

Es este un precioso opúsculo en que el autor, en el cenit de su vida, aborda el tema del suelo (o de la tierra), a través de los conceptos jurídicos de "posesión" y "espacio"; y sus vinculaciones con la "propiedad" y las "preferencias posesorias", para aplicarlo al espacio aéreo y al marítimo (y a la pesca). Se trata de un texto breve; de una monografía editada en forma de libro (en los "Cuadernos Civitas"); cuyo método de exposición ha sido simplificado al máximo, con algunas definiciones iniciales y un desarrollo cuidadoso. No hay notas bibliográficas ni citas de autores, salvo algunas obras especialmente relevantes, o significativos pasajes del Evangelio. Es el pensamiento, vertido en texto, de un sabio autor, que conecta su exposición con trabajos anteriores suyos, ya sea sobre la temática o con sus textos generales de derecho romano.

1. *La exposición de d'Ors*. 1. Inicia su trabajo con un esfuerzo de intelección de los dos términos básicos: "posesión" y "espacio"; define la ocupación, como término jurídico, así: "una preferencia personal sobre un determinado suelo" (p. 12); se distingue de "espacio", que es un término filosófico, frecuentemente relacionado con el "tiempo"; como "la totalidad del ámbito de lo sensible" (pp. 12/13).

Luego vincula lo anterior con la "propiedad", que llegó a ser hoy un "derecho subjetivo" (cuyo sentido moderno, recalca una vez más nuestro autor, como en toda su obra, se diferencia con el *dominium* romano). Señala que la idea de "propiedad como preferencia relativa respecto a otras sobre el mismo objeto", se relaciona con: a) el derecho de "conurrencias reales voluntariamente establecidas" (servidumbres prediales); b) las limitaciones legales de la propiedad; c) la existencia de un "dominio eminente" de nivel superior; e incluso con d) las posibles "preferencias temporales de personas determinadas sobre suelo común del grupo superior, del tipo que la romanística conoce como "derecho de preocupación" sobre suelo público (p. 20). Da como ejemplo de esto último el caso de reserva de un puerto de pesca en un río público.

Aquí aparece la médula de su exposición: "probar la relatividad y modificabilidad de esa

preferencia posesoria que llamaremos "propiedad" (p. 20). Relaciona en seguida "posesión" y "propiedad"; señala cómo aquella es una "posición personal de hecho" (p. 21); y que modernamente se habla de un "derecho a poseer", de un *ius possidendi*, con lo que la posesión también llegó a ser un derecho subjetivo.

Arriba así a la conclusión de que en realidad, "el llamado "derecho de propiedad" no es más que una preferencia sobre cosas determinadas judicialmente protegida" (p. 22); esto significaría que desde este punto de vista de la "preferencia" no hay derechos "reales", sino que toda preferencia es "personal" (p. 22).

Así, concluye, "sobre un mismo suelo, pueden concurrir preferencias posesorias de distinto rango, cada una en función de su propia utilidad" (p. 26).

Asimila las "*preferencias concurrentes*" al caso del propietario que posee un suelo, sobre el que existe al mismo tiempo un "dominio eminente" del Estado; lo que sería similar a la "conurrencia natural de preferencias múltiples" (p. 26), que él desea probar que existen. [Nótese, en todo caso, cómo el autor ha traído al presente, directamente conceptos romanos; y cómo, además, asimila la situación del "dominio eminente" del Estado a la propiedad. Métodos de trabajo ambos que influirán en sus conclusiones, que nosotros discutiremos].

2. Luego se ocupa nuestro autor de la Geopolítica, revisando los conceptos de su anterior *Sistema de las Ciencias*. Expone el pensamiento de autores desde el s. XIX (pp. 27-41), en un desarrollo algo lato, con relación al objeto del trabajo; relato que omitiremos.

3. Se ocupa en seguida de las preferencias posesorias de los grupos sociales, y del "principio de subsidiariedad" (pp. 42 y ss.), para lo cual sistematiza diferentes niveles de preferencias posesorias, que se seguirían por los mismos criterios que el principio de subsidiariedad, en especial la autonomía: a) familia; b) empresas; c) ciudades; d) comarcas; e) regiones; y f) naciones.

