

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DERECHOS SOBRE LAS COSAS EN EL DERECHO COMÚN Y LA EQUIDAD INGLESES Y ANGLOAMERICANOS

En la doctrina y en la literatura del derecho común y la equidad —*common law and equity*— los derechos sobre las cosas son denominados comúnmente “derechos de propiedad”,¹⁹ pero en un sentido estrictamente técnico-jurídico la propiedad está ausente de este ordenamiento privado. La literatura jurídica estadounidense evade sistemáticamente hacerse cargo de esta ambigüedad conceptual, disimulando esta falencia con el uso de la manifiestamente imprecisa expresión de *ownership*, que podríamos traducir como un “estado de dueño”, pero sin que éste llegue a constituir un dominio civil.

Como se desarrollará en lo que sigue, parte importante de los derechos de propiedad tiene su origen en el feudalismo. Por el momento baste señalar que la expresión jurídicamente más adecuada para explicar los derechos sobre las cosas en el derecho común es la “tenencia feudal”. Fundamentamos esta aseveración en el simple hecho de que al hablar de *ownership* estamos hablando con una imprecisión manifiesta, pues nadie puede poseer el *feudum* —o como se conoce en el francés jurídico, el *fee*—, pero sí tenerla respecto a otra persona. No está de más recordar que *feudum*, en un sentido estrictamente jurídico, aludía tanto a una obligación de carácter personal, preferentemente el vasallaje, como al objeto de esa obligación, el bien en el que recaía.

¹⁹ Vamos a quedarnos con la expresión americano originario para *Native American*. No se traducirá de otra manera, pues no existe ninguna expresión que sea del todo equivalente.

Está fuera de duda que los juristas ingleses han modernizado de forma significativa su legislación de tenencia de tierras desde la Edad Media. Sin embargo, ese trabajo doctrinario no ha podido borrar ni reinterpretar de manera eficaz una serie de figuras e instituciones de origen y marcado carácter feudal, que explican las profundas diferencias entre este sistema y el derecho romano-germánico. El “*fee simple absoluto*”,²⁰ mantenido en *socage*,²¹ surgió de un entramado de relaciones personales respecto de la tierra basadas en la confianza —las relaciones feudales— para posteriormente adquirir el carácter de enajenable y heredable en el siglo XIII.²² Esta figura fue consecuencia lógica de la expansión de la práctica, por parte de los “detentadores” de tierras, de demarcar y cercar las fincas que les habían sido asignadas, a fin de que el titular del feudo o *freeholder* —denominación de carácter histórica dada al detentador de los feudos más importantes, asignados a los pocos hombres “libres”—, pudiese trabajar y explotar de manera exclusiva su terreno.²³ Este proceso denominado como “encerramiento” —*enclosure*, en inglés— extinguió los derechos reales de los campesinos “no libres” atados a la tierra o “*nonfreeholders*”, e hizo más exclusiva la tenencia feudal de los primeros.

El sistema de derechos de propiedad basado en la tenencia feudal de la tierra pasó a los Estados Unidos, donde —como se explicará más adelante— la práctica de cerrar o cercar las tierras limitó aún más los derechos de los aborígenes o americanos origi-

²⁰ En inglés *fee simple absolute*.

²¹ Deber y forma de tenencia de la tierra en el sistema feudal. Fue una de las formas en que se manifestaba la relación entre señor y vasallo, no la única. Esta institución consistía en que el vasallo recibía tierras a cambio de pagos fijos, previamente determinados, que efectuaban de forma regular al señor feudal. A cambio de ese pago, el señor estaba obligado a prestar protección al campesino y prestar otros servicios a la Corona.

²² Simpson, Alfred William Brian, *An Introduction to the History of the Land Law*, 1961, p. 53.

²³ Banner, Stuart, “Transitions Between Property Regimens”, *Journal of Legal Studies*, núm. 31, 2002, p. 359.

narios, al mismo tiempo que el gobierno federal se comprometía a redistribuir masivamente las tierras públicas entre los colonos europeos.²⁴ Hoy en día, el *fee simple* absoluto otorga a su dueño, según los iuseconomistas, los derechos de propiedad sobre ese “pedazo del mundo,” de la misma forma que lo hace el *dominium* romano.²⁵

Pero esta última afirmación conduce a algunos equívocos. En materia de derechos de propiedad no pueden hacerse generalizaciones.²⁶ El estado jurídico de los inmuebles en el derecho estadounidense es, en términos económicos, una “segunda mejor solución”, o —en términos coloquiales— la mejor solución a la que se puede llegar acorde con las circunstancias históricas. Como se explicará en este capítulo, las prácticas feudales han definido los “derechos de propiedad” por medio de dos sistemas jurídicos, que son completamente distintos e independientes entre sí: la “propiedad real” o *real property*, que se aplica a los bienes inmuebles, y la “propiedad personal” o *personal property*, que se aplica a los muebles.

I. LA “PROPIEDAD REAL” ESTÁ TOMADA DEL DERECHO FEUDAL

La propiedad real, sistema jurídico que rige los bienes inmuebles en los Estados Unidos, se basa en el derecho feudal europeo. Sin embargo, cabe la aclaración que esta afirmación es altamente equívoca, pues en términos históricos-jurídicos nunca existió un “derecho feudal”.²⁷ Esa categoría conceptual fue formulada por

²⁴ Allen, Douglas, “Homesteading and Property Rights; or How the West was Really Won”, *Journal of Law and Economics*, núm. 34, 1991, p. 1.

²⁵ Chang, Yun-chien y Smith, Henry. “An Economic Analysis of Civil versus Common Law Property”, *Notre Dame Law Review*, núm. 88, 2012, p. 3.

²⁶ Smith, Henry, “Property and Property Rules”, *New York University Law Review*, núm. 79, 2004, pp. 1753-1756.

²⁷ Una excelente explicación de esta figura en Majeri, Ernesti Theophili, *Syntagma Juris Feudalis: Theoretico-Practicum, Five Commentarius and Jus Feudale Commu-*

los estudiosos del derecho romano de los siglos XIV y XV, usando la jerga jurídica romana para describir las prácticas feudales del continente europeo de forma retrospectiva. En lugar del derecho feudal, los iushistoriadores deberían referirse a las “prácticas feudales” que se desarrollaron.

Esas prácticas jamás fueron uniformes en Europa; cada región tuvo sus peculiaridades; lo que no obsta a que se puedan encontrar algunas generalidades. Mientras en el derecho romano la institución por antonomasia que regulaba los inmuebles era el *dominium*, caracterizado, entre otros aspectos, por contar con un solo titular, exclusivo y excluyente, el *pater familias*, la figura aplicable en el feudalismo era la “tenencia,” que *per se* implicaba la concurrencia de múltiples personas con distintos derechos reales sobre el mismo inmueble: el señor y el vasallo.²⁸

Para graficarlo de manera más sencilla, el *dominium* romano es una propiedad exclusiva, que da derecho a excluir a otros de aquellos bienes que pertenecen al propietario. Por el contrario, en el feudalismo, la mal llamada “propiedad” no trae aparejada la exclusividad sobre la cosa. En el feudalismo hay una convivencia de estados de dueño superiores e inferiores que recaen sobre el mismo bien. Por ahora, baste mencionar los *freehold* y los *non-freehold*.

La tenencia feudal puede ser descrita de la siguiente forma: al vasallo se le otorgaba la posesión de la tierra y el derecho a usarla, disfrutarla y disponer de ella, figura denominada por los juristas de tradición romana como *dominium utile*.²⁹ La otra parte, el señor, tenía el derecho superior a la tierra, pero carecía de la posesión.

ne, 1716. La fuente iushistórica más importante para este conjunto de prácticas jurídicas es el *Libri Feudorum*, una colección de lecciones jurídicas sobre derecho agrario, que plasmaron por escrito normas del derecho consuetudinario, compuesta de tres partes, redactadas presumiblemente entre los siglos XII y XIII.

²⁸ Dalrymple, John, *An Essay Towards a General History of Feudal Property in Great Britain*, 1759, pp.192 y ss.

²⁹ Burrell, Alexander Mansfield, *A Law Dictionary and Glossary: Containing Full Definitions of the Principal Terms of the Common and Civil Law*, 1850, p. 512.

Esa figura fue posteriormente denominada por los mismos juristas *dominium directum* o *eminens*.³⁰ La coexistencia de ambas instituciones fue una característica del *feudum* o *fee*.³¹ El vasallo detenía la tierra en *fee*, como concesión de su señor a cambio de los servicios militares, del juramento de la fidelidad y del acto de homenaje que le rendía. Los vasallos, que poseían feudos o *fee*, podían, a su vez, subdividir sus tenencias y convertirse en señores de sus vasallos a través de la subinfeudación.³² Este proceso dio lugar a un sistema de múltiples capas de señores “*mesne*”, que actuaban simultáneamente como vasallos de sus superiores (a quienes estaban obligados a obedecer) y señores de sus inferiores (a quienes estaban obligados a proteger). Una de las consecuencias jurídicas de este entramado de relaciones consistió en que se terminaron confundiendo los derechos sobre cosas con los deberes a las personas. Por lo mismo, como dijimos más arriba, este sistema poco tiene en común con el derecho romano, en el que los derechos sobre las cosas y los deberes a las personas estaban claramente delimitados y definidos.³³

Tal vez sorprenda al lector y al estudiante de derecho saber que el país más feudal de Europa fue Inglaterra.³⁴ El feudalismo

³⁰ *Idem*.

³¹ Stimson, Frederic Jesup, *A Concise Law Dictionary of Words, Phrases and Maxims*, 1911, p. 190. No ha sido fácil determinar quién fue el que formuló esta coexistencia. Se cree que el primero que la sistematizó fue Acursio en su célebre glosa. Esta explicación romana de la mentada práctica feudal es, sin embargo, sólo asimilable al hablar de textos, pues el *feudum* variaba enormemente de una región a otra.

³² Un interesante análisis acerca de la tenencia feudal desde una perspectiva jurídica y económica en Haddock, David y Kiesling, Lynne, “The Black Death and Property Rights”, *Journal of Legal Studies*, núm. 31, 2002, p. 545.

³³ En la jerga jurídica propia del *ius commune* europeo —ese otro derecho común de factura romano-germánica, de la que somos los herederos—, diríamos que las prácticas feudales confundieron los *ius ad rem* o derechos reales con los *ius in personam* o derechos personales, que en el derecho romano clásico estaban claramente delimitados y definidos.

³⁴ Esta observación resulta relevante, pues el feudalismo si bien fue una forma extendida de organización social en Europa no tuvo en todas partes el

se inició entre los anglosajones y se fortaleció con la invasión normanda. Al igual que México o Perú, Inglaterra es un país nacido de una conquista. En palabras de John Greville Agard Pocock, “en la Inglaterra normanda encontramos una forma completamente madura del *fē[o]dum*”. La invasión normanda en 1066 aceleró la conversión a la tenencia feudal de la propiedad *böcland* o alodial³⁵ anglosajona, que había permanecido sujeta al derecho romano vulgar.³⁶

Por todo lo anterior, no deja de ser llamativo que los estudiosos del derecho común desconozcan el carácter feudal de su sistema jurídico. Pocock señala que incluso el más grande de los juristas del derecho común y la equidad, Sir Edward Coke, “no tenía la más mínima idea de que se ocupaba de una sociedad organizada sobre principios feudales”.³⁷

mismo nivel de desarrollo ni tampoco hubo tantas coincidencias temporales. Para el caso hispano, la única región donde el feudalismo se desarrolló en todo el sentido de la palabra fue Cataluña, y la que menos lo conoció fue Castilla. Para efectos comparatistas es necesario recordar que en gran parte de España hubo señoríos, los que en general no se traspasaron a América, salvo en algunas regiones de México.

³⁵ El concepto de “propiedad alodial” es un derivado del término germánico *allod*, que alude a la propiedad romana que quedó en manos de los germanos a la caída del Imperio. No se olvide que el derecho romano vulgar fue la manera en que el derecho romano pervivió en los territorios que anteriormente integraron el Imperio una vez que cayó el Imperio Romano de Occidente. Esa forma, como su nombre mismo lo indica, carente de refinación, tuvo la ventaja de ser apta para pueblos de un menor desarrollo jurídico como los pueblos germanos.

³⁶ El concepto “derecho romano vulgar” ha sido objeto de reparos desde el momento mismo de su formulación. Entre los historiadores del derecho romano no hay consenso en las características que definen este concepto. Esta investigación no tomará parte de esta discusión. Para estos efectos, seguimos la definición de derecho romano vulgar propuesta por Ernst Levy. El mentado romanista definió este concepto como una simplificación del derecho romano clásico, que rechazaba los matices y la fineza jurídica propia del derecho romano de la época clásica. Para la relación entre derecho romano vulgar y tenencia feudal véase Hudson, John, *The Formation of the English Common Law: Law and Society in England from King Alfred to Magna Carta*, 2017, p. 100.

³⁷ Pocock, John Greville Agard, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, p. 45.

El término técnico-jurídico correcto para la tenencia feudal, originario del derecho francés y adoptado por el derecho común, es *seisin*.³⁸ Pollock y Frederic William Maitland afirman al respecto: “En la historia de nuestro derecho no hay idea más cardinal que la *seisin*”.³⁹ Llegan a la conclusión de que todo lo dispuesto en la normativa inglesa sobre inmuebles se fundamenta en la *seisin* y su estado jurídico. *Seisin* no es más que posesión con un derecho que le asiste.⁴⁰ Esta institución anglo-normanda —conocida como *gewere* o *saisine* en el derecho romano-germánico— es consecuencia de la ya mencionada confusión entre propiedad y posesión que surgió en el derecho romano vulgar después de la retirada de las legiones romanas de la provincia de Britania.⁴¹ Sólo siglos después, la doctrina reintroduciría en el derecho inglés, con la base conceptual proporcionada por derecho romano-germánico, el concepto jurídico de posesión, como una figura distinta y diferenciada de la propiedad.⁴²

1. *El manejo de los derechos de propiedad*

Acorde con lo anterior, la doctrina estadounidense recurre a la terminología del derecho civil romano-germánico para afirmar que en el derecho común y la equidad —*common law and equity*— los derechos de propiedad estarían claramente definidos mediante un inarticulado *numerus clausus*.⁴³ Pero tal idea carece de fundamento, al menos desde la perspectiva histórico-jurídica. La

³⁸ Rastell, John, *Les termes de la ley*, 1812, p. 354.

³⁹ Pollock, Frederick y Maitland, Frederic William, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, 2a. ed., 1898, p. 29.

⁴⁰ Joüon des Longrais, Frédéric, *La conception anglaise de la saisine du XIIe au XIVe siècle*, 1925, p. 165.

⁴¹ Levy, Ernst, *West Roman Vulgar Law*, 1951, p. 31.

⁴² Holmes Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, 1881, pp. 210 y 211; Pollock, Frederick, *A First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law*, 6a. ed., 1929, p. 178.

⁴³ Merrill, Thomas W., “Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle”, *Yale Law Journal*, núm. 110, 2000, pp. 1-70.

figura del *numerus clausus* nunca ha sido planteada en la tradición del derecho común y la equidad.⁴⁴ El mecanismo de *numerus clausus* define la propiedad en términos de un “número cerrado” de derechos reales, o de un sistema cerrado compuesto por un “manejo de derechos de propiedad típico”.

