

La formación del concepto de propiedad que acoge el Código Civil

SUMARIO: PLANTEAMIENTO.—I. PROPIEDAD Y DOMINIO EN EL LENGUAJE JURIDICO.—II. EL ITINERARIO HISTÓRICO DEL DERECHO DE PROPIEDAD: 1. DERECHO ROMANO: REALIDAD Y MITO.—2. EL DERRUMBAMIENTO DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD EN LA ALTA EDAD MEDIA Y EL LARGO CAMINO A RECORRER HASTA LA RECUPERACIÓN DE UN CONCEPTO UNITARIO.—3. LA ELABORACIÓN DEL CONCEPTO MODERNO DE PROPIEDAD: a) *La aportación de los teólogos y juristas españoles*. b) *Derecho natural racionalista y "usus modernus Pandectarum"*. c) *Cambio de escenario: la propiedad inviolable y sagrada*. d) *El concepto de propiedad en la pandectística moderna*. e) *Libertad de los fondos y conceptos de propiedad*. g) *Crisis, vicisitudes y nuevos horizontes del concepto moderno de propiedad. El retorno a la tradición jurídica*.—III. LA PROPIEDAD PRIVADA EN EL CÓDIGO CIVIL.

PLANTEAMIENTO

La propiedad es un concepto central del Derecho civil, entendido éste, como no puede ser por menos, en cuanto ordenamiento fundamental o nuclear de la persona humana, por más que en su auxilio venga ahora el Derecho constitucional, para integrar la *garantía* de su efectividad. Concepto de propiedad que, por lo demás, se desarrolla primordialmente en las relaciones de la persona con los bienes, y, en general, con el ejercicio de su actividad económica a la que sirve de punto de referencia.

Ahora bien, por esto mismo, y por ser un concepto central no se agota en éste tipo de referencias y hay que tomarle en cuenta, también, respecto de todo tipo de relaciones patrimoniales, no sólo las llamadas jurídico-reales, sino también en las personales o de obligación, así como en las familiares y en las sucesorias. Lo que tiene pleno sentido ya que, como concepto, no sólo ocupa un lugar eminente, junto con la autonomía pri-

vada, en el núcleo central de todo el sistema de Derecho privado, sino que, como hemos anticipado, aparece, constantemente, irradiándose y proyectándose sobre cualquier tipo de actividad económica, siempre que respecto de ella se lleve a cabo una valoración jurídica.

Sin embargo, esta perspectiva un tanto difusa no debe enturbiar las propias exigencias sistemáticas del concepto, en cuanto, a pesar de todo, constituye una categoría concreta, aunque peculiar por su magnitud y por sus resonancias, del Derecho de los bienes, como concepto propio y específico del Derecho civil. Bien es cierto, por otra parte, que dada su dimensión e importancia, en el concepto de propiedad confluyen, como veremos, tanto el Derecho privado como el Derecho público, lo que constituye una expresión elocuente de la unidad esencial del Derecho, pero esto no desnaturaliza lo que queda dicho, sino que contribuye a dar al concepto de propiedad una parte muy importante de su peculiar dimensión.

Con todo, no se ha enunciado más que una parte de la problemática que plantea, al conocimiento jurídico, la determinación del concepto de propiedad. El cual, por hallarse en el centro también del sistema económico y social, del que su dimensión jurídica no es más que una perspectiva, aunque sea la que aquí más nos interesa, es objeto de estudios por otras ciencias sociales y lugar de confluencia de las tendencias doctrinales más diversas, en el conjunto de las teorías, opiniones e ideologías que constituyen el complejo entramado de la vida social moderna. Por todo ello, el concepto de propiedad viene a ser uno de los más arduos y controvertidos de la ciencia jurídica. Comportando su delimitación muchos riesgos, entre los que el más grave de todos consiste, en tomar la parte por el todo, o en dar más importancia a un aspecto que a los restantes, cuando todos deben ser atendidos por igual, en su conjunto.

También existe el riesgo de tomar por definitiva una mera fase temporal de las transformaciones que, constantemente sufre este instituto y que, de una u otra manera, en mayor o menor medida, influyen en la delimitación de su concepto, aunque no acaban de modificarle sustancialmente. Por ello, no puede uno dejarse llevar por las apariencias, como puede suceder con tales transformaciones si no se adopta un punto de vista adecuado, ya que aquellas se encuentran más en una legislación coyuntural u ocasional que en el propio sistema económico y social, eso sin olvidar aquellos supuestos, bastante numerosos en nuestros días, en los que la legislación por su falta de adecuación a la realidad social y económica, no produce los efectos queridos por el legislador sino en una mínima parte, cuando no acarrear los efectos precisamente contrarios, como acredita hasta la saciedad la experiencia jurídica. Según la cual, cabe afirmar, desde ahora, el siguiente corolario: en un sistema en el que se reconoce la

iniciativa económica de los particulares, suele ser mucho más importante y duradera la innovación —el cambio— debida a esta iniciativa que la que, en algunos países, pretende arrogarse el legislador (1). Por eso, la comprensión del concepto de propiedad requiere un distanciamiento de cualquier enfoque particular, sea de índole técnica o permanezca en el plano puramente ideológico. Para ello, será preciso, por una parte, tomar un adecuado distanciamiento de toda apariencia, por evidente que se presente. Mientras que, por otra, es necesario tomar el concepto desde cierta perspectiva globalizadora, porque, sólo de este modo, la reflexión que se lleve a cabo, incluso con cierta perspectiva histórica, permitirá la maduración adecuada, hasta cierto punto.

No cabe aquí, como respecto de otras categorías conceptuales o dogmáticas, acudir a la tradición jurídica, para obtener de ella un concepto que pueda servir de base para entender —en cuanto concepto teórico o natural (de la *natura rei*)— el complejo régimen de la propiedad. Porque, en este sentido, la propiedad privada es un concepto moderno y, con ello, también son modernos las condiciones o los presupuestos del contexto en que se desarrolla. En cuanto tal se ha podido pensar que la propiedad como categoría dogmática que consagran los Códigos Civiles modernos, es una institución relativamente reciente y cuya conformación apenas cuenta dos siglos, a partir de la *Declaración de los derechos del hombre* de 1789 (2). No es como otras instituciones que alcanzan una vida varias veces secular, vinculadas a la tradición romanista. Tal sucede con otros derechos reales, como por ejemplo, con el usufructo que podemos encontrar ya formado en el Derecho Romano clásico, aunque su encaje sistemático sea, definitivamente, obra del pandectismo (3). Lo mismo podríamos decir de otros conceptos del elenco de los *iura* privados, dentro del cuadro de los derechos reales o de los derechos de obligación, sin perjuicio de que se hayan ido decantando a lo largo de la tradición jurídica romanista y hasta recibiendo influencias extrañas a la misma y modelándose definitivamente de acuerdo con tales influencias. En cambio, la formación del concepto de propiedad privada, no sigue esta misma línea, seguramente

(1) Alude a esta realidad J. CARBONNIER en la "Introduction" a *L'évolution contemporaine du droit des contrats* ("Journées René Savatier", Poitiers, 24-25 octobre 1985), París, 1986, págs. 28 y ss.

(2) Esta concepción, como dice CH. ATIAS, "fue una de las decisiones revolucionarias de principios del siglo XIX, consistente en que la noción de propiedad sea indiferente tanto a la cualidad de su titular como a las particularidades de su objeto", en "Destin du droit de propriété. Ouverture, Droits" (*Revue Française de Théorie Juridique*), I (1985), págs. 5-6.

(3) En el que desaparece la confusión, al menos terminológica, entre usufructo y servidumbres, al dejar de calificarse aquél de servidumbre personal por un mayor rigor sistemático.

por el papel eminente que juega en el conjunto del sistema jurídico y como expresión de un sistema social y económico que pusieron en obra las constituciones y los códigos a lo largo del siglo XIX. Sólo entonces queda entronizada la propiedad en el sistema, como un instrumento de liquidación del *anden régime*, pero fuera de esta función que cumple a la perfección y del énfasis retórico que cobra, en cuanto "derecho absoluto" que no se traduce de todo en la regulación jurídica, su origen dogmático hay que encontrarle en la especulación teórica de la doctrina del Derecho común, cuando no cumplía ninguna de aquellas funciones y cuando convivía con otros derechos de uso y disfrute sobre las cosas de naturaleza "limitada" (4).

Por otra parte, aunque el concepto moderno de propiedad poco tenga que ver, de acuerdo con un análisis riguroso, con el concepto romano de *dominium o proprietas*, como veremos, es indudable que toma del mismo un significado que ya se halla contenido en el Derecho Romano, en cuanto justifica o funda una *atribución* o poder a favor de un sujeto de derecho que, si bien tenga un contenido y hasta una calificación diversos, con el tiempo —desde lejos, mejor— y a través de una serie sucesiva de idealizaciones que pretenden restaurar un concepto jurídico que dista mucho de parecerse al que efectivamente existió, configuran un *derecho absoluto* de la persona sobre las cosas y los bienes, a imagen diríamos del *dominium ex iure Quiritium* romano. Lo que no puede entenderse cabalmente, sin tener en cuenta como se lleva a cabo, mediante una serie sucesiva de renacimientos, el *cursus* de la especulación jurídica en la tradición romanista o del Derecho común europeo (5).

Esto nos obliga, de una parte, a prestar atención a la formación de este concepto dogmático de propiedad que acaba por encontrar su acomodo en los Códigos Civiles, para poder discernir lo que, en el mismo, hay de permanente desde el punto de vista del progreso jurídico y lo que hay de perecedero y caduco, fruto de una pretérita temporaneidad. Porque, para algunos, es evidente que este concepto de propiedad ha sido superado en la evolución jurídica que ha tenido lugar durante el último siglo, como consecuencia de haber sido desbordado por los acontecimientos económi-

(4) En tal sentido, el espléndido artículo de P. GROSSI, "Proprietà (Diritto intermedio)", en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII (1990), págs. 226 y ss.

(5) Hay que valorar adecuadamente la recepción del Derecho romano, sin trivializaciones, para darse cuenta del verdadero significado que comporta la utilización de conceptos romanos, lo que tiene lugar en una relación abierta entre las antiguas fuentes y las necesidades de la realidad cotidiana que se opera fundamentalmente en el plano especulativo no "*ratione imperii, sed imperio rationis*" y donde aparece, desde el primer momento, una veneración por la antigüedad clásica. Vid. ahora, por todos, H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I. *Alteres Gemeines Recht*, München, 1985, págs. 7 y ss.

cos y sociales y por carecer, sobre todo, de valor para representar conceptualmente un sistema social y económico, o, al menos, para representarlo por entero, no fragmentaría o parcialmente. Por ello, y porque otros opinan todo lo contrario, a pesar de los pesares, tenemos naturalmente que prestar una extraordinaria atención al significado de aquellas transformaciones sociales y económicas (6), para saber hasta donde llega su alcance.

Pero no sólo interesan las tendencias que inspiran estas transformaciones, sino también los cambios que se producen en un contexto más amplio, sobre todo, aquellos que ponen de relieve la existencia de una estructura económica y social diferente de la que vio surgir los Códigos Civiles, pues, al cambiar el escenario, el mismo discurso suena de manera diferente. Sin olvidar que, aquí, el escenario se enmarca en un incensante intervencionismo estatal en la actividad económica privada, formando parte del decorado la economía mixta en el régimen de la empresa y los intentos y las realizaciones, aquí y allá, de colectivización, en mayor o menor medida. Por lo que hay que preguntarse si aquel concepto de propiedad de los Códigos Civiles sirve todavía y si no ha sido sustituido por un concepto distinto, o en el caso de que subsista, en que medida subsiste y como comparte, total o parcialmente, con otros derechos su pérdida hegemonía, si es que realmente la ha perdido por completo. Esta es la cuestión, en definitiva.

Para contestar a ella, han de hacerse a su vez una serie de preguntas y hallar para cada una de ellas una contestación razonable. Seguramente de, entre ellas, las más importantes, siguiendo una opinión autorizada, son las siguientes: "¿Cuáles son los poderes del propietario y cuáles sus deberes? ¿Cuáles son los bienes que pueden constituir objeto de propiedad privada? ¿Cómo se adapta la propiedad privada respecto de las diversas clases de bienes? ¿Cuáles son las relaciones entre propiedad y empresa privada? ¿Cuáles son las relaciones entre propiedad y trabajo? ¿Cuáles las relaciones entre propiedad y control de la gestión económica? ¿Cuál es el significado real de la función social asumida por la propiedad privada y cuál el

(6) Aparece esta preocupación con motivo de la crisis del pandectismo, y aunque la literatura es tan abundante que sería imposible aquí reseñar, voy a limitarme por ello a señalar algunos hitos que considero interesantes, comenzando por la famosa conferencia de O. VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (pronunciada en Viena el 5 de abril de 1889, publicada en Berlín el mismo año y reeditada en la última postguerra), en la colección "*Deutsches Rechtsdenken*", heft 12, Frankfurt/M. 1948; apareciendo en el mismo año el libro de G. RIPERT, *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, París, 1948; tomando, finalmente, en el mismo autor, conciencia de crisis del Derecho en *Le déclin du droit*, París, 1949, por lo que entonces se generaliza, con diversos matices: vid. *La crisi del diritto* (Facoltà Giuridica di Padova), Padova, 1953; *Summun ius, summa iniuria* (Juristische Fakultät Tübingen), Tübingen, 1960; etc.

sentido de la utilidad social exigida a la actividad empresarial? ¿Cuáles son la posición y la función que asume en los sistemas capitalistas la propiedad pública y cuál la diferencia entre la propiedad en mano pública y la propiedad pública? ¿Cuáles son la posición y la función de la propiedad socialista y de la propiedad personal en los sistemas colectivistas?" Finalmente: "¿Cuáles —son— las dificultades en el funcionamiento de la propiedad socialista y cuál el sentido de la expansión de la propiedad personal?" (7).

Pero todas estas preguntas, o cualesquiera otras, deben hacerse y ser contestadas teniendo en cuenta un planteamiento más general, por lo menos, en lo que se refiere al plano de la "idea" de la propiedad en cuya dinámica se halla presente, de una u otra manera, la contraposición entre individuo y sociedad. Punto de vista que ilustra también cualquier referencia histórica que pretendamos llevar a cabo, bien sea el Derecho antiguo, la época de la codificación, o las transformaciones que el concepto ha sufrido posteriormente y hasta la actualidad. En la época de la codificación es notorio que hay una evidente aproximación dialéctica entre libertad individual y propiedad privada. Mientras que las transformaciones posteriores y actuales, ¿puede decirse que supongan realmente lo contrario, o se trata sólo de una apariencia?

De todos modos, planteadas las cosas en estos términos, el jurista, aunque para ello tenga que situarse en el plano del "deber ser", lo que es perfectamente lícito y le está permitido como jurista, en la fase previa del "entender" anterior a la delimitación del *factum*, debe contribuir —buscando más que la paz social un buen orden intelectual— a hallar un equilibrio entre lo uno y lo otro, entre el individuo y la sociedad. Para ello, el reconocer y el destacar que, en determinado contexto, tal equilibrio se ha producido, aunque haya sido más en potencia que en la realidad, es avanzar mucho en éste sentido. Avance que se sitúa, en lo que los autores antiguos llamaban el progreso jurídico, afirmación que hay que suponer no venía guiada solamente por una inefable ingenuidad, sino por algo tan importante como la experiencia jurídica que nos remite, constantemente, a la idea de un *desarrollo paralelo* entre los poderes del ordenamiento y los poderes de los particulares, siempre que se les reconozca a éstos una esfera jurídica autónoma, mayor o menor. Tal sucedería en el surgimiento del *dominium ex iure Quiritum*, o en los círculos sapientes de la Edad Media tardía, donde una serie de procesos teóricos, fundamentalmente

(7) Este es el planteamiento que hace el gran civilista italiano contemporáneo, F. SANTORO-PASSARELLI en el artículo "Propietà", en *Enciclopedia del Novecento*, V (Roma, 1980), págs. 656 y ss.

especulativos, van descubriendo un concepto de propiedad que se halla conforme con el Derecho natural y, así, sucesivamente.

I. PROPIEDAD Y DOMINIO EN EL LENGUAJE JURÍDICO

En las lenguas románicas, la voz *propiedad* y sus equivalentes, derivan de la palabra latina *proprietas* que indica cualidad o carácter particular de una persona o de una cosa. De esta suerte, propiedad es lo que es propio de alguien o de algo, acabando por significar lo que es propio o pertenece a una persona. Lo que también se designa, en el lenguaje técnico-jurídico, con la voz *dominio*, referido exclusiva o casi exclusivamente al derecho de propiedad, diferenciación que la doctrina pone de relieve (8), aunque el Código Civil usa indistintamente ambos términos (9). Para la citada doctrina, la voz *dominio* designa la propiedad en sentido técnico y que viene regulada en el Código Civil (arts. 348 y concordantes), quedando la voz propiedad para designar algo más difuso y general que comprende tanto aquella regulación como las regulaciones especiales, o bien, tanto un concepto estricto y riguroso del derecho de propiedad, como su dimensión más amplia en el ordenamiento económico y social y hasta en las teorías que hablan de la propiedad en el marco más extenso de las ciencias sociales.

Volviendo al lenguaje jurídico, en la tradición anglosajona también se distingue entre *Property* (=propiedad) y *Ownership* (=dominio), aunque de ella poco podamos obtener que no sea una confirmación de ese doble uso. Por lo que se refiere al término romano *dominium* (más exactamente, *dominium ex iure Quiritium*), hay que hacer notar que supone un poder mucho más amplio que el que se atribuye al propietario en los códigos decimonónicos, sobre la cosa objeto de su derecho. Esta amplitud se muestra en el propio origen del término que deriva de *domus* (casa), haciendo referencia al poder doméstico en bloque, el que corresponde al *dominus* (señor) y que designa, también, al propietario. Por lo demás, como es sabido, y aunque los romanos desarrollan un verdadero sistema

(8) Entre la manualística española más moderna, vid. J. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III. *Derechos reales*, I. *Posesión y propiedad*, Barcelona, 1979, págs. 167 y ss.; L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III. *Derecho de cosas*, 4.^a ed., Madrid, 1988, págs. 153 y ss.; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-I, Barcelona, 1978, págs. 141 y ss.; M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, III. *Derecho de bienes*, I, Parte General, 3.^a ed., Barcelona, 1977, págs. 123 y ss. Lo mismo que la inmediatamente anterior, por todos: J. CASTÁNTOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, II, 8.^a ed., Madrid, 1951, págs. 49 y ss., y allí otras referencias.

(9) Vid. los arts. 338 y ss.; arts. 348 a 350, 407 y ss., 432, 605, 606, 608, 1.940 y ss., etc., que utilizan ambas expresiones indistintamente.

jurídico, y hasta una compleja dogmática, se resistían a usar expresiones y conceptos abstractos, no hablando por tanto de *proprietas* o *dominium* como referidos al derecho de propiedad que hasta se ha dudado fuera un verdadero "derecho subjetivo", a diferencia de los derechos reales limitados (*iura in re aliena*), incluso para designar la pertenencia de una cosa prefirieron utilizar otras expresiones (*habere esse, rem meam esse*). Es más, la propiedad o el dominio, no constituían propiamente, como se ha dicho, un *ius in re*, como el usufructo o la servidumbre, no apareciendo en las listas conocidas de los *iura*, sino que el derecho se identificaba con la cosa misma que, a su vez, era expresión de su propia regulación jurídica, como diríamos hoy, que emanaba de la misma cosa (*fundus res corporalis*). De modo que *dominium* o *proprietas* no indicaban un derecho sobre la cosa, en el sentido moderno, sino un conjunto global de poderes que se deducía como una cualidad de la misma, la de ser propia de alguien o susceptible de apropiación (10).

Para algunos, por ello, el término alemán *Eigentum* (propiedad, dominio), se halla más cerca del concepto de propiedad que los términos latinos, *proprietas* o *dominium*. Bien es verdad que el concepto de propiedad no es un concepto originario o natural, como otros conceptos jurídicos, como lo sería el concepto de *posesión*, si prescindimos de sus aspectos técnico-jurídicos, en lo que aquí no podemos entrar (11), sino fruto de una elaboración dogmática y, por ello, no aparece como uniforme en las distintas culturas antiguas. Sea como fuere, la voz alemana *Eigentum*, lo mismo que la voz inglesa *Ownership*, deriva también de *eigen* (propio) que vendría a ser algo así como posesión en sentido jurídico. Aunque también, posteriormente, en posición a "feudo" y "herencia", designe el patrimonio propio, para diferenciarle del adquirido por negocio jurídico. Pero para que del *eigen* (propio) resultase la *Eigentum* había de intervenir la práctica judicial, puesto que *Tum* significa tribunal, comunidad judicial. De esta suerte, lo propio viene reconocido como perteneciente al propietario por la comunidad judicial (12).

Por lo demás, una aproximación terminológica no arroja mucha más luz para determinar el concepto de propiedad, si prescindimos de la carga dogmática que se agregará a tales términos, que la de poner de relieve la

(10) Vid. M. VILLEY, "Le sens de l'expression *ius in re* en Droit romain classique", en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, III, Bruxelles, 1949, págs. 417 y ss.; y también del mismo autor, "La notion de droit subjetif et les systèmes du droit romain classique", en *ibid.*, I, págs. 201 y ss.

(11) Vid. J. L. DE LOS MOZOS en la Introducción a la *Tutela interdictal de la posesión*, Madrid, 1962, págs. 2 y ss.

(12) Vid. por todos, H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, trad. esp., Barcelona, 1987, págs. 111-112.

relación de las cosas y de los bienes, como *objeto* de los derechos con el *sujeto* a que pertenecen y del que pertenecen y de que son *proprios*. Relación que no deja de atraer la atención, a lo largo de la formación del concepto de propiedad, cuando como consecuencia del Derecho natural, se pone también en relación el concepto de persona con el concepto de propiedad y como consecuencia del ejercicio de la libertad individual (13), tanto que para PORTALIS, la propiedad no sólo se halla "en la constitución misma de nuestro ser", sino que es doblemente consustancial a las nociones de persona y de bien (14).

II. EL ITINERARIO HISTÓRICO DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD

I. DERECHO ROMANO: REALIDAD Y MITO

Cómo fue la propiedad en Roma, es todavía una cuestión controvertida, sobre todo, en lo que respecta a su origen y a su desenvolvimiento en el Derecho arcaico y en el Derecho preclásico, debido a la falta de fuentes, y a las dificultades que se derivan de relacionar las ideas que los romanistas antiguos se han hecho de la propiedad arcaica con el descubrimiento de nuevas fuentes, con su utilización crítica, o con su relación con la interpretación y valoración de las que, por ser posteriores no son mejor conocidas. Por otra parte, algunas de las ideas sobre la propiedad antigua, actualmente ya superadas, son las que han germinado en épocas posteriores, a través de glosadores y humanistas, dejando una huella decisiva en la formación del concepto moderno de propiedad, aunque no sean conformes a la realidad histórica y se hallen más de acuerdo con una mitificación de la propiedad quiritaria.