Recalca cómo hoy el uso ha tendido a identificar la Nación con el actual Estado (p. 52); él mismo reconoce que procura no hablar de Estado: "doy a Nación el ámbito de los actuales Estados" (pp. 52). [No obstante, el autor utiliza para cons-

truir su argumentación, en otras partes de su libro, el concepto de dominio eminente "del Estado" vid. (p. 26).]

4. Luego se refiere a los "grandes espacios", (pp. 55-63); para detenerse al final: a) en el "espacio aéreo" (pp. 64-66); b) en las preferencias en el espacio marítimo (pp. 67-76); y c) en las preferencias pesqueras (pp. 72-76). Ya veremos que su libro no habría sufrido si tuviese como subtítulo las preferencias de espacio marítimo y pesqueras; pues aquí se condensa casi toda su argumentación (e interés).

a) Respecto del espacio aéreo, se refiere a las organizaciones o redes no-territoriales, relativas a "comunicaciones por el aire", lo que no requiere posesión de un suelo.

b) Pero el tema de las preferencias en el espacio marítimo es más densamente desarrollado. Recuerda el autor el antiguo principio del mar como *res communis*, y por tanto inapropiable, el que "ha sido perturbado por una extensión analógica de la propiedad de la tierra, que ha venido a recaer en la idea de que es una *res publica* y, por tanto, de los distintos Estados, aunque con una insuperable dificultad de reparto" (p. 68).

Respecto de las aguas "continentales", nuestro autor señala que: "algo parecido ha ocurrido con las otras aguas, que, al dejar de ser una *res communis*, han venido a ser "del Estado". En realidad, el agua, como cosa esencialmente consumible que es, en tanto no se "especifica" por el envase, no es susceptible de propiedad, pues no tiene más utilidad que el uso de su consumo directo" (p. 68).

Se refiere solo de pasada al principio del mar "libre", *mare liberum*.

Agrega que la "perturbación territorialista" del tema del mar, empieza con la pretensión de extender la propiedad de las costas, que sí son "públicas", hasta una distancia de mar adentro (p. 69). Agrega que una nueva perturbación de la idea del mar como *res communis* no susceptible de propiedad ni privada ni pública, ha sido la de "pretender una continuidad entre el fondo del mar y la inmediata tierra aparente, con lo cual se equipara la explotación de los materiales encerrados en ese fondo marítimo con la de los subterráneos" (p. 70). Indica que esta es una división tan solo aplicable a los pueblos costeros; y que excluye de esos bienes submarinos a los pueblos que carecen de costas (p. 70).

Dice que: "el fondo del mar no debe seguir el régimen de la posesión de tierras, sino el de ocupación de islas que han venido a emerger en el mar" (p. 70).

Entonces, nuestro autor, romanista insigne, señala cómo aquí la doctrina romana sería orientadora para resolver nuevos problemas, describiendo la solución que ella daba a la isla "nacida" en el mar -*insula in mare nata*-, la que a su juicio era *res nullius*, es decir, sin actual dueño y, por ello, "ocupable" (p. 71).

Tal doctrina, a su juicio, sirvió para la atribución de tierras desconocidas a favor de los descubridores (p. 71); y agrega que este puede seguir siendo el régimen para la explotación del fondo marítimo: "la preferencia posesoria del descubridor de un yacimiento que se encuentra en condiciones técnicas de explotar razonablemente su descubrimiento" (p. 71).

Lo vincula al régimen romano del llamado "derecho de pre-ocupación", que era una ventaja para explotar un lugar público; proponiendo nuestro autor algo parecido para la explotación del fondo del mar como *res nullius*, como una preferencia posesoria temporal "en la medida de la utilidad de su explotación" (p. 72).

Nuestro autor recuerda que no se trataría de algo muy distinto del régimen romano de la explotación minera, como seguiría siendo la del fondo submarino, según la cual se daba en Roma cierta preferencia a la empresa explotadora sin perjuicio del eminente dominio público sobre el subsuelo terrestre (p. 72).

c) *Las preferencias pesqueras*. Al final de su libro ofrece el autor el cierre conclusivo relativo a las "preferencias pesqueras"; y aplicado, al "derecho de pesca en el mar", que "es hoy un tema muy conflictivo" (p. 72).

