecho de propiedad en cuanto a la unidad física ha sufrido muchos cambios a través de los siglos.

Cuando era reconocida por el sistema, la regla *ad coelum* pregonaba que aquel que compraba una propiedad, sin estar al tanto de cualquier obstáculo que pueda limitar su uso (comprador *bona fide*) adquiría prioridad sobre otros, aunque estos otros tengan derecho a uso del subsuelo o superficie.

A pesar del alejamiento medieval de las concepciones unitarias de propiedad, la mayoría de códigos civiles modernos del siglo diecinueve restablecieron la concepción Romanística de la Propiedad al no permitir formas horizontales de fragmentación de Propiedad. Tanto en el Código Francés de 1804 como en el Código Italiano de 1865, la tierra no podía ser dividida en distintas superficies o subsuelos dentro de un bien inmueble, y el título legal para los varios estratos de la propiedad debían corresponder a un solo dueño. El *Common Law* temprano erigió obstáculos similares a la fragmentación horizontal de la propiedad<sup>37</sup> y, gracias al trabajo de Lord Coke a principios del siglo diecisiete<sup>38</sup>, la abreviación *ad coelum* se convirtió un término de arte en el Derecho Inglés.

Estas limitaciones a la libertad de las partes eran un importante corolario del principio de unidad física en la propiedad, que llevó a reacción intelectual del siglo dieciocho, en contra de la fragmentación en propiedad feudal, pero no pudieron retratar el último acercamiento a la propiedad que emergió en Europa Continental. A pesar del principio de *numerus clausus* y las otras formulaciones del

<sup>35</sup> Parágrafo 903 del Código Alemán, otorgando el poder de disposición absoluta, similarmente reconocido por otros códigos y cortes civiles. Ver, asimismo, Mattei (2000: p. 123).

<sup>36</sup> La regla *ad coelum* tuvo sus orígenes en las Instituciones de Gayo, para luego reproducirse en las Instituciones del Justiniano. El concepto básico es que que la propiedad real se extiende verticalmente hasta el infierno (*inferos*) y el cielo (*coelum*). Ya una vez en la era republicana del Derecho Romano, sin embargo, los conocidos permisos *ad aedificandum* (los que fueron luego protegidos totalmente por remedios, a través del *actio de superficie*) permitieron la creación de derechos de superficie horizontal que pudiesen ser ostentados por sujetos diferentes al dueño o propietario del estrato del subsuelo.

<sup>37</sup> Wenzel (1993) señala que la fragmentación horizontal de la propiedad no estaba permitida en el *Common Law* temprano. Atribuye esto a dos principales razones: (i) la popularidad de la regla *ad coelum* en el pensamiento medieval inglés y el dominio de teorías absolutistas de propiedad; y (ii) las prácticas de transferencia de tierras que, por medio del ritual de *seisin* (recordando la *traditio simbolica* del Derecho Romano), requirieron una muestra simbólica de la posesión, a través de la entrega personal de una piedra o una mazorca del suelo de esa misma tierra. El ritual de la *traditio simbolica*, según Wenzel, no era idóneo para simbolizar la transferencia del título para derechos del subsuelo o de minerales no descubiertos.

<sup>38</sup> La doctrina *ad coelum* aún se usa en el Derecho moderno en dos grandes campos, uno siendo el Derecho de Propiedad, para cuestiones como por ejemplo la accesión en el dominio (por ejemplo, casos en los que las construcciones cuelgan sobre la propiedad del vecino, entre otros); y en Derecho Internacional, para llegar a temas de soberanía territorial sobre espacio aéreo. Recientemente, la doctrina ha sido reanimada en el Derecho Internacional Público, a través de los reclamos de Estados ecuatoriales por sus derechos sobre la órbita geoestacionaria (para satélites). Obviamente, los Estados no-ecuatoriales se oponen a la aplicabilidad de la regla *ad coelum* e invocan la aplicación de una regla de posesión original.

ideal de propiedad unitaria, las prohibiciones expresas de los códigos modernos probaron ser inefectivos<sup>39</sup>. Los dueños de la propiedad continuaron partiendo su tierra en múltiples estratos en el subsuelo y en la superficie. Originalmente, aquellos acuerdos no pueden transmitir títulos reales con los varios estratos, pero las partes pueden ocasionalmente intentar evitar este impedimento acordando no invocar reglas de accesión contra el dueño titular del derecho de superficie, debiendo el dueño informal de la superficie decidir construir un edificio en el terreno<sup>40</sup>. Las cortes eran inicialmente renuentes a hacer cumplir los acuerdos de las partes, las que encuentran en abierta contravención a la regla de la unidad. A través del tiempo, sin embargo, las cortes civiles desarrollaron una actitud más complaciente y permitieron formas atípicas de fragmentación de propiedad para sobrevivir en la sombra de la Ley.

Los códigos del siglo veinte eventualmente abandonaron la norma que prohibía la fragmentación horizontal de la propiedad. Empezando por el Código Civil alemán de 1900<sup>41</sup> y el italiano de 1942<sup>42</sup>, el Derecho Civil, lejos de aplicar los principios de unidad física, regresó a los estándares previos a las codificaciones modernas.

Cualquiera o más de tres razones prácticas discutidas más adelante invirtió (o invirtieron) la tendencia. Primero, la fragmentación horizontal solía ser tan comúnmente tolerada,

que dejaba de ser algo excepcional, y la unidad devino en una ficción legal simbólica. Aplicando una regla de unidad bajo aquellas circunstancias se corría el riesgo de alterar un pacífico *status quo* de forma que pueda confrontarse el dilema inevitable de decidir cuál de las dos partes de buena fe debían adquirir el título de la propiedad<sup>43</sup>. Segundo, los riesgos de las formas horizontales de la fragmentación de la propiedad son limitadas: pocas partes se enganchan en aquellas particiones, y en la práctica una superficie y subsuelo de no más de dos estratos son comunes. Esta forma limitada de fragmentación no trajo consigo serios problemas estratégicos, dado el monopolio bilateral de dos propietarios fragmentados bajo las circunstancias. Tercero, la necesidad práctica de regular los derechos mineros y derechos en la explotación de recursos subterráneos propició el abandono gradual del antiguo dogma.

Académicos del Derecho Civil de mediados del Siglo veinte criticaron el abandono de la regla de unidad física, pues hacer esto violaba el ideal moderno de Propiedad unitaria. La fragmentación de Propiedad horizontal se mostró antitética a las nociones tradicionales del dominio de la Propiedad que crearon en un propietario de tierra, derechos absolutos e indivisibles a un espacio vertical extendiéndose *usque ad coelum*, *usque ad inferos*, y creando límites mutuos tanto en el dominio de superficie cuanto en el subterráneo<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> Así como a los límites verticales de la propiedad, incluso en tiempos tempranos, la atracción hacia la regla *ad coelum* era mayormente simbólica y sujeta a varias excepciones. El valor de tal simbolismo, sin embargo, no debería ser subestimado, dada la fuerza interpretativa que es a menudo asociada con los principios generales en sistemas del Derecho Civil.

<sup>40</sup> De acuerdo a la regla de la accesión, *superficies solo cedit*, ausente tal acuerdo, el dueño del título podía proclamar propiedad en cualquier construcción erigida por terceros en su tierra.

<sup>41</sup> Código Alemán, parágrafos 1012-1017, los que fueron más adelante reemplazados por una ley especial del 15 de enero de 1919, la cual proveyó una regulación más explícita en la materia.

<sup>42</sup> El artículo 952 del Código Italiano de 1942 reconoce los derechos de superficie como un derecho real y tutelable.

<sup>43</sup> Los reclamos conflictivos sobre construcciones y propietarios podrían haber sido resueltos de acuerdo a las reglas civiles de la accesión, de acuerdo a las cuales el propietario de la tierra adquiriría el título de la edificación erigido por terceros (esto es, *superficies solo cedit*) con el deber de compensar el menor monto entre el valor incremental de la propiedad y el costo de la construcción. La solución por defecto en el Código Civil puede haber sido ocasionalmente probada injusta, dado el mayor valor subjetivo de una edificación para aquellos que lo diseñaron y construyeron, en comparación al valor promedio o la valoración subjetiva del dueño de la tierra, que no tiene interés de propiedad en relación a la edificación.

<sup>44</sup> La partición horizontal puede prevenir mejoras valorizables, tales como nivelar el terreno para fines agrícolas o de construcción, excavaciones para un desagüe propio, o simplemente crear una poza o una cava de vinos, entre otros. Para apreciar una investigación histórica de la evolución de las concepciones de la unidad física de la propiedad, ver también Bianca (1999).

### C. Principios de la unidad legal en la Propiedad

Un tercer principio del Derecho occidental, garantizando el poder absoluto del propietario para disponer de su propiedad, está también agudamente relacionado al concepto de la unidad en la Propiedad, aunque con algunas implicancias distintas. Los principales códigos europeos promulgaban este principio. Por ejemplo, el artículo 544 del Código Civil francés establece que el “Dominio es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas en su sentido más absoluto”, podemos encontrar casi *verbatim* en el Código Civil italiano de 1865. Por su lado, el párrafo 903 del Código Civil alemán asevera que el propietario de un objeto “puede lidiar con la cosa como desee y excluir a otros de cualquier interferencia.”