El iuseconomista Henry E. Smith no está de acuerdo con la metáfora del “manejo de derechos de propiedad”, tomada del derecho romano-germánico.⁴⁵ Smith afirma, *per contra*, que los propietarios ejercen un “dominio único y despótico” sobre los bienes que se encuentran dentro de límites bien definidos.⁴⁶ En esta afirmación, se hace eco de la definición formulada por Blackstone, proveniente del iusnaturalismo racionalista. Considera que los propietarios alodiales “tienen *absolutum et directum dominium*, y por lo tanto [se] dice que están absolutamente *seised* [o posesionados] de ellos”.⁴⁷ El derecho romano clásico, si bien otorga a los propietarios *rei vindicatio*⁴⁸ y a los poseedores *interdicta retinendæ et recuperandæ possessionis*⁴⁹ para defender sus intereses, cabe destacar que no contempla la concepción absoluta de propiedad del naturalismo racionalista. El tríptico medieval de *ius utendi, ius fruendi uel ius abutendi* —la facultad legal del propietario para usar, disfrutar y disponer exclusivamente de los recursos que se encuentran dentro del dominio privado— está más cerca de una concepción de un “manejo de derechos de propiedad” limitados que de la concepción de Smith de derechos ilimitados —y hasta absolutos— dentro de un “pedazo del mundo”.⁵⁰

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Smith, Henry, “On the Economy of Concepts in Property”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 160, 2012, p. 2097.

⁴⁶ Merrill, Thomas W., “Property as Modularity”, *Harvard Law Review*, núm. 125, 2012, p. 151.

⁴⁷ Blackstone, William, *Commentaries on the... cit.*, p. 104.

⁴⁸ Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, 1953, p. 627.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 508.

⁵⁰ Smith, Henry, “Property as the Law of Things”, *Harvard Law Review*, núm. 125, 2012, p. 1702.

Por otro lado, fue Jane B. Baron quien investigó la metáfora del “manejo de derechos de propiedad” en la doctrina en Estados Unidos, determinando que su origen se encuentra en la escuela del realismo jurídico angloamericano. Fueron representantes de esa escuela iusfilosófica los que encontraron en el concepto de relaciones jurídicas de Wesley Newcomb Hohfeld la flexibilidad necesaria para redefinir los derechos de propiedad como subordinados al Estado.⁵¹ Baron identifica al iusfilósofo Morris R. Cohen en particular como el primero que entendió de esa forma la propiedad. Él sostuvo que “un derecho de propiedad no es una relación entre un propietario y una cosa, sino entre el propietario y otros individuos en referencia a las cosas”.⁵² Empero, a diferencia de Smith, Baron reconoce la importancia de la concepción flexible de propiedad que la metáfora del manejo de derechos de propiedad hace posible.

Lamentablemente, el derecho común no agrupa los derechos de propiedad de forma imperativa. Una cosa es la filosofía del derecho y otra muy distinta es la realidad jurídica e institucional. El estado de los bienes inmuebles en el derecho común es producto de una evolución histórica que nunca ha podido ser reinterpretada de manera eficaz. Parece ser el caso típico de un estado de dueño u *ownership* al que se llegó por las circunstancias históricas y el sendero que las conduce en su devenir, visto desde la perspectiva iuseconomista. El mismo hecho de que el manejo de derechos sea una formulación del realismo angloamericano da cuenta de cuán artificiosa e insuficiente resulta ser esta metáfora, en cuanto intento de explicar la naturaleza jurídica de los derechos de propiedad, demostrando un déficit en la sistematización de esta importantísima institución del derecho privado, que solo ha sido llenado en parte por el análisis económico del derecho.

⁵¹ Baron, Jane, “Rescuing the Bundle-of-Rights Metaphor in Property Law”, *University of Cincinnati Law Review*, núm. 82, 2013, p. 63.

⁵² Cohen, Morris R., “Property and Sovereignty”, *Cornell Law Quarterly*, núm. 13, 1927, p. 8.

La tradición del derecho común y la equidad ingleses y angloamericanos nunca admitió la concepción absoluta de la propiedad propuesta por el iusnaturalismo racionalista. En la Inglaterra feudal, ningún señor, vasallo o villano pensó en sus intereses reales como propiedad, y mucho menos como propiedad absoluta. Solo la Corona tenía derechos soberanos sobre las tierras del reino. Todos los derechos sobre la tierra emanaban al final de los derechos de la Corona. El señor de los señores era la Corona. Como explica Francis Bacon, “Ningún hombre es dueño absoluto de sus posesiones; la sabiduría de la ley reserva ciertos títulos a otros”.⁵³ Además, Bacon fue claro en indicar que “la ley presupone que los derechos sobre la tierra provienen originalmente” de la Corona.⁵⁴ Blackstone admitió que “ningún súbdito tiene propiedad alodial en Inglaterra. Es un principio aceptado en nuestro derecho y ahora ratificado por la ley, de que el rey posee de manera mediata o inmediata todas las tierras de Inglaterra”.⁵⁵

En este capítulo argumentamos que la tenencia feudal, en el derecho común y la equidad —*common law and equity*—, no contiene ninguna sistematización estandarizada de los derechos de propiedad. Thomas W. Merrill y Smith se equivocan al afirmar que un sistema cerrado de derechos de propiedad “logra un relativo equilibrio entre los extremos de la regulación completa y la total libertad”.⁵⁶ Por el contrario, en los Estados Unidos, la propiedad real —*real property*—, es decir, la propiedad sobre los inmuebles es una de las materias más confusas y difíciles de comprender para los estudiantes de derecho de primer año.

⁵³ Bacon, Francis, *Reading Upon the Statute of Uses*, 1785, p. 36.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 37.

⁵⁵ Blackstone, William, *Commentaries on the... , cit.*, p.105.

⁵⁶ Smith, Henry y Merrill, Thomas W., *Optimal Standardization in the Law of Property: the Numerus Clausus Principle*, p. 40. Pero Smith y Chang han matizado posteriormente estas opiniones, véase la obra de ambos autores, “The Numerus Clausus Principle, Property Customs and the Emergence of the new Property Forms”, *Iowa Law Review*, núm. 100, 2015, p. 2275.

Las distinciones que hicieron los estudiosos del derecho romano al describir las prácticas feudales⁵⁷ tienen su propia terminología en el derecho común. Existe un complicado sistema de “estancias posesorias presentes” de la tierra —o *present possessory estates in land*— (*dominium utile*) junto con un sistema aún más complicado de “intereses futuros” —o *future interests*, en inglés— no posesorios (*dominium directum*). Las doctrinas jurídicas que rigen los derechos de propiedad sobre inmuebles son un conjunto de normas hipertécnicas y abstrusas.⁵⁸ Vaya por delante la convicción de los iuseconomistas de que los derechos de propiedad deberían estar claramente definidos. Sin embargo, a los estudiantes de derecho se les enseñan los diferentes *fees* del derecho común y la equidad, como si fuesen un paseo al zoológico para admirar la aparentemente interminable variedad de especies animales.

El sistema de estancias posesorias presentes en la tierra está inexorablemente vinculado con una interminable gama de intereses futuros, que no confieren a su titular ningún derecho de posesión actual, sino sólo una expectativa de una futura *seisin*. Estos últimos confieren el derecho de esta expectativa a revertir o traspasarse o hasta de brincar.⁵⁹ No obstante lo anterior, en el derecho común y la equidad, tanto los habilitados para solicitar la reversión como cualquier otra persona disponen de acciones e intereses reales. La situación de estos últimos se explica porque, si bien no cuentan con la posesión actual sobre la cosa, sí tienen expectativas contingentes, susceptibles de transformarse en reales.

Lo que hace difícil de entender las estancias posesorias presentes y los intereses futuros es que, como ya se dijo, las prácticas feudales confunden los derechos mantenidos sobre las cosas y los

⁵⁷ Wieacker, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 1967, p. 84.

⁵⁸ Singer, Joseph William, “Property as the Law of Democracy”, *Duke Law Journal*, núm. 63, 2014, p. 1290.

⁵⁹ Este interés de futuro incluye la reversión, la posibilidad de revertir, el derecho de entrar, e intereses en ejecución. Estos derechos son de naturaleza cambiante.

deberes a las personas. Los abogados del derecho romano-germánico entienden que las partes pueden estipular condiciones y pactos para modificar las obligaciones contractuales que las partes asumen. Sin embargo, para cualquier jurista de esa tradición resulta sorprendente descubrir que, en el derecho común y la equidad ingleses y angloamericanos, los otorgantes pueden imponer condiciones y celebrar pactos no sobre el derecho de las obligaciones sino sobre la tenencia de las cosas. En consecuencia, los estudiantes de derecho deben enfrentarse a las dificultades que en materia de derechos sobre las cosas y deberes a las personas ocasionan los *defeasible fees*, es decir, feudos sujetos a plazo o condición. Además de ellos, los inmuebles están restringidos por otros dos tipos de pactos: los *equitable servitudes* o servidumbres del sistema de la equidad y los *restrictive covenants* del derecho común.

Tanto el derecho romano-germánico como el derecho común y la equidad han implementado similares sistemas registrales de la propiedad inmueble. Debido al alto grado de complejidad del abierto sistema de tenencia feudal en los Estados Unidos, los compradores de bienes raíces suelen adquirir pólizas de seguro de título cuando invierten en los inmuebles. La industria de seguros de títulos es desconocida en los ordenamientos romano-germánicos, así como en el derecho común no juega ningún papel el notario público para evitar los problemas de títulos. Ninguna supervisión profesional adicional proporcionará seguridad jurídica a los negocios inmobiliarios estadounidenses a menos que terminemos con la tenencia feudal y eliminemos el complejo sistema de la propiedad real —*real property*, en inglés— actualmente vigente en los Estados Unidos.

En el ámbito jurídico, la iuseconomista Lee Anne Fennell ya ha alzado la voz para advertirnos de que “la arquitectura del *fee* simple absoluto dificulta la maximización del valor de la tierra en los Estados Unidos.”⁶⁰ Sin embargo, la obsolescencia de los dere-

⁶⁰ Fennell, Lee Anne, “Fee Simple Obsolete”, *New York University Law Review*, núm. 91, 2016, p. 1464.

chos reales sobre los inmuebles va más allá que este feudo. Ella es partidaria de estatuir un *callable fee* en la tradición del derecho común y la equidad —*common law and equity*—;⁶¹ sin embargo, nos atrevemos a plantear que su propuesta es desacertada. Desde un punto de vista económico, el *callable fee* sería una innovación en la tenencia de la tierra, pues significa introducir la figura del feudo ejercitable en cualquier momento. El detentador lo tendría mientras otra persona no está dispuesta a comprarlo en cierto precio.

Estos derechos de propiedad estandarizados claramente no serían compatibles con los incentivos, como tampoco lo sería la propuesta más radical de E. Glen Weyl y Eric A. Posner.⁶² Estos últimos proponen nada menos que extender alguna forma del *callable fee* de Fennell a todas los inmuebles en los Estados Unidos, mediante la eliminación de la institución del ἀντίδοσι (intercambio) de propiedad por λειτουργία (compromiso de aporte) de la antigua ley fiscal ateniense.⁶³

Ambas propuestas dificultarían que los estadounidenses inviertan en tierras. Los propietarios realizan inversiones para mantener e incrementar el valor de sus tierras porque los derechos de propiedad los incentivan para ello, a través de los precios establecidos por el mercado. Quien no paga el precio fijado por el propietario se ve excluido del uso, disfrute o disposición de los recursos de dominio privado. Un *callable fee*, especialmente uno que se extiende para incluir todas las propiedades en los Estados Unidos, establecería el precio de todos los activos (incluidos los que tienen los vendedores que no desean venderlos) y convertiría todos los precios en información pública. El gobierno usaría esta información para propósitos de tributación sobre acrecentamiento;⁶⁴ asimismo, el gobierno compartiría cualquier

⁶¹ *Ibidem*, pp. 1482-1489 y 1490-1494.

⁶² Weyl, Glen y Posner, Eric A., *Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society*, 2018.

⁶³ *Ibidem*, p. 52.

⁶⁴ Shakow, David, "Taxation Without Realization: a Proposal for Accrual Taxation", *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 134, 1986, p. 1111.

aumento en el valor de la tierra que resulte.⁶⁵ En consecuencia, la capacidad de los propietarios como vendedores dispuestos a fijar precios sobre los recursos dentro de su dominio ya no les proporcionaría el valor de cambio total que podrían obtener en el mercado privado. Los impuestos basados en activos son criticados por la literatura económica especializada por desincentivar la inversión.

A pesar de la minuciosidad de su trabajo, Fennel no considera que el *leasehold* —forma de junior *ownership*, consistente en el arrendamiento de un *nonfreehold*, un feudo de menor categoría— en barrios aglomerados, podría resolver los problemas de agregación o ensamblaje que ella analiza,⁶⁶ de igual forma como lo hicieron los arrendamientos en la antigua Roma.

Los académicos del derecho romano-germánico se sorprenden al escuchar que, en los Estados Unidos, los arrendamientos constituyen otro tipo de tenencia feudal.⁶⁷ Los abogados del derecho común y la equidad consideran que los arrendamientos son *chattels real* —bienes muebles—, que recaen sobre feudos de menor importancia, los *nonfreehold*. Necesario es tener presente que *freehold* y *nonfreehold* constituyen una clasificación de origen histórico vigente hasta hoy. El *nonfreehold* alude al villano, a aquel que no era libre, pues estaba atado a la tierra. En materia de inmuebles, como ya se indicó, alude a feudos menos relevantes.

Los estudiosos del derecho común y la equidad —*common law and equity*— reconocen estar confundidos, perdidos, al tratar con *chattels real*. Smith y Merrill admiten tener “dificultades para distinguir la diferencia entre una tenencia menor —un tipo de pro-

⁶⁵ Shakow, David, “A Wealth Tax: Taxing the Estates of the Living”, *Boston College Law Review*, núm. 57, 2016, p. 947.

⁶⁶ Fennell, Anne Lee, “Property Beyond Exclusion”, *William and Mary Law Review*, núm. 61, 2019, p. 521.

⁶⁷ Glendon, Mary Ann, “The Transformation of American landlord-Tenant Law”, *Boston College Law Review*, núm. 23, 1982, p. 503; Kelley, Robert, “Any Reports of the Death of the Property Law Paradigm for Leases have Been Greatly Exaggerated”, *Wayne Law Review*, núm. 41, 1995, p. 1563; Siegel, Stephen. “Is the Modern Lease a Contract or a Conveyance?—A Historical Inquiry”, *Journal of Urban Law*, núm. 52, 1975, p. 649.

piedad subordinada— por un período determinado, por un lado, y un contrato de arrendamiento, por el otro”.⁶⁸ No son los únicos. Un consumado expositor del derecho común, Blackstone, recurre al derecho natural para definir los arrendamientos como un “contrato de posesión de tierras, por un periodo determinado”.⁶⁹ El iushistoriador Simpson especula que “la idea de que una persona se convierta en vasallo durante un periodo de años difícilmente encaja en la estructura feudal de las cosas”.⁷⁰

Los académicos Weyl y Posner sugieren nada menos que la descabellada idea de que los terratenientes son monopolistas: “Al igual que un monopolista, el terrateniente puede obtener mayores rendimientos por la venta de su tierra si espera una oferta generosa en lugar de venderle a la primera persona que ofrece un precio justo. Mientras tanto, la tierra está en desuso o infrautilizada”.⁷¹ Sin embargo, ellos no consideran que cuando las personas conservan su dominio de una localidad, están creando un mercado sobre los bienes inmuebles. Todos los creadores de mercado gestionan inventarios de activos tanto en el espacio como en el tiempo para unir a compradores y vendedores. De hecho, la propuesta de Weyl y Posner excluye completamente la actividad creadora de mercado en la economía. Sugieren que la tecnología futura, a través de Internet, pondrá fácilmente a los compradores en contacto con los vendedores (sin ningún tipo de información asimétrica). Si bien la hipótesis del mercado eficiente es una generalización válida para la economía como heurística, la teoría del diseño de mecanismos aclara que los mercados surgen gracias a esfuerzos considerables y sostenidos.⁷²

⁶⁸ Merrill, Thomas y Smith, Henry, “The Property/Contract Interface”, *Columbia Law Review*, núm. 101, 2001, p. 831.