A su juicio el "derecho de pre-ocupación es posible en el fondo del mar porque consiste en una posesión real del suelo con el fin de una explotación" (p. 72).

Recuerda que uno de los casos considerados por los juristas romanos era el de un puesto de pesca en un río público; lo que es inaplicable a la pesca en el mar, que no se realiza desde un puesto en la costa, sino desde embarcaciones móviles.

Entonces, señala que el tema de la pesca no debe plantearse como tema de posesión de zonas sino de captura de peces, comparable con la caza en tierra (p. 73); trayendo nuevamente nuestro autor la pauta de la vieja doctrina romana, ahora en relación a los animales salvajes, como *res nullius*; por lo que lo mismo valdría para los peces de los ríos, lagos o mares internos y para el mar abierto.

Así, declara que, desde el punto de vista de los animales capturados, la pesca es libre para cualquier empresa que sea capaz de pescar, aunque no posea tierra alguna en las costas del mar en cuestión, ni de otro mar" (pp. 73/74). A su juicio "solo una concepción abusivamente territorial puede admitir tal exclusión" (p. 74).

"Nada puede objetarse a que una nación con poca extensión costera, e incluso sin costas, tenga muchas empresas pesqueras" (p. 74), trasluciendo nuestro autor, legítimamente, una opinión que es la misma de la nación gallega.

El concluye: "la pesca marítima es siempre libre, pero no quiere esto decir que no existan posibles limitaciones, no por razón de la posesión de zona, sino por interés general de conservar el género objeto de las capturas" (p. 75).

Termina su opúsculo con una clave conclusiva. A su juicio el objetivo de sus páginas es pretender superar, principalmente, un concepto establecido del "dominio" como derecho subjetivo absoluto, y, en relación con él, de la soberanía estatal como criterio para la distribución de la tierra.

II. *Algunas reflexiones a propósito del opúsculo de D'Ors.* 1. Antes que nada, una precisión, para no perder ninguna perspectiva posible: ¿cuál es la naturaleza de este escrito? Este escrito de la posesión del espacio, en su distribución; en sus posibles sistematizaciones (por ejemplo, la larga digresión sobre geopolítica, si bien atinente al tema podría haber sido más breve; pero esta misma digresión nos muestra al autor y sus motivaciones) es de un jurista en sentido lato. Más bien, asume el papel de un humanista, que ha abarcado con su saber varias disciplinas, pero en cuyo saber global no pueden sino quedar hondas huellas de su ciencia principal: el derecho romano; con cuyas herramientas argumenta en terrenos de política jurídica.

Pero ha hecho algo que es legítimo: ha traído para problemas presentes (la pesca que efectúan en el mar naves pesqueras de distintas nacionalidades, ante la oposición de los países costeros) una solución del derecho romano (la pesca libre dado que el mar sería *res nullius*); la similitud de los casos romanos se podrá disentir, pero he aquí argumentos de un romanista para intentar alterar una solución de derecho internacional que se ha asentado en la comunidad internacional desde 1982 (con la firma de la convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar); y de algunas legislaciones nacionales (como la chilena), y que han incorporado a la soberanía nacional el llamado "mar territorial", de una extensión de 200 millas, distinguiendo esta porción del "alta mar" (la "zona"). Distinción que no realiza nuestro autor, que se refiere solo a "espacios marítimos".

Podemos decir, entonces, que es un escrito de política jurídica, en sentido amplio; pues se trata de un romanista que discute una solución jurídica actual; solución que ha partido desde las declaraciones individuales de países que han proclamado su soberanía sobre estas 200 millas (y consiguientemente, la potestad de legislar, y a partir de ello, regular o prohibir la pesca por naves extranjeras no autorizadas), que es el caso de Chile desde 1947; solución que es hoy de derecho internacional, dado que a 20 años de la apertura de la firma de la convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en 1982, hasta ahora (2002) ha sido ratificada por 138 países.