Durante algún tiempo, han pensado los romanistas que el relativo retraso en que aparecen en la lengua latina los términos *dominium* y *proprietas*, como expresión de la noción abstracta del derecho de propiedad, se corresponde con un análogo retraso en definir el régimen de tal institución. Apreciación que se desarrolla en la segunda mitad del siglo XIX, debido a algunas observaciones de IHERING y de VOIGT y fundamentalmente por obra de BONFANTE (15), acabando por suponer que el régimen

(13) P. GROSSI, "La proprietà nel sistema privatistico de la Seconda Scolastica", en *Quadern fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, I (1973), págs. 117 y ss.

(14) Exposé des motifs du Code Civil. *Récueil Fenet*, I, París, 1827, pág. 125.

(15) "Res *mancipi*" e "*necmancipi*", Roma, 1888-1889.

jurídico de la propiedad privada sólo alcanza madurez en la época tardo republicana (16). Pone por otra parte de relieve esta orientación, para explicar la propiedad arcaica, la contraposición entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi* que se encuentra estrechamente vinculada a la estructura social y económica patriarcal. De modo que las *res Mancipi* sólo podían ser transmitidas por la *Mancipatio* y la *in iure cessio*, como negocios solemnes, mientras que las *res nec Mancipi* podían ser objeto de transmisión por la mera *traditio*. No tiene que ver que la distinción se mantenga todavía en el Derecho clásico y que venga recogida por la *Instituta* de GAIO (2,22), lo mismo que tampoco tiene nada ver que la *Mancipatio* subsista y se utilice, todavía entonces, para otros fines. Por otra parte, se cree que una misma tutela procesal amparaba tanto la protección de estos bienes como los restantes poderes del *pater familias* que, en un sistema patriarcal, expresaban su absoluto posición de preeminencia, confundidos en la *manus* como suma y compendio de todos ellos. Poder eminente que, al igual que el poder político de la *civitas* no estaba sometido a reglas, según la afortunada formulación de POMPONIO: “*omniaque manu a regibus gubernantur*” (D.1,2,2,1)(17).

Esto muestra que, en Roma, los poderes del grupo familiar, se individualizan y personalizan en el *pater familias*, aunque no se designen con el término *dominium*, sino con los de *manus*, *Mancipium*, *potestas*, todos los cuales contribuyen a formar el clásico concepto de *dominium ex iure Quiritium* del que únicamente podían gozar los ciudadanos libres, los *sui iuris*, es decir, los *patres*. Lo que andando el tiempo, en el transcurso de los siglos y con las idealizaciones ilustradas y revolucionarias, en los albores de los tiempos modernos, cuando se trate de consolidar un orden nuevo, surgido de las constituciones y los códigos, aquella interpretación histórica idealizada, realidad y mito, sirve para hacer emulación, como en juego de prestigio, con la comparación de ciudadanos libres con los *quirités*, ya que liberados de las servidumbres del *anden régime* pueden gozar también de una propiedad libre, una vez que se han abolido los privilegios señoriales y feudales (18).

Pero volviendo al Derecho Romano, nos encontramos con que el dominio se confunde en bloque con los otros poderes del *pater*, como ya hemos dicho. Sólo con el tiempo se irán diferenciando éstos (*manus*, patronato, dominio, *usus*, *possessio*, etc.), lo mismo que los distintos

(16) Vid. L. CAPOGROSSI COLOGNESI en el artículo “Proprietà (Diritto romano)”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII.

(17) *Ibid.*

(18) Vid. ahora, por todos, A. M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, París, 1989, págs. 141 y ss.

regímenes de los bienes (*fundus, res corporalis*, etc.), dando lugar con el tiempo al nacimiento de derechos separados sobre los mismos, como las servidumbres y los otros *iura in re alinea*. Pero antes y paralela y gradualmente a que aquel poder global o absoluto del *pater* sobre personas y cosas, se fuera especificando, lo mismo que acaba por surgir la posibilidad de su transmisión *monis causa*, a través de la continuidad del culto doméstico (19), aparecerá también y hacia afuera del círculo familiar la defensa procesal, primero globalmente, como siempre se había pensado respecto del sistema de las *legis actiones* (GAIO, 4,16), después, de forma más específica y circunstanciada como en el sistema formulario. Pero, en cualquier caso, la *vindicatio*, tiene un significado excluyente. Significado y alcance excluyente que, en un principio, tendrá una mera eficacia *inter partes* solamente, propia de la *vindicatio* arcaica, como cauce para hacer valer la *propiedad relativa*, según ha demostrado mi maestro M. KASER de manera convincente (20). Sólo después alcanzará eficacia frente a todos (*erga omnes*), es decir, frente al que la posea indebidamente y no porque tenga algún derecho contra el demandado, sino porque la cosa le pertenece al actor *ex iure Quiritium* (GAIO, 4,51 y 92).

De este modo, y por esta doble vía de consolidación del concepto de propiedad, para la jurisprudencia clásica aparece el *dominium* o la *proprietas*, como la dominación jurídica, exclusiva e ilimitada de una cosa. La idea básica del concepto, según W. KUNKEL, fue la consideración de que la cosa se hallaba sometida a su dueño en todos sus aspectos (totalidad de la propiedad), pudiendo proceder con respecto a ella de su arbitrio y hallándose facultado para repeler cualquier perturbación procedente de terceros (exclusividad de la propiedad). Ciertamente, y en época no muy antigua, se reconocieron algunas limitaciones a este dominio, primeramente de escasa importancia y más adelante en mayores proporciones; pero la base del concepto de propiedad continuó siendo la misma hasta el final de la etapa antigua del Derecho romano. Se estimó que la propiedad no era un derecho que sólo concedía al propietario determinadas facultades y le privaba de otras. Por el contrario, las limitaciones de la misma se consideraban como perjuicios de procedencia puramente externa contra un poder dominical fundamentalmente libre. De este concepto se derivaban fundamentales consecuencias: las limitaciones de la propiedad, no su libertad eran las que necesitaban ser probadas (presunción de *libertad* del dominio), en tanto los gravámenes que pesaran sobre la propiedad lo

(19) Sobre lo que han fantaseado bastante los historiadores del siglo XIX, así FUSTEL DE COULANGES, *La ciudad antigua* (trad. esp.), Barcelona, 1984, págs. 81 y ss.

(20) Vid. en especial su monografía, *Eigentum und Besitz im alteren römischen Recht*, 2.^a ed., Köln-Graz, 1956.

permitieran, el propietario no estaba cohibido por ellos, y tan pronto desaparecían, la propiedad recobraba automáticamente su integridad (contenido *flexible* del dominio); y, finalmente, al propietario no podía corresponder sobre su cosa otro derecho real que su propiedad ("*nemini res sua servit*", etc.) (21).

Por lo demás, y en la evolución posterior del instituto, a partir de la época tardo republicana en que aparece formado el concepto de dominio *ex iure Quiritium*, se produce un ensanchamiento y una generalización del mismo, siempre a través de una paulatina especificación, así junto a la propiedad quiritaria, aparece la bonitaria y la peregrina, por obra del pretor. Pero esto no demuestra que exista una línea evolutiva que acentúe este sentido de uniformación y de consolidación de un concepto unitario de propiedad, más que en la mente historicista, propicia a la evolución social, de la mayor parte de los autores del siglo XIX (22). Por el contrario, como han puesto de relieve los modernos estudios e investigaciones, lo que tiene lugar, una vez que se han formado definitivamente el concepto de dominio quiritario, son una serie de especificaciones y matizaciones que van creando un conjunto de conceptos análogos, pero que nunca pierden de vista el modelo central al que constantemente se refieren y del que inevitablemente parten, así en alguno de los supuestos citados, o en otros muchos, como sucede en el ámbito de la *exceptio rei venditae et traditae*, o con la aparición de la propiedad publiciana (23), o en el contraste que se deriva de la ampliación constante de los *iura in re aliena*, o en la diferenciación respecto de los derechos sobre el *ager publicus*, o en el desarrollo del ordenamiento paralelo de la *bona fides*, respecto del *ius strictum*, o en la actuación constante, en fin, de las diversas esferas normativas romanas (*ius civile*, *ius honorarium*, *ius gentium*).

Paralelamente, tampoco tiene lugar esta transformación como consecuencia de una intensificación de las limitaciones del dominio, a lo largo de la evolución, porque aunque así fuera, no por ello desaparecen los conceptos fundamentales que integran su contenido y estructura. Lo mismo sucede con el decaimiento, al comienzo de la época clásica, de las formas solemnes de transmisión del *dominium* y su sustitución por la *traditio*, porque aunque decaigan no desaparecen por completo, serán utilizadas todavía en otro ámbito, como antes hemos indicado, pero lo más importante es que siempre permanecerán como punto de referencia

(21) *Derecho privado romano* (trad. esp.), Barcelona, 1935, pág. 172.

(22) En tal sentido, CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. y loc. cit.*, núms. 22 y ss.

(23) Como han demostrado paralelamente, coincidiendo en sus conclusiones contemporáneamente, pero sin tener el uno noticia del otro: J. M. DE LA CUESTA, *La acción publiciana*, Madrid, 1984; P. APATHY, *Die Publizianische Klage. Das relative dingliche Recht des rechtmässigen Besitzers*, Wien, 1981.

en la argumentación y en el razonamiento que va implícito en las fuentes romanas, no sólo en los *responsa prudentium*, sino en general. Consideración que es importante, para no olvidar el estilo mental de los romanos. Por ello, al final del período clásico se mantiene vivo el concepto de propiedad quiritaria, aunque es posible que haya perdido un cierto énfasis en cuanto concepto que tiene también una significación política, como consecuencia de que la sociedad civil tiene una estructura bien distinta (24).

Lo que sucede después, con el Derecho postclásico, no supone como se ha creído que tenga lugar una consolidación definitiva de la evolución anterior, sino que tiene lugar todo lo contrario, una ruptura. De manera que la idea, típicamente historicista por otra parte, según la cual, en este período postclásico, se consuma al paso del *dominium* de predominante significado jurídico-político, a la *proprietas* que presenta ya exclusivamente connotaciones jurídico-económicas, lo que todavía viene a aventurar ALBERTARIO (25), no sólo es puramente imaginaria, sino absolutamente errónea, como se ha demostrado hasta la saciedad, a partir de los estudios de E. LEVI (26) y de M. KASER (27). Lo que sucede en esta época, aparte de que la legislación ha perdido en buena parte el "sentido de lo jurídico", es que se va a derrumbar el concepto de toda propiedad, porque ante el proceso se confunden las instancias petitorias con las posesorias, borrándose con ello las diferencias existentes entre propiedad y posesión, al protegerse a toda posesión, incluso a la *momentaria possessio* (28). Con ello, la lenta y minuciosa labor de construcción dogmática que había tenido lugar durante siglos y que se manifestaba a través de las distintas fuentes de producción jurídica, se viene abajo, al quedar aquellas cegadas en su mayoría y venir sustituidas, casi exclusivamente, por las constituciones imperiales, que hacen figura de legislación especial, cuando no excepcional o de urgencia, reiterativa e incluso contradictoria, incapaz de poner remedio a problemas que, probablemente, ya no lo tenían, o que ponía al descubierto que, los encargados de buscar soluciones carecían de la capacidad y de la formación suficiente requerida para ello, puesto que habían perdido con la *vulgarización* que caracteriza a toda la época el modelo y la forma de actuar jurídicamente (29). Situación que sólo podrá remediar

(24) En tal sentido, CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. y loc. cit.*, núm. 35.

(25) *Corso di diritto romano (possesso e quasipossesso)*, Milano, 1946.

(26) *West Roman Vulgar Law, The Law of Property*, Philadelphia, 1951.

(27) *Das römische Privatrecht, II (Die Nachklassischen Entwicklungen)*, München, 1959, págs. 184 y ss.

(28) Aparte de los anteriores, vid. también J. MALAFOSSE, *L'interdit momentariae possessionis*, Th. Toulouse, 1949.

(29) Como punto de partida, definitorio del nuevo concepto, vid. E. LEVY, "Westen

parcialmente la restauración justiniana. Con todo, a pesar de los ingentes materiales recogidos en el *Corpus iuris*, en ellos solamente se contiene una mínima parte del régimen de la propiedad que, con sus inevitables especificaciones y variantes, habían regido en los inmensos territorios de lo que fuera el imperio romano (30).

Sin embargo, desde otro punto de vista, el tiempo dirá que estos materiales son más que suficientes para que la especulación posterior, durante el Derecho común, tenga elementos con que construir el *instrumentarium* del que, una idealización actualizadora de la antigua propiedad quiritaria, el concepto moderno de propiedad.

2. EL DERRUMBAMIENTO DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD EN LA ALTA EDAD MEDIA Y EL LARGO CAMINO A RECORRER HASTA LA RECUPERACIÓN DE UN CONCEPTO UNITARIO

Como es sabido los reinos bárbaros asentados sobre el antiguo suelo provincial romano, continúan en muy buena parte el *Derecho romano vulgar*, sin que pueda decirse que aportan concepciones nuevas, ya que, de diferenciarse ambas vías, confluyen en el mismo primitivismo (31). Por otra parte, lo que se ha considerado en el siglo XIX, debido a los germanistas, como una aportación a la teoría de la propiedad, en relación con un supuesto *colectivismo*, no puede ser tomado como tal en los términos que algunos han considerado (32), es decir, no se trata de una idea que aportaran los pueblos germánicos y que se iba a oponer a la idea romana de la apropiación individual, manteniendo a lo largo del Derecho intermedio, como en un juego dialéctico, un combate secular, en el que acaba por triunfar la propiedad privada, conforme al modelo napoleónico-

und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts", en *Zeitschrift des Savigny-Stiftung* rom. abt., 49 (1929), págs. 230 y ss. Otras referencias en J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, I-I, Salamanca, 1977, págs. 60 y ss., texto y notas (47-51).

(30) CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. y loc. cit.*, núms. 32 y ss.

(31) P. MEREIA, "A tradição romana no nosso medieval", en *Boletim da Faculdade de Direito*, 20 (Coimbra, 1944), págs. 556 y ss.; A. D'ORS, *El Código de Eurico*, Roma-Madrid, 1956; J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'église aux IV et V siècles*, París, 1957; etc.

(32) Siguiendo los modelos de SUMMER MAINE y de LAVELEYE, como denuncia P. GROSSI en *op. cit.*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, págs. 226 y ss., núm. 2. Lo que, entre nosotros, se manifiesta más o menos en R. ALTAMIRA, *Historia de la propiedad comunal*, Madrid, 1890; E. DE HINOJOSA, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, Madrid, 1905; G. DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa*, 2 vols., Madrid, 1876-1879; J. COSTA, *Colectivismo agrario en España*, Madrid, 1898; etc.

pandectista. La historia es siempre mucho más compleja; lo que tampoco debe de olvidarse cuando se hace historia de la dogmática que no depende sólo de condicionamientos monoculturales, sino de arquetipos culturales que se desarrollan de manera diferente, cada uno en su círculo respectivo (eclesiástico, regio, monástico, etc.), sea o no tangencial a otro diferente, o se interfiera con él, formando círculos secantes. Sin olvidar que las diferencias socioeconómicas, constantemente cambiantes, hace que la misma idea se desarrolle de forma distinta, o, que partiendo de ideas diferentes se llegue a soluciones parecidas, en las que la facilidad para recibir técnicas o ideas que, en otro momento parecerían extrañas, hace que se llegue a una identidad que, en otro contexto, sería impensable: por ejemplo, el desarrollo mercantil ("hanseático") de las ciudades del Norte de Europa acelera, sin duda, en la baja Edad Media, la recepción del Derecho Romano. Lo que también podríamos considerar en sentido contrario.

Por eso, una historia de la propiedad en esta época requeriría un planteamiento adecuado (33). De modo que, al hablar de la indudable continuidad del mundo bajo romano los reinos bárbaros del Occidente europeo, ilusión de continuidad que se mantiene en el área mediterránea, hasta las invasiones del Islam, momento en que desaparece la posibilidad del comercio con Oriente (34), esto significa que, al menos la vida oficial, se desarrolla de acuerdo con el Derecho romano vulgar, perfeccionado en el *Liber iudiciorum*, por lo que se refiere a la Península Ibérica, lo que supone que la propiedad privada, es decir, una forma de propiedad-posesión, aunque no estuviese cerrada se hallaba protegida frente a terceros, salvo la limitación de permitir el paso a los caminantes (L. VIII, 3, 12; VIII, 4, 27; VIII, 5, 1; etc.). Pero con ella coexistían otras formas de *tenencia* de la tierra, como el precario visigodo (35), o las comunidades derivadas del aprovechamiento de los baldíos, montes o pastizales, o de los bienes comunes entre los huéspedes (hispano-romanos) y los consortes (godos), derivados de las *sortes Gothicae* (L. X, 1,8 y 9). No apareciendo en el Derecho territorial, la troncalidad (36) que, sin embargo, surge du-

(33) Cuyo diseño metodológico dibuja P. GROSSI con todo empeño y rigor, del que pueden obtenerse consecuencias muy importantes en general y, en particular, llevando a cabo las adaptaciones necesarias a partir de la experiencia italiana: *Op. cit.* en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, págs. 226 y ss., núms. 1 a 5 fundamentalmente.

(34) H. PIRENNE, *Mahoma y Carlomagno* (trad. esp.), Madrid, 1978 (reimp. 1985). Si bien su método haya sido puesto en cuestión por los historiadores económicos: C. M. CIPOLLA, *Entre la historia y la economía (Introducción a la historia económica)* (trad. esp.), Barcelona, 1991, págs. 87 y ss.

(35) C. SÁNCHEZ DE ALBORNÓZ, *Estudios sobre las instituciones medievales españolas*, México, 1965, págs. 19-46.

(36) BRAGA DA CRUZ, "Direito romano vulgar occidental", en *Boletim da Faculdade de Direito*, 25 (Coimbra, 1949), págs. 167 y ss.

rante la Reconquista en los Derechos locales (Fueros Municipales), lo mismo que otras manifestaciones de la colectivización de la propiedad, como las derivadas del régimen económico matrimonial y del sucesorio. En lo que hace referencia al primero, rige un sistema de modificación del régimen legal o supletorio que es un verdadero anticipo del de participación en las ganancias y que todavía recoge la versión romance del *Liber* (Fuero Juzgado, IV, 2, 17), aunque en la práctica se estableciera, en muchos casos, un régimen de comunidad de adquisiciones (gananciales), como acreditan colecciones documentales muy antiguas (37), lo que llevará a la distinción entre bienes *proprios* y *adquiridos*, pero que sólo en algunos Fueros Municipales llega a tener la trascendencia que adquiere en otras partes, como limitación del *ius disponendi* de su titular. Por lo que hace referencia al régimen sucesorio, hay que observar que el Derecho visigótico, salvo la mejora y las disposiciones en favor de la Iglesia, que se encuentran también en otras tradiciones, se halla muy próximo del Derecho Romano vulgar y aun del justiniano, no admitiendo los pactos sucesorios más que limitadamente (38) y siendo discutible si la reserva es propiamente tal o participa del carácter de la legítima, por influencia cristiana y justiniana (39). Sólo durante los primeros siglos de la Reconquista, y en ciertas tradiciones locales, se incrementará la vulgarización de esta materia.

Lo mismo que hay que decir un poco en general para los primeros siglos de la Reconquista y para las influencias indudables, más o menos intensas, del *feudalismo* y de sus consecuencias (40), en una época en la que, en la España cristiana y en el mundo de las ideas ya no se vive, como anteriormente, la ilusión de continuar la romanidad, sino la de restaurarla: el reino astur-leonés se considera ciertamente continuador del reino visigótico, pero en conexión con la Europa carolingia de la *renovatio imperii* y los propios reyes leoneses se consideran también emperadores *in totius Hispaniae* (41). Todo lo cual tendrá igualmente sus consecuencias para la

(37) J. L. DE LOS MOZOS, "La nueva sociedad de gananciales", en *ibid.*, 60 (Coimbra, 1984), y ed. sep. 1988, págs. 11 y ss.

(38) P. VISMARA, *Storia dei patti successori*, 2 vols., Milano, 1938-1941. Vid. también J. L. DE LOS MOZOS, "Sucesión contractual", en *Derecho civil español, común y foral*, V-3, 8.^a ed., Madrid, 1978, págs. 262 y ss., y allí referencias.

(39) Para esto, por todos, vid. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho civil*, Barcelona, 1963, págs. 285 y ss., y en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, VI-2, 8.^a ed., Madrid, 1973, págs. 471 y ss.

(40) Aparte de C. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *En torno a los orígenes del feudalismo*, 3 vols., Mendoza, 1942, y la obra citada del mismo autor en nota 35, vid. F. L. GANSHOF, *Qu'est-ce que la féodalité?*, Bruxelles, 1947; M. BLOCH, *La société féodale*, París, 1949.

(41) R. MENÉNDEZ PIDAL, *Introducción a la Historia de España*, IV, Madrid, 1956, págs. XXI y ss.

restauración a la larga de la idea de la propiedad, aunque ésta vaya a desarrollarse muy lentamente y sólo a partir de la recepción del Derecho Romano, operando a través de aislamientos técnico-jurídicos que se desarrollan en el interior de sus propios círculos culturales y de constantes sofocamientos económicos, como se ha dicho muy acertadamente (42).

Sea como fuere y debido a la mayor romanización originaria, las zonas de colectivización existentes, en aumento o en retroceso según las épocas, no impiden que subsista en mayor o menor medida una forma de propiedad libre, que se incrementa llegado determinado período (ss. IX al XI) como consecuencia de llevarse a cabo la Reconquista, especialmente en la naciente Castilla, por medio de la *presura* (43), lo que da lugar al nacimiento temprano de una sociedad de hombres libres que gozan también de una propiedad libre, aunque con el tiempo, por obtener la protección de los poderosos, sobre las tierras libres se constituya la propiedad señorial, aparte de las concesiones reales en favor de la nobleza o del clero (44), desarrollándose también paralelamente, en muy diversa medida, la propiedad comunal de los municipios y de los pueblos y de comarcas más amplias (p.ej., las Comunidades de Villa y Tierra, en la Extremadura castellana, etc.) (45).

Por hacer un cuadro global del Estado de la propiedad en el Derecho intermedio español, diremos lo siguiente: hay momentos efectivamente en que, para algunos, la única propiedad individual viene constituida por el *ajuar uxorio* para la mujer y por la *lanza y el caballo*, para el guerrero, pero tanto la una como el otro podían acceder a la propiedad de otros bienes, ganancias o ganancias en cuanto adquiridos, o bienes heredados que generalmente adquirirían la condición de propios, aunque no siempre fueran troncales y, finalmente, los restantes bienes adquiridos, tanto por el varón como por la mujer (soldadas) y los procedentes de donaciones y de arras nupciales que podían tener distinto carácter (46). Por otra parte, la llamada "propiedad familiar", vinculada o troncal, aunque aparece en algunos Fueros Municipales sobre todo en Aragón, Navarra y Vizcaya, no se halla tan extendida como en otras partes y, desde luego, no parece que

(42) R. MENÉNDEZ PIDAL, *op. cit.*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, págs. 226 y ss., núm. 4.