⁶⁹ Blackstone, William, *Commentaries on the...*, cit., p. 140.

⁷⁰ Simpson, Daniel, *An Introduction to the History of the Land Law*, p. 70.

⁷¹ Weyl, Glen y Posner, Eric A., *Radical Markets: Uprooting Capitalism...*, cit., p. 38.

⁷² Gilson, Ronald y Kraakman, Reinier, “The Mechanisms of Market Efficiency”, *Virginia Law Review*, núm. 70, 1984, p. 549. De los mismos autores,

La pervivencia del feudalismo en el derecho de la propiedad inmobiliaria tiene otras consecuencias nefastas. No todas las lagunas legales de tenencia feudal han sido corregidas por el derecho común y la equidad estadounidense. El iuseconomista Bruce L. Benson destaca el daño causado actualmente por la figura del *forfeiture*, un incidente feudal que implica la extinción de la tenencia por parte del señor. Esta figura disminuye la seguridad jurídica de las poblaciones vulnerables de hoy en día de amplias franjas de inmigrantes extranjeros —muchos de ellos de origen mexicano—, incapaces de defender sus derechos de propiedad. En los hechos es un despojo a la propiedad de los inmigrantes. El *forfeiture* parte del reconocimiento arriba mencionado, de que el señor de los señores es la Corona. Toda propiedad tiene su origen último en ella y ésta, entre los castigos que podía aplicar a quienes cometían delitos públicos, estaba la extinción del dominio. En el derecho estadounidense ese rol lo ocupa el Estado federal. Éste puede sancionar a quienes han incurrido en delitos públicos con la pérdida de sus feudos. Esta institución es completamente desconocida en los ordenamientos romano-germánicos, pues estos últimos poseen una concepción distinta de la propiedad. El *forfeiture*, como se acaba de mencionar, es una aplicación del concepto de tenencia de la tierra del feudalismo; se puede resumir como que quien comete un delito contra su señor pierde la tenencia sobre el inmueble, y en los Estados Unidos por analogía, veremos más adelante, hasta se aplica sobre los bienes muebles. En la práctica, es una sanción confiscatoria de la más peculiar.⁷³

En el marco de la guerra contra las drogas anunciada por Ronald Reagan en 1984, Estados Unidos emprendió una agresiva política al exportar esta institución feudal angloamericana a

“Market Efficiency After the financial Crisis: It’s Still a Matter of Information Costs”, *Virginia Law Review*, núm. 100, 2014, p. 313.

⁷³ Benson, Bruce L., “The War on Drugs: A Public Bad”, *Searle Center on Law, Regulation and Economic Growth Working Paper*, 2008.

sus desprevenidos vecinos latinoamericanos, a pesar de la incongruencia de esta figura con el sistema romano-germánico.

En resumen, la actual regulación del *fee* en el derecho común y la equidad muestra cómo aún pervive la estructura legada por el *feudum*, confundiendo derechos reales y personales, manteniéndose de esa manera la fusión de instituciones que dieron lugar las prácticas feudales. Tal situación dista mucho de ser una mera reminiscencia histórica, ya que el *ownership* en el derecho común y la equidad no otorga el mismo nivel de protección frente a la arbitrariedad de las autoridades que da el *dominium* del derecho romano-germánico.

2. Los derechos de propiedad estandarizados

El diseño del mecanismo de cualquier sistema de propiedad inmueble debe tener como objetivo maximizar el valor de la tierra. Los estudiosos del derecho reconocen que una forma estandarizada de derechos de propiedad agrupados es más valiosa para los propietarios cuando el sistema jurídico permite que algunos de estos derechos de propiedad se desagreguen temporalmente. *Iura in re aliena* son derechos de propiedad temporalmente desagregados en el derecho romano. Los jurisconsultos romanos consideraban que estos derechos desagregados en la propiedad de otros eran derechos negativos. En la medida en que algunos de los derechos de propiedad se desagreguen, los propietarios pierden temporalmente el poder de prevenir interferencias con su propiedad. Así, cuando un *usus fructus* o *usus et habitatio* romano se separa de un dominio, los nudos propietarios ya no pueden excluir al usufructuario o usuario del uso, goce o disposición de su propiedad. Cuando una *servitus praedii* se separa de un dominio, el propietario de la tierra sirviente ya no puede excluir al propietario de la tierra dominante de traspasar su propiedad o transportar agua o animales sobre ella.

Los derechos de propiedad desagregados temporalmente aumentan el valor de la tierra. El derecho romano sólo admite un

sistema cerrado de *iura in re aliena*⁷⁴ y, en particular, limita su duración en el tiempo. Ningún *usus fructus* o *usus et habitatio* puede durar más que la vida del usufructuario o usuario. En el momento en que cualquiera *servitus prædii* deja de conferir valor a la tierra dominante, se extingue. La limitación temporal de *iura in re aliena* fue concebida por el derecho romano porque los derechos de propiedad desagregados gravan la propiedad de otros. De manera incongruente, los abogados del derecho común hablan de los *profits* e *easements* —tanto *appurtenant* como *in gross*— como “derechos positivos no posesorios”.

Para poder entender estas figuras es importante recalcar que el *profit* no tiene parangón en el sistema romano-germánico. Es un disfrute sin uso.⁷⁵ Por otro lado, el *easement* es una institución parecida a la servidumbre, pero a diferencia del sistema romano, no es un derecho sobre cosa ajena. La figura del *in gross* alude a situaciones donde el terreno dominante no colinda con el terreno sirviente. Es una figura en la que no hay relación entre tenencias, por lo que no se sabe qué derechos no posesorios positivos se han gravado a qué estancias posesorias presentes.

Mientras los abogados romanos creen que la ley no puede separar la posesión del uso de la tierra, los abogados del derecho común siempre han considerado que los *profits* y los *easements* son figuras jurídicas no posesivas, que existen como derechos positivos, independientemente de la colindancia o no de los terrenos en las que operan. Como resultado, en el derecho común y la equidad estadounidense, el sistema abierto de estancias posesorias presentes e intereses futuros no posesorios en la tierra también está gravado con una amplia variedad de *profits* e *easements* que existen con independencia de la colindancia de las tenencias dominantes y sirvientes.

⁷⁴ Watson, Alan, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, 1968, p. 176.

⁷⁵ Un ejemplo de esta constelación se da al término del arriendo, momento en el que se conserva el derecho a entrar y sacar lo que se ha sembrado, el *emblemment*.

Los *profits e easements in gross* son un problema particularmente gravoso en el derecho común inglés y angloamericano. Ya en el siglo XIII, Henry of Bracton se preguntaba qué se podría hacer con ellos.⁷⁶ En lugar de ser retenidos con respecto a las tenencias colindantes, en los Estados Unidos las personas pueden mantener *profits y easements in gross* sobre tenencias sirvientes remotas y aisladas, que se encuentran a una considerable distancia.

Con los derechos desagregados negativos sobre la propiedad del derecho romano, los propietarios temporalmente no pueden evitar interferencias con su propiedad. En contraste, los derechos no posesorios positivos se suman prácticamente en calidad de *numerus apertus* de la propiedad inmueble estadounidense, porque pueden gravar las estancias posesorias presentes a perpetuidad. Además, los *restrictive covenants* y las *equitable servitudes* gravan la tierra. Como resultado, los inmuebles no tienen un régimen de propiedad homogéneo. Cada predio es distinto de los demás en función de con qué *profits, easements, restrictive covenants y equitable servitudes* esté gravado.

Antony Dnes y Dean Lueck se equivocan al creer que la ley de los Estados Unidos con respecto a *profits e easements* proporciona una “ilustración de la evolución eficiente de la propiedad real”.⁷⁷ Ellos postularon que la fragmentación de los derechos de propiedad en el derecho común puede ser eficiente debido a las “ganancias obtenidas de la especialización en la propiedad”.⁷⁸ Parecen creer que el registro de tierras moderno es capaz de resolver por sí solo los problemas planteados por la información asimétrica y de compensar la necesidad de estandarizar los derechos de propiedad sobre los inmuebles en el sistema jurídico. Aplicando el método comparativo, apuntan a un “sistema [de] titulación [de]

⁷⁶ Digby, Kenelm Edward, *An Introduction to the History of the Law of Real Property with Original Authorities*, 5a. ed., 1897, p. 205.

⁷⁷ Dnes, Antony y Lueck, Dean, “Asymmetric Information and the Law of Servitudes Governing Land”, *The Journal of Legal Studies*, núm. 38, 2009, p. 90.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 91.

tierras más fuerte” en Anglo América que en Inglaterra.⁷⁹ En la legislación inglesa, los títulos eran antiguos y las *easements* y los *profits* podían crearse por prescripción. Valga la aclaración que los ingleses introdujeron el sistema de registro de tierras recién en 1925. En consecuencia, señalan que la ley inglesa evolucionó para limitar las *easements* y *profits* que podían crearse de manera más restrictiva que en el derecho estadounidense.⁸⁰

De manera inconsistente, Dnes y Lueck argumentan que “el sistema registral le da a la propiedad certeza jurídica y carácter definitivo,” porque éste define al “primer registrante como propietario”.⁸¹ El problema es que ambos autores no tienen en cuenta que muchas legislaciones estatales determinan la propiedad con ayuda de las doctrinas de *constructive*, *actual* e *inquiry notice*, demostrando que la inscripción tiene poco valor en sí misma. Como consecuencia de ello, se genera incertidumbre jurídica en el derecho de tierras estadounidense, haciendo necesaria la contratación de un seguro de título. Además, el seguro de título está en vigor en los Estados Unidos no solo para “proteger de errores” en el registro de la tierra, como afirman, sino para agrupar y gestionar los riesgos creados por el sistema abierto de la tenencia feudal.

Otro residuo del feudalismo en el derecho sobre las cosas inmuebles trae como consecuencia que los litigios por la tierra determinan quién tiene el mejor título jurídico entre tantos dominios directos y útiles coexistentes, en lugar de determinar quién es el propietario, como sucede en la tradición romano-germánica, evidenciando la debilidad de la sentencia judicial como fuente de derecho en esta materia. Además, dado que la ley de propiedad es estatal en lugar de federal, los sistemas de registro de tierras varían entre las jurisdicciones estatales. Benito Arrunada y Nuno Garoupa distinguen entre inscripción de título y registro.⁸² Con el

⁷⁹ *Ibidem*, p. 117.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 105.

⁸¹ *Ibidem*, p. 106.

⁸² Arrunada, Benito y Garoupa, Nuno, “The Choice of Titling System in Land”, *The Journal of Law and Economics*, núm. 48, 2005, pp. 710 y 711.

modelo de registro Torrens, el registrador lleva a cabo una investigación *ex ante* de los derechos de terceros y procede a registrar el título sólo cuando no se detectan conflictos de título. Con el modelo de la simple inscripción del título, los conflictos de título se resuelven *ex post*, dependiendo de qué parte fue la primera en presentar la solicitud. En cualquiera de los modelos, reclamamos la finalidad en cuanto a que la propiedad resulta esquivada en el derecho común y la equidad —*common law and equity*—.

3. *La propiedad privada de los derechos de exploración y explotación de minerales*

En los Estados Unidos, en la práctica, el petróleo, el gas y otros minerales se rigen por la propiedad privada. En el derecho común estadounidense existe propiedad privada sobre el subsuelo, y derechos de exploración y explotación de minerales. La propiedad minera se rige preferentemente por la figura del feudo simple absoluto, pero el “arriendo de minerales”, en lugar de constituir una propiedad sobre un *nonfreehold*, se mantiene como un feudo simple determinable. Las propiedades mineras incluyen los *easements* implícitos a la superficie y al agua para las operaciones de perforación o minería.⁸³

La aplicación del sistema abierto de tenencia feudal implica que los titulares pueden separar los derechos mineros de los derechos reales a la superficie y dividir las propiedades mineras tanto horizontal como verticalmente, de la forma que consideren adecuada.⁸⁴ La facilidad con la que se pueden crear propiedades mineras fragmentadas multiplica el número de intereses

⁸³ Lowe, John, “The Easement of the Mineral Estate for Surface Use: an Analysis of its Rationale, Status and Prospects”, *Rocky Mountain Mineral Law Institute*, vol. 39, núm. 4, 1993.

⁸⁴ Louisiana es una excepción a este sistema, pues su ordenamiento jurídico pertenece a la familia jurídica romano-germánica, en la que los minerales no pueden ser reservados a perpetuidad. Hardy, George, “Public Policy and Terminability of mineral Rights in Louisiana”, *Louisiana Law Review*, núm. 26, 1996, p. 731.

reales subterráneos a los que están sujetos los depósitos minerales. Como resultado, la extracción de petróleo y gas se vuelve ineficiente sin la intervención del gobierno en el establecimiento de “unidades espaciadoras” en el área de drenaje de pozos individuales. Esta es la mejor solución a la que, por circunstancias históricas y jurídicas, se pudo llegar.⁸⁵ El sistema abierto de la propiedad real —*real property*— dificulta tanto a los titulares de propiedades mineras como a los operadores-arrendatarios encargados de la perforación y la extracción minera, generando un inusitado nivel de incertidumbre jurídica. Identificar al propietario privado de una propiedad minera ubicada en los Estados Unidos es un proceso largo y engorroso.

Los tribunales superiores aplican a los depósitos subterráneos de petróleo y gas la regla de captura, haciendo una analogía con los animales *ferè nature*: ambos son capaces de escapar y migrar. Dicha regla es incompatible con los incentivos económicos, dado que los operadores de minerales colindantes se apresuran a drenar los campos de petróleo y gas, lo que conduce al rápido agotamiento de recursos naturales no renovables y explica por qué desde Texas hasta Kansas gran parte de las fincas están tachonadas con torres y plataformas perforadoras de petróleo.