Es el llamado de atención de un jurista que observa cómo las naves de una región son "afectadas" por este principio. Por mi parte, esta recensión-respuesta no solo es la de un chileno que por ardor patrio defiende un espacio soberano, sino más bien la continuación del diálogo con un

jurista excepcional, cuya huella ha calado hondo en su manera de hacer ciencia del Derecho: sus razones, con otras razones; y así seguimos haciendo ciencia. En esta recensión, se analizan las motivaciones que ha depositado en este escrito, bello y breve, un gran jurista.

2. Los conceptos y ejemplos de casuística romanos que d'Ors utiliza merecen una brevísima relación, y consideraciones simplemente de sugerencias de líneas de profundización, no atinente a ser completadas en esta recensión.

a) *Propiedad y potestad estatal.* Ofrece el autor una clara explicación de la "propiedad" actual, como derecho subjetivo, opuesta al antiguo *dominium* romano, como "poder de dueño"; y de cómo en suelo provincial el *dominus* era el emperador, y los particulares tenían sobre algunas parcelas una preferencia como "poseedores", lo que origina el concepto de las "preferencias" en suelo susceptible de apropiación; las que no serían sino personales.

Por cierto esto es indiscutible para Roma: pero hoy el contenido de la "propiedad" derecho subjetivo exclusivo, real, y del cual se derivan "otros" derechos reales, es distinto; se ha dejado de lado esa solución romana, inaplicable hoy en casi todos los órdenes jurídicos internos que, como legado de la Revolución Francesa y todo el movimiento de ideas de fines del siglo XVIII, colocó a la "propiedad" como un derecho cuasi sagrado, quizás con tanta absolutez como en el propio derecho romano arcaico; que no es el que nos trae a colación el autor.

El método que permite ofrecer modelos de solución de los problemas de hoy obliga a basarse en la actual objetividad, que es normativa, de orden interno en este caso; y de ahí intentar el agregado de valores propio del trabajo jurídico; sin perjuicio de la legitimidad de un análisis de valores o convicciones jurídicas, agregado por el jurista, como es el caso del libro que recensiono.

Sin mencionarlo el autor, la atribución de tierras desde el derecho romano hasta hoy, en que domina el exclusivismo, tuvo un paso intermedio: el del *dominio útil*, que se basaba en un concepto sostenido espiritualmente por la concepción cristiana de las propiedades simultáneas¹. Si bien el derecho romano, en cuanto a técnica jurídica, ha resultado muy eficaz para el exclusivismo vigente, siempre ha prestado sus técnicas para una u otra concepción. En todo caso, la exclusividad de uso es hoy sinónimo de derecho subjetivo, que es la crítica permanente de nuestro autor; pero lo más grave, y en eso es razonable su crítica, es aquel concepto según el cual los vínculos potestativos del Estado en relación a un territorio, o porciones de territorio, sean considerados "patrimo-

¹ PATAULT, Anne-Marie, *Introduction historique au droit des biens* (Paris, Presses Universitaires de France, 1989), p. 16.

niales”, como la relación de propiedad de los privados. Por lo tanto, si bien es correcto considerar un vínculo de soberanía nacional sobre el llamado “mar territorial”, a favor del Estado, ello será en un sentido no “propietarista”.

b) *Crítica a una posible “propiedad” estatal.* Existe una deformación moderna, que no crítica d’Ors, a través de la cual se ha llegado hoy a considerar (de un modo no solo excesivo sino que además abiertamente incoherente) que algunos bienes, cuya condición y uso es de una natural inapropiabilidad, sean considerados como bienes “del Estado”. Es el caso del agua en general, tanto la que cubre el continente como la del mar, que en la antigüedad pudo ser considerada como *res communis*; pero que el avance de la nueva idea de una apropiación estatal (que el autor la visualiza, pero no la critica: p. 68) la ha puesto en algunos países como en España, en la condición de “dominio público del Estado”, expresión incoherente, pues conlleva la contradicción de mezclar lo público, del público, del pueblo, con lo estatal. En nuestro país se considera a las aguas como “bienes nacionales de uso público” o “bienes públicos”, pero no han faltado quienes han afirmado que eso significa, en último término, que son estatales, lo que no es legítimo en nuestro actual estado de fuentes².