(43) L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso de historia de las instituciones españolas*, Madrid, 1982 (reimp. ed. 1968), págs. 240 y ss., y 332 y ss.

(44) L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, págs. 518 y ss.

(45) L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, págs. 542 y ss.

(46) Lo que se puede apreciar fácilmente en la penetración del elemento germánico o autóctono, en definitiva no romano, en los orígenes de la disposición "mortis causa" a través de formas contractuales, a las que luego se incorpora, tardíamente, en la Baja Edad Media, el testamento: vid. J. L. DE LOS MOZOS, "La partición de herencia por el propio testador", en *Revista de Derecho Notarial*, 27 (1960), págs. 168 y ss.

se halle muy consolidada particularmente en Castilla, a pesar de algunos indicios en contra (especialmente FV, IV, 1, 10). Sin embargo, en general, casa, huerto y era, aparecen como una unidad en el tráfico jurídico, lo que viene a recordar a la *Eigentum an Haus und Hof* (propiedad sobre casa y huerto) y, curiosamente, se conserva todavía una voz de origen germánico para designar una de sus dependencias, la *herrén* que en las descripciones de bienes, actualmente aún, aparece con la casa, el huerto y la era, o sustituyendo a algunas de ellas (47). Por lo demás, si en algunas partes la vinculación de los bienes a la familia toma lugar por medio de la troncalidad, en otras, el mismo efecto se conseguirá con una técnica distinta, andando el tiempo, por medio del mayorazgo (Leyes de Toro, 40-46) y de los fideicomisos familiares, con ayuda en cualquier caso de los retractos gentilicios o de abolengo (FR, III, 10, 13).

Existen también numerosas formas de propiedad colectiva, de bienes pertenecientes a los municipios, integrados por bosques y pastizales de aprovechamiento comunal (P., 3, 28, 9), para distinguirlos de los propios de las villas y ciudades (P., 3, 28, 10), lo mismo que otros bienes se hallaban en manos de la Corona de forma duradera o permanente (ulteriormente, sitios reales, etc.). Pero la mayoría de los bienes eran cedidos para constituir los señoríos, ya fueran jurisdiccionales o meramente solariegos. Por otra parte y por diversos caminos, aparece, aquí y allá, la manifestación de una propiedad eminente, a favor del rey o del señor, bien como propiedad superior (*Obereigentum*), en relación con determinados aprovechamientos (caza, minas, molinos, salinas, etc.), bien dando lugar a los *iura regalia* a favor del Estado (48). Pero ello no impedía que sobre los mismos bienes existieran otros aprovechamientos, los cuales cuando no se desmembraban y se atribuían a un sólo titular daban lugar a una propiedad de disfrute (*Nutzungeigentum*), compatible con la propiedad superior. Pero la expresión más elocuente de este fenómeno tendrá lugar con el desarrollo del *censo enfiteútico*, que sobre la base de unos antecedentes greco-romanos, fue una creación técnica de glosadores y postglosadores, a lo que volveremos a aludir seguidamente, una vez que completemos este sucinto panorama de la propiedad en la Edad Media, y donde nos limitaremos a señalar algunos de los aspectos más significativos y puedan tener alguna utilidad, más allá de la mera alusión histórica.

En este contexto, diremos que también se extienden las formas de propiedad colectiva a las tierras de labor, por una continuación del sistema

(47) El *Diccionario de la Lengua española*, de la Real Academia, 19 ed., 1970, lo define como "terreno en el que se siembra", pero me parece que, además, debe de estar cerca de la casa o contigua a ella para que originariamente reciba este nombre.

(48) L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, págs. 444 y ss., 589 y ss., 600 y ss.

de las suertes góticas (*Hufer, Huva, Hova*, de donde deriva la palabra castellana "huebra", lo que se puede labrar en un día) y, sobre todo, surgen, sobre la base del antiguo precario visigodo y del arrendamiento bajo romano, numerosas formas de tenencia y de uso de la tierra, en el campo de los contratos agrarios (49). Todo esto, por lo demás, tenía una dimensión diferente según que tales contratos —y lo mismo había que considerar respecto de las suertes o de las presuras— tuviera lugar entre hombres libres y alguno de ellos fuera siervo o pechero. Pues, en el segundo caso, había que añadir a las prestaciones derivadas de la relación jurídica que se estableciera —por utilizar una imagen moderna— las prestaciones señoriales. Sistema de prestaciones que como *cargas reales* gravan una propiedad tan débil que, en la mayor parte de los casos, no puede llamarse propiedad. Un ejemplo paradigmático de esta situación se puede encontrar en la *enfitéusis* que aparece en la época postfeudal y que tiene un importante desarrollo en Cataluña, cuya técnica recoge la idea de la propiedad superior y de la propiedad inferior (dominio *directo* y dominio *útil*) y dentro de su propio esquema (laudemio, comiso, etc.) consagra y mantiene la típica prestación señorial que todavía conserva el Código Civil (arts. 1.648 a 1.650 y 1.652; arts. 1.631 y 1.644 a 1.646, respectivamente).

Pero aquí nos hallamos ya en plena *recepción* del Derecho Romano, de modo que la invención de la distinción entre dominio *directo* y dominio *útil* constituye una aportación *sapiente* o culta a la teoría de la propiedad (50) y que se construye, no desde la lógica del titular del derecho, para quien el dominio es uno, sino desde la lógica de los bienes y de sus innumerables y diversos aprovechamientos. Pues bien, partiendo de esta compleja y rica estructura, por un lado tenemos la *substantia* que integra el dominio directo, por otro, la *utilitas*, que da lugar al dominio útil, un dominio entendido como contenido o suma de los aprovechamientos susceptibles de obtener de los bienes. Pero, desde el punto de vista técnico, lo más importante de esta construcción es haber resuelto en *dominium* la situación del concesionario cultivador de la tierra (51), mientras que, desde

(49) En España no se ha hecho un estudio completo en la materia o, al menos, paragonable al efectuado en Italia por diversos autores: vid. solamente, por todos, G. ASTUTI, "Aspetti del regime giuridico medioevale della proprietà fondiaria e dei contratti agrari", en *Dopo il primo Convegno internazionale di diritto agrario*, Milano, 1958, págs. 63 y ss.; P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus. Locazioni e rapporti e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comunale*, Napoli, 1963, y *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, 1968.

(50) FEENSTRA, "Les origines du dominium utile chez les glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des Ultramontains)", en *Facta iuris romani. Etudes d'histoire du droit*, Leyden, 1974, págs. 519 y ss.

(51) P. GROSSI, *op. y loc. cit.*, núms. 9-11.

el punto de vista histórico, al cabo de los siglos, el enfiteuta, debilitado el canon y quedando las prestaciones señoriales como un mero vestigio, vendrá a ser el verdadero propietario. Lo que vale también para las distintas modalidades de censos, rurales (censos reservativos, foros, etc.) y urbanos. Aproximándose la figura al arrendamiento a largo tiempo y prácticamente perpetuo (52).

De acuerdo con el esquema enfitéutico el *Código de las Siete Partidas* regula el censo en el título VIII de la Partida 5.^a, destinado a los contratos de uso y disfrute, aunque se configura claramente como un derecho real (P., 5, 8, 28 y 29), lo que se refuerza al regular el establecimiento de censos sobre bienes eclesiásticos (P., 1, 14, 3) y también al exigir para su validez la escritura de constitución (P., 3, 18, 69). Por lo demás, el código alfonsino contempla, en el título 28 de la Partida 3.^a, bajo la rúbrica: "*Delas cosas en que orne puede auer señorío, e como lo puede ganar*", un concepto de propiedad que guarda más relación con la mentalidad "posesoria" altomedieval que ha heredado del Derecho Romano vulgar, en la que posesión y dominio se confunden, en el juego de la relación del hombre con las cosas que busca especialmente una fundamental *efectividad*, al igual que sucede con la creación del *dominio útil*, que la restauración de un concepto de propiedad quirital, por más que manualística moderna española haya querido ver, en la definición de Partidas, la restauración de aquel concepto: "*Señorío es poder que ome ha en su cosa de fazedella e en ella lo que quisiere, según Dios e según fuero*" (P., 3, 28, 2). Nos fundamos para establecer esta conclusión en que, el término "señorío", a pesar del énfasis utilizado en la definición transcrita, vale tanto para designar la propiedad como la posesión (*vid.* P., 3, 30, pr.), mientras que por otra parte, al designar en la propia Ley citada, en que se contiene tan ñamante definición, y después de citar las tres maneras de señorío que es bastante ilustrador por lo demás, al indicar sobre qué cosas puede recaer el señorío pone en el mismo plano: "fruto o renta de algunas cosas en su vida, o a tiempo cierto, o en castillo, o en tierra que orne oviesse en feudo", por lo que, más que de propiedad está hablando de derecho real, haciendo una enumeración abierta de los *iura in re aliena* más importantes de su época (P., 3, 28, 1). No tiene que ver que, en el resto del título, la clasificación de las cosas (comunes, públicas, sagradas, religiosas, etc.), o la regulación de la accesión, tenga un empaque claramente romano. Siendo también romano, en lo fundamental, su sistema de adquisición (P., 3, 28, 46 y

(52) J. L. DE LOS Mozos, *Estudios de Derecho agrario*, Madrid, 1972, págs. 263 y ss.

47) (53), aunque al final del propio título vuelva a ocuparse de otras cuestiones que aquí no interesan.

En una palabra, las Partidas traducen un concepto de dominio en el que existen asonancias y coincidencias con el concepto moderno de propiedad, concepto de dominio que es el propio de la doctrina del Derecho común (54), donde los dominios (*dominia*), expresión que se utiliza frecuentemente, no se corresponde con el *dominium* en sentido técnico y se identifica, más o menos, con los *iura in re aliena*, o con ciertas formas de posesión o disfrute que, aunque surgidas de los contratos agrarios, fundamentalmente, o de la constitución de señoríos, confieren a su titular una cierta estabilidad, dando lugar técnicamente, en la mayor parte de los casos, a verdaderos derechos reales. Todo esto revela, como se ha puesto de relieve sagazmente y como anteriormente indicábamos a propósito de la invención de la propiedad útil, que se construyen desde la lógica del objeto, por ello, para que vuelva a resurgir el concepto romano de la propiedad, hará falta una reflexión subjetiva, lo que, por el momento, no tiene lugar (55). Por eso, antes de ocuparnos de ella y como resumen de este esquema o cuadro global de la propiedad medieval, vamos a señalar únicamente los tipos más importantes que uno debe de tener en cuenta, a saber: *a*) propiedad *señorial*, con jurisdicción o sin ella, a medida que el poder de la monarquía se va consolidando, algunas de las prestaciones señoriales pasan a la Corona y se transforman en *regalías*; *b*) propiedad comunal; *c*) propiedades eclesiásticas, de los municipios, universidades y otras corporaciones (manos muertas); *d*) propiedad *alodial* o libre, viene a ser la excepción pero se intensifica como consecuencia del desarrollo mercantil y urbano a fines de la Edad Media y a comienzos de la Edad Moderna, sobre ella se constituyen los mayorazgos y otras vinculaciones familiares; *e*) propiedad *beneficiaria* o re-encomendación de la propiedad libre, como tuvo lugar en las *behetrías* (FV, IV, 1, 10), o en otras formas (P., 3, 18, 89), de ofrecimiento en feudo, y *f*) finalmente, la propiedad servil, tiene menos importancia, en la medida que existió no es propiamente tal, sino un derecho de uso y disfrute sobre la tierra, siendo susti-

(53) Esta forma expositiva es muy característica del Código de las Siete Partidas, tomando un término o concepto en su unidad, *señorío* en este caso, para desde ella deducir los diversos conceptos o preconceptos: soberanía, propiedad, dominio útil, sobre muebles, etc.

(54) Donde tiene lugar el encuentro de la tradición romana con la tradición feudal: vid. J. L. DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Madrid, 1974, págs. 70 y ss.

(55) P. GROSSI, *op. y loc. cit.*, núms. 9-11; H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., págs. 291 y ss; A. M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, cit., págs. 17 y ss.

tuida por la concesión a *censo*, o por al arrendamiento de larga duración que tenía una consideración equivalente (56).

Este cuadro se mantiene, aunque debilitado, a lo largo de todo el antiguo régimen y es llevado a América, donde rige por aplicación del Derecho castellano y en el caso de que no se aplique el Derecho indiano que establece un complicado sistema de concesión real, por medio de las encomiendas, en interés de los indios, pero ésta es otra historia en la que aquí no podemos entretenernos (57).

Por otra parte, al final del antiguo régimen es probable que solamente un tercio de la propiedad fuera libre, no vinculada (58), pero ya las ideas habían cambiado y es por ese camino por donde va a tener lugar la liberación de la propiedad, lo que pasamos a estudiar bajo los epígrafes siguientes.

3. LA ELABORACIÓN DEL CONCEPTO MODERNO DE PROPIEDAD

Como dice P. GROSSI, uno de los grandes historiadores del Derecho contemporáneo que ha estudiado el desenvolvimiento de la propiedad y del Derecho de los bienes, en general, en numerosos trabajos y desde diversos puntos de vista, "la *operación propiedad moderna* que se concluye apenas a nuestras espaldas (aunque inmediatamente después de haber empezado a discutirla del principio al fin), presenta una natural sincronía con la más amplia renovación antropológica que da vida a una civilización *moderna*; sincronía sobre la que hemos insistido en el planteamiento reiteradamente. La que prende impulso en aquel siglo tan pleno de anticipaciones y que, para el historiador y el jurista, es el *trecento*" (59). Este siglo, de grandes acontecimientos también en la historia de España (60), marca el inicio de un tiempo nuevo que se va a expresar, con la aparición del "voluntarismo", en un nuevo orden de ideas y que, por lo que se refiere al mundo del Derecho, se expresa sobre toda en la sustitución de la *ratione imperii* por el *imperio rationis* que consolidará la recepción del Derecho Romano, manifestándose dentro del sistema jurídico en el triunfo de la

(56) P. GROSSI, *op. y loc. cit.*, págs. 241 y 243.

(57) J. L. DE LOS Mozos, "La propiedad agraria en el Derecho indiano como aportación de las técnicas de reforma agraria", en *Estudios de Derecho agrario*, 2.^a serie, Valladolid, 1981, págs. 47 y ss.

(58) Vid. J. L. DE LOS Mozos, *Estudios de Derecho agrario*, cit., Madrid, 1972, págs. 263 y ss.

(59) *Op. y loc. cit.*, pág. 245; y allí otras referencias.

(60) En el que se opera la consolidación legislativa en la monarquía castellana con la promulgación del Ordenamiento de Alcalá (1348).

"autonomía privada", con la afirmación del consensualismo frente al viejo formalismo, sea de origen romano o feudal. Con ello, en esta época, aparece el *contrato* como "categoría general" frente a los singulares tipos de contrato que ofrecía a glosadores y postglosadores el *Corpus iuris* (61). De ello, existen en Castilla manifestaciones tempranas, tanto respecto de la "forma" de los contratos (62), como del "contenido" de los testamentos (63). Pues bien, es ésta nueva lógica del sujeto la que, con el tiempo, va a dar lugar a un nuevo concepto de propiedad, actuando las ideas individualistas.

Por otra parte, se puede decir, haciendo una gran síntesis, que Roma ha organizado una propiedad exclusiva y absoluta sobre las cosas, absorbiendo a través de la *manus* del *pater*, primero, todos los poderes sobre personas y cosas (*familia pecuniaque*) del grupo familiar; lo que se limita después a todos los posibles aprovechamientos y facultades sobre las cosas; mientras que la Edad Media ha inventado las "propiedades" (*señorío* dicen las Partidas) simultáneas sobre los mismos bienes. Pero por opuestas que estas concepciones hayan sido, según la interpretación más verosímil, tienen la base de la organización jurídica de la atribución de las cosas el que esta se opera a partir de las cosas mismas y de la utilidad que ofrecen a los hombres. Bien es cierto que, como hemos visto, aunque de manera muy superficial, la historia jurídica es mucho más compleja (64). Pero, también es verdad que, a partir del Renacimiento, la poderosa corriente individualista hace que se derrumbe esta perspectiva considerada como objetiva. "El individuo deviene el centro del mundo. Es a partir de él que los juristas deducen por encima de todo el sistema de Derecho y en particular el derecho de propiedad" (65). Lo que no deja de ser cierto por muy idealizado, simplista y un tanto maniqueo que nos parezca el planteamiento, más por el punto de partida que por las consecuencias que deduce, ya que las ideas no lo son todo en el curso de la historia, ni cabe interpretarla solamente desde un plano ideal. Es lo mismo que cuando se contraponen *colectivismo* y *apropiación individual*. No cabe, por tanto, contraponer un "orden natural" fundado en la naturaleza de las cosas, o en la ley divina, lo que se correspondería con la concepción romana y la concepción medieval, para dar lugar a una concepción *objetiva* de la propiedad, con

(61) J. L. DE LOS MOZOS, "La forma del negocio jurídico", en *Anuario de Derecho Civil*, 1968, actualmente en *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1987, págs. 381 y ss.

(62) Ord. de Alcalá, XVI.

(63) Ord. de Alcalá, XIX.

(64) Sin embargo, el esquematismo a que suele reducirse puede ser de gran utilidad para no perderse en la pluralidad de los hechos y de las ideas. En tal sentido, A. M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, cit., págs. 141 y ss.

(65) A. M. PATAULT, *op. cit.*, págs. 142-143.

un "orden" que, aunque ciertamente no se califique de arbitrario, surge únicamente del individualismo. Lo que supone la primacía de la voluntad, de una voluntad humana individual que pretende vivir en libertad en medio de la sociedad, lo que también a su manera forma parte de un nuevo "orden natural" y de donde surgiría la concepción individualista o *subjetiva* de la propiedad.

El descubrimiento de este orden nuevo cobra aliento en el voluntarismo de la Baja Escolástica y se desarrolla en una serie de universos confluyentes, como el humanismo jurídico, o la afirmación de las monarquías nacionales, la mutación del sentimiento religioso, o el surgimiento de un nuevo Derecho natural. Lo que se acelera al final del antiguo régimen con la Ilustración, ya en pleno siglo XVIII. Aquí, en la imposibilidad de ocuparnos de todo este amplio y complejo panorama, vamos a limitarnos a establecer los hitos más importantes, aquellos que se hallan más estrechamente unidos con la formación gradual del concepto moderno de propiedad, destacando los siguientes puntos.

a) *La aportación de los teólogos y juristas españoles*

Sin la aportación de la Baja Escolástica —símbolo de continuidad y de renovación— no hubiera sido posible la continuación de la *recepción* del Derecho Romano, ni la consolidación del Derecho natural. Continuidad que se sobrepone a la ruptura respecto del *mos italicus* que representó el Humanismo y a las profundas escisiones que llevó a cabo la reforma protestante, de lo que me he ocupado repetidas veces (66). Pues bien, en este contexto, el núcleo central y el más importante y significativo viene constituido por un grupo de teólogos y juristas españoles, cuya importancia en relación con la formación del concepto de propiedad moderno viene especialmente destacada por P. GROSSI, con toda justicia (67).

Efectivamente, esta nueva *lógica del sujeto*, dotada de profundas raíces cristianas, establece una nueva relación entre el espíritu europeo y el *ordo naturalis*. Lo que responde, como ha reconocido F. WIEACKER, a la exigencia metódica ciceroniana, prototípica del Humanismo, de obtener el saber jurídico *ex intima Philosophia*, desarrollándose posteriormente como un *ars*, esto es como una ciencia metodológicamente subordinada (68). Cambia con ello la comprensión de la *natura rei*, pasando del

(66) *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno*, Madrid, 1977, págs. 249 y ss.

(67) *Op. cit.*, en *Quadern fiorentini*, 1 (1973), págs. 117 y ss.

(68) *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.^a ed., Göttingen, 1967, págs. 88 y ss.

plano de la inteligencia de la creación, al plano de la redención, donde la libertad individual es la verdadera protagonista, en el seno de las encendidas discusiones teológicas sobre el *arbitrio* de la voluntad humana. Es cierto que, en rigor, no cabría distinguir estos dos momentos. Tampoco cabe contraponer la Baja Escolástica a SANTO TOMÁS DE AQUINO, globalmente, lo que sería trivializar el planteamiento. Pero no hay que olvidar que los teólogos y juristas del siglo XVI se veían forzados a acentuar esta nueva comprensión de la *natura rei* por exigencias pedagógicas y apolegéticas en el contexto de una diatriba más profunda. No se separan por tanto caprichosamente o por una deformación metodológica del tomismo, como ha pretendido M. VILLEY (69), sino porque llevan a cabo una renovación de la *natura rei*, como es sobre todo el caso de GABRIEL VÁZQUEZ, LUIS DE MOLINA y FRANCISCO SUÁREZ, desde la nueva lógica del sujeto (70).

De este modo, mientras los simples juristas siguen diseñando y aplicando las figuras tradicionales del viejo orden, los teólogos y filósofos-juristas, en plena renovación humanista, hacen que la propiedad se convierta en un concepto general del nuevo espíritu europeo, aunque todavía tarde mucho en imponerse en la realidad. Pero serán ellos los que suministren a los tiempos venideros las ideas fundamentales de este concepto, entendido en sentido moderno. De suerte que, *in interiore homine* el connubio entre la Baja Escolástica y el provocante equipaje ideal de los "modernos" se realiza por el trámite de la visión del mundo esencialmente humanista de los maestros españoles (71), lo que se manifiesta ya, en la llamada "escuela española", desde el primer momento, en FRANCISCO DE VITORIA y en DOMINGO DE SOTO, más atentos a los maestros parisinos que al propio SANTO TOMÁS (72), vinculación dialéctica que no se pierde a lo largo de todo el siglo, más que nada para superar los excesos del nominalismo, pero sin renunciar a él como una de las fuentes más fecundas de la tradición cristiana (73).

(69) "Historique de la nature des choses", en *Archives de Philosophie de droit*, X (1965), págs. 267 y ss.

(70) J. L. DE LOS MOZOS, *Metodología*, cit., págs. 74 y ss. y 83, nota 99.

(71) AMBROSETTI, // *diritto naturale della forma cattolica*, Milano, 1951, págs. 21 y ss.; H. THIEME, "Natürliches Privatrecht und Spätscholastik", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, germ. abt., 70 (1953), págs. 250 y ss.

(72) P. GROSSI, *op. cit.*, en *Quaderni fiorentini*, 1 (1973), págs. 122-123.

(73) Para la escolástica tardía la vinculación a Santo Tomás tenía, sobre todo, el valor de la vinculación a una voz objetivista en viva dialéctica con la conciencia del siglo, tenía el valor de ocasión —no pérdida— de verificar y de redimensionar los excesos de una diagnosis únicamente voluntarista de la sociedad, en una encrucijada tan turbulenta como fue para Occidente la parte central del siglo XVI (P. GROSSI, en *ibid.*, pág. 127).