II. LA “PROPIEDAD PERSONAL” INSPIRADA EN EL IUSNATURALISMO DE CORTE RACIONALISTA

Curiosamente, hasta el día de hoy, la ley de propiedad personal en los Estados Unidos está subdesarrollada; los bienes muebles —los *chattels*, un término en francés jurídico relacionado con el ganado— son entendidos en el derecho común inglés y angloameri-

⁸⁵ Wiseman, Hannah, “Coordinating the Oil and Gas Commons”, *Brigham Young University Law Review*, 2014, p. 1560. En otras palabras, el derecho común aplica una solución contraproducente que sólo puede entenderse al analizarse desde la teoría iuseconomista del segundo mejor, véase Lipsey, Richard George y Lancaster, Kelvin, “The General Theory of Second Best”, *Review of Economic Studies*, núm. 24 (1), 1956, p. 11.

cano como una forma menor de propiedad. El sistema jurídico que rige la propiedad personal —*personal property*— se basa en la tradición del derecho natural del siglo XVIII. Los tratadistas del iusnaturalismo racionalista realizaron un ejercicio de abstracción a partir del dominio del derecho romano clásico.⁸⁶ Así se explica la distinción del iushistoriador Morton Horwitz entre la “abstracción de la idea legal de la propiedad” y la concepción “fiscalista” de la propiedad “derivada de la tierra”.⁸⁷

Traemos a colación esta distinción pues, aunque suene increíble, el derecho privado inglés no fue recepcionado en las costas de Anglo-América por medio de bibliotecas jurídicas bien surtidas de compendios completos de casos y precedentes judiciales, sino mediante una sola obra doctrinal de cuatro tomos: el tratado iusnaturalista de Blackstone. Ya en 1766, ese autor observaba con desprecio la propiedad personal⁸⁸ —empleando el término no técnico “cosas personales”—. “[T]odos los tipos de cosas móviles” son, en su baja estimación, “de una calidad perecedera” y, por lo tanto, “no se estiman de una naturaleza tan alta, ni se les presta tanta atención por la ley, como las cosas que son por naturaleza más permanentes e inamovibles”.⁸⁹ Sostuvo que en “épocas feudales” la gente era bastante ignorante “de [los] refinamientos lujosos” que la vida moderna tiene para ofrecer, pero admite que en su tiempo “la introducción y extensión del comercio y el comercio” ha hecho de la propiedad personal un asunto no del todo “insignificante” ni irrelevante para el legislador.

Blackstone admitió, además, que, en el derecho común y la equidad inglesa, el derecho de propiedad personal —*personal property*, en inglés— está subdesarrollado: “Nuestros antiguos libros

⁸⁶ Grossi, Paolo, *Le situazioni reali nell'esperanza giuridica medievale*, 1968.

⁸⁷ Horwitz, Morton, *The Transformation of American Law 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, 1992, p. 145. También ilustrativa es Seipp, David, “The Concept of Property in the Early Common Law”, *Law and History Review*, núm. 12, 1994, p. 87.

⁸⁸ Rastell, John, *Les termes...*, cit., pp. 71 y 72.

⁸⁹ Blackstone, William, *Commentaries on the...*, cit., pp. 384 y 385.

de leyes [...] a menudo no le atribuyen mayor relevancia a la propiedad [personal] [...]. No hay un capítulo en Britton o el [E]spejo [de los jueces] [...] y lo poco que se puede encontrar en Glanvil[1], Bracton y Fleta, parece principalmente tomado” del derecho romano-germánico.⁹⁰

Sin embargo, Blackstone se equivocó al identificar las causas del subdesarrollo característico de la categoría dogmática de la propiedad personal. Con la revolución industrial en marcha, los *chattels* se habían vuelto valiosos. Durante el periodo republicano temprano en los Estados Unidos, James Kent mostró interés por este tema en su tratado. Cuando trató los bienes muebles en 1827, consideró que: “[L]a ley de bienes muebles, alguna vez tan poco importante, se ha convertido en un sistema que, por su magnitud, eclipsa, en un grado muy considerable, la relevancia de los bienes inmuebles”.⁹¹ A pesar de la relevancia que adquirió el tema, los tribunales angloamericanos no fueron capaces de desarrollar la propiedad personal. En el derecho común y la equidad —*common law and equity*—, los derechos de propiedad sobre los bienes muebles siempre se han defendido a través de acciones por los tueros de *bonis asportatis* —voz latina para las mercancías transportadas—⁹², *detinue*,⁹³ *replevin*,⁹⁴ *trover*⁹⁵ o conversión,⁹⁶ más que mediante el *writ of right*⁹⁷ —una acción real reivindicatoria— en una acción por tuerco⁹⁸ —una especie de delito civil, como veremos luego— la *litis* se dirige a la mala conducta del malhechor, más que al derecho del propietario.⁹⁹

⁹⁰ *Ibidem*, p. 385.

⁹¹ Kent, James, *Commentaries on American Law*, vol. 2, 1827, p. 278.

⁹² Stimson, Frederic, *A Concise Law Dictionary...*, *cit.*, p. 150.

⁹³ *Ibidem*, p. 162.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 303.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 329.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 126.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 306.

⁹⁸ Acción de responsabilidad extracontractual.

⁹⁹ Ibbetson, David, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, pp. 110 y 111.

Como resultado, los jueces no desarrollaron la ley con respecto a la propiedad personal en esta tradición legal.

Hasta el día de hoy, en la tradición jurídica estadounidense, la propiedad personal —*personal property*— se encuentra minusvalorada y padece de un escaso desarrollo. Cuando Grant Gilmore intentó modernizar la legislación de garantías reales sobre bienes muebles o derecho prendario, se vio obligado a insertar un mini tratado sobre la propiedad personal —a nivel de “jardín infantil”— como parte del artículo 9o. del Código Uniforme de Comercio.¹⁰⁰ Hasta el día de hoy, los profesores de derecho estadounidense realmente no explican a los estudiantes ni el origen de esta clasificación ni las categorías formuladas por Gilmore. Tampoco dan cuenta de por qué en la clasificación de Gilmore todos los bienes muebles tienen su lugar. Los abogados formados en el derecho romano-germánico, familiarizados con los códigos —como su derecho privado lleva casi dos centurias codificado— podrían sorprenderse al leer el artículo 9o. Julian B. McDonnell se queja de que Gilmore estaba “obsesionado con definir” sus términos.¹⁰¹ McDonnell reconoce su desconcierto con “su elaborada división de las garantías de propiedad personal en diferentes categorías”. Con ingenio, confiesa que sus estudiantes de derecho prendario “se vuelven locos”. Se pregunta por qué Gilmore “no está dispuesto a confiar en el lenguaje cotidiano o en el de la profesión jurídica” y, en cambio, se ve “obligado a fabricar un vocabulario propio”.

La legislación anterior a este proceso de codificación sobre derecho prendario se desarrolló en los Estados Unidos prácticamente al azar.¹⁰² Durante finales del siglo XIX y principios del XX, las legislaciones estatales desarrollaron nuevas garantías reales para diferentes formas de propiedad personal —*personal proper-*

¹⁰⁰ Gilmore, Grant, “Security Law, Formalism and Article 9”, *Nebraska Law Review*, núm. 47, 1968, p. 674.

¹⁰¹ McDonnell, Julian B., “Definition and Dialogue in Commercial Law”, *Northwestern University Law Review*, núm. 89, 1989, p. 623.

¹⁰² Gilmore, Grant, *Security Interests in Personal Property*, 1965, pp. 3-293.

ty—, como equipos, inventarios y cuentas por cobrar. La prenda del derecho común, como fianza personal a un acreedor, no era una institución jurídica adecuada para la maquinaria en los albores de la revolución industrial.¹⁰³ El *chattel mortgage*¹⁰⁴ y la venta condicional¹⁰⁵ eran inadecuadas para el inventario en el floreciente mercado estadounidense del siglo XIX. El *trust receipt*¹⁰⁶ no era adecuado para empresas con cuentas por cobrar renovables regularmente en la primera posguerra, anterior a la depresión del siglo XX. Tan pronto como se crearon garantías reales no posesorias, los legisladores estatales establecieron sistemas de registro para proporcionar “información sobre los acreedores garantizados a otros acreedores garantizados”.¹⁰⁷ McDonnell logró explicar este enrevesado proceso histórico: “Es muy dudoso que los participantes en este proceso reconocieran que estaban creando nuevas instituciones para la prenda sobre la propiedad personal”.¹⁰⁸ En su libro explica: “En cambio, se enfocaron en cada figura jurídica como una institución jurídica independiente [...]. Los casos y los comentaristas no hablan del derecho prendario, sino de la ley de los *chattel mortgages*, la ley de la venta condicional, la ley de los *trust receipts*, etc”.¹⁰⁹

Homer Kripke cree que la “estructura legal del crédito garantizado se desarrolló para hacer posible la producción en masa y la distribución de bienes”.¹¹⁰ Sin embargo, para agrupar las di-

¹⁰³ El deudor perdía la posesión de las máquinas que los fabricantes ocupaban para llevar adelante sus actividades industriales.

¹⁰⁴ Gilmore, Grant, *Security Interests...*, *cit.*, pp. 24-61.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 62-85.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 86-127.

¹⁰⁷ Baird, Douglas G., “Notice Filing and the Problem of Ostensible Ownership”, *The Journal of Legal Studies*, núm. 12, 1983, pp. 55-62.

¹⁰⁸ McDonnell, Julian B., *Secured Transactions Under the Uniform Commercial Code Section 3B.02*, 1997.

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ Kripke, Homer, “Law and Economics: Measuring the Economic Efficiency of Commercial Law in a Vacuum of Fact”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 133, 1985, p. 931, nota 14.

versas prendas existentes al momento de promulgarse la mentada codificación, se solicitó a Gilmore que desarrollase una ley concerniente a la propiedad personal. Lo hizo a través de sus citadas categorías. Robert E. Scott comenta que la ley anterior al artículo 9o. con respecto a la ley de los *chattel mortgages*, la venta condicional, los *trust receipts* y el resto, había “servido a los mercados de segunda clase como medio para que los pobres obtuviesen crédito”.¹¹¹ La ley posterior al código del derecho prendario se ha convertido, en su opinión, en el eje del financiamiento privado.¹¹²

1. *Los bailments pueden ser muchas cosas*

Si tenemos en cuenta el característico subdesarrollo del derecho de la propiedad personal —*personal property*—, entonces cobran sentido algunas otras peculiaridades del derecho común y la equidad ingleses y angloamericanos. Una de ellas es el estado de confusión e incoherencia que rodea a los *bailments* en las jurisdicciones del derecho común. Cualquiera que sea la definición que se dé, los *bailments* implican aceptar la posesión sin título legal sobre propiedad personal tangible y el deber de devolver esa posesión en un momento posterior. El término *bailments* se deriva del verbo francés de “bailler”, que significa “entregar”.¹¹³ Cualquiera que sea el alcance que se les asigne, los *bailments* generalmente no se extienden ni a los bienes inmuebles ni a los bienes intangibles.

Los juristas del derecho romano-germánico tienen dificultades para comprender el concepto de figura única del *bailment* en el derecho común. Esto se debe a que el derecho civil utiliza algunas figuras interrelacionadas entre sí para referirse a los *bailments*, mientras el derecho común las agrupa bajo la égida de una sola institución.

¹¹¹ Scott, Robert E., “The Politics of Article 9”, *Virginia Law Review*, núm. 80, 1994, p. 1783.

¹¹² *Ibidem*, pp. 1783 y 1784.

¹¹³ Blackstone, William, *Commentaries on the... cit.*, p. 451.

Entre esas figuras, claramente diferenciadas en el derecho romano-germánico, es necesario distinguir entre cuasidelitos y contratos, y en estos últimos, entre contratos reales y consensuales. Entre los contratos reales se encuentran *depositum*, entrega gratuita de una cosa a otra para su custodia, suscrita en beneficio del depositante;¹¹⁴ *commodatum*, entrega gratuita de una cosa como préstamo para su uso, celebrada en beneficio del prestatario,¹¹⁵ y *pignus conuentum*, entrega de una cosa como garantía de una deuda.¹¹⁶ Entre los contratos consensuales se encuentran la *locatio conductio operis*, la entrega de una cosa a otra para que esa persona realice una determinada obra en ella,¹¹⁷ y el *mandatum*, la entrega gratuita de una cosa a otra para que esa persona se encargue de una gestión, celebrado en beneficio del mandatario.¹¹⁸ A ellos hay que agregar un cuasi delito, el régimen especial de responsabilidad objetiva —“responsabilidad estricta” en el derecho común— por pérdidas a un cliente que entregue una cosa al naviero, al posadero o al estabulario que proporciona el transporte o el alojamiento.

Importante es destacar que más allá de las diferencias conceptuales a la hora de regular la responsabilidad del depositario, el derecho común sigue los criterios del derecho romano clásico.¹¹⁹ Según este último, los prestatarios que se benefician del comodato gratuito responden por culpa levísima. En el derecho anglosajón, en los préstamos a título gratuito efectuados en beneficio del prestatario, éste es responsable “no sólo por negligencia leve, sino por la más mínima negligencia”.¹²⁰ Del mismo modo, en el derecho romano, los navieros, los posaderos o los estabu-

¹¹⁴ Story, Joseph, *Commentaries on The Law of Bailments*, vol. 3, 1832.

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 4.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 3 y 4.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ Kent, James, “Lecture XL of Bailment”, *Commentaries on American Law*, vol. 2, pp. 559-611.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 575.

arios responden de manera cuasi delictiva por las pérdidas que sufren sus clientes independientemente de su dolo o culpa. Asimismo, en el derecho común los posaderos y los transportistas comunes son “responsables por la más mínima negligencia” de ellos mismos o de sus dependientes, o inclusive “sin la menor sombra de culpa o negligencia”.¹²¹

2. La “propiedad intelectual” no es propiedad

El pensamiento del derecho común ha traído otra distorsión al mundo actual. Todos los ordenamientos jurídicos regulan y protegen los derechos de autor, las patentes y los rótulos o marcas comerciales bajo la denominación de “propiedad intelectual”. La hegemonía económica y política primero de Gran Bretaña, y luego de los Estados Unidos, impuso esta doctrina jurídica al resto del mundo. Hoy en día, los estudiosos del derecho no están de acuerdo sobre si la propiedad intelectual es propiedad en el estricto sentido de la palabra.¹²² En nuestra opinión, la propiedad intelectual es una doctrina desacertada porque fue un desarrollo doctrinario que recayó en manos de juristas anglosajones, los que no supieron hacer uso del concepto oriundo del derecho civil romano de *iura in re aliena* y ajeno a la tradición del derecho común y la equidad —*common law and equity*—.

El hecho de que esta desacertada doctrina surgiera en los Estados Unidos está cargado de ironía.¹²³ Al comienzo de la República

¹²¹ *Ibidem*, pp. 602 y 603.

¹²² Easterbrook, Frank, “Intellectual Property is Still Property”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, núm. 108, 1990. También de interés Epstein, Richard, “Liberty Versus Property? Cracks in the Foundations of Copyright Law”, *San Diego Law Review*, núm. 42, 2005, p. 1. Del mismo autor, “The Disintegration of Intellectual Property? A Classical Liberal Response to a Premature Obituary”, *Stanford Law Review*, núm. 62, 2010, p. 62. Otro autor relevante en este punto es Smith, Henry “Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information”, *Yale Law Journal*, núm. 116, 2007, p. 1750.