Mientras éstos enunciados se muestran incontrovertibles, se vuelven difíciles de implementar con dominio conjunto. El principio de disposición absoluta, en efecto, se convierte en una incongruencia en cuanto dos o más individuos gozan de derechos de decisión en conjunto. Para abordar este problema, los sistemas legales han adaptado históricamente reglas que (i) facilitan la reunificación del uso y (ii) colocan los derechos de exclusión en manos de un solo individuo. El *common law* alcanzó estos dos objetivos dificultando la creación de los derechos de tenencia conjunta (una ficción legal en la que dos o más personas son consideradas un solo propietario) y facilitando la destrucción del acuerdo. Para crear una tenencia conjunta, los propietarios tenían que poder demostrar las cuatro “unidades”, que son: (i) tiempo (haber adquirido la propiedad al mismo tiempo); (ii) título (haber firmado el mismo instrumento); (iii) interés (gozar de los mismos derechos); y (iv) posesión. A falta de cualquiera de estos elementos, la tenencia conjunta no podía configurarse.

En líneas similares, cualquiera que se hallara teniendo algo conjuntamente con otros podía

causar que la propiedad común se dividiera, de acuerdo a la máxima latina *nemo inuitus ad communionem compellitur* (nadie puede ser forzado a la propiedad común con otro). Esto podía hacerse unilateralmente. Todo lo que un teniente conjunto tenía que hacer era transferir su interés a una tercera parte, y la tenencia conjunta se dividía, revirtiéndose a una tenencia en común, la cual permitía a los propietarios transferir o arrendar sus intereses a terceros. Algunos casos tempranos descubrieron que meramente expresando el intento de separar la tenencia conjunta ya era suficiente para lograrlo. Si los tenientes no concordaban en el manejo de la propiedad, una segunda opción era pedir la partición, en cuyo caso la corte dividiría la propiedad u ordenaría su venta y ulterior división de lo percibido entre los propietarios. Reglas muy similares están presentes en jurisdicciones del Derecho Civil para minimizar el *hold-up power* de los propietarios conjuntos en el uso de la propiedad conjunta. En aplicación del principio de la unidad legal en la Propiedad, estos sistemas introdujeron mecanismos que fueron fácilmente provocado para permitir a los propietarios mayor autonomía en la disposición de su propiedad, incluso cuando otros tenían derechos sobre la misma tierra.

### D. Hacia el reconocimiento de las nuevas formas de la Propiedad

Como discutimos líneas arriba, en la era moderna los sistemas legales alrededor del mundo han manifestado de diversas formas una reluctancia general para reconocer acuerdos atípicos de Propiedad como derechos reales aplicables<sup>45</sup>. En las últimas décadas, sin embargo, las cortes y legislaciones, tanto en jurisdicciones del Derecho Civil cuanto en las del *Common Law*, acostumbradas a las necesidades modernas de los que labraban la tierra y los propietarios de las tierras, han reconocido nuevos acuerdos de Propiedad<sup>46</sup>. El ejemplo más claro de esta expansión gradual de acuerdos estándar de propiedad en jurisdicciones del Derecho Civil,

<sup>45</sup> Recientemente, las cortes del *Common Law* han sido relativamente creativas en idear las formas para utilizar contratos que creen convenios diseñados para proteger las amenidades en áreas residenciales. Más aún, los sistemas legales ocasionalmente inventarán una nueva forma de propiedad. A pesar de estas innovaciones periódicas, esta área del Derecho permanece arcaica. Rose (1999: pp. 213-214) observa que los sistemas de bienes raíces del *Common Law* en la tierra ahora parecen anticuados. Como el autor irónicamente expresa, las referencias a la propiedad objeto de herencia, indivisible e inalienable, casi nunca fallan en traer una sonrisa.

<sup>46</sup> Yiannopoulos (1983) nota lo inadecuado que es regular la construcción y zonificación, para satisfacer las

puede ser encontrado en el área de convenios que se dan con la tierra y que ocasionalmente crean derechos reales nuevos y *sui generis*. Un convenio real es una promesa de hacer o no hacer, algo que está conectado a la tierra en una forma legalmente trascendente<sup>47</sup>. Bajo el *Common Law* tradicional, los derechos y deberes asociados a los contratos no fueron asignables (Corbin, 1926) porque las partes del acuerdo original no tenían el derecho de obligar a una tercera parte a adherirse a su acuerdo. Al respecto, los beneficios y cargas de los convenios originales no se transferían con el interés en la tierra. En muchas situaciones, esta intención frustrada de crear un convenio real en primer lugar.

Dado lo percibido en beneficios netos teniendo los derechos y deberes de un convenio real adjunto al título de la propiedad, las cortes crearon gradualmente un nuevo cuerpo legal que sobrevenga los obstáculos impuestos por la Propiedad tradicional y las teorías de contratos<sup>48</sup>. Casi sin excepción, sin embargo, los sistemas legales que implementan estas innovaciones han creado regímenes atípicos para protección remedial del Estado y regular estos nuevos derechos, reglas que divergen sustancialmente de los principios tradicionales que rigen la Propiedad o los Contratos. Algunos entendidos generalmente atribuyen estas divergencias a accidentes meramente históricos (Dwyer and Menell, 1998, p. 760; Yiannopoulos, 1983). Contraria

a la sabiduría común en literatura, yo sugiero que estas anomalías no son improvisadas.

Para poder proteger estos derechos reales recientemente reconocidos, las cortes han desarrollado un conjunto elaborado de requerimientos para minimizar los efectos a largo plazo de la fragmentación disconforme de la Propiedad, adoptando un grupo de reglas que difieren de la propiedad tradicional o el derecho contractual. En cambio, los sistemas legales ponderan la necesidad de mitigar la entropía en la propiedad creando restricciones perpetuas en el uso e inalienabilidad de la propiedad con las demandas de los propietarios de las tierras y los que la labran, planeando ejercitar su libertad contractual para disponer de su propiedad mientras lo consideren apropiado. Varias tradiciones legales han empleado diferentes instrumentos para lograr esta meta. Por ejemplo, bajo el Derecho moderno francés, las cortes no reconocen convenios atípicos de propiedad como fuente de derechos reales, mientras permiten a las partes aproximar un derecho real en la noción de las obligaciones transferibles. Entonces, los casos franceses han construido contratos entre propietarios como fuente de obligaciones que son efectivas frente a terceros<sup>49</sup>. En Alemania y Grecia, los convenios atípicos de propiedad tampoco están aplicados como derechos reales pero como Yiannopoulos (1983) menciona, permitir los

necesidades de los propietarios locales (por ejemplo, para la preservación del estilo de subdivisión). También menciona que los que labran la tierra han, desde el giro del siglo, impuesto restricciones contractuales, limitando el uso de la propiedad para darle prioridad a los valores de propiedad (como restringir el uso para ciertos propósitos, prohibir la construcción de ciertos tipos de edificaciones, o especificar el material o los colores que deben ser usados en la construcción). Rudden (1987) observa, en una línea similar, que si bien los intereses posesorios estándar involucran la posesión exclusiva y continua, los individuos pueden buscar adquirir intereses alternativos como el tiempo compartido, lo cual significa posesión exclusiva por cortos, pero repetidos, intervalos de tiempo.

<sup>47</sup> Los convenios reales y la servidumbre difieren uno del otro en varios aspectos. Un convenio real afirmativo es una promesa de hacer un acto afirmativo (como un acuerdo entre el propietario del terreno y el propietario de lo construido en la superficie de pagar una tarifa anual por concepto de uso). Una servidumbre afirmativo, por el contrario, es un derecho ostentado por el propietario de la tierra beneficiada, llamada propiedad dominante, para usar la tierra de otro, llamada propiedad servidora. No hay una obligación afirmativa para el propietario de la propiedad servidora. Como es generalmente explicado, el propietario de la propiedad servidora solo tiene el "deber negativo" de no interferir con los derechos del propietario de la propiedad dominante.

<sup>48</sup> Bajo la doctrina moderna de contratos, un asignado es confiado para obligaciones solo si él expresamente asume tales obligaciones. El problema de la ley de convenios reales es, por tanto, principalmente debido a las situaciones donde el asignado no ha aceptado expresamente asumir los convenios del propietario anterior. Imponer estos convenios reales como meros contratos frustraría los fines perseguidos por las partes, dado el objetivo frecuente de permitir a las cargas y beneficios de los convenios reales pasar a los propietarios sucesivos en la propiedad subyacente.

<sup>49</sup> Yiannopoulos (1983) observa que la Corte Suprema francesa reconoce los efectos contra terceros en un convenio de propiedad, aliviando al operador de una mina de la responsabilidad por daños a la superficie. Ver, asimismo, Bergel (1973).

remedios contractuales extenderse más allá de las partes originales del convenio, produce efectos similares.

### E. Libertad de contratar y el valor potencial de las nuevas formas de Propiedad

Si bien gran parte de la discusión en este trabajo considera las respuestas legales a los problemas de la entropía, es importante notar que los sistemas legales crean o promueven formas disconformes de Propiedad solo en situaciones limitadas.

Interesantemente, los sistemas legales a menudo promueven el libre acceso a la propiedad común (pistas, navegación comunicaciones)<sup>50</sup>, y en otros casos el sistema legal crea y facilita la fragmentación. En ese sentido, el planeador social usa la entropía para su beneficio usando las servidumbres de conservación y la fragmentación (multiplicación) de agencias administrativas supervisando el desarrollo de la tierra para retrasar el paso del desarrollo suburbano<sup>51</sup>. Mas en otras instancias, los propietarios estructuran los acuerdos de Propiedad disconforme<sup>52</sup>.