Entre el sistema de SANTO TOMÁS DE AQUINO y las modernas invenciones la distancia es grande, como observa exactamente P. GROSSI, y "casi se puede afirmar que muchos engarces culturales entre el texto de la *Summa* y estos tratados del siglo XVI —que por otra parte aparecen como un comentario de aquélla— han sido piadosamente resecados. SANTO TOMÁS se hubiera guardado mucho de hacer del *dominium* el eje central de su orden, entre su trama resplandece la idea del *dominium sui*, que rebota en las páginas donde los franciscanos habían comenzado su insistente, siempre más insistente reflexión, y allí apenas se hace notar el nexo entre *dominium suorum actuum* y *dominium rerum*. Para ello, será preciso una larga aventura intelectual en otra dirección y que en los tiempos, los operadores culturales y la sociedad se encuentren maduros para expresar en toda su plenitud e integridad un nexo que a nuestros ojos aparece como de una extraordinaria modernidad" (74). No ocurre esto todavía en el tiempo de SANTO TOMÁS (75). Es preciso que, para obtener un concepto nuevo del *dominium* se plantee la cuestión en el interior de la autonomía individual. De esta manera podrá decir BAÑEZ que la propiedad "*pertinet ad dignitatem*" que ella es "*quaedam perfectio*": consecuencia consciente de haber proyectado lo "mío" como prosecución y complemento del "yo" sobre el terreno de las cosas (76).

Lo que aparecerá más claramente en MOLINA, quien se pregunta primero en qué consiste la relación entre sujeto y cosa que llamamos dominio. ¿Es un conjunto de poderes, o la reunión de los poderes que el *dominus* tiene sobre la cosa, o, en cambio, es algo que antecede lógicamente y cronológicamente al coagularse los poderes? A lo que responde con firmeza: "*facultasseu ius perfecte disponendi est effectus dominii, non secus ac facultas ridendi est effectus hominis*" (77). Respecto de los poderes del propietario no estamos todavía en el momento constitutivo del *dominium*, en relación con ellos el *dominium* es todavía un *prius*, tanto que uno puede transferirlos a un procurador o a un amigo sin que abandone necesariamente la propia titularidad de propietario. Pero, como sigue diciendo P. GROSSI, la investigación del teólogo va más lejos. El "*ius ad utendum re aliqua et ad illam alienandum et consumendum distinctum quid est a dominio*", el cual "*in eo praecise est positum, quod res sit sua simpliciter*".

(74) *Op. cit.*, en *Quaderni fiorentini*, 1 (1973), pág. 142.

(75) M. F. RENOUX-ZAGAMÉ, "Les origines théologiques du concept moderne du propriété", en *Droits*, I (1985), págs. 158 y ss.

(76) *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXIII, pág. 75 (cit. GROSSI, *ibid.*, página 144).

(77) *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disput. 3, col. 35 (cit. GROSSI, *ibid.*, pág. 145).

Lo que repetirá rebatiendo: "*ratio dominii circa unam rem est única et simplicissima*" (78).

Por otra parte, el fundamento íntimo del dominio lo encuentran nuevos maestros en la *libertad* individual, en un intercambio íntimo entre la libertad y propiedad. Lo "mío" es la esfera del *proprium*, es decir la de la autonomía respecto de los demás, como expresión de independencia o de *propia auctoritate* (79), lo que en la relación con la cosa atribuye a esa relación simple y primaria el adjetivo de *absoluta*, constatación de la prioridad psicológica del *proprium* sobre lo *comune*, por lo que sería impensable una *función social* de la propiedad. Efectivamente, como recuerda P. GROSSI, "una propiedad económicamente funcionalizada sería portadora de instancias técnicas, objetivas, provenientes *ex natura rei*, lo que, en el primer momento que va de VITORIA a MOLINA y que se extiende por todo el siglo XVI, se parte de la premisa que '*non ex praestantia rei sed ex potestate, quam quis habet supra illam ratio dominii debe desumi*' y que propiedad es únicamente una dimensión del sujeto. El cual —que no tiene otros límites que sus propias exigencias— reclama la total recuperación de la propiedad a la esfera de su *libitum* y de su *arbitrio*" (80).

Mientras los glosadores medievales habían definido un tipo de propiedad *utilitas fundi* (81), en cambio, la noción de *utile*, de *commodum*, a la que aluden nuestros doctores, se modela sobre el sujeto y en el sujeto, de manera que frente la función social de la propiedad, la Escolástica tardía, afirma su función individual (*libitum, commodum, arbitrium*). La que, actualmente, llamaríamos función social de la propiedad queda fuera de su concepto y habría que relacionarla con la distinción entre *dominium* y *iurisdictio*. Mientras los confines de la primera se desarrollan en el ámbito del *proprium*, el fin de la *iurisdictio*, por el contrario, es externo a su titular y, por su naturaleza, proyectado hacia la colectividad y colocado en el área del *publicum*. Es más, una separación terminológica, representa fielmente, los poderes de los particulares y los poderes del ordenamiento: para significar tales poderes, se reserva la voz *dominium*, para los primeros, mientras que, los segundos, se designan con el término *dominatio*, pero sólo la debida proporción, entre unos y otros, hace que el *imperium*

(78) *Ibid.*, pág. 145.

(79) En lo que coinciden SUÁREZ y MOLINA (GROSSI, *ibid.*, págs. 149 y nota 81).

(80) *Op. cit.*, en *Quaderni fiorentini*, 1 (1973), pág. 156.

(81) P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., pág. 191. *Utilitas* era, en este contexto, el resultado de una lectura disponible de la cosa, de una humildad del operador que renunciaba a su voz para escuchar la de la naturaleza; era, en suma, un cúmulo de circunstancias objetivas, técnicas, escritas *in re ipsa*, variables por el solo variar de los presupuestos objetivos sobre los cuales se fundaba (*op. cit.* en *Quaderni fiorentini*, 1 [1972], págs. 158-159).

no se convierta en tiranía (82). Hasta puede pensarse que, con este planteamiento y, en un momento histórico que está tomando fuerza la propiedad privada, reaparece el concepto privatista de la propiedad e incluso que, en todo el discurso, subyace también la distinción entre *propietas* y *dominium*, como una recuperación que lleva a cabo la paciente interpretación humanista de la vieja tradición escolástica.

Pero como se ha dicho, certeramente, el dato más significativo y relevante de toda esta doctrina para la historia del patrimonio "dogmático" del individualismo jurídico hay que encontrarlo en la separación de *ius*, *facultas* y *potestas* y *exercitium iuris* en el ámbito de la estructura del derecho subjetivo de propiedad (83). Lo encontraremos perfectamente delineado en la obra del cardenal DE LUGO, para quien la propiedad es una *potestas* del operador social, un *signum prius* suyo, un carácter indeble, pensable como *potentia* del sujeto, lo que nada tiene que ver con los múltiples comportamientos del *dominus*, sino que se manifiesta en el momento en que el sujeto, afirmando su propio poder sobre la *substantia rei*, lo que realmente afirma es su libertad de elección, independiente y soberana —es decir, está actuando una facultad. Mientras que el *dominus* es visto desde la perspectiva de la titularidad y así sucesivamente (84). Por lo demás, ya desde FRANCISCO DE VITORIA, el *dominium* es de Derecho natural, con independencia de la *afides* del individuo y, por tanto, también a los indios les corresponde el derecho de propiedad, ya que depende únicamente de su voluntad (85).

Pero volviendo al concepto de dominio y sobre la base de la diferenciación apuntada, la Escolástica tardía española, siguiendo las huellas de la pauta marcada por el canciller parisino GERSON (86), que hace descansar el concepto de dominio en una *potestas* por considerar que la *facultas*, como simple licitud queda delegada al área del *fas* (87), estiman que la *potestas* tiene un contenido demasiado genérico y acusadamente potencial, por lo que, rectificando, prefieren hablar de *facultas*, como signo típico de la soberanía del sujeto y de su vocación a concretarla en forma posesiva. A ella se ajusta la famosa definición del *dominium* de DOMINGO DE SOTO (88) que fue aceptada y seguida por casi toda la escuela (89).

(82) *Ibid.*, págs. 161-162.

(83) *Ibid.*, págs. 176 y ss.

(84) *De justitia et jure*, i. I, disput. II, sect. I, n. 9 (pág. 15) (*ibid.*, págs. 176-177).

(85) L. PEREÑA, *Misión de España en América*, Madrid, 1956.

(86) *De potestate ecclesiastica*, en *Ouvres complètes*, VI, París, 1965, pág. 245.

(87) Cfr. "*Dominium est potestas propinqua assumendi res alias vel ut alias in sui facultatem vel usum licitum secundum iura vel leges rationabiliter institutas*".

(88) Cfr. "*Dominium... est propria facultas et ius in rem quamlibet, quam in suum ipsius commodum usurpare potest quocumque usu lege permisso*" (*Relectio de dominio*, págs. 78-79).

Entre tanto, en la jurisprudencia nacional española, sigue vigente el concepto de dominio que expresa la definición de BARTOLO (90), como puede verse en los autores más significativos de la época, ANTONIO GÓMEZ (91) y GREGORIO LÓPEZ (92), entre otros (93). Por ello, el mencionado concepto neoescolástico no satisface del todo a LUIS DE MOLINA (94), que opta por la definición de BARTOLO, introduciendo en ella una motivación subjetiva (95). A MOLINA no le satisface la idea de *dominium* como realización del *proprium commodum*, que tiene un sentido en la construcción voluntarista e individualista de SOTO, sino que pretende una construcción de la teoría de la propiedad con sentido realista, en lo que viene seguido por otros maestros jesuitas (96). Para ello, se fija en un elemento *externo* del dominio, siguiendo a BARTOLO, el *ius disponendi*, que éste atribuye al *dominium plenum*, pero que MOLINA generaliza, prescindiendo de la división de los dominios que el anterior tenía presente, es decir, absolutizando la consecuencia o carácter del dominio, aunque introduciendo en ella una matización que es el exponente de su realismo, de modo que el *perfecte disponere* de la definición bartoliana viene dotado de un significado más amplio: “*sive in proprium sive in alienum commodum*” (97). Con lo que MOLINA y sus seguidores no quieren encerrar la propiedad en un espacio simplemente utilitario, apartándose por igual de una función dispensadora como la propiedad tenía en el sistema de SANTO TOMÁS (98). Por otra parte, como señala P. GROSSI, la adopción de la definición de BARTOLO que refiere el dominio exclusivo a la *res corporalis*, a pesar de que tenga el rechazo de los teólogos, al quedar fuera una serie de figuras análogas que había ido elaborando denonadamente el Derecho canónico, supone un avance extraordinario y tiene

(89) F. DE VITORIA, GREGORIO DE VALENCIA, MARTÍN LEDESMA, BAÑEZ, SALÓN, ARAGÓN, etc. (P. GROSSI, *op. cit.*, en *Quaderni fiorentini*, 1 [1973], págs. 203-204).

(90) “*Ius perfectae disponendi de re corporali nisi lege prohibeatur*” (*Dig. novum*, ed. Venetiis, 1585, ad D. 41.2.17, Imn. 4).

(91) *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Matriti, 1780, ad. 1.45, n. 5, pág. 353.

(92) *Las Siete Partidas*, III, Salamanca, 1555, ad l.1, tit. XXVIII, P. 3.^a, glosa e), fol. 155v.

(93) L. DE MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, tract. II, dis. 3, col. 34, la califica como “*communis opinio*” entre los jurisconsultos de la época.

(94) Pareciéndole mucho más expresiva la definición de BARTOLO: “*Haec autem Bartoli definitio multo magis probatur quam illa alia, quam tradit Sotus... Licet enim idem sit utriusque sensus, compendiosior sane et forte cautior est Bartoli definitio*” (*ibid.*).

(95) P. GROSSI, *op. cit.*, en *Quaderni fiorentini*, 1 (1973), págs. 204-207.

(96) Así, F. DE SUÁREZ, “*Dominium... est principale ius disponendi de re aliqua in quemcunque usum lege non prohibitum*” (*ibid.*, págs. 207, n. 237).

(97) *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 34.

(98) Vid. RENOUX-ZAGAMÉ, *op. cit.*, en *Droits*, I (1985), págs. 158 y ss.

mucho interés para *Dogmengeschichte* del Derecho privado moderno (99).

Por otra parte, MOLINA, aunque teólogo, se encuentra mucho más próximo de las realidades jurídicas, lo mismo que otros maestros jesuitas, que algunos otros representantes de la Escolástica tardía, por eso su concepto de la *natura rei* es, para un jurista, perfectamente moderno. Para ellos, "*natura rei* es la fusión entre un objetivismo abstracto de marca racionalista y un objetivismo concreto de marca historicista: es el cúmulo de instancias provenientes *ab intrinseco* del objeto en su individualización histórica" (100). Con ello, el *dominium* "ha dejado la esfera del *libitum* para contestarse con la esfera del *proprium*, entendido como la posición de poder independiente, fundada *per se* y por su propia virtud, en la cual la libertad del sujeto encuentra el límite objetivo en la *natura rei*". No se trata de absoluteza de poderes, sino de autonomía, lo que hace posible la subsistencia de diversos *dominia* sobre una misma cosa, llegando con ello a las mismas conclusiones a las que había llegado BARTOLO y la doctrina medieval. De esta manera, FRANCISCO SUÁREZ, ha depuesto la perplejidad que tanto ha atormentado a MOLINA, en relación con estas cuestiones en torno a la *natura rei*, pero lo que en MOLINA no es más que una mera intuición, alcanza en SUÁREZ pleno desarrollo lógico (101).

Por lo demás, después de ocuparse nuestros autores del *dominium* en general, al pasar al terreno del *dominium rerum* y tener en cuenta las diferentes clases de cosas, reconducirán, la *divisio rerum*, al *ius naturale* y al *ius gentium*, hablando por tanto más de *dominia* que de *dominium*, a cuyas diversas formas el hombre es llamado por naturaleza, en cuanto se refiere al objeto; y lo mismo pasará con la fundamentación del dominio, partiendo de la idea de *proprium*, no dependiendo del *dominium suorum actuum*, el dominio de los propios bienes espirituales, sino del *communis omnium consensus* que se halla en base del *ius gentium*, con lo que se proclama, desde este momento, la *utilitas* y la *necessitas* de la propiedad de las cosas, entendida como *facultas*, la que hace referencia al elemento interno del derecho subjetivo, que rechaza toda idea de función social o económica, la cual, sería verdaderamente extraña a su construcción, al estar, como lo están, tan preocupados por la relación interna y eso que son conscientes que, el dominio, en *quanto facultas* y *potestas* del propietario, se realiza en comunidad (102).

Esta importante aportación de la Escolástica tardía española que cons-

(99) *Op. y loc. cit.*, págs. 206-208.

(100) P. GROSSI, *ibid.*, págs. 191-192; H. RAPP, *Die Bedeutung der Lehre Molinas von der natura rei für die Theorie des Naturrechts*, Freiburg i.Br., 1963.

(101) *Quaestiones de iustitia et jure*, q. XII, p. 35 (P. GROSSI, *ibid.*, pág. 197).

(102) P. GROSSI, *Op. y loc. cit.*, págs. 215-222.

truye el *dominium* desde la lógica del sujeto, como una *facultad* que emerge internamente de su libertad y que, por ello, corresponde por igual a todos los hombres por Derecho natural (también a los indios), va a integrar el acervo dogmático de la especulación jurídica posterior, a pesar de las rupturas confesionales que trajo consigo la Reforma, nutriendo fundamentalmente las teorías de la Escuela racionalista del Derecho natural (103) y las del *usus modernus Pandectarum* que de alguna manera, por otra parte, vuelve al *mos italicus* (104). Su aportación más significativa hay que encontrarla en la mutación del fundamento de la propiedad que traslada su sede de la objetividad de las cosas, de su *utilitas*, distribuida y dispensada por un *ordo naturalis*, a la subjetividad del individuo. Aunque esa objetividad vuelva a aparecer en un concepto totalmente distinto: en el ámbito externo del ejercicio del derecho, de manera que la *natura rei*, queda fuera, en el campo marginal ontológico, condicionando o poniendo límites al ejercicio del *dominium*.

Todo esto tiene lugar en un contexto en el que, mientras los juristas disputaban en torno a la distinción entre dominio útil y dominio directo (105), o trataban de afirmar el concepto de propiedad relativa y de establecer la distinción entre *dominium* y *iura in re alinea* (106), nuestros teólogos juristas construían el derecho de propiedad como *derecho subjetivo*, antes de que lo hiciera DONELLO y posteriormente GROCIO y PUFFENDORF (107). Fundamentando, por otra parte, mediante las ideas de *posibilidad* y *efectividad*, el sistema de transmisión del dominio, en abierto diálogo con los juristas prácticos y con una tradición que se remonta a la provincialización del Derecho común, tal y como se manifiesta en la famosa "teoría del título y el modo" (108).

(103) Para la continuidad de estas doctrinas en el *usus modernus Pandectarum* vid. H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., págs. 291 y ss.

(104) J. L. DE LOS MOZOS, *Metodología*, cit., págs. 272 y ss.

(105) P. GROSSI, *op. cit.*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, págs. 226 y ss., núms. 9-11.

(106) J. M. DE LA CUESTA, *op. cit.*, págs. 187 y ss.

(107) Como reconoce el propio M. VALLEY, vid. J. M. DE LA CUESTA, *op. cit.*, pág. 189, notas 272 y 274.

(108) No fue H. GROCIO el que primero sistematiza la teoría de los modos de adquirir como cree M. VILLEY, "Le jus in re du droit romain classique au droit moderne", en *Publications de l'Institut de droit romain de l'Université de Paris*, 6, París, 1950, págs. 204 y ss. Vid. J. L. DE LOS MOZOS, "Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español", en *Anuario de Derecho Civil*, 1972, págs. 1062 y ss., y allí bibliografía.

b) *Derecho natural racionalista y "usus modernus Pandectarum"*

Como ha dicho P. GROSSI la *interpretatio* de los humanistas, historicista y por tanto rigurosamente romanística, se resuelve en exégesis y aunque se halle lleno de resonancias y de prefiguraciones, es más un modelo cultural que operativo en la sociedad de su época (109). Por todo ello, las ideas nuevas, sólo añorarán en los siglos XVII y XVIII, debido al Derecho natural racionalista y posteriormente a la Ilustración, lo que se manifestará, en mayor o menor medida, en los autores del *usus modernus Pandectarum* y, al final, del período, en todo el pensamiento jurídico moderno.

"La apropiación cesa de ser la traducción jurídica y empírica de la utilidad de las cosas —dice A. M. PATAULT— en una perspectiva de humildad cristiana delante de Dios, para devenir un sistema racional derivado de la naturaleza humana" (110). De esta manera, entre los derechos naturales del hombre, aparecerá el derecho de apropiación de las cosas y que se considerará como el más importante por condicionar la supervivencia del individuo. Para definirle GROCIO no parte de Dioniso de la humanidad (111). Esta idea que renueva la concepción del Derecho, es retomada por J. LOCKE que afirma, más decididamente que el hombre porta en él, por esencia, el derecho de propiedad puesto que es señor de su cuerpo y de sus facultades. Este derecho se ejerce sobre las cosas como consecuencia del derecho fundamental a la conservación individual. LOCKE abandona la noción medieval de Dios dueño soberano de los bienes de los cuales el hombre no tiene más que el gozo. Ciertamente que el filósofo, como señala A. M. PATAULT, se cuida de recordar que Dios es el solo señor y propietario de todo el universo, pero añade que el hombre, en estado de naturaleza, es señor absoluto de su propia persona y de sus posesiones (112). De donde surge el concepto de propiedad como dominio exclusivo y excluyente ("*ius ceteros excludendi*") y así se dirá (MERCIER DE LA RIVIÈRE): "Yo digo propiedad exclusiva porque si no es exclusiva no sería un derecho de propiedad" (113).

La idea de este poder *pleno*, en el interior de la relación con la cosa, simple, absoluto, excluyente, se encuentra con otra idea que viene de la tradición romanista del Derecho común, el *ius disponendi*, pues, ya BARTOLO había afirmado que la propiedad es la plena disposición de una

(109) *Op. cit.*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXVII, págs. 226 y ss., núms. 12-13.

(110) *Op. cit.*, pág. 142.

(111) *Traite du droit de la guerre et de la paix*, 1625 (cit. de la anterior).

(112) PATAULT, *op. cit.*, pág. 142.

(113) *Ibid.*

cosa corporal (114). Idea que aparece en GROCIO sobre la base de una interpretación analógica de un texto del *Codex* sobre el mandato: "cada uno gobierna y decide soberanamente de su bien" (C., 4, 35, 21) (115) y que desarrollará S. PUFENDORF, dándole por primera vez un significado económico. Efectivamente, para este autor que permanece fiel a la idea de que Dios es el dueño absoluto de todas las cosas (116) y que, a través de GROCIO, recibe un influjo directo de la doctrina de L. DE MOLINA (117), la propiedad es "un derecho en virtud del cual el fundo y la sustancia de una cosa pertenecen a alguien" (118), con lo que, por otra parte, ahondando en la distinción entre propiedad que es el dominio sobre los bienes corporales y *iura in re aliena*, afirma que el *dominium* es el único derecho real que otorga a su titular el disponer libremente del fundo (119).

Por lo demás, el acercamiento entre las dos corrientes, *ius naturalista* y romanista que sigue las huella de la, a veces, difícil y tormentosa tarea especulativa del Derecho común una vez que, después del humanismo, vuelve al *mos italicus*, se va a hacer patente en algunos de los autores más significativos de la época y en el paso del siglo XVII al siglo XVIII, como es el caso de CH. WOLFF, de J. G. HEINECIO y de J. POTHIER.

Para CH. WOLFF, todos los hombres tenían igualdad de derechos y deberes en relación con las cosas. Si alguien con diligencia y habilidad consigue una cosa, ningún otro puede apropiársela. Lo que antes era común a todos, se atribuye ahora como propiedad al individuo. De lo que deduce el propietario puede excluir a terceros del uso de su cosa. Con lo que la propiedad era admitida como un *derecho subjetivo*, como un fenómeno característico y especialmente importante de la libertad ciudadana (120). Pero naturalmente, no debe extrañarnos que no tuviera un concepto unitario de propiedad, sino que se mantenía en la tradición del *ius rerum*, según la cual comprendía tanto al *dominium* como a los *iura in re aliena* más importantes, puesto que el señor de la cosa está facultado para hacer en ella lo que quiera, no sólo con la cosa misma o su sustancia, sino también con los frutos y el uso de la misma, de ahí que la propiedad conlleve un derecho triple: el derecho a disponer de la cosa, de su uso y de

(114) Ad D. 41.2.17.1.

(115) *Droit de la guerre*, liv. 2, chap. 6, parág. 1.

(116) *Le droit de la nature et de gens ou système general des principes les plus importantes de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, 1672 (trad. Barbeyrac, Londres, 1740), liv. 4.4.2 (cit. PATAULT, *ibid.*).

(117) Aunque esto lo pone en duda DIESSELHORST, *Zum Vermögensrechtssystem Samuel Pufendorfs*, Göttingen, 1976, págs. 15 y ss.

(118) *Le droit de la nature et des gens*, liv. 4.4.2.

(119) PATAULT, *op. cit.*, págs. 143-144.