¹²³ Fischer, William, “Geistiges Eigentum—ein ausufernder Rechtsbereich: die Geschichte des Ideenschutzes in den Vereinigten Staaten”, *Eigentum im internationalen Vergleich*, 1999, pp. 265-292.

angloamericana, Thomas Jefferson, el testarudo propietario de una plantación en Virginia que redactó la Declaración de Independencia, escribió: “El que recibe una idea o una enseñanza de mi persona, se enriquece a sí mismo sin detrimento para mí; al igual que aquel que enciende su vela en la mía, recibe luz de mi parte sin que yo me oscurezca”.¹²⁴ En ese sentido, los economistas estiman que las patentes no son ni rivales ni excluyentes. El romanista Giuseppe Dari-Mattiacci propone trasladar las patentes al derecho de restitución¹²⁵ —suponemos, sin duda, a través de las *condictiones* que son “inconfundiblemente romanas”, a pesar de que él ni siquiera las menciona—. ¹²⁶ Sin embargo, el sistema jurídico trata las patentes como “propiedad intelectual”. En consecuencia, Dari-Mattiacci lamenta que “el litigio resultante no se enmarque en una restitución por la producción de un beneficio, sino más bien como una violación de un derecho de propiedad”.¹²⁷

También reina la confusión en la literatura jurídica con respecto a los derechos de autor. William M. Landes y Richard A. Posner argumentan que, dado que la protección de los derechos de autor en el derecho común no estatutario era perpetua, los derechos de autor también se pueden renovar indefinidamente según la ley federal.¹²⁸ Lawrence Lessig responde a este disparate con ironía. Propone que la ley federal exija el pago de una tasa de \$ 1 después de cincuenta años para continuar con la protección de los derechos de autor.¹²⁹ Mark Lemley considera que la

¹²⁴ “Carta de Thomas Jefferson a Isaac Mc Pherson” del 13 de agosto de 1813, en Bergh, Albert Ellery (comp.), *The Writing of Thomas Jefferson*, 1907, pp. 333 y 334.

¹²⁵ Dari-Mattiacci, Guiseppe, “Negative Liability”, *Journal of Legal Studies*, núm. 38, 2009, p. 21.

¹²⁶ Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, pp. 835-857.

¹²⁷ Dari-Mattiacci, Guiseppe, *Negative Liability*, pp. 53 y 54.

¹²⁸ Landes, William M. y Posner, Richard A., “Indefinitely Copyright”, *University of Chicago Law Review*, núm. 70, 2003, p. 471.

¹²⁹ Lessig, Lawrence, *Free Culture: How Big Media uses Technology and the Law to Lock Down Culture and the Control Creativity*, 2004, pp. 248 y 249.

extensión actual de la protección de los derechos de autor en la Unión Europea¹³⁰ y los Estados Unidos,¹³¹ que ha crecido desmesuradamente en el mundo moderno a través del Convenio de Berna,¹³² es nada menos que “un ataque masivo al dominio público”.

La razón por la que los derechos de autor, las patentes y los rótulos o marcas registrados deben tener una duración limitada es simple —y una que Landes, Posner, Lessig y Lemley no toman en cuenta—. Los derechos intelectuales desagregados gravan la propiedad de otros.¹³³ Como Dari-Mattiacci, proponemos una solución inspirada en el derecho romano: derechos de autor, patentes y marcas comerciales deben ser entendidos como “derechos intelectuales en la propiedad de terceros”.¹³⁴ Junto con *iura in re aliena*, los derechos de autor, las patentes y las marcas comerciales se considerarían derechos negativos y de duración limitada. En el ámbito del derecho común y equidad, Molly Shaffer Van Houweling establece la conexión entre la propiedad intelectual y las *servitudes* —terminología legal civil para *easement*, *restrictive covenants* y *equitable servitudes*—. ¹³⁵ No obstante, el derecho común no

¹³⁰ Consejo directivo 93/98 Comunidad económica europea del 29 de octubre de 1993, en *Official Journal of The European Communities* N° L 290/9, 1993.

¹³¹ “Sonny Bono Copyright Term Extension Act”, *Public Law*, núms. 105-298, United States Code Section 302, 1998.

¹³² Convención de Berna para la Protección de las Obras y Derechos de los Autores, de 1886.

¹³³ Para un sistema de derecho privado que descentraliza el orden social, es importante que los derechos sobre las cosas sean estandarizados y que a lo largo del tiempo conserven ese carácter.

¹³⁴ Título III, “De los derechos intelectuales e industriales en la propiedad de otro”, en Granado, Juan Javier del, *De Iure civili in Artem redigendo. Nuevo proyecto de recodificación del derecho privado para el siglo XXI*, pp. 92-96.

¹³⁵ Shaffer van Houweling, Molly, “The New Servitudes”, *Georgetown Law Journal*, núm. 96, 2008, p. 885. “Touching and Concerning Copyright, Real Property Reasoning in MDY Industries, Inc v. Blizzard Entertainment, Inc.”, en *Santa Clara Law Review*, núm. 51, 2011, p. 1063. “Technology and Tracing Costs: Lessons from Real Property”, en Balganes, Shyamkrshna (ed.), *Intellectual Property and the Common Law*, 2013, p. 385.

tiene un concepto general de derechos desagregados en la propiedad de otros y carece de un mecanismo subyacente que limita su duración en el tiempo.

El derecho común se enfrenta al problema de tratar la propiedad intelectual como propiedad sin ir a la raíz del problema. El derecho común perfila soluciones que sólo pueden explicarse desde la teoría iuseconomista del segundo mejor,¹³⁶ que en este campo se limitan a medios interpretativos indirectos. En ese sentido, la doctrina de *fair use* fue un desarrollo temprano en el derecho común inglés a partir del Estatuto de Ana de 1709.¹³⁷ A principios del siglo XIX, Lord Ellenborough comprendió que los derechos de autor ilimitados “pondrían grilletes a la ciencia”.¹³⁸ El *fair use*, cuya aplicación se determina caso por caso, limita los derechos exclusivos del titular de los derechos de autor si hay un uso legítimo en el ámbito de la crítica o de la enseñanza e investigación, esenciales para fomentar la libre circulación de las ideas y el debate abierto en la sociedad. Aparte del *fair use*, según la doctrina de la “primera venta”, como explica Shaffer Van Houweling,¹³⁹ el comprador de un producto gravado con derechos de autor, patentado o de marca registrada generalmente puede usar o revender el producto sin temor a reclamos por in-

¹³⁶ Lipsey, Richard George y Lancaster, Kelvin, “The General Theory of Second Best”, *Review of Economic Studies*, núm. 24 (1), 1956, p. 11.

¹³⁷ Legislación protectora de los derechos de autor, promulgada por el parlamento británico en 1709, denominado así en honor a la reina bajo cuyo mandato se promulgó. Este estatuto otorgaba protección legal a los autores de libros y a los impresores por un plazo de 14 años, renovables por un periodo igual, en el cual, sólo los impresores escogidos por el autor podían reproducir y comerciar las obras. Tras ese periodo, las obras pasaban a ser de dominio público. Este estatuto estuvo vigente hasta 1842, en que fue derogado por una nueva ley de derechos de autor.

¹³⁸ Ellenborough, Edward, “Cary vs. Kearsley”, en Espinasse, Isaac (ed.), *Reports of Cases Argued and Ruled at Nisi Prius, in the Courts of King's Bench and Common Pleas*, 1793-1807, 1804, p. 170.

¹³⁹ Shaffer van Houweling, Molly, “Exhaustion and the Limits of Remote-Control Property”, *Denver Law Review*, núm. 93, 2016, p. 951.

fracción o litigios.¹⁴⁰ Esta doctrina sostiene que los titulares de los derechos de propiedad intelectual “agotan” sus derechos sobre el producto con la primera venta.

Otro problema de esta área del derecho que podría regularse con base al derecho romano es el de las mezclas de aplicaciones y productos amparados por patentes. estimamos que para esa constelación sería muy útil aplicar la norma de *nouam speciem facere*, siempre que las patentes se mezclen.¹⁴¹ Tales soluciones serían bastante mejores que las que actualmente ofrece el derecho común y la equidad, en la que hoy existe una verdadera maraña de patentes que impide la innovación en los Estados Unidos. Cuando los inventores desarrollan nuevos procesos y técnicas, inevitablemente incorporan patentes ya existentes. Como estas patentes ya constituyen propiedad, los inventores deben negociar a través de esa “maraña” de licencias, cuyos dueños están en posición de denegar el uso o cobrar altas sumas de dinero. Además, los especuladores tienen incentivos para “troleear” en busca de patentes con el único propósito de extraer rentas de los innovadores. Estos problemas son especialmente molestos en los Estados Unidos, donde la Oficina de Patentes y Marcas Registradas concede patentes en exceso.¹⁴² Las patentes sólo deben aprobarse si los inventos “no son obvios” —involucran una “actividad inventiva” en la terminología del derecho civil— a la luz de todo el estado de la técnica. Como concluye John H. Barton, las patentes solo deben estar disponibles para “una innovación excepcional”, que representa un cambio cualitativo en la ciencia y la tecnología vigente.¹⁴³

¹⁴⁰ “Bobbs-Merrill v. Straus”, *United States Reports*, vol. 210, 1908, p. 339.

¹⁴¹ Granado, Juan Javier del, *De Iure civili in Artem redigendo...*, cit., p. 99.

¹⁴² Frakes, Michael y Wasserman, Melissa, “Does the U.S. Patent and Trademark Office Grant Too Many Bad Patents? Evidence from a Quasi-Experiment”, *Stanford Law Review*, núm. 67, 2015, p. 613.

¹⁴³ Barton, John H., “Non-Obviousness”, *Idea: The Intellectual Property Law Review*, núm. 43, 2003, p. 508.

III. LOS MECANISMOS INSTITUCIONALES PARA MANTENER LOS DERECHOS DE PROPIEDAD A LO LARGO DEL TIEMPO

Como se explicó, los abogados del derecho común han elaborado una verdadera cartografía de instituciones del derecho privado a partir de los estudios de los académicos del derecho romano-germánico. Una clasificación tradicional ideada por juristas inspirados en el iusnaturalismo racionalista consiste en los “modos de adquirir la propiedad”. Los libros de casos de derecho de propiedad en los Estados Unidos comienzan esta discusión confundiendo la categoría de propiedad personal —*personal property*— con las diferentes formas de adquirirla. Así, los estudiantes de derecho se familiarizan con la regla de la captura,¹⁴⁴ al mismo tiempo que aprenden instituciones tan *sui generis* como la *cuasi propiedad*.¹⁴⁵ Los académicos del derecho pueden actualizar la cartografía del derecho común y equidad ingleses y angloamericanos introduciendo una nueva categoría: las “formas de mantener la propiedad” —una nueva clasificación a la que se llegó enteramente a través del análisis económico del derecho—.

Los estudiosos del derecho deben reconocer que las instituciones de derecho privado deben reagrupar constantemente los derechos de propiedad debido a los cambios inexorables provocados por el paso del tiempo.¹⁴⁶ Cuando los propietarios mueren, las leyes de herencia¹⁴⁷ o de *trust*¹⁴⁸ operan para reasignar derechos de propiedad a herederos, legatarios o *cestuis que trustent*. Cuando las cosas se confunden, las doctrinas del derecho común de accesión

¹⁴⁴ Dharmapala, Dhammika, “An Economic Analysis of Riding to Hounds. Pierson v. Post Revisited”, *The Journal of Law, Economics & Organization*, núm. 39, 2002, p. 18.

¹⁴⁵ Balganesch, Shyamkrishna, “Quasi-Property: Like, but not quite Property”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 160, 2012, p. 1889.

¹⁴⁶ Heller, Michael, “The Boundaries of Private Property”, *Yale Law Journal*, núm. 108, 1999, p. 1163.

¹⁴⁷ Stimson, Frederic, *A Concise Law Dictionary...*, *cit.*, p. 220.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 329.

o *intermingling*¹⁴⁹ funcionan reasignando los derechos de propiedad a uno u otro de los propietarios, pero no a ambos. Cuando nuevas personas ocupan cosas, la ley de posesión adversa¹⁵⁰ opera para reasignar los derechos de propiedad a los poseedores después del tiempo requerido.

Los académicos del derecho también deben reconocer que las instituciones de derecho privado deben colocar constantemente los derechos de propiedad reagrupados bajo el control de un único propietario, que actúa como reclamante residual.¹⁵¹ El derecho romano clásico evitaba la formación de comunidades jurídicas cada vez que era posible. Como resultado, cada dominio está generalmente sujeto a la rectoría de un solo *pater familias*, lo que evita la necesidad de coordinación con los otros copropietarios. Cuando la copropiedad se volvía inevitable —por ser voluntaria, accidental o fortuita—, el derecho romano de obligaciones intervenía para coordinar la gobernanza de los recursos mancomunados a través del cuasi contrato de *communio incidens*. En la equidad angloamericana se considera que los tenedores en común¹⁵² tienen deberes fiduciarios entre sí. En *Van Horne vs. Fonda*, el canciller Kent explicaba: “Comunidad de interés, produce una comunidad de deberes [...] para tratar con franqueza y benevolencia unos a otros”.¹⁵³

Empero, los paralelos de las instituciones equitativas angloamericanas con el derecho romano clásico son más profundos cuando las instituciones legales abordan los caprichos de la propiedad en forma compatible con los incentivos económicos. En ambos sistemas legales, el riesgo de pérdida se traslada al comprador cuando se perfecciona una venta.¹⁵⁴ En el periodo entre la

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 58.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 66.

¹⁵¹ Alchian, Armen, “Production, Information Costs and Economic Organization”, *American Economic Review*, núm. 62, 1972, p. 782.

¹⁵² Stimson, Frederic, *A Concise Law Dictionary...*, *cit.*, p. 117.

¹⁵³ Kent, James, *Reports of Cases Adjudged in the Court of Chancery of New York by William Johnson*, vol. 5, 1821, pp. 407 y 408.

¹⁵⁴ Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations...*, *cit.*, pp. 281-292.

venta y la entrega real, los incentivos para los vendedores siguen sin alentar el cuidado y mantenimiento de la tierra. Para abordar este problema, el derecho romano de obligaciones intervenía coordinando la gobernanza de los recursos a través del cuasi-contrato de *negotiorum gestio*. Los vendedores como *negotiorum gestores* estaban obligados a cuidar la tierra para los compradores como *domini negotiorum*. En la equidad angloamericana, durante el mismo momento de la relación contractual, los vendedores también están obligados a cuidar la tierra para los compradores, quienes se convierten en *equitable owners* (propietarios según la equidad) bajo la doctrina de la *equitable conversion* bajo el derecho de propiedad real —*real property*—. ¹⁵⁵ Con la propiedad equitativa de la tierra, en lugar de un mero derecho contractual, los compradores tienen acceso a una gama más amplia de recursos contra vendedores y terceros. ¹⁵⁶

IV. LOS ABUSOS COMETIDOS CON EL AMPARO DEL DERECHO COMÚN ANGLOAMERICANO

Puede ser difícil para algunos angloamericanos aceptar los usos que se le han dado al derecho común en diferentes momentos. Los académicos de los Estados Unidos deberían, con una perspectiva histórica, evaluar los méritos y defectos relativos de su ordenamiento jurídico, a fin de no repetir los errores y abusos que acá se indicarán.

1. *El uso de la tenencia feudal para despojar a los americanos originarios de sus propiedades*

Hasta el día de hoy, la tenencia feudal define los derechos de propiedad en los Estados Unidos, herramienta legal mal uti-

¹⁵⁵ Véase el caso inglés “Paine v. Meller”, en Barr Ames, James (comp.), *A Selection of Cases in Equity Jurisprudence with Notes and Citations*, 1904, p. 227.