Si bien es problemática como regla, la partición disconforme de los derechos de propiedad puede ser de alguna forma sensible en lograr a especificar metas u otros objetivos que los propietarios deseen. Estos acuerdos idiosincráticos son ambos una reflexión del derecho individual a la libertad de contratación y un instrumento político legítimo para el *urban planner*. En suma, respetar la autonomía individual mientras se minimizan las pérdidas indeseables de peso muerto que podrían resultar de estos acuerdos, es el objetivo crítico.

### III. ENTROPÍA Y LOS REMEDIOS LEGALES PARA LA PROPIEDAD UNITARIA

La entropía se da cuando un recurso escaso es dividido en fragmentos disconformes, consecuentemente complementariedades precedentes<sup>53</sup>. Inicialmente, podía parecer razonable dividir la Propiedad. Luego, sin embargo, una oportunidad podía presentarse para explotar esas complementariedades que existían entre diferentes partes de la propiedad fragmentada. La opción más atractiva resulta ser subóptima al final, debido a los altos costos de reunificación<sup>54</sup>. Yo sugiero que los

<sup>50</sup> Ver "Comedy of the Commons" de Rose (1986), donde describe los orígenes de, y justificaciones para, doctrinas de Common Law y estrategias que viste los derechos colectivos de propiedad en el público "desorganizado" como una forma de gestión óptima de los recursos. Más recientemente, Smith (2000) introdujo la noción de semi-comunes. Estos son pactos de propiedad que consisten en una mezcla de derechos tanto privados cuanto comunes, con interacciones significativas entre ambos, observando que esta estructura de propiedad permite la optimización de la escala de diferentes usos de la propiedad.

<sup>51</sup> La idea de los "anticomunes" en la regulación ambiental es explorada con más profundidad en Mahoney (2001).

<sup>52</sup> Más recientemente, Dagan y Heller (2001) presentan el caso de los comunes liberales como un compendio ilustrado de comunes eficientes. Menos obvio es que nos imaginamos casos de anticomunes elegidos a propósito. Ejemplos de fragmentación disfuncional con un propósito pueden encontrarse en situaciones donde los dueños de la propiedad unificada quieren generar problemas de anticomunes como una forma de controlar el uso de su propiedad más allá del tiempo de su dominio. Un ejemplo interesante de la vida real se ofrece por el caso de asociaciones de naturaleza y clubes de bicicleta de montaña, que utilizan fragmentación del tipo "anticomunes" como una forma de asegurar la conservación a largo plazo o perpetua de la tierra en su actual estado de indesarrollo.

<sup>53</sup> En términos generales, la fragmentación disfuncional ocurre cuando atributos complementarios de la propiedad son desmembrados. Los derechos de uso y exclusión son un ejemplo paradigmático de los complementos estrictos en el paquete de la propiedad. No obstante, aparte de este caso paradigmático, podemos fácilmente pensar en otros atributos esenciales de un derecho de propiedad que están destinados a estar bajo el control de un individuo particular. Los problemas de anticomunes pueden emerger cuando tal separación disfuncional ocurre.

<sup>54</sup> Como se discutió en la sección 1, no hay una noción estática de fragmentación óptima. La Historia ha demostrado que lo que parecía ser un marco de trabajo de propiedad eficiente, bajo ciertas circunstancias sociales y económicas, puede convertirse en subóptimo bajo diferentes condiciones y viceversa. Imagine la fragmentación de una propiedad grande, tal como una antigua granja, en lotes construibles, cuando el área que rodea consiste en propiedad residencial de pequeña superficie valorable. En tal caso, hay pocas sinergias no percibidas entre los fragmentos, y aquellas pérdidas son superadas por la reducción del tamaño del lote a un escala óptima para el nuevo propósito residencial. Los que hacen las políticas no pueden controlar perfectamente la volatilidad del desarrollo de la tierra y los cambios resultantes en el uso óptimo de la Propiedad. Sin embargo, pueden intentar asegurar que la propiedad mantiene suficiente flexibilidad para adaptarse a las necesidades del momento.

sistemas legales consideren estas fricciones asimétricas. Luego intentan identificar la opción óptima de reglas y estructura de remedios que minimizarán el total de pérdidas “peso muerto” de la entropía en la Propiedad. Es más, la gran variedad de normas y doctrina en el campo de la Propiedad real puede ser evaluada a la luz de esta hipótesis.

Los Sistemas Legales modernos se abastecieron de diferentes teorías dogmáticas, pero son tres las principales aproximaciones empleadas para balancear los efectos de estos acuerdos de Propiedad disconforme: (i) la creación de reglas que promuevan mecanismos de reunificación para derechos de propiedad descartados y obsoletos; (ii) permitir protección remedial selectiva a derechos de propiedad atípicos; y (iii) creación jurisprudencial del principio general de *favor libertatis*, siendo éste una fuerte presunción a favor del dominio unificado e irrestricto. Estos instrumentos legales serán discutidos más adelante.

#### A. Mecanismos de reunificación para la Propiedad fragmentada

En los últimos años, la proliferación de acuerdos atípicos de Propiedad (como las comunidades privadas y las subdivisiones residenciales) ha necesitado mecanismos de reunificación para lidiar con problemas anti-comunes. El derecho de Propiedad moderno incluye una suerte de fuerza gravitacional, la que junta los fragmentos de la propiedad y termina con reclamos de propiedad oscuros, abandonados, o fuera del plazo. Como señaló Rose (1999), los sistemas legales persiguen este objetivo de muchas maneras,

disponiendo de molestos reclamos en contra de la Propiedad y limitando el derecho a oponerse a las transacciones de Propiedad para las partes originales y para las terceras que tuvieran conocimiento suficiente del acuerdo. Los sistemas registrales son un factor clave: reclamos no-registrados o no-inscritos, por ejemplo, son ineficaces ante terceros compradores de buena fe. Otras limitaciones contractuales en el uso de la propiedad que no son visibles o propiamente inscritas tampoco pueden ser oponibles a compradores subsecuentes<sup>55</sup>.

En esa misma línea, las reglas de prescripción adquisitiva y liberativa –en el Derecho Civil– y los estatutos de limitación –En el *Common Law*– son frecuentemente utilizados para extinguir los reclamos de propiedad antiguos. En algunas jurisdicciones del *Common Law*, los convenios reales expiran tras un periodo de tiempo fijado estatutariamente, a menos que se renueven (Dwyer y Mennell, 1998). En las jurisdicciones del Derecho Civil, los derechos de propiedad absoluta no están sujetos a la prescripción liberativa<sup>56</sup>, los derechos de propiedad limitada a menudo sí. Por ejemplo, el plazo de prescripción de los derechos de propiedad nominados es usualmente entre veinte y treinta años<sup>57</sup>. En contraste, uno iniciar una acción de mandato judicial o de daños y perjuicios, si es que un derecho de propiedad innominado o atípico (como una restricción de construcción o convenio de subdivisión) es violado en un periodo más corto de tiempo<sup>58</sup>. En todos estos casos, los estatutos de limitación no prohíbe simplemente la acción para aplicar el derecho de propiedad atípico, sino que extingue el derecho real de sí mismo, en esencia reunificando la propiedad

<sup>55</sup> Rose (1999) luego observa que esto crea incentivos para publicitar y registrar sus reclamos y, más importante aún, para usar paquetes de propiedad del tipo estándar.

<sup>56</sup> La Propiedad está sujeta, obviamente, a la prescripción adquisitiva (por posesión adversa).

<sup>57</sup> Ver, por ejemplo, el artículo 617 del Código Civil Francés, el cual establece un plazo de treinta años para la prescripción por usufructo. Asimismo, el artículo 195 del Código Civil Alemán establece un periodo general de treinta años para la prescripción, aplicable a las acciones reales. Por otro lado, los artículos 970 y 1014 del Código Civil Italiano establecen la prescripción a los veinte años, para los derechos de superficie y usufructo, respectivamente.

<sup>58</sup> Por ejemplo, de acuerdo al artículo 781 del Código Civil de Louisiana (revisado en 1977), “ninguna acción de cesación o de los daños a causa de la violación de una restricción de construcción pueden presentarse después de un lapso de dos años desde el comienzo de una violación notable”. Ver también el comentario oficial bajo el artículo 781, el cual establece que esta provisión no cambia la ley, cuando en lugar de eso ha sido notado enfáticamente por Yiannopoulos (1983) que tales plazos prescriptivos parten sustancialmente de los principios generales de la prescripción de obligaciones contractuales (con una prescripción de diez, en lugar de dos años).

fragmentada con respecto a terceros<sup>59</sup>. A partir de la prescripción de los derechos, las restricciones son tratadas como si nunca hubieran existido, y la propiedad es liberada de todas las cargas que habían sido violadas<sup>60</sup>.

Estas reglas han sido aplicadas liberalmente. Por ejemplo, de acuerdo a los principios del derecho civil tradicional, la prescripción liberativa puede tan solo acumularse contra las actuales violaciones a las que no ha habido respuesta durante todo el estatuto de limitación. Este acercamiento es consistente con la concepción de *usucapio libertatis*, específicamente la reinstauración de la libertad total de uso luego le la extinción de restricciones existentes en la propiedad. Pero las cortes son a menudo son mucho más activas, liberando la propiedad de otras limitaciones relacionadas<sup>61</sup>. Asimismo, las cortes han analizado la prescripción de una restricción contra la propiedad de una parcela dada como equivalente al abandono de la restricción por toda la comunidad o subdivisión<sup>62</sup>, resultando en un crecimiento exponencial en la reunificación de la propiedad fragmentada.