(120) J. L. GARDIES, *La chose et le droit sur la chose dans la doctrine du droit de Kant*, en *Archives de Philosophie du droit*, 24 (1979), págs. 142-143.

sus frutos. El primero se llama propiedad (*propietas*), el otro, derecho a usar de la cosa (*ius utendi*) y el tercero, derecho a los frutos (*ius fruendi*). Cuando la propiedad no se ha cercenado de éstos derechos se la llama propiedad plena (*dominium plenum*), pero si se le ha cercenado, entonces aparece como incompleta (*dominium minus plenum*). Al que tiene la propiedad se le llama propietario porque la cosa queda suya, aunque el uso o el disfrute pertenezca a otra persona, y queda por tanto como señor de la cosa (*dominus*) (121). Para HEINECIO, el dominio es un *ius in re*, "pues el señor de una cosa, de tal manera la tiene ligada a él, que puede reclamar de cualquier poseedor, aunque no haya negociado con él". Añadiendo que "es derecho en una cosa corporal, porque las incorporeales están en nuestros bienes, pero no en nuestro dominio", así "si reclamamos el derecho que a ellas tenemos, no usamos de reivindicaciones, que pertenece solamente a las cosas corporales". De todo ello se deduce, la facultad de disponer de la cosa y de reivindicarla, exponiendo después las diversas clases de dominio, en que vuelve a estar presente, junto con otras categorías romanistas, la distinción entre dominio pleno y menos pleno (referido este último al derecho enfitéutico, de superficie y al feudo) (122).

Como vemos, nuestro autor, que tanta influencia tuvo en la formación de varias generaciones de juristas españoles y americanos, como tantas veces he puesto de relieve (123), no siendo tampoco desdeñable la que alcanzara en otras partes de Europa, aunque aparece como un autor ilustrado, y por ello, asume la construcciones de la Escuela racionalista del Derecho natural, se mantiene dentro del modelo pedagógico de las *Instituta*, como exigencia práctica que impone la continuidad y la pervivencia del Derecho común en Alemania. Exigencias que no impiden sino que imponen la división del *ius rerum*, en las dos categorías que, desde los primeros tiempos de la provincialización de la glosa, se habían venido diseñando (*ius ad rem* y *ius in re*) y que tanta importancia tiene, para la distinción entre derechos reales y derechos de obligación (124), lo que brillantemente desarrolla HEINECIO en sus *Recitaciones* (125), división que trasciende también a los modos derivativos de la transmisión del dominio (126), en contra de lo que había enseñado DONELLO (127), que

(121) J. L. GARDIES, *ibid.*

(122) *Recitaciones de Derecho civil según el orden de las Instituciones de Justiniano*, I (trad. esp.), Valencia, 1879, págs. 221-222.

(123) *Metodología*, cit., págs. 276 y ss.

(124) PATAULT, *op. cit.*, págs. 145-146.

(125) *Recitaciones*, cit., págs. 219 y ss.

(126) *Ibid.*

(127) *Commentarii de iure civili*, lib. IV, cap. XVI, pág. 384.

rompe con la tradición del Derecho común anterior a SAVIGNY (128). Todo esto, aparte de ocuparse de las diversas clases de dominio, como hemos visto.

Esto prueba que, mientras los teólogos y los filósofos van por un camino, los juristas teóricos o prácticos discurren por otro; cierto que ambos caminos no son siempre paralelos, pues, aquí y allá, encontramos puntos concurrentes, lo mismo en tiempos del Humanismo que en la época racionalista y preilustrada. Entre los teólogos y filósofos son emblemáticas las concurrencias en VITORIA, SOTO y MOLINA, lo mismo que después las que tienen lugar en GROCIO, PUFENDORF y WOLFF. Pero no llegan a encontrarse del todo, como lo muestran los juristas más eminentes de la época, DOMAT, HEINECIO y POTHIER. Para que tenga lugar una transformación más profunda serán precisos los nuevos vientos de la Ilustración y que el Derecho, como ya hemos dicho antes, se haga por primera vez patrimonio de la política (129). Por el contrario, esto explicará también las supervivencias, en épocas posteriores, soterradas o manifiestas, del *ordo vetus* de la propiedad, tal y como aparecen en los flamantes Códigos Civiles del siglo XIX. Es decir, esto explicará la continuidad a despecho de la ruptura.

Pero, antes de ocuparnos de estos y de otros temas próximos, vamos a referirnos al significado y a la obra de R. J. POTHIER, representante máximo del *usus modernus Pandectarum* en la Francia prerrevolucionaria, pero perteneciente todavía al *anden régime* (130). Creo que todos hemos leído en alguna parte que el concepto de propiedad que consagra el *Code Civil* había sido cuidadosamente elaborado, como si de un alquimista jurídico se tratara, por POTHIER. Más exactamente, P. GROSSI, que se ha cuidado de desmitificar, recientemente, esta idea mostrenca sobre el ilustre pandectista francés (131), dirá que se le ha querido atribuir, como si para magnificarle se le tratara de colocar en un paraíso, "una cultura jurídica moderna, extendida como territorio neto y delimitado, en el que destaca como la figura más expresiva; y donde las virtudes beatificantes serían sobre todo virtudes proféticas, ya que la propiedad teorizada por POTHIER estaría pensada para un futuro orden económico-jurídico de Francia" (132).

Sin embargo, prestando atención, una y otra vez, al testimonio del

(128) "La doctrina de F. C. von Savigny en torno a la transmisión de dominio", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1967-2 y ed. separada.

(129) *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs. 322 y ss.

(130) P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier*, en *Quadern fiorentini*, 14 (1985), págs. 401 y ss.

(131) *Ibid.*

(132) *Op. y loc. cit.*, pág. 406.

ilustre jurista en materia de propiedad y de derechos reales, nos damos cuenta de que estamos en presencia del último de los juristas del antiguo régimen, no el último en sentido cronológico, sino en cuanto que es el último que se ha ocupado de sistematizar y definir en su conjunto el Derecho francés prerrevolucionario (133). Ligado a la larga tradición del *droit coutumier*, lo mismo que a la tradición romanista de su antigua Universidad de Orleans, POTHIER es el último de los juristas *viejos*, no el primero de los juristas *nuevos* (134). Para ello, basta estar un poco habituado a utilizar las obras de POTHIER (135), aunque se trate de su famoso Tratado dedicado al *domaine de propriété* (136), allí nos encontraremos con las mismas distinciones sistemáticas (*ius in re* y *ius ad rem*) y con la misma fragmentación dogmática, propia del "desmembramiento del dominio" en el antiguo régimen. Por lo que no puede decirse que la obra de POTHIER, traduzca en tema de derechos reales, la polémica antifeudal de los fisiócratas (137), menos aún puede encontrarse en ella la noción moderna de la propiedad como derecho subjetivo como pretende A. J. ARNAUD (138), la que, por otra parte, tanto ha atormentado a su maestro M. VILLEY, en sus estudios un tanto idealizantes sobre la historia de los derechos reales (139). Por el contrario, llevando al máximo la tradición de la Escuela elegante, POTHIER que es un ilustre provinciano, se vuelca en el estudio del Derecho consuetudinario, estudiándole con rigurosa técnica romanista, como se venía haciendo desde el siglo XVI (140), por eso puede decirse, con toda exactitud y justeza, que se halla más próximo de DUMOULIN que de DOMAT (141), de ahí que su influencia, por el momento, fuera de Francia, sea mucho menor que la de otros juristas del *usus modernus Pandectarum*, paradójicamente, su influencia vendrá de la mano del *Code Civil*.

De todos modos, la influencia del racionalismo en los modelos del pensamiento y la utilización de una técnica romana que ha salido más

(133) P. GROSSI, *op. y loc. cit.*, págs. 406-407.

(134) *Ibid.*, pág. 407.

(135) *Ibid.*, pág. 407.

(136) *Oeuvres de Pothier*, 2.^a ed., de BUGNET, 11 vols., París, 1861-1862.

(137) SCOZZAFAVA, "La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier", en *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obbligazioni*, 78 (1980), págs. 327 y ss.

(138) ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, París, 1969, págs. 182 y ss.

(139) Para el juicio de M. VILLEY en su obsesión por seguir la evolución histórica desde la noción de "derecho subjetivo", de la que siempre nos hemos apartado con una cierta cautela, vid. P. GROSSI, *op. y loc. cit.*, págs. 449 y ss.

(140) *Op. y loc. cit.*, págs. 409 y ss.

(141) P. GROSSI, *op. y loc. cit.*, págs. 409 y ss.

depurada del Humanismo, para la construcción jurídica, supone sino un avance considerable en orden a anticipar el futuro si, por el momento, una depuración del método jurídico que es común a toda Europa (142), aunque salvo por lo que se refiere a DOMAT y a POTHIER, no encontraremos las colosales construcciones humanistas. Por lo demás, la continuidad del *usus modernus Pandectarum*, entre los juristas, se desarrolla en medio de una idea de crisis de la conciencia europea que solamente aflora reflexivamente con la Ilustración (143), donde uno de los temas fundamentales va a ser la tensión entre el Derecho Romano y el Derecho nacional de las monarquías absolutas (144), lo que afectará, en muy pequeña medida, a los expositores tanto del Derecho Romano, como del Derecho Real (145).

Sin embargo, por lo que se refiere a la doctrina de la propiedad, la acentuación de estas corrientes va a preparar, sin duda, un elenco de concepto dogmáticos particulares que serán utilizados, más adelante, cuando cambie el concepto general de la propiedad en sentido moderno. Conceptos particulares que siguen los pasos de la tradición romanista. Así, el concepto de *ius disponendi* como una característica del dominio, desde BARTOLO y que sirve para ahondar las diferencias entre propiedad y derechos reales, o la oposición entre derechos reales y derechos de obligación, en torno a la figura del *ius ad rem*. Lo mismo sucede con la utilización de la regla romana *superficies solo cedit* que contribuye a cimentar el carácter absoluto del dominio, o la relación entre dominio y servidumbres que contribuye a fortalecer la presunción de libertad de los fondos, y así sucesivamente (146).

(142) Baste citar aquí dos testimonios lejanos entre sí por partir de presupuestos diferentes, pero confluyentes en relación con esa depuración metodológica: los de G. B. VICO, *De nostri temporis studiorum ratione*, Napoli, 1709, y de G. W. LEIBNIZ, *Nova methodus docendae discendae Jurisprudentiae*, París, 1771. Pero para una valoración de conjunto de esta evolución, vid. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs. 208 y ss.; G. WESENBERG y G. WESNER, *Neure deutsche Privatrechtsgeschichte rahmen der europäischen Rechtentwicklung*, 4.^a ed., Wien, 1984, págs. 115-116; H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., págs. 67 y ss.

(143) P. HAZARD, *El pensamiento europeo en el siglo XVIII* (trad. esp.), Madrid, Ed. Madrid, 1985, *passim*, y págs. 132 y ss.

(144) J. DE LOS MOZOS, "Los precedentes de la codificación: la unificación del Derecho en los propósitos y en la Ilustración española", en *Anuario de Derecho Civil*, 1988, págs. 637 y ss.

(145) Por todos, JORDÁN DE ASO y MIGUEL DE MANUEL, *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, 5.^a ed., Madrid, 1792; J. SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, 2 vols., Valencia, 1803.

(146) A. M. PATAULT, *op. cit.*, págs. 143-158.

c) *Cambio de escenario: La propiedad inviolable y sagrada*

Anteriormente hemos visto que nuestros juristas no eran modernos, los que eran modernos durante el siglo XVIII eran los ilustrados, aunque generalmente no escribían de Derecho, sino de cosas mucho más vagas y difusas, entre las que aparecían los temas jurídicos más importantes, liberados de las exigencias que impone la interpretación y la exégesis de los textos. Pero son tantos los testimonios que es muy difícil escoger.

Sin embargo, nos vamos a fijar en uno de los ámbitos más atractivos de la especulación ilustrada que se halla, por otra parte, en los balbuceos de la Economía Política; pues bien, en este nuevo campo de observación del *sapere aude*, los fisiócratas apoyarán, en Francia, la reivindicación del "propietario-empresario" sobre el contenido *absoluto* del dominio y, todo ello, en nombre de la eficacia económica. Como se ha dicho con toda exactitud, "la libertad de disponer deviene un arma contra el sistema fundiario tradicional y une paisanos y burgueses en el combate por la liberación del individuo. Ella será bien pronto el fermento que sostendrá la legislación revolucionaria e inspirará a los redactores del *Code Civil*" (147). De tal modo, podrá decir TEILHARD que "lo que importa por encima de todo es establecer solemnemente en el Código que los particulares tienen la libre disposición de los bienes que les pertenecen, he ahí la principal disposición del capítulo III, he ahí la salvaguarda y la garantía de las propiedades" (148).

En España, no podemos silenciar la opinión de G. M. DEJOVELLANOS, prototipo de ilustrado y uno de los fundadores del pensamiento liberal español, cuya obra y cuyos hechos se hallan íntimamente vinculados a la tormentosa peripecia nacional. Como otros ilustrados, se hallaba muy preocupado con los problemas de la enseñanza, en general (149), y en particular, con la enseñanza del Derecho, cuyos modelos pedagógicos, en la tensión entre Derecho romano y Derecho nacional, en polémica a lo largo de todo el siglo XVIII (150), le obsesionaban de modo casi constante, tal y como aparece en su correspondencia. Así, en una carta al doctor PRADO de la Universidad de Oviedo, aparte de algunas consideraciones de carácter general sobre los estudios del Derecho en España (151), no sólo

(147) A. M. PATAULT, *op. cit.*, págs. 144-145.

(148) *Ibid.*, pág. 145.

(149) "Discurso sobre la necesidad del estudio de nuestras antigüedades" (de recepción en la Real Academia de la Historia), en *Obras*, I, Madrid, 1845, págs. 477 y ss., y todo el t. II: Instrucción pública, reforma de los estudios, etc.

(150) Por todos, A. ALVÁREZ DE MORALES, *La Ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*, 2.^a ed., Madrid, 1979, págs. 81 y ss.

(151) Añorando la falta de una obra como la de J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689), en *Obras*, I, cit., págs. 494-495.

se extiende en la consideración de la importancia que tiene para estos estudios el conocimiento de la lengua, de la lógica y de la metafísica, sino también "a estos estudios debería de suceder el de la geometría que es la verdadera lógica del hombre...", y "después de este estudio puede entrar bien el de la física", añadiendo que "la física que yo desearía debe ser experimental..." (152), con lo que, sin duda alguna, aparte de que la afirmación tenga visos de beatería ilustrada, está pidiendo apoyo a las enseñanzas que los fisiócratas habían divulgado, él que se halla a mitad de camino entre mercantilismo y fisiócratas (153), para fortalecer sus teorías sobre la propiedad. Teorías que, por lo demás, vienen reiteradamente expuestas en su famoso *Informe sobre la Ley Agraria* (154) y cuyo pensamiento central, en relación con el tema, es conceder el máximo de derechos y de facultades al propietario cultivador, aunque para la transformación de los extensos terrenos *baldíos* (abandonados de diversa procedencia) y *concejiles* no dude en contemplar concesiones a *censo* (reservativo) o a *foro* (modalidad de enfiteusis), pero sin *laudemio* (prestación de carácter señorial) para facilitar el acceso de los campesinos y aumentar y fijar la población. Pero no sólo se ocupa de la libre disposición de la tierra, sino que también se preocupa de hacer que el poder del propietario sea absoluto mediante el cerramiento de las fincas y la desaparición de servidumbres personales y de aprovechamientos menores sobre el suelo rústico, lo que extiende también a los montes de propiedad particular. Por otra parte, se opone a cualquier tipo de dirección del cultivo por considerarla perjudicial para el agricultor y para la política alimentaria. Lo mismo que respecto de los arrendamientos se opone a los de larga duración y a que no exista una libertad de renta. Finalmente y por su fidelidad a la línea mercantilista que defiende, propugna la libertad de comercio de los productos agrarios por entenderla más beneficiosa que cualquiera otra a los intereses de los propietarios y de los consumidores.

Por otra parte, es contrario a las *manos muertas*, civiles o eclesiásticas y defiende, por ello, la *desamortización* y la *desvinculación*. Su opinión, en una nota al informe, no puede ser más negativa respecto de los mayorazgos que convirtieron en vinculada, dice, la propiedad libre y permanente de las familias (155). En el mismo sentido que JOVELLANOS y del que es fiel seguidor, se manifestará J. SEMPERE Y GUARINOS, de alguna manera implicado en el *Informe de la Ley Agraria*, que aunque elaborada por

(152) *Op. cit.*, en *Obras*, I, pág. 493.

(153) L. BELTRÁN FLOREZ, *Historia de las doctrinas económicas*, 3.^a ed., Barcelona, 1976, págs. 53-86.

(154) *Obras*, cit., I, págs. 25 y ss.

(155) *Obras*, I, pág. 257, nota 25.

JOVELLANOS fue realmente emitida, a instancias regias, por la Real Sociedad de Amigos del País de Madrid (156), en cuyo seno se constituyó una Junta particular para ampliar actuaciones y estudios sobre la materia y a la que perteneció nuestro autor, contribuyendo con su *Historia de los vínculos y mayorazgos* (157), que termina en 1803. Esta obra que no ha merecido elogios es, en cambio, un testimonio muy valioso en relación con los intentos que lleva a cabo el antiguo régimen para dar entrada a las nuevas ideas sobre la propiedad.

En este sentido, el propio SEMPERE Y GUARINOS, alabando estos esfuerzos, recuerda que el *Informe*, "manifestando los daños de los mayorazgos y su inconducencia para la conservación de nobleza y volviendo a su principio fundamental sobre la importancia de extender la propiedad y desembarazarla de las infinitas trabas con que ha estado sujeta, persuade la necesidad no sólo de contener las nuevas vinculaciones, sino de ampliar el dominio de los actuales poseedores, permitiéndoles vender algunas fincas, darlas en enfiteusis y arrendamiento por largo tiempo y disponer a su arbitrio de las mejoras". Añadiendo: "Estas juiciosas ideas, que a pesar de su solidez y muy clara evidencia hubieran tal vez escandalizado en otros tiempos y pasado por meras paradojas, auxiliadas de las urgencias del Estado, propagaron mucho los buenos principios de la economía política y con ellos abrieron un nuevo campo al aumento de la riqueza nacional y la real hacienda" (158). Pero todas estas reformas, aunque tengan en perspectiva un nuevo concepto de propiedad, se dan en el marco propio del despotismo ilustrado y que, por ello, no consiguen llevar a cabo el cambio fundamental que la nueva sociedad civil demanda (159).

Pero este cambio sólo llegaría con la Revolución Francesa, produciendo una verdadera ruptura con la tradición jurídica preexistente. Sin embargo, desde la perspectiva posterior, la ulterior especulación de los juristas, revistiendo la discontinuidad de ropaje romanista, hará verosímil la ilusión de continuidad, como una constante siempre recurrente en la historia de la dogmática jurídica (160).

Esto, en cualquier caso, sólo se consigue gradualmente. Por un lado,

(156) Publicada en 1795, en el tomo V de sus Memorias.

(157) Segunda edición, Madrid, 1847.

(158) *Op. cit.*, pág. 125.

(159) P. VILLARD, *Histoire des institutions publiques de la France*, 3.^a ed., París, 1983, págs. 7 y ss., hace una valoración de estas reformas y, en general, denunciando el intento de cortar en dos la historia de Francia. Pero, en particular, vid. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français (de 1789 a 1804). La Révolution et la propriété foncière*, París, 1959.

(160) H. THIEME, "Kontinuität-Diskontinuität in der Sicht der Rechtsgeschichte", en *Kontinuität-Diskontinuität in der Geisteswissenschaften*, Darmstadt, 1973, págs. 150 y ss.

inmediatamente, se van a producir los actos revolucionarios; por otro, la reelaboración jurídica requiere un proceso más lento.

En el primer sentido, hemos de recordar que en 1797 se proclama en Francia la famosa *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, en cuyo artículo 17 puede leerse: "*La propriété est un droit inviolable et sacré ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*" (161). Como se ha observado, la revolución del tercer estado "que ambicionaba su encumbramiento social, el poder económico y el control del poder político hubiera estado mal aconsejada de no haber incorporado la propiedad a su programa, cosa que ocurriría en el patético, amado y odiado y, desde entonces, siempre citado artículo 17" (162).

Por lo que se refiere a la reelaboración jurídica del nuevo concepto de propiedad, podemos decir que ésta comienza con el Decreto de 15 de marzo de 1790 aboliendo el régimen señorial y que se completa en disposiciones sucesivas (163) hasta la promulgación del *Code Civil*.

Sin embargo, como se ha observado con toda exactitud, el descubrimiento de la unidad de la propiedad, alcanzado primero en el plano filosófico y político después, también en el jurídico, "no ha cancelado del todo la tradicional articulación del dominio en un *ius disponendi* y en un *ius utendi*, fruto de una cultura diversa y de una visión objetiva de la pertenencia que, partiendo de presupuestos antitéticos a los de los juristas napoleónicos, había hipotizado como legítima la división misma del dominio". De esta manera queda, en el seno del artículo 544 del *Code Civil* (164), "la idea desentonada de una propiedad como suma de poderes, como resultado de la adición de un gozar y de un disponer que debería de haber rendido aceptable el por otra parte inaceptable e inaceptado principio de la división de la propiedad" (165).

A lo que parece, el *Code Civil* no había podido ir tan lejos como hubiera podido pretenderse y desearse. Al afirmar tal cosa, no sólo constatamos lo que es una conclusión válida desde el punto de vista de la historia de la dogmática, sino que nos introducimos de lleno en el seno de las discusiones modernas sobre la propiedad, seguramente por aquello de

(161) Cfr. "La propiedad es un derecho inviolable y sagrado y nadie puede ser privado de ella, a no ser que la necesidad pública, legalmente constatada, así lo exija y bajo la condición de una justa y previa indemnización".

(162) H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales*, cit., pág. 114.

(163) GARAUD, *op. cit.*, págs. 251 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, págs. 188 y ss.

(164) Cfr. "La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements".

(165) P. GROSSI, *op. cit.*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, págs. 251-253; Ch. ATIAS, *op. cit.*, en *Droits*, \ (1985), págs. 11-12.

que "donde termina la historia empieza la dogmática" (166). Pero la ocasión merece un poco más de consideración por nuestra parte.

Efectivamente, la unificación de la propiedad llevada a cabo por el *Code Civil* hace que la noción de propiedad "sea indiferente a la cualidad de su titular lo mismo que a las particularidades de su objeto. No hay más que una propiedad, siempre igual a ella misma, un derecho único y constante, tal es la significación del artículo 544" (167). Pero esta significación tiene más un contenido institucional que un contenido civilístico; en tal sentido no hay que olvidar que el artículo 2.º de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* establece que: "El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".

Por ello, en Prusia, el eco de los coetáneos hechos de Francia lleva a relacionar la libertad del ciudadano con la propiedad, aunque no directamente, sino a través de la libertad de actuar (168). Sólo con el tiempo la propiedad del ciudadano se convertirá, indiscutiblemente, en una de las características fundamentales de su libertad. Desde entonces no sólo el Derecho constitucional, sino también los trabajos científicos y las formulaciones legales abundarían en su interpretación como derecho fundamental (169).