¹⁵⁶ Story, Joseph, *Commentaries on Equity Jurisprudence...*, cit., p. 459.

lizada por los tribunales. El primer caso de propiedad real —*real property*— que los estudiantes de primer año aprenden en clase es *Johnson v. M'Intosh*.¹⁵⁷ Allí, la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronuncia en contra de los intereses de un comprador de tierras de los americanos originarios. El gobierno federal ocupó la posición jurídica que le correspondía a la Corona británica en el ejercicio del *dominium directum*. Sin embargo, John Marshall niega a los americanos originarios el dominio útil sobre sus tierras. A través de una “una medida de trasmano, con un tono irónico, a la vez en serio y en broma”,¹⁵⁸ el juez Marshall utilizó la figura de la tenencia feudal para otorgar el estado de dueño al gobierno federal, mientras aprovechó la confusión feudal de *seisin* con posesión para negar la misma calidad —estado de dueño— a los americanos originarios. Lejos de permitir que las tribus de Illinois y Piankashaw estaban *siezed* de las tierras en cuestión, el tribunal dictamina que sólo estaban en posesión de ellas. El juez Marshall afirmó un sinsentido: “Nunca se ha afirmado que el título indio no equivalía a nada. Su derecho de mera posesión nunca ha sido cuestionado”.¹⁵⁹ En cambio, el romanista y precursor del iusnaturalismo racionalista del siglo XVI Francisco de Vitoria nunca dudó de que, cuando llegaron los colonos europeos a tierras americanas, los americanos originarios ejercían el pleno dominio sobre sus bienes.¹⁶⁰

La tenencia feudal ha permitido al gobierno federal de los Estados Unidos, a lo largo de su historia republicana, despojar a los americanos originarios de sus tierras. El término del juez Marshall para su interés real es “ocupación” —el término técnico-jurídico del derecho común y la equidad para la pose-

¹⁵⁷ *United States Report 21*, 1823, p. 543.

¹⁵⁸ Epstein, Richard, “Property Rights Claims of Indigenous Populations: The View from the Common Law”, *University of Toledo Law Review*, núm. 31, 1999, p. 7.

¹⁵⁹ *Johnson vs. M'Intosh*, p. 603.

¹⁶⁰ Basta ver la emblemática obra de Vitoria, *De indis et de iure belli relectiones*, 1557.

sión—. ¹⁶¹ Desde 1823, el significado exacto del derecho de los americanos originarios a ocupar sus tierras ha sido un tema de debate para juristas estadounidenses. Philip P. Frickey especula que los americanos originarios son tenedores por tolerancia. ¹⁶² Ciertamente no son ni licenciarios ni invasores. Sin embargo, en el derecho común estadounidense, los tenedores por tolerancia están sujetos a la expulsión inmediata ¹⁶³ y se les niega la recuperación de los *emblements* ¹⁶⁴ —francés jurídico para cultivos sembrados con grano, es decir, los *fructus industriales*—. ¹⁶⁵ La ocupación de los americanos originarios incluye los derechos tribales de pesca y caza en la tierra que ocupan y les brinda protección contra el despojo. El juez Marshall comparó su derecho de ocupación con una tenencia feudal durante años: “[E]l título de ocupación indio [...] no es más incompatible con el *seisin en fee*, que un contrato de arrendamiento por años, y podría oponerse efectivamente a su despojo”. ¹⁶⁶

En particular, la Corte Suprema establece la prerrogativa exclusiva del gobierno federal para comprar estas tierras tribales de sus ocupantes. El juez Marshall insistió: “El reclamo del gobierno se extiende al título final completo, a cargo de este derecho de posesión [pertenciente a los americanos originarios] y al poder exclusivo de adquirir ese derecho”. ¹⁶⁷ Según la Corte Suprema, nadie más puede comprarles sus tierras a los americanos originarios. Su título de ocupación es efectivamente inalienable, excepto para el gobierno federal de los Estados Unidos. El iuseconomista

¹⁶¹ Stimson, Frederic, *A Concise Law Dictionary...*, *cit.*, p. 264.

¹⁶² Frickey, Philip P., “Marshalling Past and Present: Colonialism, Constitutionalism and Interpretation in Federal Indian Law”, *Harvard Law Review*, núm. 107, 1993, p. 386.

¹⁶³ Stimson, Frederic, *A Concise Law Dictionary of Words, Phrases and Maxims*, p. 173.

¹⁶⁴ Ganancia por el cultivo que se ha sembrado, considerada propiedad personal.

¹⁶⁵ Rastell, John, *Les Termes...*, *cit.*, p. 191.

¹⁶⁶ *Johnson vs. M'Intosh v. M'Intosh*, p. 592.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 604.

Eric A. Kades argumenta que la “regla que sofoca la competencia” de *Johnson v. M’Intosh* creó un monopsonio en el gobierno federal que permitió a los colonos europeos despojar a los americanos originarios de sus tierras al menor costo posible.¹⁶⁸ La *ratio decidendi* de este caso —según Kades— “aseguró que los europeos no pujaran entre sí para adquirir las tierras indígenas, manteniendo así los precios bajos”.¹⁶⁹ Redujo aún más aquel costo la propagación de la viruela —enfermedad desconocida en América— entre poblaciones indígenas carentes de inmunidad ante esa enfermedad y la progresiva desaparición de los animales de caza que les servían de alimento y entregaban vestido. El término de Kades para el saqueo de las tierras de los americanos originarios en los Estados Unidos es “expropiación eficiente”.

Dicha realidad, para nosotros “saqueo” va más allá de las heredades de los pueblos autóctonos de Estados Unidos, sino que se extiende a otro tipo de saqueo, esta vez sobre piezas arqueológicas, que constituyen parte del patrimonio cultural de otros pueblos y Estados americanos, de habla hispana. Tal abuso se ha dado en los casos en que algunos museos se han apropiado de obras de arte precolombina y de piezas arqueológicas, sobre todo de México y Perú. Ambos pueblos consideran dicho arte y los tesoros arqueológicos parte intrínseca de su cultura. *Per contra*, en esos varios procesos incoados ante los tribunales estadounidenses, la jurisprudencia ha ignorado la doctrina de la tenencia feudal. A pesar de las reiteradas declaraciones legislativas de propiedad sobre los objetos precolombinos por parte de ambos países, en que se reitera que dichas obras de arte integran su patrimonio cultural, los jueces federales han negado los derechos de propiedad de mexicanos y peruanos sobre tales bienes. Además, el subdesarrollo del derecho de propiedad personal —*personal property*, en inglés— en el derecho común y la

¹⁶⁸ Kades, Eric A., “The Dark Side of Efficiency: *Johnson v. M’Intosh* and the Expropriation of American Indian Lands”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 148, 2000, pp. 1071-1073.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 1172.

equidad angloamericanos ha complicado los debates judiciales sobre la propiedad cultural.

En Estados Unidos *vs. McClain*,¹⁷⁰ los acusados habían sido condenados en virtud de la Ley Nacional de Propiedad Robada¹⁷¹ por conspirar para transportar y recibir objetos precolombinos a través del comercio interestatal, estando en pleno conocimiento de que estos artefactos habían sido robados en México. La Ley de Monumentos Arqueológicos de México del 11 de mayo de 1897 declaró que los monumentos arqueológicos son la “propiedad de la nación”.¹⁷² Entre los monumentos arqueológicos se incluyeron antigüedades mexicanas, códices, ídolos, amuletos y otros bienes muebles “de interés para el estudio de la civilización y la historia de los aborígenes y antiguos pobladores de América y especialmente de México”.¹⁷³

En su análisis, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de los Estados Unidos “reconoce el derecho soberano de México a declarar, por decreto legislativo, que es dueño de sus tesoros artísticos, arqueológicos o históricos nacionales”, —y afirma en forma categórica— “o de lo que esté dentro de su jurisdicción”.

No obstante su lenguaje de respeto a la soberanía mexicana, este tribunal sostiene que “[n]ada en este artículo [el artículo 1o. de la ley de 1879] constituye una declaración de propiedad”. En 1930, 1934 y 1970, el gobierno mexicano hizo nuevas declaraciones legislativas en el mismo sentido. El juez John Minor Wisdom, por falta de sabiduría y con *crasa* ignorancia jurídica, se niega a reconocer, también bajo estas leyes, los derechos de propiedad de México sobre los objetos precolombinos sustraídos ilícitamente dentro de sus fronteras.

Además de considerar los objetos precolombinos como patrimonio cultural tangible de la nación, estas leyes reconocieron el derecho a la propiedad privada sobre ellos, y establecieron res-

¹⁷⁰ *Federal Reporter, Second Series*, 1977, p. 988.

¹⁷¹ *United States Code*, 18, section 2315.

¹⁷² *Anuario de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 14, artículo 1o., 1897, p. 323.

¹⁷³ *Ibidem*, artículo 6o.

tricciones a su venta y exportación. Dado que se reconoce la propiedad privada, el juez Wisdom razona imprudentemente que las declaraciones legislativas de propiedad estatal sobre los objetos precolombinos anteriores a 1972 no son más que ejercicios de las facultades reglamentarias del Estado mexicano. Los estados de la unión anglo-americana, en la doctrina con la que el juez se identifica, tienen amplias facultades reglamentarias dentro de sus jurisdicciones para regular el uso o disposición de la propiedad privada, a fin de promover la salud y la seguridad públicas.¹⁷⁴ Mediante la utilización de este ardid, las obras de arte precolombinas fueron equiparadas con las armas de fuego. Un estado está facultado para restringir la venta de armas de fuego a delincuentes convictos. De manera similar, el juez Wisdom razona que el Estado mexicano puede restringir la exportación de objetos precolombinos mediante el ejercicio de sus facultades reglamentarias. En consecuencia, aplicando esas competencias y las posibles analogías, la calidad de detentatario de las mentadas obras de arte no equivaldría a la de *ownership*.

Wisdom, al parecer con algo de rubor ante esta curiosa analogía, se desdice de lo aseverado. “Ciertamente” —ahora utiliza un lenguaje aún más categórico—, “los artefactos precolombinos regulados por México parecen estar en una posición diferente a las armas de fuego [...]. Debido a que los artefactos no pueden sacarse legalmente del país sin una licencia de exportación, parecen tener más la calidad de *ownership* que los otros tipos de bienes”.¹⁷⁵ Sugiere que “su apariencia refleja la confusión de propiedad con posesión”.¹⁷⁶

El tribunal ignora que, en el régimen de tenencia feudal, los derechos reales pueden ser no posesorios. Wisdom razona que el “Estado adquiere propiedad sólo cuando ésta es adquirida de la misma forma en que lo hacen los particulares” —es decir, por medio de la posesión—, y aquí nuevamente se contradice, “o

¹⁷⁴ Doctrina conocida con el nombre de *police powers*.

¹⁷⁵ *United States v. McClain*, p. 1002.

¹⁷⁶ *Idem*.

cuando se declara propietario”. En su confusión, el juez Wisdom comprende la relación entre propiedad y posesión en sentido inverso: “Separar una pieza de la propiedad de un país es análogo a privar a ese país de la posesión de su propiedad, porque se priva al país de la jurisdicción sobre la propiedad”. Afirma que México nunca tuvo posesión efectiva de estos artefactos. Cuesta creer que este magistrado haya actuado con tal nivel de desconocimiento.

Sin embargo, la corte persiste en su línea argumentativa. Insiste en que “[las restricciones a la exportación son como cualquier otra restricción al poder reglamentario”.¹⁷⁷ Estas restricciones no serían en sí mismas una declaración de propiedad. De ese modo, el tribunal concluye que los objetos precolombinos que los acusados —el comerciante de San Antonio Patty McClain y otras cuatro personas— conspiraron para transportar y recibieron a través del comercio interestatal, no pudieron haber sido robados, porque México se limitó a afirmar que era su propietario. La corte ignora que, a través de sus declaraciones legislativas de propiedad en 1879, 1930, 1934, 1970 y 1972, el gobierno mexicano ejerció el *dominium directum* —propio del sistema feudal— sobre los objetos precolombinos.

Las concepciones feudales sobreviven hasta el día de hoy en el derecho público y el derecho internacional público como parte de la noción de soberanía estatal¹⁷⁸ en los ordenamientos romano-germánicos. En consecuencia, el gobierno mexicano actuó consistentemente al permitir, como un asunto propio de derecho público, que las obras de arte precolombinas fueran reconocidas como propiedad privada. Los propietarios privados tenían el *dominium utile* sobre estos artefactos.

Al igual que México, Perú ha afirmado en reiteradas ocasiones la propiedad estatal sobre objetos precolombinos, como parte de su patrimonio cultural. Al igual que México, Perú permite que la posesión de esos objetos permanezca en manos privadas.

¹⁷⁷ *Idem.*

¹⁷⁸ A modo de ilustración, véase Bodin, Jean, *Les six livres de la République*, 1576.

En *Government of Peru vs. Johnson*,¹⁷⁹ un tribunal federal inferior aplicó la sentencia del caso en *United States vs. McClain* a una acción de tuerto por conversión de objetos precolombinos presentada por el gobierno peruano. En su análisis, el tribunal de distrito reconoció que “los preciosos objetos precolombinos excavados en monumentos históricos en ese país han sido y están siendo contrabandeados al exterior y vendidos a museos y otros coleccionistas de arte. Tal conducta es destructiva de una parte importante del patrimonio cultural del Perú”, —afirmando de manera categórica—, “el demandante tiene derecho al amparo jurídico de los tribunales de los Estados Unidos en su determinación de evitar un mayor saqueo de su patrimonio”. A pesar de ese tono, este tribunal negó al Perú su propiedad sobre los objetos precolombinos incautados por el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos a un coleccionista privado angloamericano.

Para que los tribunales de los Estados Unidos reconozcan el *dominium directum* del Perú sobre la propiedad cultural, el gobierno extranjero debe hacer valer la propiedad exclusiva y prohibir por completo cualquier propiedad privada o posesión de los artefactos. Es decir, la jurisprudencia resolvió estas reclamaciones de manera inconsistente con la tenencia feudal de su ordenamiento jurídico, exigiendo al gobierno que ejerza simultáneamente el *dominium utile* sobre las reliquias.

Aquello es precisamente lo que hizo Egipto. La Ley de Protección de Antigüedades egipcia declara que todas las antigüedades encontradas dentro de sus fronteras después de 1983 son propiedad pública, y penaliza la propiedad privada o la posesión de esas antigüedades. En *Estados Unidos vs. Schultz*,¹⁸⁰ la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos aplica la sentencia de *United States vs. McClain*. El tribunal confirmó la condena en virtud de la Ley Nacional de Propiedad Robada de un comerciante de arte que había tramado para sacar de contrabando antigüedades robadas de Egipto.

¹⁷⁹ *Federal Supplement*, núm. 720, 1989, p. 810.

¹⁸⁰ *Federal Reporter*, Third Series, vol. 333, 2003, p. 393.