Desde una perspectiva política, estas doctrinas son problemáticas, ya que debilitan la fuerza y

estabilidad del contrato original para restringir el uso de la tierra. Tales doctrinas, sin embargo, pueden ser consideradas como intentos de mitigar los efectos de costos de transacción asimétricos e ineficiencias resultantes de la propiedad fragmentada<sup>63</sup>. En muchos casos, la disponibilidad de estos mecanismos *ex post* de reunificación protege la integridad de la fragmentación *ex ante* de la propiedad: porque los peligros de la entropía de la propiedad pérdidas de bienestar de anticomunes son eliminados, el valor de la decisión inicial de fragmentar la propiedad se mantiene.

#### B. La entropía y el uso selectivo de remedios

Los remedios selectivos también minimizan el efecto de la entropía y las pérdidas anticomunes. Interesantemente, incluso los sistemas legales que han reconocido nuevas formas de propiedad atípica les proveen menos protección **remedial**. En contraste a los otros derechos reales en el *common law*, los derechos reales atípicos (como los convenios reales) son aplicables solo con daños<sup>64</sup>. En efecto, si bien ahora es reconocido que los convenios se transfieren con la tierra, un particular aún no puede obtener una resolución judicial para ostentar sus derechos incluso habiendo prueba de un convenio

<sup>59</sup> Estos plazos de prescripción son a veces sorprendentemente cortos. Ver, por ejemplo, el caso del Estatuto de limitaciones de Louisiana, extinguiendo los derechos reales luego de dos años desde el comienzo de la violación. Es importante notar que, en la misma jurisdicción, una acción personal para la aplicación de restricción sería sujeto a un plazo mucho mayor, de diez años por prescripción liberativa. Ver el Código Civil de Louisiana, en su artículo 3499, revisado en 1983 (artículo 3544 en el Código de 1870). Ver, también, Yiannopoulos (1983).

<sup>60</sup> Ver Yiannopoulos (1983), cuando discute el artículo 781 del Código Civil de Louisiana, revisado en 1977.

<sup>61</sup> De acuerdo a los principios legales, la extinción de un tipo de restricción, concluido el lapso de un estatuto de limitación no afecta la aplicabilidad de otros tipos de restricción, así como tampoco lo extiende a otras situaciones (por ejemplo, librando otros lotes del mismo tiempo de restricción que ha sido violada). No obstante, como Yiannopoulos (1983) señala, las cortes han sostenido recientemente que cuando un propietario usa su propiedad para fines comerciales, contrario al convenio de subdivisión durante un periodo de más de dos años, la propiedad se libera de todas las restricciones relativas al uso comercial.

<sup>62</sup> De acuerdo al artículo 782 del Código Civil de Louisiana, las restricciones a la construcción terminan "por abandono del plan completo" o por "un abandono general de una restricción particular". El abandono, como la prescripción, no se limita a prohibir el derecho de acción para la aplicación de restricciones; extingue el derecho real. Ver el artículo 782 del Código Civil de Louisiana, revisado en 1977, extensivamente discutido en Yiannopoulos (1983).

<sup>63</sup> En líneas similares, un estudio de derecho de propiedad americano por Michael Heller (1999) revela lo que él llama "límite de principio" el cual limita el derecho a subdividir la propiedad privada en fragmentos. El derecho de Propiedad responde a la excesiva fragmentación con el uso de una variedad de reglas y doctrinas como la regla contra restricciones de perpetuidad, zonificación y subdivisión, impuestos a la propiedad y costos de registro, entre otros. Ver Heller (1999: pp. 1173-1174), citando las restricciones de zonificación y subdivisión como el tamaño mínimo del lote, áreas de piso y contratiempos que evitan que la gente fragmente demasiado los recursos. Heller sugiere que, crear y mantener los fragmentos es costoso, por los gastos anuales; más aún, la excesiva fragmentación in fragmentos de poco valor será disuadida, y los fragmentos existentes serán abandonados para que el Estado pueda luego recuperarlos.

<sup>64</sup> En el caso de un incumplimiento de un convenio real, por ejemplo, el propietario dominante puede solo recuperarse a través de daños y perjuicios.



válido. El titular del derecho puede obtener una declaración judicial de sus derechos pero el demandado puede persistir en la violación simplemente pagando por los daños.

La protección limitada dada a derechos atípicos (o innominados) aún caracteriza el derecho moderno de remedios, en jurisdicciones tanto en el *common law* cuanto del derecho civil. Los profesores de derecho a la propiedad a menudo citan este hecho como uno de los muchos inexplicables rompecabezas de su materia<sup>65</sup>, asumiendo que la disponibilidad de los remedios confiables para ciertas categorías de derechos reales es una mera coincidencia. En un conocido libro de Propiedad, Dwyer y Menel (1998, p. 760) observan que “debido a uno de muchos históricos accidentes que plagaron el derecho a la propiedad, los convenios reales son reforzados por un remedio de daños.” Yo sugiero que estas anomalías no son un mero evento fortuito.

Como discutimos líneas arriba, los efectos asimétricos de la entropía en la propiedad arrojan que los remedios deben ser determinados en base a costos esperados de dirección en oposición al promedio o total de costos de transacción en el contrato o una relación de propiedad. Esto justifica un sistema que favorece el uso liberal de remedios para la propiedad, cuando la reparación de las reclamaciones de los propietarios de la propiedad no fragmentada, y que requiere de responsabilidad limitada del tipo de protección en respuesta a las alegaciones relativas a la propiedad disfuncional. Este uso selectivo de remedios es análogo a una fuerza gravitacional que puede sobrevenir a la entropía en la propiedad.

Estos mecanismos legales promueven la reunificación de derechos y privilegios que deben ser ostentados naturalmente por un solo propietario, dada su complementariedad. Esta reunificación regenera la conformidad natural entre los atributos complementarios de un derecho (por ejemplo, entre el derecho de uso y el de exclusión), no obstante, debido a las leyes naturales de la entropía, la restauración del *estatus quo ante* requiere gastos adicionales<sup>66</sup>.

Interesantemente, muchos de estos mecanismos de reunificación no se aplican con respecto a los derechos de propiedad típicos<sup>67</sup>, los cuales, de hecho, son ya consistentes, eliminando así la necesidad de favorecer la reunificación en lugar de reservar el *estatus quo*. En contraste los acuerdos que no conforman propiedad (esto es, aquellos que desmiembran los atributos complementarios de un derecho de propiedad) son o bien (i) sujeto a limitaciones temporales, o (ii) disfrutaban el efecto de mecanismos automáticos de reunificación, discutidos en la sección anterior. En suma, la aplicación de remedios selectivos puede minimizar la pérdida de bienestar ocasionada por la entropía.

Sólo las asimetrías substanciales y sistemáticas en los costos de transacción, pueden justificar el uso de remedios direccionales<sup>68</sup>. Los ejemplos de tales asimetrías incluyen aquellos producto de (i) productos estructurales de la relación; (ii) un número dispar de partes; o (iii) incentivos asimétricos estratégicos entre las partes contratantes. Cuando tales diferencias sistemáticas son esperadas, los remedios podrán ser elegidos para minimizar la pérdida del peso muerto

<sup>65</sup> Ver también Stoeckel (1977).

<sup>66</sup> Restaurar el acuerdo natural original requiere esfuerzos legales y transaccionales (tal como rodar una piedra cuesta arriba requiere esfuerzo físico con un costo incrementado de energía). En suma, luego de la reunificación, las cosas pueden verse como antes, pero el cambio no se da sin costos sociales.

<sup>67</sup> Merrill y Smith (2000) plantean la interesante pregunta de por qué tales preocupaciones surgen solo con respecto a derechos reales atípicos. La conclusión del autor desestima la explicación de anticomunes de Heller (1999) sobre la doctrina de *numerus clausus*, y sugiere que el objetivo de tales reglas es la minimización de los costos de información.

<sup>68</sup> La implementación de un paradigma de “remedios direccionales” obviamente requiere información *ex ante* sobre la magnitud de los costos de dirección. La decisión de los remedios llevados a cabo en la sección previa, de hecho, se refiere a decisiones *ex ante* de remedios óptimos. Los remedios son seleccionados en la base de los costos de dirección esperados, y no serían aplicables en situaciones donde no se esperen diferencias de dirección sistemáticas. Una evaluación *ex post* de tales costos, mientras que mejoran potencialmente en la eficiencia de la asignación, incrementaría la incertidumbre de la protección remedial disponible para los propietarios actuales, reduciendo los incentivos para mejorar el valor de las inversiones para los propietarios racionales con aversión al riesgo.

social esperado que puede variar dentro de la misma relación en respuesta a un amplio rango de preocupaciones.

### C. *Favor libertatis* y la concepción natural de la propiedad

El reconocimiento de nuevas formas de derechos de propiedad más adelante necesitó la articulación de principios generales para minimizar el riesgo de la entropía en la propiedad. Estos principios son derivados de los conceptos de propiedad absoluta, avocados por juristas del siglo dieciocho, y muchos son simples aplicaciones de los ideales de unidad en la propiedad.