De forma mucho más clara y decidida, el eco de aquellos acontecimientos revolucionarios va a manifestarse en España, donde las heroicas Cortes de Cádiz proclamarán en el artículo 4 de la *Constitución de 1812* que: "La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen" (170). Mientras que las propias Cortes, a partir de 1813, inician el proceso de reformas de la propiedad (171).

Pero volvamos al concepto dogmático de la propiedad. Como dice CH. ATIAS, "la reflexión teórica se atiene más fundamentalmente a la noción, a su significación, que a sus componentes. Será poco decir que el artículo 544 *Code Civil* es una de sus disposiciones mejor conocidas. La

(166) Como decía F. CALASSO, // *negocio giuridico*, Milano, 1959, págs. 341 y ss.

(167) Ch. ATIAS, *op. cit.*, en *Droits*, 1 (1985), págs. 5-6.

(168) H. HATTENHAER, *op. cit.*, pág. 115.

(169) *Ibid.*, 113.

(170) *Constitución española*, reimp. an. de "Lex Nova" de la ed. de Sauri, Barcelona, 1836.

(171) Conjunto de disposiciones que constituyen un verdadero *corpus* legislativo que se mantiene a lo largo del siglo XIX, con anterioridad al Código Civil, de lo que seguidamente nos ocuparemos.

propiedad permanece como un concepto clave, una idea faro, peor una imagen por la que los propios juristas se han dejado y se dejan prender, olvidando que "una ciencia que acepta imágenes es, más que toda otra, víctima de las metáforas" (172). Pues a pesar de las incesantes limitaciones de sus atributos, esta noción tan desacreditada ve extender interminablemente la lista de los objetos que se la someten" (173). Cuestión que tiene en su origen algo que no se compagina con la idea de que el artículo 544 *Code civil* reacciona contra la concepción feudal, considerada como contraria a la esencia misma del derecho de propiedad. Lo que el precepto consagra es una noción general y única. "Por encima del anacronismo que verá en ello una banalidad y más allá de los contrasentidos múltiples —dice CH. ATIAS—, la cuestión a plantear es la de saber si el legislador no ha caído en la trampa de la simplicidad abstracta e ilusoria". Añadiendo que "el individualismo de la burguesía fundiaria conforme al cual es tan cómodo caracterizar a la codificación napoleónica no es, sin embargo, el rasgo dominante del *Code*. El artículo 544 no tiene necesariamente una significación kantiana, sino que, más o menos, hay que ponerle en relación con BARTOLO, siendo fácil de enumerar todas aquellas disposiciones que manifiesta la preocupación de sus redactores para poner a la propiedad en situación de limitarse a sí misma" y de tener en cuenta los diversos objetos sobre los que recae (174).

Del mismo parecer es P. GROSSI cuando califica al *Code Civil* como un palimpsesto jurídico, afirmando: "Estamos efectivamente convencidos que, en un análisis detenido, el Código, como su fuera un palimpsesto antiguo, puede revelar una doble escritura y ofrecernos un testimonio históricamente interesante; más que una definitiva conquista, persiste en el mismo un contraste de mentalidad y una resistencia de mentalidad bastante retrógrada. Nuestro temor es que el jurista se quede extasiado ante el dichoso artículo 544, que tiene, con su triunfalismo, diseñado de acuerdo con la retórica burguesa del ochocientos, el riesgo de que los futuros juristas identifiquen en esta sede el núcleo del concepto de la nueva propiedad en sentido jurídico. Por nuestra parte, nos gustaría que, pacientemente y sin ningún prejuicio, se mirase un poco más a fondo la sistemática del Código por cuanto se refiere a los derechos reales y a la estructura misma del artículo 544. Entonces, el palimpsesto emergerá con suficiente nitidez" (175).

(172) G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique, contribution a une psychanalyse de la connaissance objective*, 11 ed., París, 1980, pág. 38.

(173) CH. ATIAS, *op. cit.*, en *Droits*, 1 (1985), págs. 8-9.

(174) *Ibid.*, págs. 11-12.

(175) *Op. cit.*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, pág. 251.

Por ello, como decíamos al principio, es conveniente distinguir aquí también, entre mito y realidad. Efectivamente, la modulación del concepto civilístico de la propiedad es más bien obra de la pandectística que del *Code Civil* de la Escuela de la Exégesis incluso, cuyo papel y función, sin duda alguna, ha sido también trivializado (176).

d) *El concepto de propiedad en la pandectística moderna*

Donde verdaderamente se desarrolla un concepto moderno de propiedad es en la pandectística moderna, dependiente de construcciones dogmáticas y de presupuestos sistemáticos, anteriormente inexistentes.

Cuando aludo a la pandectística es evidente que me refiero fundamentalmente al pandectismo alemán del siglo XIX y, naturalmente, a la influencia que ha ejercido un poco por todas partes, incluyendo, cómo no, a algunos representantes de la Escuela de la Exégesis (177). Por eso me he cuidado antes de separarla de la pandectística, y aunque esto pueda parecer una obviedad, no tengo reparo alguno en incurrir en tal censura porque en España se suelen meter en el mismo saco a ambas, poniendo encima la etiqueta común de "positivismo" (178), lo que, evidentemente, no es exacto ni correcto. Mientras la Exégesis carece de unidad de orientación y es poco más que un acotamiento cronológico (179), el pandectismo alemán decimonónico tiene una orientación uniforme, debido a la aceptación, más o menos consciente, de unos presupuestos metodológicos específicos: los del positivismo científico (180), aunque la apreciación *grosso modo* vale para toda la pandectística desde el momento en que con la Escuela histórica se rompe con el *usus modernus Pandectarum*, si bien esto tendría que matizarse todavía más. Sea como quiera, este período intermedio es importante por la influencia que ejerce en algunos Códigos europeos y americanos (piénsese, p. ej., en el Código Civil de Argentina) (181). Por lo demás, en este período intermedio, figuras como SAVIGNI, ORTOLAN,

(176) Como se ha puesto de relieve recientemente, vid. Ph. RÉMY, "Eloge de l'exégèse", en *Droits*, 1 (1985), págs. 115 y ss.

(177) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, I-1, cit., págs. 653 y ss.

(178) Para la Escuela científica, por razones que no se le escapan a nadie fácilmente, la Exégesis fue la creadora del positivismo jurídico, pero ésta es una generalización que se halla muy lejos de la realidad; vid. Ch. ATIAS, *Epistemologie juridique*, París, 1985, pág. 47.

(179) Ph. RÉMY, *op. y loc. cit.*, págs. 115 y ss.

(180) Para esto la enjundiosa investigación de P. CAPELLINI, "Systema iuris", en *Quaderni Fiorentini*, 17-18, 1984-1985.

(181) J. L. DE LOS MOZOS, "Los derechos reales en el sistema de Vélez Sarsfield", en *Revista de Derecho Privado*, 1986, págs. 491 y ss.

GLÜCK o MÜLLENBRUCH, algunas de ellas eminentes, tendrán una influencia decisiva, sólo comparable a los autores del *Code Civil* y a los primeros exegetas, cuyos discursos y comentarios se harán pronto famosos a un lado y otro del Atlántico (182).

Por lo que se refiere a los autores de la Exégesis, es de hacer constar que ponen de relieve la duplicidad de argumentación del *Code Civil*, como recuerda P. GROSSI (183) y como la práctica de la vida jurídica francesa muestra bien pronto (184). Señala el primero que la ideología no consigue impregnar todavía completamente todo el edificio jurídico preexistente ni diseñar un modelo acabado: las declaraciones programáticas y la ingeniería jurídica siguen caminos paralelos sin llegar a encontrarse. De manera "inconsciente la vieja mentalidad —que es la que se halla sedimentada y por ello más identificada con el Derecho común— continua a hacer emerger un concepto compuesto de propiedad, una indiferenciación cualitativa entre propiedad y derecho real, un acto constitutivo de derecho real limitado que viene calificado como desmembramiento, en tanto que el derecho real es calificado como fracción, como fracción separada de aquel haz total que únicamente en la suma de todas las fracciones es la propiedad" (185).

Algo parecido les sucede a los pandectistas de la época que hemos calificado de intermedia, aunque en algunos de ellos, como señaladamente en SAVIGNY, se puedan encontrar ya prefigurados los rasgos fundamentales de la definitiva configuración pandectística de la propiedad, por lo menos en lo que atañe a la organización del sistema de los derechos reales (186). Pero lo característico del pandectismo es la profundización en el subjetivismo, de manera que la antigua *facultas* que se halla en el núcleo central de la concepción de la propiedad, típica del iusnaturalismo (187), se va a transformar en la *facultas dominii*, elemento psicológico que contribuye a dar generalidad y abstracticidad al dominio, como aparece tempranamente en algunos autores (188), lo que pone de relieve,

(182) *Ibid.*, referencias.

(183) *Op. cit.*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, pág. 252, y "Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà", en *Quaderni Fiorentini*, 5-6 (1976-1977), págs. 216 y ss.

(184) Ch. ATIAS, *Droit civil*, cit., I, págs. 77 y ss., y *op. cit.*, en *Droits*, 1 (1985), págs. 11 y ss.

(185) *Op. cit.*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, pág. 252.

(186) J. L. DE LOS MOZOS, "El derecho de los bienes en el Código Civil", en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia*, 21-2 (1989), págs. 61 y ss.

(187) Así, por influencia LEIBNIZ, lo encontramos en A. TEXEIRAS DE FREITAS; vid. J. L. DE LOS MOZOS, "Aproximación metodológica al sistema de Teixeira de Freitas", en *Augusto Teixeira de Freitas y el Derecho latinoamericano*, Padova, 1988, págs. 465 y ss.

(188) BOCKING, *Pandekten des römischen Privatrechts*, II, Leipzig, 1855, pág. 5;

exagerándola, la relación entre voluntad y utilidad. La misma que había estado en el origen remoto del concepto desde el Humanismo. Lo que sucede es que, ahora, se va a tratar de construir este concepto dogmáticamente. De ello existe ya una muestra anticipada en THIBAUT cuando en sus *Pandekten* definiría la propiedad como "el derecho, generalmente objetivo, en virtud de cuya naturaleza se atribuye a alguien la facultad incondicional de disponer a su arbitrio de una cosa corporal y concreta con fines de propia utilidad" (189).

Pero el pandectismo, a partir de PUCHTA, llevará las cosas todavía más lejos, pues se va a construir la dogmática rigurosamente conforme a las exigencias de la nueva sociedad civil (pasando del "*Lehrsystem*" que propuso la Escuela histórica al "*Levensystem*") (190) que pone el provecho económico en las relaciones privadas por encima de todas las cosas. Lo que se va a traducir en la dogmática de dos maneras distintas: por un lado, la persona, como sujeto de los derechos, no interesa más que como titular, por razones sobre todo de seguridad jurídica, más de seguridad en el tráfico que de seguridad de los derechos, lo que trasciende de manera decisiva en el sistema de adquisición del dominio por medio de negocio jurídico y que se configura, ya desde SAVIGNY (191), como un acto abstracto, es decir, como un verdadero negocio de buena fe. Por otro, el objeto de los derechos, los bienes, sólo interesan en cuanto que atribuyen un valor, sirviendo de base al crédito territorial, de forma que su utilidad queda relegada a este aspecto económico. De este modo la propiedad adquiere un significado económico, convirtiéndose en una categoría abstracta y general que confiere a su titular un valor absoluto sobre la cosa concreta en la que recae, que no puede ser más que una cosa corporal, con lo que se rompe la vieja unidad del *ius rerum*. De una parte, se desvanece la antigua relación del hombre con las cosas, y de otra, se ahonda en las diferencias existentes entre el dominio y los derechos reales, que ya no aparecen como momentos distintos de relaciones análogas, sino como relaciones contrapuestas, a lo que había contribuido también THIBAUT con su crítica de la "división de los dominios", atribuida a una falsa interpretación de los textos romanos por parte de los glosadores" (192).

LEIST, "Ueber die Natur des Eigentums", en *Civilistische Studien auf dem Gebieten Dogmatischer Analyse*, 3 (Jena, 1859), págs. 56 y 59.

(189) H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales*, cit., pág. 115.

(190) *Encyclopädie als Einteilung zu Institutionem Vorlesungen*, Leipzig und Berlin, 1825.

(191) J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1967-2, cit., y ed. sep., Madrid, 1967.

(192) H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales*, cit., pág. 115; P. GROSSI, *op. cit.*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, núms. 9 y ss., y "Naturalismo e formalismo nella sistemazione medievale delle situazioni reali", en *Jus*, 18 (1967), págs. 255 y ss.

De esta manera, los *iura in re aliena* no sólo son una excepción a la "libertad de los fundos", sino que su existencia sólo se explica por la disposición de la ley, de donde deriva su *tipicidad* (legal), propia del sistema del *numerus clausus* de su reconocimiento, que ha sido acogida por la mayoría de los Códigos modernos (argentino, alemán, suizo, italiano de 1942, etc.) (193).

Este es el concepto de propiedad que aparece recogido en la obra de B. WINDSCHEID (194) y al que se vincula el parágrafo 903 BGB, según el cual "el propietario de una cosa puede, en cuanto no se oponga a la Ley y a los derechos de un tercero, proceder con ella a su libre arbitrio y sustraerla a la acción de los demás". En esta frase, como se ha observado, "se encerraba toda la teoría de la propiedad, definida como un dominio material absoluto en virtud del cual el propietario podía disponer a su antojo de la cosa... Según la doctrina liberal, había que evitar la sensación de que el propietario tenía que usar su cosa ateniéndose a unas reglas determinadas o, incluso, que estuviera en absoluto obligado a hacer uso de ella. Formaba parte de la libertad del propietario que el legislador no pudiese ponerle andaderas" (195).

Según esto, la propiedad aparece como un derecho de exclusión, por lo que el antiguo *ius disponendi* del propietario se radicaliza, mientras que, por otra parte, el legislador no sólo se preocupa de que nadie pueda molestarle, sino que se abstiene de regular su contenido por respeto a la libertad del ciudadano, configurándose dentro del sistema jurídico como "derecho subjetivo", pues en el tráfico jurídico la persona realiza su libertad mediante derechos subjetivos, relativos o absolutos, y la propiedad no puede ser otra cosa que un derecho subjetivo absoluto como auténtica personificación de la libertad burguesa (196).

Por otra parte, este nuevo concepto de la propiedad que contempla el BGB se pone en relación con la regulación de la propiedad inmobiliaria y con el crédito territorial, que a través del Registro fundiario consigue una efectiva movilización de la propiedad, con lo que la propiedad acaba por ser fundamentalmente un valor, quedando en segundo término tanto la condición del titular como sujeto del derecho al no establecerse distinción alguna al respecto (por ejemplo, si se trata de una persona individual o de una persona jurídica, etc.), como la diferente naturaleza y destino de los bienes sobre los que recae el derecho y que, de alguna manera, modelaba las relaciones del hombre con las cosas anteriormente.

(193) P. GROSSI, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, pág. 252.

(194) *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt a.M., 1900, pár. 37.

(195) H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales*, cit., pág. 118.

(196) *Ibid.*, págs. 119-120.

Hacerlo de otro modo hubiera sido ir en contra del concepto de propiedad como derecho absoluto y, sobre todo, de su fundamento entendido como una prolongación de la libertad y de la igualdad de los ciudadanos, de manera que no podía concebirse la sociedad civil sin el reconocimiento de la propiedad como derecho subjetivo. No en el sentido de que la propiedad derivara directamente de la libertad, sino en el de que su contenido se había remodelado a través de la idea de libertad y de igualdad, consecuencia de la desaparición de los derechos feudales, de manera que a la vez que se lograba la deseada "libertad" de *los fundos* se propiciaba instaurar un ordenamiento de la propiedad *igual para todos* (197). Esto parece que es cierto en el plano ideológico general y a ello contribuyen los programas revolucionarios y de reformas que se llevan a cabo en todas partes, aunque, unas y otras, no lleguen a calar del todo en el plano técnico jurídico, por lo que se refiere a los Códigos europeos y americanos anteriores al BGB, como ya hemos apuntado y como tendremos ocasión de repetir, lo que, sin duda, se ha olvidado, exagerando el discurso ideológico de la época, como veremos, al hacer crisis el concepto moderno de propiedad.

Finalmente diremos, haciendo honor a la crítica que en tiempos de crisis ha suscitado este concepto de propiedad, que tal concepto, al concebirse como un derecho *absoluto*, no admite otras limitaciones que las establecidas en las leyes (art. 544 *Code Civil*, art. 348 CC español) o en la Ley y en los derechos de un tercero (§ 903 BGB), por lo que ha llevado la discusión, en apariencia, fuera del sistema del Código o de los Códigos, planteando su régimen jurídico en la concurrencia de normas de Derecho público y de Derecho privado. Pero esto sería del todo exacto si, como vemos, fuera cierto ese concepto de propiedad como derecho absoluto y si no tuviera limitaciones en su propio contenido de índole "intrasistemática", como un análisis de la normativa del Código Civil pone claramente al descubierto. Lo que será objeto de estudio en su momento oportuno.

Pero antes vamos a ocuparnos de algo que es importante referir por la indudable trascendencia que tiene.

e) "*Libertad de los fundos*" y concepto de propiedad

La crítica del concepto liberal de propiedad que venimos analizando parece que se olvida de la verdadera función histórica del mismo, al servir

(197) Vid. SCHEUNER, *Die Garantie des Eigentums in der Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte*, en SCHEUNER y KÜNG, *Der Schutz des Eigentums*, Hannover, 1966, págs. 18 y ss.

de instrumento eficaz en la supresión de los privilegios feudales. Como consecuencia de ello, y de rechazo, la propiedad —ya en parte lo hemos dicho— en cuanto derecho adquiere un significado que difícilmente se puede separar del despliegue de aquella función histórica que, de una u otra manera, se produjo en todas partes. En unos sitios tuvo lugar revolucionariamente, como en Francia, desde los primeros momentos, lo que ulteriormente consagraría el *Code Civil* (198); en otros casos, como en Prusia, fue el resultado de protestas y reformas que llevaron a un objetivo final que era el mismo: la posesión del suelo tenía que resolverse en propiedad plena: unas veces perjudicaba a los campesinos y otras a los señores (199). En España fue el resultado de una serie de marchas y contramarchas que duró casi medio siglo.

Las medidas legislativas adoptadas se plasman en una dualidad metodológica: la desvinculación y la desamortización. Según el *Diccionario* de MARTÍNEZ-ALCUBILLA, "por la primera, los bienes se hacen libres en sus mismos poseedores, como sucede, por ejemplo, con los mayorazgos; por la segunda, sus poseedores los pierden, pasan al Estado, bajo cuyo dominio son bienes nacionales. El Estado los vende a particulares y, al adquirirlos los compradores, se hacen bienes libres" (200).

Ambas técnicas son utilizadas, ya tempranamente, por las heroicas Cortes de Cádiz siguiendo el pensamiento ilustrado, por lo que no es de extrañar que tuvieran su antecedente en el reinado de Carlos III (201) y aun anteriormente (202). Sea como fuere, por *Decreto de 6 de agosto de 1811*, las Cortes disponen la supresión de todos los señoríos jurisdiccionales, aboliendo la relación de vasallaje y las prestaciones señoriales, así como los derechos eminentes (pesca, caza, hornos, molinos, montes, etc.), que pasaron al libre uso de los pueblos. La consecuencia más importante es que los antiguos señoríos territoriales y solariegos se convertían en propiedad particular, poniendo fin a los contratos feudales. Esta disposición fue anulada por *Decreto Real de 4 de mayo de 1814*, siendo restablecida por *Decreto de 27 de septiembre de 1820*, que es una continuación del dado por las Cortes de Cádiz en 1811 y en el que se establece la supresión de toda suerte de vinculaciones: mayorazgos, fideicomisos, patronatos y

(198) GARAUD, *La Révolution et la propriété foncière* París, 1959; A. M. PATAULT, *op. cit.*, págs. 162 y ss.

(199) H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales*, cit., págs. 117-118.

(200) *Diccionario de la Administración Española*, V, Madrid, 1916 (voz "Desamortización"), pág. 709.

(201) F. TOMÁS Y VALIENTE, "Planteamientos políticos de la desamortización", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1969, págs. 9 y ss.

(202) I. M. DE LOS MOZOS TOUYA, "Tres cuestiones jurídicas vinculadas a Macanaz", en *Cuadernos de Investigación Histórica*, 11 (1987), págs. 37 y ss.

cualquier especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros o de cualquier otra naturaleza, los cuales quedaban como bienes libres. Completa este proceso la *Ley de 3 de mayo de 1823*, que establece el procedimiento a seguir para comprobar que los señoríos de los que se trataba no eran de los que se incorporaban a la Nación —lo que sólo era aplicable a los señoríos jurisdiccionales— y que, por ello, la hacían en calidad de bienes nacionales (combinándose aquí desvinculación con desamortización). Pero esta Ley fue anulada por *Real Cédula* de la Regencia de 15 de agosto de 1823. Finalmente, y tras las vicisitudes políticas acontecidas a partir de 1833, se promulga el *Real Decreto* de 30 de agosto de 1836, que restablecía con todo su vigor el Decreto de las Cortes de 27 de septiembre de 1820 como antecedente de la disposición definitiva que culmina la extinción de los vestigios feudales en España y, con ello, el proceso iniciado en 1811: la *Ley de 26 de agosto de 1837* (203).

Entre las disposiciones desamortizadoras, que cuentan un claro precedente bajo el imperio del "antiguo régimen" (204) y de carácter general para la libertad de los fundos, hemos de destacar también las medidas tomadas por las Cortes de Cádiz. Aparte del *Decreto de 22 de marzo de 1811* sobre venta de bienes de la Corona, y del *Decreto de 13 de septiembre de 1813* sobre desamortización eclesiástica, aquí interesan fundamentalmente los *Decretos de 4 de enero de 1813 y de 8 de junio del mismo año*. Según el primero de ellos, todos los terrenos baldíos o realengos, y de propios y arbitrios, salvo los ejidos necesarios a los pueblos, se reducen a propiedad particular y en clase de acotados para que sus dueños puedan cercarlos, sin perjuicio de las servidumbres de paso de ganados, y destinarlos al uso o cultivo que más les acomode, con la obligación de no vincularlos ni cederlos a las manos muertas. Concediéndose preferencias a los vecinos para su adquisición, a los comuneros en su disfrute y, finalmente, a los soldados y veteranos de la guerra; cediéndose en censo los que no fueren enajenados a un canon módico. El Decreto de 8 de junio de 1813 se refiere al cierre y acotamiento de las fincas, sean de propiedad libre o vinculadas, sin otras limitaciones que las servidumbres de paso en favor de la ganadería, norma que pasa a integrar el futuro artículo 349 del Código Civil.

Pero contiene este Decreto otras disposiciones que, generalmente, es-

(203) Aparte de SAMPERE Y GUARINOS, cit., J. F. PACHECO, *Comentarios a las Leyes de Desvinculación*, 3.^a ed., Madrid, 1847; entre los autores modernos, R. GIBERT, *La disolución de los mayorazgos*, Granada, 1958, y S. DE Moxó, *La disolución del régimen señorial en España*, Madrid, 1965.