En vista de tales incoherencias entre el derecho privado y la jurisprudencia en estas materias, el iushistoriador James Gordley pide un cambio en la mentalidad de sus compatriotas con respecto a los bienes culturales. Propone que los tribunales de los Estados Unidos lleguen a reconocer que “dos derechos de propiedad o titularidad pueden existir simultáneamente” en los artefactos que forman parte del patrimonio cultural de una nación, “el de una parte privada para poseer el objeto pero para tratarlo con el respeto que merece” y “la del Estado para preservarlo”.¹⁸¹ En apoyo de su propuesta, cita con aprobación un caso italiano, en el que un tribunal inferior reconoce el *dominio eminente* —*dominium eminens* en latín— del gobierno de Ecuador a ciertos objetos precolombinos.¹⁸² Tiene cuidado de distinguir esta doctrina del concepto estadounidense de *eminent domain* —que es sinónimo de expropiación forzosa en el derecho común y la equidad—, e insiste con razón en que se traduzca como “propiedad suprema” o “autoridad suprema”. A pesar de la minuciosidad de Gordley como historiador del derecho, no logra comprender que el *dominium eminens* tiene sus raíces en la tenencia feudal y es parte integral del derecho común y la equidad angloamericanos. En cambio, atribuye la incapacidad de los tribunales estadounidenses para reconocer los derechos reales de los mexicanos y peruanos sobre el patrimonio cultural de sus naciones a la doctrina formulada en el siglo XIX por los juristas Christopher Columbus Langdell y Pollock, quienes definieron la propiedad como ilimitada —por no decir absoluta—.¹⁸³ Así Gordley pasa por alto que el subdesa-

¹⁸¹ Gordley, James, “The Enforcement of Foreign Law. Reclaiming One Nation’s Cultural Heritage in Another Nation’s Courts”, en Francioni, Francesco y Gordley, James (eds.), *Enforcing International Cultural Heritage Law*, núm. 110, 2013, pp. 123 y 124.

¹⁸² Tribunale di Torino, 25 de marzo de 1982, *Giurisprudenza Italiana* 123, 1982, p. 625.

¹⁸³ Langdell, Christopher, “Classification of Rights and Wrongs Part 1”, *Harvard Law Review*, núm. 13, 1900, pp. 537-556. También Pollock, Frederic, *A First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law*, 1896, p. 160.

rollo del derecho de propiedad personal en el derecho común y la equidad angloamericanos se remonta más allá del siglo XIX.

Como explicamos en este manual, la concepción jurídica de la propiedad personal —*personal property*— sigue estando poco desarrollada en la tradición jurídica inglesa y angloamericana. Por consiguiente, los tribunales estatales aplican las concepciones feudales a la propiedad personal, lo que es un claro contrasentido con el feudalismo que se refiere a la ocupación de la tierra. Un caso de propiedad personal en este ordenamiento sobre la ley de las donaciones, que leen todos los estudiantes de primer año de la carrera de derecho en el aula en los Estados Unidos es *Gruen vs. Gruen*.¹⁸⁴ Allí, la Corte de Apelaciones de Nueva York, tribunal de mayor jerarquía de ese estado, confirma la donación de un dominio directo o *future interest* sobre una valiosa pintura, que un arquitecto le hace a su hijo, conservando el padre el dominio útil o *life estate* —feudo que se detenta durante la vida natural de una persona—. Este caso está lejos de sentar un precedente judicial aislado y más bien obedece una línea de jurisprudencia constante. Otras sentencias anteriores mantienen limitaciones para crear intereses futuros sobre valores y fondos de inversión.¹⁸⁵ En los albores de la república angloamericana, el canciller Kent fue más allá que Blackstone¹⁸⁶ al afirmar que los bienes muebles admiten los intereses futuros y las estancias posesorias presentes propias del esquema feudal. Kent fue categórico en su libro al establecer que “la limitación en el *remainder* —el interés futuro que acompaña al *life estate*— es buena para todas las especies de bienes muebles”.¹⁸⁷ En la edición de 1848 agregó una calificación: “de naturaleza duradera”.¹⁸⁸ Se exceptúan de ella cosas como “maíz, heno y frutas, cuyo uso consiste en el consumo”.

¹⁸⁴ *New York Reports, Second Series*, vol. 68, 1986, p. 48.

¹⁸⁵ Véase *In re Estate Brandreth*, 169 en *New York Reports* 437, 1902, p. 441.

¹⁸⁶ Blackstone, William, *Commentaries on the...*, cit., p. 398.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 286.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 352.

La propiedad real —*real property*— en el derecho común y la equidad se sigue basando en la separación entre *dominium directum* y *dominium utile*, aunque hoy en día los juristas estadounidenses utilizan otros términos para denotarlos. Quizá pocos abogados hoy en día en Estados Unidos se den cuenta de que los otorgantes pueden crear intereses futuros y estancias posesorias presentes en la propiedad personal —*personal property*— tanto mediante los testamentos *mortis causa* como mediante las escrituras de donación *inter vivos*. Los iuseconomistas Merrill y Smith explican que actualmente “cualquier persona que quiera crear complicados intereses futuros en la propiedad personal, incluidas, por supuesto, las acciones, los bonos y las participaciones en fondos mutuos —la mayor fuente de riqueza de la sociedad actual— lo hace a través del *trust*”.¹⁸⁹ Los abogados estadounidenses han perdido de vista sus propias raíces y prácticas jurídicas y, sin saberlo, hacen vista gorda ante el saqueo del patrimonio precolombino de los pueblos mexicano y peruano. Los tribunales de los Estados Unidos deben hacer más para garantizar la protección de los bienes culturales de México y Perú. Que los jueces ignoren su propio pasado legal cuando sus museos expropián los objetos precolombinos que son vitales para la vida e identidad de estos países latinoamericanos es inexcusable.

2. *El carácter publicista de la esclavitud y de la servidumbre por indenture angloamericanas*

Como se verá en este apartado, para delimitar la diferencia entre la esclavitud hispanoamericana y la angloamericana, y sus consiguientes consecuencias, es necesario recurrir a la vieja disquisición, ya formulada por el derecho romano, entre derecho público y privado. Conscientes que esta distinción ha perdido relevancia en la tradición romano-germánica, con ocasión

¹⁸⁹ Merrill, Thomas W. y Smith, Henry, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, p. 18.

de la progresiva constitucionalización de todo el derecho, y que los conceptos de derecho público y privado están sujetos a un sin fin de reinterpretaciones en la actualidad, nos resulta imposible sustraernos de la connotación histórica de esas definiciones para ilustrar la naturaleza de estas instituciones en el derecho y la equidad angloamericanas.

Ya formulado en las *Institutas* de Justiniano, el derecho público se ocupaba de la cosa romana mientras el derecho privado tenía como criterio orientador la utilidad de los particulares. Esa distinción se ordenó, a partir del siglo XVI, con base a dos ámbitos jurídicos, cuyos sujetos son *populus* y *privus*, aunque en esa misma época se comenzó a desarrollar la idea de que el poder público debía asumir algún grado de intervención en los asuntos particulares, a fin de evitar abusos y proteger a la parte más débil, lo que a partir del siglo XIX constituiría la esfera del derecho público. Será esta tendencia la que llevará a algunos juristas de avanzada a establecer que hay un derecho público por su objeto y origen, y otro que regula mandatos y prohibiciones de la esfera privada. Esta investigación se refiere al derecho de las personas y de la familia en aspectos no necesariamente patrimoniales, demarcando una importante diferencia entre el derecho común y la equidad inglesa y el derecho civil romano-germánico. La esclavitud india velará mucho más por el interés privado, dando mayor espacio a negociaciones de carácter patrimonial, mientras que ese carácter es mucho más difícil de determinar en el derecho colonial angloamericano.

El desarrollo de las nuevas instituciones que se crearon en Hispanoamérica y Angloamérica partieron de concepciones distintas. Hubo un trasplante del derecho privado castellano a América, el que se aplicó en conjunto con un intrincado sistema de normas de índole pública mediante cédulas y pragmáticas reales,¹⁹⁰ que conformaron las leyes de indias, en aquellos reinos

¹⁹⁰ El derecho indiano estaba conformado por distintos tipos de normas, entre las cuales, aparte de las arriba mencionadas, destacaron las reales órdenes,

integrantes de la Corona castellana. Por otro lado, el derecho común y la equidad ingleses, sistema de derecho privado cuya doctrina y praxis se trasplanta a América con todos sus defectos y virtudes fue complementado con nuevos desarrollos legislativos que partieron del derecho público. Tal fue el caso de la esclavitud y una especie de servidumbre, instituciones que convivieron en Angloamérica y que constituyen genuinas creaciones de los órganos legislativos de las respectivas colonias inglesas.¹⁹¹

La esclavitud, institución siempre atentatoria contra la dignidad humana y muestra de cuán abyecto puede llegar a ser el hombre, conoció una de sus versiones más inhumanas y económicamente ineficientes en Anglo-América debido a su naturaleza de derecho público.

Pero no se puede estudiar la esclavitud en el derecho privado estadounidense sin poner de relieve que, junto con la esclavitud africana, hubo otro tipo de servidumbre prácticamente desconocida entre nosotros, practicada a lo largo y ancho de todas las colonias inglesas. Poco se sabe en nuestro ámbito que muchos colonos ingleses llegaron a América por medio de una forma voluntaria de servidumbre forzosa, a la que se sometían, denominada “servidumbre por *indenture*”, desconocida entre los abogados de formación romano-germana. La colonización inglesa, mediante esta figura contractual, reducía al colono a bien mueble por un plazo variable, generalmente de siete años.

A principios de la década de los setenta, en una obra que fue calificada como “peligrosamente cercana a ser un himno a la esclavitud”, los iuseconomistas Robert W. Fogel y Stanley L. Engerman argumentaron que la esclavitud había sido más humana de lo que se creía, y que configuró un sistema económico social-

bandos, decretos, rescriptos, sentencias y autos acordados. Es necesario tener presente que cada época tuvo sus propias preferencias normativas.

¹⁹¹ Las colonias inglesas se organizaron sobre la base de asambleas legislativas, cuya finalidad era auxiliar al gobernador, designado por el monarca. Estas asambleas eran dos: los miembros de una de ellas eran electos entre los propietarios de bienes raíces (Cámara baja), mientras los integrantes de la otra eran designados por el gobernador de la respectiva colonia (Cámara alta).

mente eficiente¹⁹² e incluso próspero.¹⁹³ Que los esclavos estuvieran mejor vestidos y recibiesen mejor atención médica que los trabajadores libres durante el siglo XIX, en los estados sureños, difícilmente puede interpretarse como un reconocimiento de la dignidad humana. En su detallado análisis, Fogel y Engerman sugieren que el sistema de producción de pandilla o *gang* hizo de la agricultura sureña anterior a la Guerra de Secesión un sistema de producción eficiente, con incentivos compatibles en lo económico. Afirman que este sistema “obligó a los hombres a trabajar al ritmo de una línea de montaje —llamada «pandilla»—, haciendo que los esclavos fueran más eficientes que los trabajadores libres.¹⁹⁴ La pandilla jugó un papel comparable a la producción fabril o, en una fecha posterior, a la línea de montaje, en la regulación del ritmo de trabajo”.¹⁹⁵ Ese sistema aumentó la intensidad del trabajo por hora del esclavo. Pero la explicación de Fogel y Engerman se desmorona si consideramos que los trabajadores libres también podrían haber prestado funciones en las pandillas, como efectivamente lo hicieron años después en industrias como la procesadora de carne y la automotriz.

El motivo por el que las economías agrícolas del sur, basadas en el cultivo del tabaco y el algodón, utilizaban mano de obra esclava fue expuesto claramente a mediados del siglo XVIII por el polímata Benjamin Franklin. Según Franklin “los esclavos son utilizados cuando el amo quiere o los necesita para su trabajo; mientras que los jornaleros a menudo dejan a su empleador, incluso en medio de las faenas, y se establecen por sí mismos”.¹⁹⁶ A

¹⁹² Fogel, Robert y Engerman, Stanley, *Time on the Cross. The Economics of American Negro Slavery*, 1974, pp. 107-126.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 210.

¹⁹⁴ Fogel, Robert y Engerman, Stanley, “Explaining the Relative Efficiency of Slave Agriculture in the Antebellum South”, *The American Economic Review*, núm. 67, 1977, p. 294.

¹⁹⁵ *Idem*.

¹⁹⁶ Franklin, Benjamin, *Observations Concerning the Increase of Mankind, Peopling of Countries* 5-6, 2a. ed., 1918.

pesar de la continua afluencia de colonos europeos, la abundancia de tierra en el continente americano hizo que la mano de obra libre fuera cara de contratar y difícil de retener. Años después, el economista Adam Smith dio algunas luces sobre la ineficiencia de la esclavitud. Según ese famoso economista, los esclavos que “no pueden adquirir nada más que [su] alimentación y que no cuentan con incentivos adecuados, trabajan sólo para recibir sus alimentos, sin interesarse por la producción. Cualquier otro trabajo era obtenido por medio de la coacción, pues los esclavos no se interesaban por faenas no retribuidas”.¹⁹⁷

Posteriormente, Engerman y David Eltis reconocen que el trabajo forzoso es una realidad que se encuentra entre dos polos: libertad y esclavitud.¹⁹⁸ Entre ambos polos se encuentran la servidumbre por *indenture*, el trabajo de los convictos, el peonaje por deudas, la encomienda indiana en sus muy variadas y múltiples derivaciones y la villa feudal. Las mencionadas figuras representan distintas constelaciones entre esclavitud y trabajo forzoso, siendo la esclavitud en el derecho común y la equidad angloamericanos la más alejada de la libertad y la dignidad humana.

Por el contrario, destacó por su morigeración la legislación castellana, trasladada a la América española.¹⁹⁹ Tal realidad fue puesta de relieve a mediados del siglo XX, por el experto en historia mexicana Frank Tannenbaum, quien sorprendió a los angloamericanos al mostrar que la institución de la esclavitud se desarrolló en un “escenario moral y legal” diferente en Hispanoamérica.²⁰⁰ Harry A. Overstreet manifestó su sorpresa ante esa tesis,²⁰¹ reco-

¹⁹⁷ Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, vol. 1, 1776, p. 471.

¹⁹⁸ Fogel, Robert y Engerman, Stanley, “Dependence, Servility and Coerced Labor in Time and Space”, *The Cambridge World History of Slavery (1420-1804)*, 2011, p. 3.

¹⁹⁹ Pérez-Vega, Ivette, “An Account on Slavery in Puerto Rico: Historic Slave Legislation, 16th to 19th Centuries”, *Quaestio Iuris*, núm. 10, 2017, p. 1828.