La concepción resultante de la propiedad de un derecho absoluto sugiere que los propietarios disfruten la propiedad a través de una relación directa con la cosa de la que son dueños, sin necesidad de cooperación de terceros. Esta caracterización de un derecho absoluto se distingue de la naturaleza de un derecho relativo (como las obligaciones personales y derechos de crédito) la satisfacción de la cual depende en la cooperación activa de otra parte. Esta clasificación de derechos ha dado a las generaciones exitosas una poderosa retórica en la cual los derechos absolutos (como la propiedad) solo crean obligaciones negativas aplicables *erga omnes*, efectivamente equiparando a la propiedad con la libertad (negativa)<sup>69</sup>. Durante el siglo veinte, la ecuación entre la estructura de los derechos absolutos y la libertad, pasó a ser un lugar común en la teoría legal, económica y política.

Las cortes del Derecho Civil han suscrito a su vez este principio general, desarrollando una presunción interpretativa a favor de una propiedad unificada que es a menudo referida como el principio de *favor libertatis*. Esto sugiere que las cargas restrictivas de la Propiedad deben ser interpretadas para promover, en la medida de lo posible, la

libertad de la Propiedad sobrecargada<sup>70</sup>. Esta presunción está claramente relacionada a los ideales post-Revolución Francesa de la unidad en la Propiedad. Desde una perspectiva puramente interpretativa, sin embargo, ello parte de los principios generales que se aplican a la interpretación de los contratos, los cuales promueven que los contratos deben ser interpretados para asegurar que pueden producir efectos, incluso cuando tales efectos limitan la libertad de propiedad.

A falta de una presunción del *favor libertatis*, las cortes del *Common Law* han tomado otro acercamiento a la unidad, valorado en la doctrina de las circunstancias cambiadas. Esto permite a las cortes eliminar las restricciones que han perdido su propósito original y valor sin obtener el consentimiento unánime de los varios titulares de Derecho (Rose, 1999). Una restricción de subdivisión, por ejemplo, puede requerir el uso de detalles arquitectónicos obsoletos, o el uso de materiales de construcción ineficientes. Una abrogación contractual de tal convenio de subdivisión puede probarse difícil debido a los problemas comunes de retención de los varios derechos de los propietarios.

Tradicionalmente, las jurisdicciones del *Common Law* emplearon convenios reales en el Derecho por más de que los cambios alrededor (por ejemplo, la transformación gradual de una subdivisión residencial en un área comercial o industrial) debilitaron el propósito y valor originales de los convenios de las partes. En los últimos años, sin embargo, la mayoría de Estados han adoptado una regla diferente para lidiar con convenios reales obsoletos, sosteniendo que la doctrina de circunstancias cambiadas es una defensa al reclamo por daños y puede ser usada para determinar un convenio real<sup>71</sup>.

Si suficientes restricciones en los convenios han sido violadas, las cortes tienden a considerar abandonado el plan general

<sup>69</sup> Mattei (2000: p. 123) observa que la "taxonomía que requiere que el objeto de la propiedad sea una cosa material y tangible, puede ser explicada como una expulsión del dominio del derecho de propiedad de esos poderes no relacionados a una relación física con la tierra, como solía ser el caso de la mayoría de derechos de propiedad.

<sup>70</sup> Como una aplicación de este principio, los documentos que establecen convenios restrictivos deben ser interpretados en favor de la libertad de la propiedad sirviente, en lugar de en contra de ella. Yiannopoulos (1983).

<sup>71</sup> Hess v. Country Club Park, 213 Cal. 613, 2 P.2d 782 (1931); Restatement of Property § 564. Para una discusión más extensa, ver Dwyer y Mennel (1998) y Stoebuck (1977).

de subdivisión<sup>72</sup>. En ese punto, todas las otras restricciones se extinguen y el uso de la propiedad es liberado para todos los propósitos generales (Yiannopoulos, 1983)<sup>73</sup>.

#### IV. LIBERTAD DE CONTRATAR Y LAS LEYES DE LA ENTROPÍA

Hay una peculiar tensión entre los principios que rigen la propiedad y aquellos relacionados a los contratos<sup>74</sup>. La teoría tradicional de Contratos garantiza autonomía total a las partes y les permite personalizar sus relaciones contractuales como crean conveniente<sup>75</sup>. Aun así, el derecho de la propiedad limita la libertad contractual, **permitiendo un *numerus clausus*** de formas de propiedad estandarizada y, restringiendo la autonomía de las partes en su intento por personalizar el contenido de los derechos de propiedad<sup>76</sup>. [El énfasis es nuestro].

Mientras las doctrinas del *numerus clausus* –o la clasificación *off-the-rack* de las prestaciones de la Propiedad, como promulgaba Rose (1999)– satisfacen un rol comparable a aquel de los Contratos estándar (por ejemplo, reducir los costos de transacción e información entre propietarios presentes y futuros), tales doctrinas hacen más que tan solo proveer soluciones estandarizadas.

En la regulación de las formas típicas de propiedad, los sistemas legales generalmente especifican los elementos formativos de los derechos reales disponibles y enuncian reglas obligatorias que rigen las prerrogativas de los sujetos de derecho. A diferencia de los Contratos estándar, las doctrinas de *numerus clausus* reducen la libertad de las partes para innovar e ir más allá de los prototipos disponibles hacia acuerdos especiales, apropiados para las circunstancias. En pocas palabras, los propietarios no pueden optar

<sup>72</sup> En la jurisprudencia de Louisiana, el abandono de una restricción particular es entendido como el abandono de un convenio real, afectado a todas las partes del convenio original. Los cambios en la vecindad de la subdivisión, pero no dentro de ella, no tienen, por tanto, efecto en la validez de las restricciones de construcción en la subdivisión (Yiannopoulos, 1983).

<sup>73</sup> El artículo 783 del Código Civil de Louisiana declara que la duda “sobre la existencia, validez o alcance de las restricciones de construcción se resuelve a favor de la libre utilización del inmueble”. De acuerdo a las cortes de Louisiana, desde que las servidumbres y las restricciones convenientes tienen efectos similares a aquellos de otras restricciones de construcción, cualquier convenio que establece restricciones en el uso de la propiedad debería ser interpretado en *favorem libertatis*. Yiannopoulos (1983). Por lo tanto, cuando hay una duda sobre el contenido o validez de una restricción (por ejemplo, un cuestionamiento de la validez de un plan de subdivisión o convenio real), la duda se resuelve favoreciendo el uso irrestricto de la propiedad. Yiannopoulos también provee varios casos y ejemplos, explicando que cuando una restricción particular de subdivisión ha sido abandonada, las propiedades en la misma subdivisión son liberadas de esa sola restricción. Por tanto, un cambio en el vecindario de residencial a comercial no afecta automáticamente otras restricciones funcionales no relacionadas, pero puede afectar otras limitaciones funcionalmente relacionadas.

<sup>74</sup> Esta aparente anomalía en la coordinación de propiedad y reglas contractuales ha sido pasada por alto en la literatura. Investigaciones recientes sugieren que las cortes angloamericanas respondieron intuitivamente a los peligros de la fragmentación irrestricta, obstruyendo el devenir de las promesas personales adjuntas a la tierra en favor de los acuerdos objetivos, intrínsecos a la tierra en cuestión. Ver Depoorter y Parisi (2000).

<sup>75</sup> El concepto legal de libertad de contratar emergió a fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, como un resultado del ideal de libertad económica e intelectual acogido por la teoría política liberal. Gordley (1991). La teoría contractual europea continental aplicó la noción de libertad de contratar a un amplio rango de situaciones que son generalmente agrupadas bajo los tres títulos generales de libertad de forma, tipo y objeto. Para fines del siglo XIX, el Derecho inglés había consolidado también un principio de libertad de contratar, el cual permaneció como un principio central de su marco de ordenamiento privado. El ideal de libertad de contratar del siglo XIX rechazó la imposición de restricciones legales a la libre determinación de las partes a un contrato, sin embargo, se dejó un espacio para una distinción entre acuerdos de propiedad típicos y atípicos con una protección remedial diferenciada. Parisi (1995).

<sup>76</sup> Como se mencionó, estas libertades contractuales son a menudo agrupadas bajo tres títulos generales en la teoría contractual europea, a saber, libertad de forma, tipo y objeto. Parisi (1995). La libertad de tipo aborda los problemas de taxonomía en acuerdos contractuales. Lo interesante de esta libertad es que las partes de un contrato tienen la libertad de forjar nuevos tipos de contratos fuera de los tipos contractuales estandarizados de los códigos civiles modernos. En la historia del derecho de contratos, los contratos innominados o atípicos son, en efecto, definidos como aquellos que no caben dentro de los tipos contractuales estándar, y por los cuales la ley no provee ningún puñado de reglas designadas para esa transacción en particular. Estos contratos atípicos disfrutan la plena aplicación por el sistema legal y son generalmente adjudicados en la base de los principios generales del derecho de contratos (a menudo contenidos en los títulos “On Contracts in General” en los códigos europeos) y la elección específica de disposiciones predominantes, acordada por las partes.

por una alternativa fuera de las estándar. No obstante las partes pueden pactar contractualmente para regirse por otras reglas en su relación recíproca, los sistemas legales no reconocen tales *addenda* contractuales como derechos reales aplicables<sup>77</sup>.