(204) Tanto por lo que respecta a la desamortización civil como a la eclesiástica o como consecuencia de otras reformas sociales, por todos, A. DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Sociedad y Estado en el siglo XVII español*, Madrid, 1976, págs. 402 y ss.

capan a la atención de los historiadores por su falta de sensibilidad jurídica. Efectivamente, tan importante como el cierre de las fincas es la declaración que hace el Decreto sobre la libertad de los arrendamientos, dependiente únicamente de la voluntad de las partes contratantes y del tiempo estipulado, sin prórrogas de ninguna clase ajenas a la tácita reconducción. Régimen que, por lo demás, no se aplica a los foros de Galicia y Asturias y demás provincias que se hallen en igual caso. Por último, contempla mencionada disposición una serie de normas sobre la libertad del comercio de los productos agrarios, de la artesanía y de la industria.

Estas y otras disposiciones de las Cortes de Cádiz fueron anuladas por Fernando VII, el *reyfelón*, en 1814, restableciéndose transitoriamente en el trienio liberal (1820-1823) y ulteriormente a 1833, en el que fueron objeto de un amplio y definitivo desarrollo. De todos modos, a partir de estos momentos debemos de distinguir entre desamortización eclesiástica y desamortización civil.

Por lo que se refiere a la desamortización eclesiástica y con independencia de los precedentes próximos y remotos, hemos de decir que, con el trienio liberal, al restablecer la Constitución de 1812, se restablecen también las disposiciones emanadas de las Cortes de Cádiz. En este sentido, el *Decreto de 27 de septiembre de 1820*, antes citado, que establecía supresión de las vinculaciones, contiene en su artículo 15 una norma en la que señalaba que las iglesias y conventos y demás manos muertas no pueden adquirir bienes raíces en las provincias de la monarquía. Con ello se estaba anticipando lo aprobado en el *Decreto de 1 de octubre de 1820*, por el que se suprimen monasterios de una serie de Ordenes y se reducen los de las no suprimidas, aplicando al crédito público las rentas sobrantes de los conventos subsistentes y todos los bienes de los suprimidos. Esta importante disposición desamortizadora subsistirá hasta 1823, fecha en que fueron devueltos a los religiosos los bienes, si bien con carácter provisional, por cuanto en 1835 el *Real Decreto de 3 de septiembre* convalidaba las ventas de bienes que hubiesen sido confiscadas en el período anterior. Lo que preparaba el camino para las dos disposiciones fundamentales en materia de desamortización eclesiástica: el *Real Decreto de 19 de febrero de 1836*, siendo ministro Alvarez Mendizábal, por el que se disponía la venta de todos los bienes que hubiesen pertenecido a corporaciones religiosas del clero regular, y el *Real Decreto de 2 de septiembre de 1841* estableciendo la venta como bienes nacionales de las propiedades del clero secular. De esta manera entran en el mercado inmobiliario extensas cantidades de tierra y numerosos edificios de gran valor arquitectónico en su inmensa mayoría, que experimentaron escasos índices de cotización, con lo que no se mejoró la situación de la Deuda Pública, mientras que, por

otra parte, se iniciaba la ruina y ulterior desaparición de un tercio del patrimonio artístico nacional, si es que no fue en una proporción mayor. Tampoco se consiguió, por esta vía, contribuir indirectamente a la mejora de la agricultura, puesto que no se respetaron los límites máximos establecidos para las suertes (205). Estas disposiciones venían complementadas por sendas Instrucciones reales (206) y por otras disposiciones complementarias (207). Poniendo fin al proceso de venta de bienes el *Concordato con la Santa Sede de 1851*, en cuyo cumplimiento se dictará la *Real Orden de 13 de mayo de 1851* que dispone la suspensión de la venta de propiedades, acciones y censos de ambos cleros. Sin embargo, no termina con ello la desamortización eclesiástica, ya que al promulgarse la *Ley general de desamortización de 1 de mayo de 1855*, debida al ministro Madoz, que declaraba junto a la desamortización civil la venta de los predios rústicos y urbanos, censos y foros pertenecientes al clero, así como a otra institución conocida con el nombre de manos muertas, vuelve a plantearse el tema hasta que se promulga el *Real Decreto de 23 de septiembre de 1856*, por el que se establece la supresión de la venta de bienes del clero.

Por lo que se refiere a la desamortización civil, a pesar de que en 1814 se anulan las disposiciones de las Cortes de Cádiz, el régimen absolutista se vio obligado a poner en venta las tierras de baldíos y realengos, des poblados y mostrencos a fin de pagar los réditos de amortización de la deuda pública (RR.DD. de 5 de agosto de 1818 y 22 de julio de 1819). Restaurada la Constitución de 1812, se trata de poner en marcha la realización y la ampliación de las medidas adoptadas por las Cortes de Cádiz. Este es el objetivo de la *Real Orden de 8 de noviembre de 1820* y del *Decreto de 29 de junio de 1822*, que ampliaba aquellas medidas, disponiendo pasaran a ser propiedad privada los baldíos, realengos, propios y arbitrios de los pueblos, la mitad de ellos habían de repartirse entre militares y campesinos no propietarios a censo, con el módico canon anual del dos por ciento del valor de los bienes, y la otra mitad quedaría como garantía afecta al pago de la Deuda Pública. Las normas posteriores no son más que complemento de estas disposiciones y su trascendencia es escasa (208). Posteriormente, la *Ley general de desamortización* completa el panorama, pero cambia de orientación al desaparecer totalmente el reparto de tierras entre los campesinos por concesiones a censo. Esta Ley establecía la declaración en

(205) Por un lado, se trataba de que la venta se dispusiera en el mayor número de partes o suertes (art. 3.º, apartado 4), mientras que norma dada bajo la Regencia de Espartero ponía de manifiesto que los predios rústicos no debían de exceder de 40.000 reales (art. 11); pero ambas disposiciones parece que no se cumplieron.

(206) Reales Instrucciones de 1 de marzo de 1836 y 2 de septiembre de 1841.

(207) Real Decreto de 23 de septiembre de 1856.

(208) RR.OO. de 6 de marzo de 1834 y 18 de mayo de 1837.

estado de venta de las propiedades de propios y comunes y baldíos de los pueblos, y la venta había de realizarse con el pago de los remates en metálico, invirtiéndose el ochenta por ciento del producto de la venta en títulos de la Deuda Pública, consolidada al tres por ciento.

Con ello el proceso de desvinculación y desamortización había quedado completo, aunque su realización todavía durara unos años (209). Liberada la propiedad había que convertirla en un instrumento eficaz de riqueza, movilizándola mediante el establecimiento de un sistema eficaz de crédito territorial, lo que se consigue con la promulgación de la Ley Hipotecaria y con el establecimiento de un eficiente Registro de la Propiedad que se implanta en 1861, siendo objeto de sucesivas reformas y perfeccionamientos hasta nuestros días (210). El sistema registral es, sin duda, el instrumento técnico-jurídico que más ha servido a la consolidación del concepto moderno de propiedad, teniendo la virtud de haber sabido armonizar la fidelidad a una tradición con la eficacia de una técnica que ha recibido de sistemas ajenos a la misma, como expresa la famosa *Exposición de Motivos* de la Ley Hipotecaria de 1861 (211).

Pero lo que no se ha destacado suficientemente son las consecuencias dogmáticas debidas al influjo de la función histórica que ha cumplido el concepto moderno de la propiedad al *liberar a los fondos* de las prestaciones señoriales, de las vinculaciones y de su amortización, lo mismo que de las restantes trabas y limitaciones que impedían la movilización de la riqueza territorial. Es cierto que el desarrollo de esta función histórica, como se ha dicho, incorpora una dinámica especial al propio concepto de propiedad, acentuando su significado económico y apareciendo como representativa de un valor, por servir de base al *crédito territorial*, lo que, de una u otra manera, se incorpora de manera predominante a su régimen jurídico; y aunque nuestros Códigos acogen simultáneamente dos conceptos de propiedad, como hemos visto, la que se hallaba en el discurso de los políticos y en el de las reformas liquidadoras del antiguo régimen, y la que respondía a un concepto anterior representativa de "las relaciones del hombre con las cosas" y expresión de la "continuidad" del "*usus modernus Pandectarum*", no cabe duda que la acentuación de esa finalidad añade

(209) A partir de la Ley de 1 de mayo de 1855, vid. *Diccionario de Legislación*, de ARANZADI, t. V, Pamplona, 1951, núm. 6162 a 6202.

(210) Con la reforma de 1944-1967.

(211) Planteándose los dos sistemas posibles, francés y alemán, se decide por el segundo en atención a sus ventajas que ofrece modificando para ello todas las leyes que se refieren a las hipotecas. "Profundo debe ser el convencimiento de la Comisión —se refiere a la Comisión General de Codificación— cuando a pesar de su religioso respeto al derecho nacional propone que esencial y radicalmente sea reformado: *Novísima legislación hipotecaria de España, anotada y concordada*, de L. MORENO, 3.^a ed., Madrid, 1879.

nuevas dificultades a la reconstrucción dogmática de su concepto en el conjunto del *sistema* de los derechos reales.

De estas dificultades son conscientes algunos codificadores que partiendo del modelo de las Institutas, por razones iusnaturalistas e ilustradas, se apartan del mismo por tratar de construir el sistema sobre una rigurosa separación entre derechos reales y derechos personales o de obligación (212), yendo mucho más lejos que el *Code Civil*. En definitiva, la dificultad está en que, concebido el dominio como un derecho absoluto que no acepta otras limitaciones que las establecidas por la Ley, las posibilidades de compatibilizar los derechos concurrentes sobre una cosa quedan fuera de la ordenación jurídica de la propiedad establecida por el Código, lo que no es exacto, tal y como resulta del régimen de la propiedad establecido por el propio Código. Lo que ha sido certeramente observado para el régimen de *Code Civil* (213) y que puede predicarse igualmente de los otros Códigos que le han tomado por modelo, y entre ellos el italiano de 1865, el portugués de 1866 y el español de 1889. Lo mismo pasa en la *relación* del dominio con los demás derechos reales, que aunque pueda parecer a primera vista lo contrario, el carácter absoluto del dominio no obliga necesariamente a que los derechos reales limitados y su contenido tenga que venir determinado por la Ley, conforme a un sistema de "*numerus clausus*", aunque éste sea el sistema elegido por algunos Códigos más modernos (como el argentino, el suizo, el alemán y el italiano de 1942), porque a ello se opone el que tengan su "causa" o "título" en el contrato traslativo correspondiente (art. 609 CC español), aparte de que tal posibilidad se reconozca expresamente (art. 2.2.º LH), como es el caso del Derecho español y pese a algunas reticencias doctrinales (214). Lo mismo que la disciplina de la accesión o las relaciones de vecindad entre los fundos dan idea de la limitación del contenido absoluto del dominio, el cuadro de posibilidades que ofrece el Código Civil en materia de usufructos, de servidumbres, de censos, de derechos de superficie, etc., dan también una idea cabal de las posibilidades de constituir derechos reales limitados de contenido diferente e, incluso, en ocasiones, de construir nuevas figuras de derechos reales sin necesidad del "*auxilium legis*", aunque éste sea, a veces, necesario y conveniente, como ha pasado con la propiedad horizontal.

Lo que pasa es que la función liberadora de fundos llevada a cabo por

(212) En esta línea, el proyecto de Código Civil de Brasil y el Código Civil argentino: J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, en *Revista de Derecho Privado*, 1986, págs. 491 y ss.

(213) Ch. ATIAS, *Droit civil: Les biens*, 1, cit., págs. 79 y ss.

(214) J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, en *Revista de Derecho Privado*, 1986, págs. 503 y ss.

el concepto liberal de propiedad y asumido por el Código ha dificultado estas posibilidades.

Efectivamente, con las reformas relativas a la libertad de los fundos han desaparecido un cortejo bastante difuso de *cargas reales*, la mayoría de ellas de origen señorial, aunque otras proceden únicamente de una individualización de las utilidades susceptibles de prestar una cosa, como es el caso de las servidumbres o comunidades de pastos y leñas (arts. 600-604 CC) (215). Otras obedecían a vínculos familiares, como el *retracto gentilicio*, y ponían un límite evidente a la movilidad de los fundos; por eso desaparecen del *Code Civil* la mayor parte de los derechos de adquisición, tengan o no configuración como derecho real, a diferencia de lo que sucede en nuestro Código Civil, que aparte de conservar los tanteos y retractos tradicionales, con excepción del citado, crea en interés de la agricultura el retracto de colindantes (216). Finalmente, aunque no puedan calificarse propiamente como tales, algunas obedecen a la vinculación de las propiedades, como mayorazgos y fideicomisos, que quedan reducidas al límite que establece el artículo 781 del Código Civil, es decir, dentro del segundo grado de llamamiento o a favor de personas que vivan a la muerte del testador, o son debidas a prohibiciones de disponer que quedan limitadas en los términos del artículo 26 de la Ley Hipotecaria.

De este modo el concepto de *cargas reales* queda limitado, en sentido estricto, al desaparecer la fuente principal de su origen (de tipo señorial o de individualización de las utilidades o aprovechamientos de los fundos), a los derechos reales de garantía y, en sentido amplio, puede comprender censos, servidumbres y otros derechos reales ("cargas y gravámenes"); pero, naturalmente, este concepto en sentido riguroso y técnico no es operativo, por lo que hemos de quedarnos con el sentido estricto. Ahora bien, al establecerse un sistema de publicidad registral en beneficio del crédito territorial, es natural que las cargas se tipifiquen fuertemente, lo cual es propio de los principios que inspiran el *sistema*, y en particular del de publicidad y del de especialidad, desapareciendo prácticamente las cargas ocultas y las tácitas y generales, que quedan relegadas a unos pocos supuestos (217). Esto ha supuesto, aunque no lo parezca, una enorme

(215) Vid. J. L. DE LOS Mozos, en *Estudios de Derecho agrario*, 1972, págs. 139 y siguientes.

(216) En general, J. L. DE LOS Mozos, en *Estudios de Derecho agrario*, 2.^a serie, cit., págs. 226 y ss.; G. GAMAZO, en la última fase de la elaboración del Código Civil, hizo una brillante defensa de esta nueva figura en los debates parlamentarios del mismo.

(217) Quedan reducidos a las preferencias del artículo 1.923 del Código Civil, con las precisiones de los artículos complementarios de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento, cerrando el sistema por lo demás, de una parte, el artículo 98 de la Ley Hipotecaria, y de otra, los artículos 13, 32 y 225 de la misma.

dificultad para la *relación* entre dominio y derechos reales y para la construcción dogmática de la diversidad de contenidos de un mismo derecho real, o de derechos reales nuevos, por la dificultad de definir y de encajar en el sistema el concepto de *obligación real*. Prueba de ello que el Código Civil argentino pretende negar su existencia (218), aunque no lo consigue del todo (219), mientras que un sector de la doctrina francesa o habla de ella como una categoría intermedia entre el derecho real y el derecho personal (220), o reconduce su concepto a la oposición entre ambos, conforme a la desprestigiada "teoría personalista" del derecho real (221); y, sin embargo, la *obligación real* se halla presente en la regulación de nuestros Códigos, modalizando el contenido de los derechos reales de algunas modalidades de propiedad (222) e, incluso, de algunas situaciones en las que se puede encontrar el dominio (223). En su estructura, la obligación real recuerda a algunas prestaciones señoriales o a aquellos "*persönliches dingliches Rechts*" del "*usus modernus Pandectarum*" tardío y que se encuentran en algunas cargas "personales" desaparecidas, pero de las que todavía habla SAVIGNY; pero no se confunde con el "*patti*" de la servidumbre, por lo que no le afecta la regla "*servitus infaciendo consistere nequit*" ni es una figura intermedia entre el derecho real y el derecho de obligación, como es el caso de ciertas obligaciones personales que pueden producir eficacia real (arrendamiento inscrito, derecho de opción, etc.), sino que sirve, naturalmente, por disposición legal o contractual, para delimitar el contenido de los derechos reales, a pesar de que la dogmática, generada por la dialéctica entre el dominio pleno y los derechos reales, hasta el presente no haya sido capaz de desarrollarla adecuadamente, habiéndose limitado a indicar su presencia. Si esto se llevara a cabo, el panorama dogmático del sistema de los derechos reales, excesivamente rígido, cambiaría por completo y se pondría de relieve que, entre derechos personales y derechos reales, existe una comunicación evidente, recuperándose, de este modo, la vieja unidad del "*ius rerum*" de las *Institutas*. De lo que saldría totalmente renovado el propio concepto de propiedad, perdiendo ese carácter abstracto que le comunica la idea de derecho "absoluto" y de contenido "pleno", que tan mal se compagina con la realidad de la vida

(218) Artículo 3.042 del Código Civil argentino.

(219) Artículo 3.023 del Código Civil argentino.

(220) H. ABERKANE, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, París, 1957.

(221) S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, París, 1960, págs. 94 y ss., y 149 y ss.

(222) J. L. DE LOS MOZOS, "La obligación real, aproximación a su concepto", en *Libro-homenaje a R. M. Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, págs. 331 y ss.

(223) *Ibid.*, págs. 359 y ss.

jurídica, a pesar de que la doctrina del primer tercio del presente siglo contrapusiera frente al carácter dinámico de los derechos de obligación el carácter estático del dominio y de los derechos reales (224), tal es el espejismo que, a veces, producen los conceptos (225).

f) *Crisis, vicisitudes y nuevos horizontes del concepto moderno de propiedad. El retorno a la tradición jurídica*

Es indudable que este concepto moderno de propiedad, surgido de los ideales ilustrados y revolucionarios y que inspira las reformas legislativas, siendo reconocido y respetado por las Constituciones y ocupando un lugar predominante en los Códigos Civiles decimonónicos, es un instrumento eficaz de renovación y de modernización social, gracias al cual, y en un concierto de factores ideológicos y sociales a los que pertenece, la sociedad humana conoce una época de desarrollo y de progreso económico como anteriormente no se podía sospechar. De este modo, el concepto moderno de propiedad se convierte, junto con la libertad y la igualdad, y en coincidente desarrollo con la autonomía de la voluntad, en uno de los pilares de la nueva "sociedad civil". Sirviéndose de ella, la burguesía alcanza un poder económico y político en el que muchos "grandes" del antiguo régimen no hubieran podido soñar: el capitalismo. Lo que da lugar al comienzo de la crisis del concepto moderno de propiedad.

Pero no hay como que un concepto entre en crisis para que pueda durar indefinidamente, saliendo después de cada una de ellas mucho más reforzado. Sobre todo cuando el propio concepto viene asumido por los que anteriormente le combatían y con el mismo o mayor entusiasmo. Pero vayamos por partes y sin tratar de adelantar acontecimientos.

Ante todo tenemos que considerar el punto de partida, para después tratar de hacer un balance de los resultados. El punto de partida es bien conocido y a él ya hemos aludido: la Revolución de 1789 había proclamado que la propiedad era un "derecho del hombre" y completamente indispensable para su libertad (226). Como consecuencia de ello, el legislador, como ya hemos visto, trata de organizar junto a la libertad de los ciudadanos la "libertad de los fundos". Esto se traduce inmediatamente en el *Code Civil* de 1804 o, por lo menos, en el énfasis más bien literario que

(224) *Ibid.*, pág. 335.

(225) Vid., por todos, Ch. ATIAS, *op. cit.*, en *Droits*, I (1985), págs. 6 y ss.

(226) "*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression*" (Declaración de los derechos del hombre, 28 de agosto de 1789, art. 2.º).

doctrinal que le acompaña: sus redactores afirmarán que la propiedad es un derecho natural (227) e, incluso, se puede decir que para el *Code Civil* la propiedad individual se halla en la base de la organización social (228). Esto mismo es también aplicable al caso español, aunque por el tiempo que transcurre y por el propio retraso de la codificación el entusiasmo del legislador es mucho más moderado (229). Sin embargo, la situación podría resumirse, siguiendo a F. TERRÉ, en los siguientes términos: "La propiedad individual es un derecho casi soberano, exclusivo y perpetuo. Un propietario no puede aceptar, salvo por actos jurídicos, limitación alguna de su derecho; no puede consentir, se estimaba entonces, otras limitaciones que las expresamente previstas por el Código Civil" (230). Al lado del derecho de propiedad, los derechos reales limitativos del dominio se conciben como limitados, estando considerados como la excepción frente a la "plenitud" del derecho de propiedad, lo que se completa con la presunción que se establece a su favor. Por otra parte, los derechos de uso y disfrute de naturaleza personal (arrendamientos) son siempre temporales, a diferencia de lo que sucedía en el Derecho anterior. Finalmente, se excluye toda idea de regalía o de dominio eminente del Estado, de manera que cuando éste, en el ejercicio de su soberanía y actuando un interés público, utiliza la expropiación forzosa no puede hacerlo sino mediante una justa y previa indemnización (art. 545 CC francés, que se corresponde con lo dispuesto en el art. 349 del nuestro) (231). De esta manera, el derecho de propiedad privada, aun en nuestros días, viene a ser la forma más completa del derecho subjetivo, su paradigma (232). Pero de entonces acá han venido evolucionando no sólo las reglas jurídicas, sino también las ideas o los puntos de vista, que han dado lugar a perspectivas y métodos diferentes,

(227) El propio Napoleón había dicho en los trabajos preparatorios: "*La propriété, c'est l'inviolabilité dans le personne de celui qui la possède: moi-même, avec les nombreuses armées qui sont à ma disposition, je ne pourrais m'emparer d'un champ, car violer le droit de propriété d'un seul, c'est le violer dans le tous*" (LOCRE, IV, pág. 235).

(228) Todos los derechos patrimoniales, así como los modos de adquisición o de extinción (sucesiones, contratos, etc.) son estudiados y reglamentados en función del derecho de propiedad: F. TERRE, "*L'évolution du droit de propriété depuis le Code Civil*", en *Droits*, I (1985), págs. 33 y ss.

(229) Este mismo entusiasmo cabe observar, sin embargo, en los debates parlamentarios o en la Comisión de Codificación, a pesar de todo en ALONSO MARTÍNEZ, GAMAZO o B. GUTIÉRREZ.

(230) *Op. y loc. cit.*, pág. 34.

(231) Cfr. "Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no precediere este requisito, los Jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado".

(232) P. ROUBIER, *Droits sujetifs et situations juridiques*, París, 1963, pág. 29.

uniéndose al punto de vista del jurista el del sociólogo (233), el moralista y de tantos otros que acaban por formar o deformar la opinión pública, llegándose en definitiva, a medida que las circunstancias históricas cambian, a una cierta degradación del propio concepto jurídico de propiedad privada, a un cierto desprestigio social de la propiedad que, por otra parte, no se compagina bien con su mayor difusión social.