²⁰⁰ Tannenbaum, Frank, *Slave and Citizen: The Negro in the Americas*, 1946, p. 42.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 520.

nociendo que “la mayoría de los [anglo]americanos tienden a agrupar toda la esclavitud como si fuera del mismo tipo” y que el libro de Tannenbaum no era motivo de orgullo para su pueblo. La tesis en comento ha proporcionado material para un debate académico interminable, dando lugar a innumerables controversias por más de setenta años. No obstante, el latinoamericanista Alejandro de la Fuente informa que un creciente número de estudios a principios del milenio “reivindica un elemento clave del enfoque de Tannenbaum: la importancia de la esclavitud”.²⁰²

La académica del derecho estadounidense Michelle A. McKinley explica que Tannenbaum estaba “intrigado por lo que él percibía correctamente como un tratamiento legal diferente de los esclavos en comparación con la experiencia anglófona”.²⁰³ Hispanoamérica recepcionó su legislación sobre la esclavitud del derecho castellano y romano e incorporó sus disposiciones de derecho privado. El derecho romano, por influencia del cristianismo, mitigó y humanizó su normativa respecto a la esclavitud.²⁰⁴ Dicha normativa fue recepcionada por Castilla, donde el tráfico de esclavos tuvo como límite la protección de la familia. Hoy en día resulta innegable que estas disposiciones protegían a los esclavos de innumerables formas. El mecanismo más importante que empleó el derecho romano para hacer de la esclavitud una institución temporal fue el reconocimiento de la capacidad de los esclavos para administrar un *peculium*, y con él comprar su libertad.²⁰⁵

Watson explica que a los esclavos “con frecuencia se les daba un fondo llamado *peculium*, que técnicamente pertenecía a su dueño pero que podían usar como propio dentro de los límites esta-

²⁰² Fuente, Alejandro de la, “From Slaves to Citizens? Tannenbaum and the Debates on Slavery, Emancipation and Race Relations in Latin America”, *International Labor and Working Class History* núm. 77, 2010, p. 163.

²⁰³ McKinley, Michelle, “Fractional Freedoms: Slavery, Legal Activism and Ecclesiastical Courts in Colonial Lima, 1593-1689”, *Law and History Review*, núm. 28, 2010, p. 755.

²⁰⁴ Watson, Alan, *Roman Slave Law*, 1987.

²⁰⁵ Véase la discusión acerca de las prácticas de manumisión en el derecho romano.

blecidos por el amo”.²⁰⁶ Además, indica que “era común, aunque no legalmente requerido, que los amos permitieran a los esclavos comprar su libertad con el *peculium*, al precio que el dueño fijara”.²⁰⁷ El derecho indiano fue en este aspecto más allá del derecho romano. El derecho privado castellano permitía a los esclavos “requerir ante tribunales el cumplimiento del pacto de manumisión” y que “ante la judicatura se fijase un precio razonable por la libertad”.²⁰⁸ En Hispanoamérica, los esclavos podían comprar su libertad “a plazos”. El cuidadoso trabajo de archivo de McKinley documenta que los esclavos participaron en “foros de compras” donde los intereses de los “dependientes legales” siempre encontraron apoyo en alguna autoridad indiana. Importante es destacar que en el mundo indiano había una gran cantidad de organismos con jurisdicciones propias, independientes entre sí. Dichos órganos y jurisdicciones actuaban como límites o barreras de contención. En la práctica, en el mundo indiano, no existía ningún poder absoluto. Las dos principales jurisdicciones eran la civil y la eclesiástica. Normalmente, los esclavos siempre encontraban cobijo en alguna de ellas.²⁰⁹

La realidad en las colonias inglesas era diametralmente opuesta. Así se entiende que en el extremo más brutal se encuentra la legislación del derecho común y la equidad —*common law and equity*—. La Inglaterra feudal tenía villanos, pero no esclavos (al menos a inicios de la época moderna). A fines del siglo XVIII, Blackstone afirmaba que la ley de Inglaterra “no sostendrá” la existencia de la esclavitud,²¹⁰ afirmación que a principios del siglo XIX el canciller Kent repetía en su tratado.²¹¹ Lord Mansfield sostenía que el derecho positivo inglés no reconocía la esclavitud

²⁰⁶ Watson, Alan, *Slave Law in the Americas*, 1989, p. 24.

²⁰⁷ *Idem.*

²⁰⁸ *Idem.*

²⁰⁹ McKinley, Michelle A., *Fractional Freedoms: Slavery, Intimacy and Legal Mobilization in Colonial Lima, 1600-1700*, 2016, p. 243.

²¹⁰ Blackstone, William, *Commentaries on the... , cit.*, p. 424.

²¹¹ Kent, James, *Commentaries on the... , cit.*, pp. 201 y 202.

en *Somerset vs. Stewart*.²¹² Allí, un esclavo había acompañado a su amo, domiciliado en Virginia, en un viaje a Londres, donde éste intentó dejar el servicio, por lo que fue encadenado por el capitán del barco en el río Támesis. El iushistoriador George W. Van Cleve afirma que este caso “alteró no solo el marco inglés, sino también, en última instancia, el marco [anglo-]americano de la ley de la esclavitud”.²¹³ Debido a que el derecho escrito inglés no reconocía la esclavitud, la respectiva normativa tuvo que desarrollarse en las colonias inglesas “desde cero”.²¹⁴ Durante el transcurso del siglo XVIII, las legislaciones coloniales lo desarrollaron lentamente, a través de numerosos estatutos.²¹⁵ Como resultado, el derecho angloamericano de la esclavitud “poseía una dimensión [de derecho] públic[o], que contrasta fuertemente con el derecho romano, de marcado enfoque iusprivatista”.²¹⁶ Prueba lo anterior el hecho que en el sur de los Estados Unidos durante el periodo anterior a la Guerra de Secesión angloamericana, “se podría decir que un esclavo pertenecía a todos los ciudadanos”.²¹⁷ “Los ciudadanos estaban organizados por ley en patrullas para recuperar a los fugitivos” y que “un esclavo de una plantación podía ser detenido e interrogado sobre sus actividades por cualquier blanco”.²¹⁸ El canciller Kent observaba que “si un esclavo era encontrado solo, podía ser golpeado impunemente por cualquier hombre libre, sin necesidad de alegar causa alguna,” llegando la ley incluso a proveer fondos públicos para que cada pueblo contase con “un azotador común”.²¹⁹ Los ciudadanos tenían deberes de derecho público para capturar y devolver a los esclavos fugitivos, y los amos se vieron obligados, bajo sanciones penales,

²¹² *The English Report* 98, 1772, p. 510.

²¹³ Van Cleve, George W., “Somerset’s Case and its Antecedents in Imperial Perspective”, *Law and History Review*, núm. 24, 2006, p. 601.

²¹⁴ Watson, Alan, *Slave Law...*, *cit.*, p. 63.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 65.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 66.

²¹⁷ *Idem*.

²¹⁸ *Idem*.

²¹⁹ Kent, James, *Commentaries on the...*, *cit.*, pp. 205 y 206.

a castigar a los fugitivos. Los estados sureños de la unión angloamericana intervinieron prohibiendo a los amos “enseñarles a leer o escribir” y ni siquiera les permitían participar en actividades económicas a pequeña escala, como alquilar su tiempo o tener sus propios “caballos, ganado, y cerdos”.²²⁰ Todos estos antecedentes dejan en claro que el interés privado no predominaba la legislación de cada colonia sureña. Si cualquiera podía golpear al esclavo de manera impune significa que tampoco el interés patrimonial del propietario estaba bien resguardado.

Tannenbaum subraya que la diferencia fundamental en las leyes de esclavitud de las Américas radica en la facilidad y frecuencia de la manumisión en Indias. Si bien “favorecer la manumisión es quizás el rasgo más característico y significativo [del diseño del mecanismo]” de la institución de la esclavitud en Hispanoamérica, en los Estados Unidos “la oposición a la manumisión y la negación de ésta son el aspecto principal de la esclavitud”.²²¹ Afirma que en Anglo América, “se colocaron obstáculos legales en el camino de la manumisión, desalentándola de cualquier otra manera”.²²² Los estados del sur llegaron incluso a imponer una serie de restricciones legales a la manumisión, a fin de disuadir a los amos de liberar a sus esclavos negros.²²³

Virginia fue un típico estado esclavista. Su ordenamiento jurídico ni siquiera permitía la manumisión. Cuando los esclavos de Virginia tenían la suerte de ser manumitidos se veían obligados a abandonar el estado. Para ser libres tuvieron que tomar la “dolorosa decisión de dejar atrás a sus hijos y otros miembros de la familia”.²²⁴ Además de sufrir las humillaciones propias de la

²²⁰ Watson, Alan, *Slave Law...*, cit., p. 66.

²²¹ Tannenbaum, Frank, *Slave and Citizen...*, cit., p. 69.

²²² *Ibidem*, p. 65.

²²³ Wahl, Jenny, “Legal Constraints on Slave Masters: The Problem of Social Cost”, *American Journal of Legal History*, núm. 41, 1997, pp. 13-16.

²²⁴ Higginbotham, Leon y Higginbotham, F. Michael, “Yearning to Breathe Free: Legal Barriers Against and Options in favor of Liberty in Antebellum Virginia”, *New York University Law Review*, núm. 68, 1993, p. 1266.

esclavitud, los esclavos manumitidos fueron forzados al ostracismo —en el sentido del griego antiguo del término—. En lo que es un patrón familiar en los Estados Unidos, los angloamericanos usaron y abusaron de los esclavos, para luego deportarlos (nos apresuramos a agregar que este patrón continúa con las leyes federales de extranjería en los Estados Unidos al aplicarlas a los mexicanos). Además, en el colmo de las ironías, la legislatura de Virginia autorizó la reventa de esclavos manumitidos para satisfacer las deudas pendientes contraídas por sus antiguos amos. Su libertad quedó “perpetuamente condicionada a la solvencia financiera” de sus antiguos amos.

Como si todo lo anterior fuese poco, las cortes de Virginia se negaron a hacer cumplir los contratos de manumisión entre esclavos y sus amos,²²⁵ incluso cuando los contratos se “cumplieron plenamente por parte del esclavo”, y se negaron a liberar a los niños junto a sus padres manumitidos “sin tomar en cuenta razón alguna de humanidad”.²²⁶

Según Tannenbaum, en las regiones en las que la ley de esclavitud no solo sancionó la manumisión, sino que la alentó, la “mancha social de la esclavitud no era ni profunda ni indeleble”. La esclavitud y la raza se han entrelazado en la imaginación de los angloamericanos mucho más que entre los hispanoamericanos. La manumisión hizo que la institución de la esclavitud en Hispanoamérica se pareciera más a la servidumbre por *indenture* de Anglo América, en la medida en que la esclavitud no era un estado permanente, sino en muchos casos sólo temporal.

Blackstone entendió la esclavitud en términos iusnaturalistas como un “poder absoluto e ilimitado [...] otorgado al amo sobre la vida y la fortuna del esclavo”.²²⁷ La relación amo y sirviente —el término técnico-jurídico para la relación de dependencia

²²⁵ Schweninger, Loren, *Appealing for Liberty: Freedom Suits in the South*, 2018.

²²⁶ El juez William H. Cabell lo dice de una manera desvergonzada y sacrilega en *Stevenson vs. Singleton*, 28 Cases decided in the Supreme Court of Appeals of Virginia, 1829, p. 73.

²²⁷ Blackstone, William, *Commentaries on the... , cit.*, p. 423.

laboral en el derecho común y la equidad— implica el “mismo estado de subyugación”.²²⁸ Los estudiosos del derecho romano-germánico pueden sorprenderse al escuchar que, en el derecho común inglés, se interpretaba que los amos tenían derechos reales —Blackstone lo llama abiertamente “propiedad”²²⁹— sobre el servicio de sus dependientes contratados a quienes pagan salarios. De la misma manera que el arrendamiento es otra forma de tenencia feudal, el arrendamiento de servicios transforma a los dependientes en domésticos que pasan a formar parte del patrimonio y la familia de sus amos.

Es decir, en el derecho común la relación de dependencia laboral pertenece al derecho de las cosas, no al derecho de las obligaciones. Como jefes de la finca y del hogar, los amos podrían infligir castigos corporales para disciplinar y corregir a sus sirvientes “por negligencia y otras malas conductas”, aunque Blackstone recomienda que se haga “con moderación”.²³⁰ Cuando la iushistoriadora Lea VanderVelde afirma que “tendemos a creer que los azotes eran la condición *sine qua non* de la esclavitud”²³¹ y que “los trabajadores golpeados no eran sólo los esclavos,”²³² corrobora que no solo la esclavitud sino que todas las figuras incluidas en las relaciones de dependencia laboral pertenecían al derecho de las cosas.

Para mayor abundamiento en este aspecto del derecho común resulta pertinente tener a la vista las observaciones del iushistoriador Robert Steinfeld, referentes a que pocos recién llegados a las colonias inglesas disfrutaban de libertad para trabajar.²³³

²²⁸ *Ibidem*, p. 425.

²²⁹ *Ibidem*, p. 429.

²³⁰ *Ibidem*, p. 428.

²³¹ VanderVelde, Lea, “The Last Legally Beaten Servant in America: from Compulsion to Coercion in the American Workplace”, *Seattle University Law Review*, núm. 39, 2016, p. 731.

²³² *Idem*.

²³³ Steinfeld, Robert, *The Invention of Free Labor. The Employment Relation in English and American Law and Culture. 1350-1870*, 2002, pp. 60-62.

Si bien solíamos pensar que la esclavitud reemplazó la práctica de la servidumbre por *indenture*, el iuseconomista David W. Galenson muestra que la cantidad de sirvientes calificados que se trajeron bajo el régimen contractual del *indenture* era proporcional a la cantidad de esclavos no calificados importados.²³⁴ En el derecho común inglés, los aprendices y otros sirvientes podrían ser contratados por términos específicos a través del *indenture* —contratos escritos en un pergamino o sellados—. Describe que a cambio de un “pasaje pagado en barco y otras prestaciones como alimentación y vestuario, los inmigrantes prometieron trabajar por un periodo fijo, generalmente de cuatro a siete años”.²³⁵

Como el derecho angloamericano de esclavitud, la ley de servidumbre por *indenture* era una elaboración doctrinaria colonial, con marcado carácter publicista. Nuevamente, tomando a Virginia como paradigma entre las distintas colonias inglesas, es necesario recordar que en ella se importaron sirvientes contratados para los primeros asentamientos a principios del siglo XVII. Como la relación de amo y sirviente en servidumbre por *indenture* era desconocida para el derecho común inglés, la práctica en Virginia dependía “enteramente para su sanción de estatutos locales especiales, o de la acción de tribunales que no tenían precedentes antes que ellos”.²³⁶ Los tribunales de Virginia ampliaron el concepto inglés de sirviente como bien mueble y “parte del patrimonio personal de [sus] amos” para reconocer el derecho asumido por los amos de asignar a sus sirvientes, independientemente de “si [estos] dieron [su] consentimiento o no”.²³⁷ Además, la legislatura de Virginia dispuso la ejecución de contratos y ofreció recompensas por la persecución y recuperación de los sirvientes

²³⁴ Galenson, David W., *White Servitude in Colonial America: An Economic Analysis*, 1984, p. 174.

²³⁵ Galenson, David, “The Rise and Fall of Indentured Servitude in the Americas: an Economic Analysis”, *Journal of Economic History*, núm. 44, 1984, p. 3.

²³⁶ Ballagh, James Curtis, *White Servitude in the Colony of Virginia: a Study of the System of Indentured Labor in the American Colonies*, 1895, p. 46.

²³⁷ *Ibidem*, pp. 43 y 44.

fugitivos. Las sanciones penales iban desde azotes, adiciones de tiempo (de uno a siete años,) a marcar con hierros, en caso de que los sirvientes que no cumplieron sus contratos. En Virginia, las autoridades dispusieron la “construcción de un poste de azotes en todos los condados” y la ley “finalmente no hizo distinción entre sirvientes fugitivos y esclavos”. Como resultado, la naturaleza de derecho público de la esclavitud y la servidumbre por *indenture* hizo que ambas instituciones fueran particularmente brutales para los angloamericanos.