#### A. En busca de un *rationale*

Las doctrinas de propiedad unitaria son comúnmente aceptadas como dogmas “autoevidentes” del Derecho Civil, y como tales han disfrutado solo limitados intentos de racionalización. Un argumento ocasionalmente expresado es que los intereses de la propiedad “permitida” abarcan todos los posibles intereses de la Propiedad<sup>78</sup>. Esta explicación, a la cual se ha referido como el *rationale* de la “ausencia de demanda”, obviamente prueba demasiado. Si no tuviéramos demanda para la creación de derechos de propiedad atípicos, la doctrina de los *numerus clausus* no tendría razón de existir, o bien su aplicación abstracta no sería polémica. En la vida real, sin embargo, los individuos sí intentan crear intereses de propiedad alternativos, considerando tales doctrinas relevantes y a menudo controversiales.

Frecuentemente es sugerido también que los límites a la commodificación de la Propiedad yacen en el hecho de que los acuerdos de Propiedad son oponibles *erga omnes*, así afectando a terceros que no tenían un

vínculo legal con el contrato original<sup>79</sup>. Más recientemente, Mattei (2000, p. 39) invoca esta explicación para justificar la dicotomía entre el contrato y las doctrinas de propiedad, notando que, a diferencia de los contratos personales, los acuerdos de propiedad pueden tener esencialmente ramificaciones perpetuas<sup>80</sup>. La necesidad de limitar el impacto permanente de los derechos de propiedad sobre recursos escasos se justifica en la visión de Mattei, varias doctrinas de propiedad, incluyendo la regla del *Common Law* en contra de las perpetuidades y otras reglas que promueven la unidad en la Propiedad. Estas reglas tratan de limitar el impacto de la fragmentación de la propiedad en generaciones futuras, de manera que, incluso sin una doctrina de *numerus clausus* de pleno desarrollo, los sistemas del *common law* reconozcan la necesidad de limitar la entropía en la Propiedad.

Varios *rationales* económicos para la dicotomía de Propiedad v. Contrato han sido a su vez examinados y fácilmente descartados por académicos del Derecho. La justificación de comerciabilidad de restricciones en la fragmentación de la Propiedad está relacionada a la idea de que la creación de derechos de propiedad atípicos tendría el potencial para entorpecer la comerciabilidad de la tierra<sup>81</sup>. Mas, como señaló Rudden (1987), el único efecto real de la fragmentación disfuncional de la propiedad sería incidir en el precio de la propiedad. Más

<sup>77</sup> Rose (1999) nota que, mientras las partes privadas pueden contratar en torno a muchas características de las formas típicas de la propiedad, los sistemas legales suelen imponer requisitos estrictos para el reconocimiento y la ejecución de estos derechos contra terceros. French (1982) y Ayres y Gertner (1989). Estas restricciones a menudo van más allá de la necesidad obvia de dar aviso a terceros y compradores subsecuentes.

<sup>78</sup> This argument is considered by Rudden (1987) en el contexto de los *numerus clausus* de los intereses de propiedad.

<sup>78</sup> La idea es que cuando los derechos de propiedad son creados, todos están obligados a respetar esos derechos, incluso si no están en connivencia con las partes originales. Por otro lado, cuando un mero derecho contractual es creado, tal acuerdo se une sólo a los individuos que realmente entraron al contrato. Mattei (2000). Aplicando la concepción de derechos de Wesley N. Hohfeld (1923), Rudden (1987: p. 251-252) considera que un derecho de propiedad de lujo podía “alterar para mal la posición legal de las personas que no lo consientan.” Tudden ilustra su idea con la siguiente observación. Supongamos que Negro tiene la propiedad de Acrenegro, mientras que su vecino Blanco tiene la propiedad de Acreblanco. Si Blanco le da a Negro el derecho de paso a través de Acreblanco, entonces la transacción imparte a Negro una réplica del reclamo de Blanco, que nadie construye en Acreblanco. Por tanto, en una transacción que envuelve solo a Blanco y Negro, la posición legal del resto del mundo es alterada en que ellos ahora deben a “Negro un deber - el no poder construir.”

<sup>80</sup> Mattei (2000) llama a este efecto el “factor de impacto permanente.”

<sup>81</sup> Rudden (1987: p.254) hace referencia a una cita de Ginossar (1960): “toda obligación real arriesga crear un obstáculo a la libre circulación de las cosas.” Por lo tanto, las especulaciones pueden ser prohibidas para reducir la dificultad y los costos de transacción en general.

aun, agregaría que los propietarios racionales están inducidos a tomar en cuenta la pérdida de valor o de comerciabilidad de la tierra al momento de tomar en consideración fragmentar y las fuerzas del mercado servirían así como un límite natural a las formas ineficientes de fragmentación de propiedad.

A muchos comentaristas les preocupa el que la proliferación de gravámenes atípicos en la propiedad pueda esterilizar el desarrollo eficiente de la tierra. Rudden indica varias objeciones a esta aprehensión: algunas obligaciones positivas (por ejemplo, las obligaciones de soporte romanas) pueden aumentar el valor de dos lotes; las obligaciones pueden ser canceladas; los vendedores pueden contraer obligaciones por otro método más caro. Por otra parte, obligaciones positivas tales como calefacción central podría en realidad incrementar la eficiencia de la tierra. Tales obligaciones son permitidas típicamente solo si se crea una ventaja correspondiente. No obstante, distintos sistemas legales tienen una diferente visión de lo que es una ventaja correspondiente. Como una regla general, los intereses de propiedad son creados de manera que van a resistir por un largo periodo de tiempo. Sin embargo, los derechos reales atípicos responden a necesidades dinámicas y en desarrollo, las cuales no justifican su aplicación como derechos reales perpetuos.

#### **B. Propiedad versus Contrato: Explicaciones de los costos de información**

Los académicos del Derecho han usado recientemente argumentos referentes a los costos de transacción y de información para explicar la emergencia de doctrinas de propiedad unificada. Más notablemente, Rose (1999) sugiere que las limitaciones a la libertad de las partes para crear derechos de propiedad atípicos están ligadas a la función gubernamental del registro. Los gobiernos

proveen títulos de propiedad preestablecidos porque los acuerdos de propiedad son presumibles a producir efectos que se extiendan más allá de la vida de las partes contratantes y, por tanto, debe ser fácilmente manejable.

Esta particular figura distingue la propiedad de todos los otros aspectos del Derecho privado patrimonial. Los efectos *erga omnes* de los acuerdos de propiedad crean una necesidad de notificación efectiva a terceros. Como Mattei nota, tal anuncio público no podría ser proveído efectivamente si las partes estuvieran libres de forjar nuevas formas de propiedad. Rudden (1987) señala que desde el punto de vista del comprador, la consecuencia del *numerus clausus* es que él tiene que buscar solo un número limitado de prestaciones, y que consecuentemente deberá menos obligaciones a individuos distintos al vendedor.

Estos argumentos revelan tanto la fundación cuanto los límites de la explicación del costo de información. Si pudiéramos organizar un registro público suficientemente dependiente para seguir el paso de los derechos de propiedad, no habría razón para limitar su número. Mattei (2000, pp. 91-92) lleva este argumento a su conclusión lógica, observando que la libertad de los propietarios para disponer de su propiedad y dar forma a nuevos regímenes legales de propiedad “debe ser salvaguardada hasta las señales sociales que él o ella transporte al mercado no sean ambiguas y capaces de confundir la seguridad de los terceros”.

Merrill y Smith (2000) han ofrecido la variación más reciente en el *rationale* de costo de información, sugiriendo que debido a la naturaleza largo-placista (o perpetua) de la mayoría de acuerdos de propiedad, es necesario empaquetar las transacciones de propiedad de tal forma que los compradores subsecuentes puedan reconocer fácilmente y respetar su naturaleza y contenido<sup>82</sup>.

<sup>82</sup> Merrill y Smith (2000: p. 8) propusieron una teoría positiva del *numerus clausus*, proveyendo así una explicación para por qué los derechos de propiedad, a diferencia de los derechos contractuales, están restringidos a un número limitado de formas estandarizadas, manifestando que “la raíz de la diferencia (...) nace de la naturaleza *in rem* de los derechos de propiedad: Cuando los derechos de propiedad son creados, los terceros deben gastar tiempo y recursos para determinar los atributos de estos derechos, ambos para evitar violarlos y para adquirirlos de los poseedores actuales. La existencia de derechos de propiedad inusuales incrementa el costo de procesamiento de información sobre los derechos de propiedad. No siempre se espera que tomen incrementos en costos de medida en consideración, aquellos que crean o transfieren derechos de propiedad idiosincráticos. Esto los vuelve una verdadera externalidad. La estandarización de derechos de propiedad reduce estos costos de medida”.

De acuerdo a los académicos mencionados líneas arriba, las reglas que limitan la autonomía de las partes a favor de la propiedad unificada son necesarias para aliviar problemas informacionales en la transferencia de propiedad. Más específicamente, la doctrina del *numerus clausus* es considerada una restricción sensible que permite a futuros propietarios (o al menos a sus abogados) entender el contenido de un gravamen o restricción en el uso de su propiedad.