Nuestro autor se refiere de pasada, sin crítica, a esta situación, al señalar cómo las *res publicae* son, “por tanto, de los distintos Estados” (p. 68). En todo caso, hoy no es posible afirmar, al menos en Chile, a partir del art. 19 N° 23 de la Constitución de 1980, que exista propiedad “estatal” de clases o bloques completos de bienes.

No obstante, tanto en España como en Chile, se ha infiltrado una cierta confusión con relación a lo estatal, como si fuese lo mismo lo público que lo estatal.

Por ejemplo, con relación a las aguas, algunas de ellas en Roma, eran *res communis*; ni siquiera *res publicae*. Hoy se da esa especie de “apropiación estatal”, y una especie de vulgarización: se dice, lo público es, a fin de cuentas, estatal.

3. A efectos jurídicos, respecto de las aguas y de los territorios que pueden soportarlas, es necesario hoy distinguir tres situaciones:

1° Las aguas del mar, o más bien, del alta mar, que son consideradas “patrimonio común de la humanidad”; el alta mar es también llamada la “zona”;

2° Las “aguas del mar territorial”, las que en conjunto con la llamada placa continental, bajo

esas aguas, forman parte de la soberanía nacional: y,

3° Las aguas llamadas “terrestres” o “continentales”, que son usualmente *bienes públicos*.

Nuestro autor, con su lógica, se refiere a los “espacios marítimos”, incluyendo a todas las aguas del mar, y por lo tanto rechaza la existencia de un mar territorial (p. 70), como espacio separado.

En los tres casos, como las aguas son líquidas, y deben ser soportadas por un suelo, se les une un concepto de terreno: 1° para el caso del alta mar, se sustenta en la “zona” o “fondo marino”; 2° para el caso del mar territorial, se sustenta en la llamada “placa continental”; y, 3° para el caso de las aguas terrestres, se sustentan en los “lechos” de ríos y lagos, las aguas superficiales; y las aguas subterráneas, en el “subsuelo”. Estos conceptos, los señalo, sin mayor precisión, para hacer notar la necesidad, siempre, de que las clasificaciones jurídicas de las aguas se relacionen con un terreno o suelo. Cuando se analiza un orden jurídico interno, los conceptos son más usuales; al intentar una clasificación más amplia, como esta se intente precisar los conceptos a través de terminología más ambigua, no “fijada” por alguna disciplina general, hoy inexistente para todas las aguas de la Tierra; aquí se cruza la terminología del Derecho Internacional y del Derecho de Aguas.

Nuestro autor no distingue todas estas situaciones; y en especial no considera legítimo el “mar territorial”, como parte de la soberanía nacional, lo que hoy forma parte del orden interno de varios países, entre ellos Chile: a partir de lo cual el país respectivo puede dictar la legislación que estime conveniente para su regulación: en eso consiste la soberanía sobre un territorio continental o marítimo.

En suma, en esta clasificación tripartita la “zona”, o alta mar, se rige por el orden internacional; y las aguas del “mar territorial” y las continentales, así como el suelo que las soporta, se rige por el orden interno de cada país; y el orden interno ha considerado a estas últimas *bienes públicos*, no apropiables.

Entonces, en el caso de Chile no hay una “perturbación territorialista” respecto de las aguas del mar territorial, como nuestro autor señala (p. 69), sino simplemente el ejercicio de la potestad de legislar, de regular el uso del mar territorial, su suelo y su subsuelo; y, mediante este poder de legislar, nuestro orden interno excluye la apropiación estatal de esas aguas y suelo marino (art. 19 N° 23 Constitución), y regula su uso por naves chilenas y extranjeras, ya sea para pesca u otros fines.

² Ver tal análisis y crítica en mi: Vergara Blanco, Alejandro: *La summa divisio de bienes y recursos naturales ante la Constitución de 1980*, en: 20 años de la Constitución Chilena 1981-2001 (Santiago, ConoSur, 2001), p. 369 y ss.