Estos argumentos, si bien persuasivos para sus partidarios, fallan en considerar que los argumentos de los costos de información no pueden fácilmente explicar un largo número de doctrinas relacionadas a la propiedad unitaria. Las formas vertical y horizontal de fragmentación, por ejemplo, plantea problemas informacionales similares. Aun así, los sistemas legales son menos liberales en permitir una forma de fragmentación en lugar de la otra. De la misma manera, varios convenios reales son tan fácilmente registrables y tratables como otras servidumbres reales, pero los sistemas legales tratan a tales derechos de forma diferenciada, en términos de reconocimiento y protección remedial.

Generalmente, las explicaciones de los costos de información pierden gran parte de su coherencia conforme las nuevas tecnologías de la información incrementan la posibilidad de acceso en tiempo real y a bajo costo a los registros públicos. No obstante, la fuerte presunción en contra del reconocimiento judicial de nuevas formas de propiedad retiene su poder a través de los sistemas legales. En las siguientes páginas, debería formular una justificación económica diferente para las varias doctrinas de unidad en la propiedad consideradas líneas arriba.

### C. La entropía y el *rationale* económico para la propiedad unificada

En un mundo de transacciones costo cero, una adjudicación eficiente de recursos ocurre sin importar la adjudicación inicial de título legal y la elección de remedios para protegerlos<sup>83</sup>. Si todos los derechos fueran libremente transferibles y los costos de transacción fueran cero, una partición inicial ineficiente de derechos de propiedad no podría prevenir un uso final eficiente de los recursos. En el caso de una fragmentación de propiedad ineficiente, los acuerdos voluntarios reagregarían a la propiedad en racimos de tamaño adecuado, maximizando el valor total de la propiedad.

En el mundo real, sin embargo, la reunificación de los derechos fragmentados usualmente involucra costos estratégicos y de transacción de una mayor magnitud que aquellos incurridos en el acto original de fragmentación. El razonamiento que lleva a este resultado es bastante directo. Un propietario enfrenta cero costos estratégicos cuando decide cómo partir su propiedad. Por otro lado, en el caso de los copropietarios múltiples, éstos enfrentan un problema estratégico, dada la interdependencia de sus decisiones. Las elecciones estratégicas de los propietarios impiden la reunificación óptima de los fragmentos disconformes en un atado unificado.

En el contexto de la propiedad, Posner (1998, p. 76) reconoció los costos de la fragmentación excesiva de la propiedad<sup>84</sup>. Heller (1998), más recientemente, elaboró el argumento de que es a veces más difícil regenerar atados separados que fragmentarlos; Buchanan-

<sup>83</sup> Coase (1960). Ver también Eggerston (1990b: pp. 38-39) en la atenuación y partición de los derechos de propiedad.

<sup>84</sup> Posner primero reconoció los costos de la excesiva fragmentación, proveyendo una aplicación en el derecho de propiedad de las servidumbres. La distinción del *Common Law* entre promesas que conciernen a la tierra y los convenios restrictivos que son meramente personales es explicada en esta luz. La idea, formulada en las primeras ediciones de este texto, se expresa en la última edición, como sigue: "Una razón es que teniendo muchos palos en el conjunto de derechos ... la propiedad incrementa los costos de transferir propiedad." (1998: p. 76). Algunos de los impedimentos de la transacción que pueden ser esperados: (i) encuentro y negociación entre las partes, y (ii) la superación de la negociación estratégica. Notablemente, la primera tiene más posibilidad de dominar problemas comunes, mientras la última tiende a dominar situaciones de anticomunes. La búsqueda y los costos de transacción serían generalmente altos en casos tradicionales de comunes (libre acceso), dado el potencialmente ilimitado número de individuos que podían tener acceso a un recurso de libre acceso, desestabilizando y explotando cualquier acuerdo a que los usuarios incumbentes podían haber llegado entre ellos. En casos de anticomunes, sin embargo, como en las propiedades del escaparate de Heller, cada parte trata de ejercitar un derecho a excluir. Pero para hacer esa amenaza funcionar, la parte debe identificarse ante las otras partes. Entonces, el problema no será encontrando los que ostentan los derechos, sino sacándolos de sus respectivas posiciones estrategias de negociación.

Yoon (2000) y Parisi-Schulz-Depoorter (2000) volvieron a plantear esta tesis con modelos económicos formales.

El punto interesante aquí es que, mientras la fragmentación de la propiedad puede ocasionalmente ser eficiente *ex ante*, dados los objetivos específicos perseguidos por los propietarios, puede resultar en adjudicaciones *ex post* ineficientes. Más aun, a pesar de la perfecta alineación de los incentivos privados y sociales de los propietarios particulares, los problemas de entropía persisten. Los propietarios buscan maximizar el valor de su propiedad, mas, dada cierta incertidumbre en el uso final óptimo, lo hacen con un margen de error normalmente distribuido. Debido a la adhesividad unidireccional en el proceso de fragmentación (esto es, la fragmentación óptima puede ser fácilmente corregida *ex post*, mientras la fragmentación excesiva es probablemente irreversible), la distribución normal de los errores tiene efectos acumulativos, más que compensatorios, en la sociedad<sup>85</sup>. En pocas palabras, los efectos de una adjudicación mal concebida de los derechos de propiedad no desaparecen con el tiempo.

#### D. Propietarios racionales y la fragmentación ineficiente: Revisitando el rompe-cabezas

La elección ideal del remedio para la entropía debería considerar los efectos de una fragmentación disfuncional de la propiedad, balanceando un amplio rango de preocupaciones. En cuanto al caso general, el gobierno –como responsable de la planificación y elaboración de políticas– debe tener en mente que el escoger entre remedios alternativos tiene efectos tanto prospectivos cuanto retrospectivos.

Prospectivamente, los remedios alternativos llevarían a los propietarios racionales a tomar decisiones diferentes bajo las reglas de la Propiedad en relación a las que tomarían bajo un régimen de confianza. Contrario a Epstein (1982), sugiero que, a falta de una opción apropiada de remedios, la racionalidad de los propietarios no será suficiente para minimizar el costo de la entropía en la propiedad. Las partes racionales, es sabido, anticiparán cualquier devaluación producto de la fragmentación y también tomarán en consideración el valor actual esperado de oportunidades no percibidas cuando se fragmenta el título. No obstante, la decisión razonable del nivel de fragmentación será distinta bajo diferentes remedios. En un régimen de confianza, los propietarios elegirán un nivel de fragmentación para su propiedad, teniendo en mente que el remedio de la confianza bajará los costos de adjudicación esperados. Por otro lado, bajo una regla de propiedad, los propietarios elegirán un nivel menor de fragmentación debido a los altos costos de la unificación ulterior de su propiedad. En suma, el escoger remedios diferentes afecta la pérdida social ocasionada por las decisiones racionales de los propietarios, simplemente porque los propietarios racionales tomarían diferentes decisiones bajo varios remedios.

Retrospectivamente, el escoger remedios diferentes tiene un efecto importante en el control de la entropía en la Propiedad. En los muchos acuerdos que no constituyen propiedad, la entropía genera una adhesividad unidireccional en la transferencia de títulos legales<sup>86</sup>. Como discutimos anteriormente, las externalidades y retenciones son dos grandes impedimentos en la unificación de la propiedad fragmentada. El remedio óptimo

<sup>85</sup> Una ilustración sería de ayuda. Considera el caso en el que un dueño que deliberadamente elige fragmentar su propiedad como un modo de controlar el futuro del uso de la propiedad (por ejemplo, en el caso de grupos a favor del medio ambiente y asociaciones para el cuidado de la naturaleza que utilizan fragmentaciones de anti comunes como una forma de asegurar la conservación a largo plazo o perpetua de tierra en un estado impecable. El tamaño y configuración de cada parcela fragmentada es escogida intencionalmente para rendir cualquier parcela (o combinación de unas cuantas parcelas) que no se puede usar para otros propósitos prácticos. Si la meta de preservación que motive la fragmentación de anti comunes se vuelve imposible a causa de algún incidente impredecible de la naturaleza (por ejemplo la flora y fauna abandonan la reserva natural, o un incendio destruye la flora y fauna que garantizaron preservación, etc.), tanto los dueños fragmentarios y la sociedad se quedan con un costo hundido, debido al mosaico despielfarro de los pequeños títulos inservibles.

<sup>86</sup> Si los derechos atípicos fuesen clasificados e impuestos como propiedad, con remedios de propiedad (en vez de meros contratos, con remedios fiables), habrían costos de transacción prohibitivos en su final, en vez de en su creación. Ver también Reichman (1982: p. 1233).

legal será el que minimice el costo social neto de las externalidades y el costo de las retenciones en cualquier marco institucional particular. En el contexto de la Propiedad, los costos estratégicos y de transacción unidireccionales justificarían un uso más selectivo de los remedios de confianza<sup>87</sup>. El estudio comparativo de los remedios reales confirma la hipótesis de que los sistemas legales permitirán una protección de propiedad menos extensiva a los acuerdos no constitutivos de Propiedad. Asimismo, otras reglas legales pueden crear mecanismos de reunificación por defecto. Límites temporales, estatutos de limitación, prescripción liberativa, reglas de extinción por no-uso, entre otras figuras, pueden ser considerados dispositivos legales para facilitar la costosa y difícil reunificación de los fragmentos no constitutivos de un derecho de propiedad.

Estas soluciones legales son análogas a una fuerza gravitacional, reunificando derechos que, dada su estricta complementariedad, podrían ser ostentados por un solo sujeto. Esta tendencia hacia la reunificación tiene efectos en los derechos de propiedad, de manera que regenera la conformidad natural entre los derechos de uso y exclusión; y, más generalmente, entre dos cualesquiera fragmentos complementarios de propiedad.

#### V. CONCLUSIONES: MÁS ALLÁ DE LAS YUXTAPOSICIONES SEMÁNTICAS

Cuando decimos que hay libertad de contratación pero no de propiedad, estamos contrastando categorías incomparables, ya que los contratos son a menudo la forma en la cual los derechos de propiedad son creados y transferidos. De muchas maneras, la distinción entre propiedad y contratos con respecto a los acuerdos atípicos hace uso de yuxtaposiciones semánticas. La verdadera cuestión no es establecer dónde termina la libertad de contratación y dónde

empieza la formalidad en la propiedad. Las doctrinas de libertad de contratación y las de *numerus clausus* coexisten en armonía en muchos sistemas legales en el mundo, incluyendo el sistema romano que produjo las doctrinas de *numerus clausus*. La cuestión es entender por qué los sistemas legales ofrecen remedios de propiedad en la mayoría de los otros casos. Puesto en estos términos, el uso de distinciones categóricas confunde el verdadero entendimiento de la materia<sup>88</sup>. Académicos de la propiedad, quienes no consideran que estos hechos no tengan sentido dentro de las aparentes anomalías en la protección del Derecho de Propiedad. La mayoría de estudiosos y profesores de Propiedad consideran la presencia de remedios de confianza para ciertas categorías de derechos reales como meramente coincidentes.

En este artículo, sugiero que estas aparentes anomalías en el Derecho de remedios no son el resultado de la heterodoxia legal. Incluso dejando de lado las explicaciones del costo de información discutido anteriormente (en efecto, tales explicaciones pueden perder cierta acogida a la luz de las conveniencias que las nuevas tecnologías informáticas que se permiten), la fuerte presunción en contra del reconocimiento judicial de nuevas formas de propiedad y las varias doctrinas de propiedad unificada retiene una justificación económica sólida. Evaluando las reglas inalienables y las doctrinas del *numerus clausus*, el gobierno considera razonablemente un intercambio entre las oportunidades de valor agregado no percibidas para los propietarios y las potenciales pérdidas “peso muerto” de la entropía. Como sugerimos líneas arriba, la partición atípica de los derechos de propiedad puede ser importante para el éxito de los objetivos del propietario. Desde una perspectiva *laissez-faire*, estos acuerdos expresan la libertad de contratación del propietario y su autonomía. En el diseño

<sup>87</sup> En el campo de contratos, un uso liberal del desenvolvimiento específico puede ser esperado con respecto a contratos que están destinados a reunificar fragmentos de propiedad no-conformantes, en vez de aquellos hechos para crear una fragmentación. Recontratar es, en efecto, sustancialmente barato en el último caso, reduciendo la necesidad de conservar el acuerdo original.

<sup>88</sup> Hay ciertas situaciones reales de propiedades que disfrutaban de protección fiable. Aun así, hay varios casi arreglos contractuales que disfrutaban de protección de propiedad (de alguna forma, podemos pensar en un desenvolvimiento específico, a medida que el derecho contractual analógico de los remedios de propiedad). Como todos los estudiantes que sobrevivieron a una cátedra de remedios podrían darse cuenta, las categorías sustantivas de propiedad y contratos solo son *proxies* muy imperfectos para las categorías remediales aplicables en el caso



de soluciones legales a la fragmentación disfuncional de la Propiedad, la preocupación más crítica debe estar en hacer un balance entre los objetivos de eficiencia y la autonomía de las partes.

Los costos estratégicos y de transacción unidireccionales conllevan a un uso relativamente más liberal de los remedios de propiedad que favorecen a los propietarios de propiedades no fragmentadas; al mismo tiempo justifican la protección de confianza limitada para titulares de derechos disfuncionales o fragmentados. Este acercamiento dual a la protección está justificada por el hecho de que el propietario "unitario" no enfrenta impedimentos estratégicos al decidir entre los usos alternativos de su propiedad, o cuando re-adjudica internamente sus recursos. Por otro lado, los propietarios de propiedades disfuncionales o fragmentadas enfrentan impedimentos transaccionales que ameritan el uso de remedios de confianza.

El uso selectivo de remedios legales es análogo a un agente adhesivo para superar la entropía en la propiedad. Estos mecanismos legales promueven la reunificación de derechos y privilegios que, dada su complementariedad, deberían ser ostentados naturalmente por un solo dueño, (re)generando la conformidad natural entre atributos complementarios de un derecho –tal como el derecho a uso y exclusividad frente a otros.

Como hemos visto, tales doctrinas tienen un largo legado ascendente, muchas de las cuales datan de tiempos romanos, y son hallados en sistemas legales a lo largo de un área geográfica bien amplia. Durante el siglo diecinueve, los ideales de autonomía individual y libertad de contratación permitieron a los académicos del Derecho y las cortes analizar a profundidad estas restricciones. Como resultado, los sistemas modernos en la tradición legal occidental han intentado llegar a un balance entre el principio de libertad de contratación y el interés societario de proteger la propiedad unificada proveyendo diferentes protecciones remediales a derechos de propiedad típicos (o nominados) y atípicos (o innominados). Aunque las partes pueden contratar sin restricciones, si es que crean derechos de propiedad atípicos, pueden contar con tan solo protección de

confianza bajo la mayoría de circunstancias. La dicotomía en el trato de derechos de propiedad típicos y atípicos minimiza el costo social de la entropía.

Los derechos que no configuran propiedad conllevan el riesgo de intervención del Estado en la regulación de la propiedad privada. Las regulaciones a menudo conllevan a la fragmentación disfuncional de los derechos de propiedad, a afectar la adjudicación de recursos, y generalmente a producir ineficiencias más notorias que las que resultan del mal cálculo ocasional de los propietarios particulares con poca visión.

El análisis comparativo del sistema legal histórico en relación al contemporáneo confirma nuestra hipótesis (esto es, que las cortes y los legisladores se han decidido por el camino de los efectos asimétricos de la fragmentación de propiedad). Los sistemas legales no sólo son renuentes a darle protección extensiva y de propiedad a los acuerdos que no conforman propiedad, pero tienden a diseñar una reunificación activa predeterminada para los acuerdos de derechos atípicos de propiedad.

Curiosamente, la entropía puede explicar el uso selectivo de diferentes remedios dentro del mismo título o relación. Los remedios asimétricos exceden las fricciones asimétricas encontradas en la transferencia de derechos. En este punto, las anomalías observadas en realidad confirman nuestra hipótesis de la eficiencia, sugiriendo que frente a impedimentos estratégicos asimétricos y transaccionales, los sistemas legales pueden proveer un trato dicotómico de las relaciones legales. Tales reglas tomarían los costos de transacción direccionales ocasionados por la entropía del caso (por ejemplo, los distintos costos en fragmentar algo unificado, y reunificar algo fragmentado).

Estos remedios direccionales son análogos a una fuerza gravitacional, facilitando la reunificación de derechos que, dada su estricta complementariedad, serían mejor ostentados por un solo dueño. Esta tendencia hacia la reunificación funciona reuniendo derechos de propiedad de manera que regenere la conformidad natural entre el derecho de uso y de exclusión y, más ampliamente, entre cualesquiera dos fragmentos complementarios de propiedad.

Muchas otras reglas concernientes a la creación y aplicación de derechos atípicos de propiedad pueden ser puestas a la luz de la hipótesis positiva de la minimización de costos estratégicos y de transacción. La necesidad de que contenga entropía, como hemos visto, explica varias doctrinas civilistas y angloamericanas.

El análisis económico provee un factor importante en el entendimiento de los resultados de este análisis comparativo e histórico, ya que nos permite distinguir entre las soluciones alternativas ofrecidas por varios sistemas legales. Específicamente, sugiere que el uso de soluciones inalienables para prevenir el problema de la entropía no es elemental dado el hecho de que este tipo de remedio podría ejecutar la hipoteca para mejorar el valor de las oportunidades de cambio. Otras soluciones parecen ser métodos más sensibles y rentables de prevenir la entropía porque protegen la autonomía individual mientras preservan la flexibilidad en el uso de la propiedad. Ejemplos de esta última categoría incluyen la acción de la partición para promover la unidad legal, el uso selectivo de remedios para nuevas formas

de propiedad, la adopción de términos acortados de prescripción adquisitiva o liberativa, y el uso de las doctrinas de circunstancias cambiadas, entre otros. En este contexto, las reglas legales crean mecanismos de reunificación por defecto, los cuales obvian la necesidad de negociaciones difíciles y costosas para asegurar la liberación de obligaciones obsoletas o para reunificar fragmentos disfuncionales de propiedad. Dependiendo del sistema legal, diferentes soluciones corrigen las variadas formas de fragmentación funcional, física y legal consideradas en este trabajo. La ventaja de estas soluciones sobre los remedios inalienables es que, en la mayoría de casos, se apoyan en mecanismos de mercado, los únicos dispositivos prácticos para promover adjudicaciones finales eficientes en el nivel *micro*.

Finalmente, uno no debe olvidar que si todos esos remedios fallan en cumplir su objetivo, los gobiernos mantienen su poder de eminente dominio, el que puede ser visto como un instrumento posible, a pesar de intrusivo, para las formas más crónicas e irreversibles de entropía.