Por ello, renunciando a otros posibles puntos de vista y en la imposibilidad de abarcarlos todos vamos a ver qué ha pasado, centrando nuestro discurso en el terreno jurídico, para que se haya producido ese cambio tan radical. En primer lugar, hay un agente externo a la regulación de los Códigos Civiles que influye de manera decisiva en las transformaciones modernas del derecho de propiedad, proveniente de la propia transformación del Estado, que deja de ser un Estado "policía" para convertirse en un Estado intervencionista, produciéndose una "invasión del Derecho público en el ámbito del Derecho privado" (234). Lo que se ha acentuado con el socialismo y con la aparición de los totalitarismos (235); pero ésta es una cuestión de la que ahora no vamos a ocuparnos, aunque más adelante hagamos a ella alguna referencia y a pesar de que se trata de una perspectiva que nunca se puede perder de vista.

Sin embargo, vamos a fijarnos de nuevo en otras circunstancias que contribuyen, desde dentro de la propia lógica del sistema jurídico, a transformar el concepto de propiedad. En este sentido, lo que más llama la atención es su "expansión", una expansión que comienza antes de que su concepto moderno, en sentido originario, entre en crisis. Todo el mundo sabe que la forma de pensar por analogías es característica del estilo de los juristas, por eso se dice que en el mundo del Derecho se procede más por imitación que por invención (236). Esto aplicado a nuestro caso ha llevado a una extensión constante del concepto de propiedad. Donde, aparte de las tradicionales *propiedades especiales* (aguas, minas, montes), bien pronto se ha aplicado a la *propiedad intelectual* e *industrial*. Pero de aquí se ha pasado, en un estadio siguiente, a la *propiedad comercial* en la que, como sucede en el "establecimiento mercantil", la unidad del objeto sobre el que

(233) J. L. DE LOS MOZOS, *Metodología*, cit., págs. 153 y ss.

(234) Tema relacionado con la literatura de la crisis del Derecho, a lo que antes aludíamos, o con el de las transformaciones que éste sufre en su seno como consecuencia de los cambios sociales y económicos; en tal sentido, R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, París, 1952-1959; T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo económico*, en *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, pág. 48; y toda la literatura en torno al Derecho económico de aquella época: J. L. DE LOS MOZOS, *Metodología*, cit., págs. 163 y ss.

(235) F. A. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, (trad. esp.), II, Madrid, 1979, pág. 15; G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 4.^a ed., Stuttgart, 1950, pág. 126.

(236) F. TERRÉ, *op. cit.*, en *Droits*, I (1985), pág. 35.

recae ese flamante derecho no es propiamente jurídica, sino económica, consecuencia de su referencia al concepto de *empresa*. Llegándose en nuestros días a aplicar esa idea a la explotación industrial o agrícola, por donde sobre todo en este segundo campo, han surgido una serie de limitaciones a la propiedad de los fundos como consecuencia de la protección dispensada al arrendatario cultivador, tal y como aparece en nuestro Derecho a partir de la Ley de 15 de marzo de 1935 (237). Todo ello, por otra parte, ha tenido una gran trascendencia para renovar el concepto del "objeto" sobre el que recaen los derechos en general, y en particular el derecho de propiedad, volviéndose a la idea romana del "*fundus instructus*" (238).

Un fenómeno parecido ha tenido lugar como consecuencia de la transformación de la propiedad inmobiliaria. Por una parte, desde la época de las desamortizaciones a la actualidad, la propiedad inmueble ha perdido en buena medida el significado que tuviera entonces como representativa de acumulación de riqueza y de poder económico. Efectivamente, la desamortización señorial lo único que hizo fue cambiar el concepto, no la atribución de los bienes, al transformar los señoríos en propiedad privada. Lo que completaron las desamortizaciones eclesiástica y de los bienes de los pueblos en favor de los que disponían de medios económicos para concurrir a las subastas, con lo que la desamortización en su conjunto hizo más ricos a los ricos y, por otra parte, la propiedad era representativa de un valor económico por encima de cualquier otra consideración. Pero esta consideración bien pronto cambia de significado, sobre todo cuando aparecen otros bienes, que entran, cada vez más, en concurrencia con los bienes inmuebles, como las participaciones sociales, el dinero y los títulos valores en general. Adquiriendo en nuestros días los *bienes muebles*, productivos o de consumo un valor extraordinario que en la época de las codificaciones era imposible de imaginar. Junto a esto, las transformaciones operadas en el medio rural y en el urbano han hecho cambiar por completo la imagen de la propiedad inmobiliaria.

En el medio rural, las técnicas de la llamada colonización interior, ya desde fines del siglo pasado, o las de la reforma agraria o la ulterior colonización de zonas regables, lo mismo que la concentración parcelaria, hasta llegar a la técnica de las comarcas y fincas mejorables (239), han

(237) J. L. DE LOS MOZOS, *Presupuestos para una reforma de los arrendamientos rústicos en el Derecho español*, ahora en *Estudios de Derecho agrario*, 2.ª serie, págs. 127 y ss.

(238) G. BOLLA, "Il fondo nei suoi aspetti giuridici", en *Scritti di diritto agrari*, Milano, 1963, págs. 281 y ss.

(239) Técnica que ha aplicado la reciente Ley de Reforma Agraria Andaluza, a la que más adelante tendremos ocasión de referirnos.

supuesto una serie de limitaciones de la propiedad de todo orden. Aunque en este campo las modificaciones más importantes vienen impuestas por razones tecnológicas, relacionadas con el cultivo y la productividad de las tierras, por razones laborales, falta de mano de obra como consecuencia de la emigración de la población rural a las ciudades y acentuación en todo del modelo industrial y urbano. No obstante, a diferencia de lo que ocurre en otros países, la propiedad rústica sigue siendo refugio de fortunas recién adquiridas que buscan la ilusión de una seguridad más que otra cosa. Todo lo cual viene facilitado por un régimen fiscal hasta ahora favorable (240), dando lugar a una movilidad mayor de la propiedad que en otras partes como resultado del *crédito territorial*, tanto en cuanto la favorece o la impone de manera inexorable. Pero, sin embargo, la propiedad se ha desacumulado bastante, de modo que el latifundio ya no existe prácticamente sino como recuerdo histórico o como argumento meramente retórico. De mayor trascendencia han sido las transformaciones operadas en el medio urbano, consecuencia del constante crecimiento de las ciudades, de la escasez de viviendas y de suelo. Lo que motivó, como es sabido, la congelación de los alquileres mediante una legislación intervencionista que no solamente influyó en la transformación de la propiedad urbana, sino que produjo su paulatina degradación, lo que en España se ha acentuado todavía más, de manera innecesaria, por falta de competencia y de valor de los gobiernos (241). Pero el paradigma de todas las limitaciones de la propiedad viene de la mano de la planificación que suscita de manera integral por medio del *urbanismo* moderno (242). Llegándose a entender, primero por un sector de la doctrina muy extenso (243), después por la

(240) Tanto que la revisión catastral que ha supuesto un incremento excesivo de los valores catastrales de las fincas supondría una presión fiscal excesiva que, a pesar del déficit municipal, no se atreve a aplicar un Gobierno socialista.

(241) Esta legislación intervencionista impidió en su tiempo una adecuada reforma de la legislación de arrendamientos urbanos y, paralelamente, una reforma de legislación de fomento a la construcción de viviendas, lo que ha originado una serie de desigualdades verdaderamente flagrante, sin que se hayan solucionado la escasez de viviendas y un exceso de construcción, por un lado, y de abandono, por otro, de viviendas antiguas que no han podido ser conservadas.

(242) Un urbanismo poco riguroso que se concibe de una manera y se ejecuta de otra por la excesiva intervención administrativa, que no va acompañada de la disciplina que sería necesaria y que, a la larga, resulta un poco arbitrario y, sobre todo, poco efectivo.

(243) Debido, naturalmente, al esfuerzo por comprender y exponer el diseño legal desde el punto de vista del Derecho público predominantemente, consecuencia de presentarse el urbanismo como "una función pública" y de las consecuencias de su actuación a través del "planeamiento". Por razones de economía me limito a citar esta doctrina por referencia en el importante libro de J. M. LOBATO GÓMEZ, *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Madrid, 1989, págs. 471 y 481, respectivamente.

jurisprudencia (244) y finalmente por la propia legislación (245) que "el plan determinaba el contenido normal del derecho de propiedad", lo que no pasa de ser una desafortunada metáfora, que en una adecuada revisión dogmática habrá que abandonar. Pero entre tanto muestra hasta dónde ha llegado a calar, en la conciencia social, el sentido de las limitaciones y de las transformaciones padecidas por el derecho de propiedad privada. Sin embargo, en este ámbito de la propiedad urbana tampoco se ha detenido con ello ese proceso de expansión de la propia noción de propiedad, como lo muestra el surgimiento de la flamante "propiedad horizontal" que representa un sesenta y nueve por ciento del régimen de utilización de la vivienda en España (246) y que se aplica por igual no sólo a los edificios destinados a viviendas, sino también a otros conjuntos inmobiliarios que han alcanzado en los últimos decenios un desarrollo extraordinario.

Pero lo más importante de esta transformación, tanto en el medio urbano como en general, puesto que aquél extiende su modelo a todas partes, como decíamos antes, es que como consecuencia de la utilización de las técnicas de planificación y de ordenación del territorio, lo mismo que en ellas se produce una superposición de fines, esto genera una superposición de aprovechamientos sobre el suelo, echando por tierra la idea simplista del dominio *pleno* y *absoluto*, dando a la propiedad y a los derechos sobre los bienes una elasticidad y una dinamicidad que anteriormente era inconcebible (247), aunque esto no siempre hace desaparecer del todo, por mucho que se acumulen servidumbres u obligaciones accesorias, como las poco conocidas "obligaciones reales", el derecho de propiedad, que aunque cuajado de limitaciones, en cumplimiento de los intereses públicos o sociales más diversos, desde las diversas redes viarias hasta la conservación de la naturaleza y del medio ambiente, todavía permanece y, en su esencia, resta "entero", como diría el Marqués de VAREILLES-SOMMIERES, anticipándose a su tiempo, en un artículo memorable (248).

¿Qué ha quedado, pues, de la propiedad a pesar de todas estas transformaciones y del cúmulo de limitaciones que sufre y que es capaz de sufrir? Seguramente que muchos pensarían todavía que muy poco, a pesar

• (244) Vid. las referencias en J. M. LOBATO, *Propiedad privada del suelo*, cit., págs. 471 y 481.

(245) El proceso se inicia en la Ley del Suelo y de Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, se acentúa en la Ley de 2 de mayo de 1975 y en la de 25 de julio de 1990.

(246) Diversas estadísticas oficiales rondan esta cifra.

(247) F. TERRÉ, *op. cit.*, en *Droits*, I (1985), págs. 36 y ss.; Ch. ATIAS, *ibid.*, págs. 8 y ss.; G. MARTY, en *Propriété et urbanisme*, París, 1968, págs. 29 y ss., y 269 y ss., cuyas palabras conservan todavía plena actualidad.

(248) "La définition et la notion juridique de la propriété", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, IV (1905), págs. 438 y ss.

de que se ha iniciado su restauración en los países del Este europeo a medida que se pretende en ellos salir del llamado "socialismo real". Sin embargo, hay que reconocer que la propiedad que creyeron entronizar en los Códigos los legisladores del siglo XIX se ha transformado notablemente. Pero se ha transformado por expansión, aplicando el nombre y el "modelo" de la propiedad a relaciones jurídicas que poco tienen que ver con ella, como es el caso de la "multipropiedad", que no es más que un peculiar "derecho de uso y disfrute", limitado en cuanto a su extensión y a su duración. Nadie que conozca, por otra parte, la historia de la propiedad se tiene que extrañar de estas transformaciones, ni nadie que haya sabido interpretar en su verdadero sentido la idea de su construcción como derecho de contenido "pleno" y de valor "absoluto", lo que hace referencia más que a la ausencia de limitaciones, a la índole de su estructura interna: como haz de facultades, en la relación de su titular con los bienes sobre que recae. En cuanto relación directa que no requiere de intermediarios, puesto que se trata de un derecho de "atribución" respecto de tales o cuales bienes, expresando tanto su contenido elástico, por el que las facultades revierten a su titular cuando la limitación desaparece, cualquiera que sea su origen, como el *ius disponendi* del propietario. Construcción que, dejando a un lado el verbalismo que acompaña a los Códigos decimonónicos, es la que realmente acogen, como la doctrina no ha dejado de señalar oportunamente (249), pues, de todos modos, no hay que olvidar que, por lo que a nuestro artículo 348 del Código Civil se refiere, el reconocimiento de "limitaciones legales" forma parte de su propio concepto (250).

En consecuencia, a pesar de esas limitaciones que se han seguido multiplicando incesantemente desde la promulgación del Código Civil, y a pesar de las transformaciones operadas, como consecuencia de ello y de la expansión de su concepto que se ha aplicado a nuevas relaciones jurídicas, la institución sigue en pie acreditando su gran vitalidad, como no podía ser menos. Por eso, ha podido decirse recientemente que "la noción de propiedad tiene una tal virtud de expansión que existe una tentación teórica común de absorber en ella todas las modalidades jurídicas de las relaciones entre los hombres y las cosas. Este derecho es tan fuerte y completo que contiene todos los otros". Pero en toda propiedad duerme un usufructo virtual, por regla o por cuenta, y nada prohíbe extender el razonamiento al uso, como en el caso del arrendamiento. Es por lo que un retorno a las fuentes es indispensable para entender el fundamento de la

(249) Ch. ATIAS, *op. cit.*, en *Droits*, I (1985), págs. 11 y ss.

(250) Cfr. "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes" (párrafo primero).

propiedad "como proyección y prolongación de las personas en las cosas, expresión más viva de su libertad. La reflexión abstracta y descarnada podría ser aquí particularmente peligrosa. Ciertamente que el derecho de propiedad sitúa a su titular en relación con los otros —donde encajan las limitaciones que han sido siempre inseparables del concepto de propiedad—, pero toda sociedad asigna a sus miembros un estatuto, un puesto. La propiedad no es, sin duda, el peor de los criterios. Ella es en todo caso —la experiencia histórica lo demuestra— la que gracias a la cual la sociedad civil contiene lo mejor de las aspiraciones básicas del Estado" (251).

En definitiva, toda esta transformación de la propiedad no solamente ha servido para adaptarla al curso de los tiempos, sino para retomar la dimensión tradicional que corresponde a su concepto, tal y como la desarrollara el Derecho romano y la recrearan los autores del Derecho común, desprendiéndola de la costra y de la hojarasca que, con ocasión de la codificación, traduce el "*pathos*" revolucionario de su época al pretender liberar la propiedad paralelamente a la liberación de los ciudadanos, de manera que sólo represente la traducción de un valor económico, con independencia de quién sea su titular y cuál el objeto sobre el que recae; y precisamente esto segundo es lo que se ha corregido, ya que actualmente la propiedad, aunque en su concepto no haya perdido unidad, se modaliza según el *objeto* sobre el que recae, mientras que como consecuencia de ello, al restablecer el sentido humano de la "*relación del hombre con las cosas*", que como tal se transforman en *bienes*, el exclusivo valor económico que antes había tomado pasa a un segundo término.

Para terminar esta apresurada reflexión, no quiero dejar de caracterizar el derecho de propiedad que podemos reencontrar en los códigos, y especialmente en el nuestro, con aquellas lúcidas precisiones que hacía a primeros de siglos el Marqués de VAREILLES-SOMMIERES. En primer lugar, después de destacar que la propiedad "no es un derecho de hacer en una cosa *absolutamente* todo lo que uno quiere", porque este derecho no existe ni puede existir, según las leyes *naturales*..., sino un cierto número de actos sobre todas las cosas que uno puede tener legítimamente bajo su poder, dirá: "Además, sin que el derecho de propiedad pierda su nombre y por consecuencia su definición, las leyes positivas le imponen numerosas restricciones, y el mismo propietario al conceder a otras personas derechos sobre la cosa disminuye frecuentemente el campo libre de su actividad sobre ella". Concluyendo este razonamiento diciendo que "la propiedad es

(251) Ch. ATIAS, *op. cit.*, en *Droits*, I (1985), pág. 10.

solamente el derecho de obtener de una cosa todas sus utilidades, *salvo excepciones*" (252).

Más adelante dirá que "casi todos los autores opinan que la propiedad es la reunión y la suma de todos los derechos que pueden existir sobre una cosa". Pero "esto es todavía inexacto". Aun cuando la propiedad sea completa, hay sobre la cosa en provecho de los demás dos derechos que coexisten necesariamente con ella: el derecho de impedir que la cosa perezca y el derecho de servirse de la cosa en caso de necesidad". Pero lo más importante para nuestra reflexión es lo siguiente: "Cuando la propiedad queda restringida por las leyes positivas o por las convenciones, todavía es más evidente que la propiedad, que entonces es ciertamente incompleta, sin embargo, *permanece entera*" (253).

Finalmente, cuando habla de los caracteres del derecho de propiedad, absoluto, exclusivo y perpetuo, merece que destaquemos lo que dice a propósito del primero. "Diciendo que es absoluto se quiere decir que no tiene límites, que es el derecho de obtener de la cosa todas sus utilidades sin excepción, sustituyendo sobre la cosa un legítimo despotismo. Sin embargo, se produce así un error muchas veces señalado y destruido en las páginas precedentes. Jamás el derecho de propiedad carece de límites y a menudo no otorga a su titular más que los débiles poderes de un rey constitucional" (254).

A la luz de esta doctrina, la preocupación que suscita el cúmulo de incesantes limitaciones y de profundas transformaciones de la propiedad se desvanece, y el ánimo del jurista siente un cierto alivio comprobando, una vez más, que todo proceso de conocimiento, como diría K. R. POPPER, lleva más a menudo a descubrir errores que a comprobar verdades (255).

III. LA PROPIEDAD PRIVADA EN EL CÓDIGO CIVIL

Como ya hemos dicho al ocuparnos de la "liberación de los fundos" en relación con la formación del concepto moderno de propiedad, el que nuestra institución tuviera que cumplir la misión histórica de eliminar los residuos del feudalismo y de liquidar la supervivencia del Antiguo Régimen, no hay que ver en ella un concepto abstracto que lleva necesariamen-

(252) *Op. y loc. cit.*, págs. 443-444.

(253) *Op. y loc. cit.*, pág. 446.

(254) *Op. y loc. cit.*, págs. 481-482.

(255) K. LORENZ-K. POPPER, *L'avenir est ouvert* (Entretien d'Altenberg. Textes du symposium Popper á Vienne), trad. fr., París, 1990.

te a la configuración de un derecho absoluto e incondicionado. Buena prueba de ello es que aunque esta idea haya podido tener cabida en el énfasis de algunas teorías o en las exageraciones retóricas de los discursos parlamentarios, no se corresponde en absoluto con la regulación que ofrece el Código Civil. Regulación que se halla inspirada en la tradición del "*usus modernus Pandectarum*", que permanece fiel al modelo de las Institutas y que no se puede entender teniendo presentes algunos preceptos aislados solamente, sino toda la regulación del "Derecho de los bienes". Por otra parte, el reconocimiento de limitaciones al derecho de propiedad, lo mismo que en la tradición del Derecho antiguo, está presente en su propia definición legal, como revela el artículo 348 del Código Civil. Aunque las cosas hubieran sido de otra manera, no podía ser por menos en el caso de nuestro Código Civil, infinitamente más moderado y fiel a la tradición que su modelo, el *Code Civil*. Las diferencias entre uno y otro son evidentes, mientras que el *Code Civil* consagra el triunfo de la Revolución, aunque haciéndolo de forma moderada y dando marcha atrás en muchos temas, como la implantación de una *publicidad registral* de tipo alemán, por no referirnos más que a un punto íntimamente relacionado con nuestro tema; el nuestro es el resultado de una serie de avatares de todo tipo y tiene tras de sí una experiencia en la implantación de las reformas; por eso, sus soluciones son mucho más técnicas y, en su conjunto, teniendo en cuenta la Ley Hipotecaria, resulta en todo muy superior al modelo, pues no hay como regular el futuro teniendo una profunda experiencia del pasado.

Sin embargo, en el *Code Civil* se acoge igualmente la tradición, una tradición que es, en casi todo, común con la nuestra; por eso resulta muy relativo hablar de modelo cuando ambos códigos parten de una tradición común o al menos muy próxima, y el nuestro se aparta del francés en materias muy importantes. Pero esto no es lo que ahora importa, sino todo lo contrario, es decir, lo que hay de común en ambos.

En tal sentido, es interesante resaltar, continuando con lo que anteriormente hemos anticipado, en relación con la "continuidad" del "*usus modernus Pandectarum*" en la regulación de la propiedad que ofrece el *Code Civil* por obra de POTHIER, la aguda observación que hace el profesor P. GROSSI, cerrando las conclusiones de una profunda investigación sobre el desarrollo de la propiedad en el Derecho común, cuando dice que, en esta materia, el *Code Civil* aparece "como si fuera un palimpsesto antiguo: puede revelar una doble escritura y ofrecernos un testimonio histórico interesante; más que una definitiva conquista —respecto del concepto *nuevo* de propiedad—, persiste en el mismo un contraste de mentalidad y una resistencia de una mentalidad bastante retrógrada. Nues-

tro temor es que el jurista se quede extasiado ante el dichoso artículo 544, que tiene, con su triunfalismo, diseñado de acuerdo con la retórica burguesa del ochocientos el riesgo de que los futuros juristas identifiquen en esta sede el núcleo del concepto de la nueva propiedad en sentido jurídico. Por nuestra parte, nos gustaría que, pacientemente y sin ningún perjuicio, se mirase un poco más a fondo la sistemática del Código por cuanto se refiere a los derechos reales y a la estructura misma del artículo 544. Entonces, el paslimpsesto emergerá con toda su nitidez" (256).

Estas palabras, que descansan sobre la experiencia histórica, llevada a cabo con todo rigor crítico y con una sensibilidad exquisita, nos aclaran muchas cosas y nos ponen en situación de entender cuál ha sido la regulación efectiva de la propiedad en la mayoría de nuestros Códigos decimonónicos, de manera que ésta no se agota en la flamante fachada que nos ofrece el artículo 544; hay que tener en cuenta también una serie de preceptos que establecen, dentro del sistema, la coexistencia de ese pretendido "derecho absoluto" con los derechos reales limitados, con la doctrina de la accesión y con la de las relaciones entre los fundos, etc. Más aún: existen preceptos concretos, como los artículos 645 (257) y 1.370 (258), según recuerda CH. ATIAS, que guardan una cierta relación con la relatividad del concepto (259). En definitiva, lo que le pasa al *Code Civil* con la regulación de la propiedad es algo parecido a esos edificios que por fuera son renacentistas, pero que tienen todavía por dentro una sólida estructura gótica.

Si eso puede decirse del Código Civil francés, mucho más podríamos decirlo del nuestro, por las razones apuntadas y porque se ha perdido el énfasis que acompaña, en el primero, a la expresión del *nuevo* concepto de propiedad, como lo muestran los propios discursos parlamentarios o las opiniones doctrinales de la época, infinitamente más moderadas. La conclusión a la que se llega después de examinar unos y otros, pero especialmente los debates en la Comisión General de Codificación (260) o en el Congreso y en el Senado (261), es que existía una gran unanimidad en cuanto al concepto que el Código Civil consagra, como se exterioriza en

(256) *Op. cit.*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, núm. 15, y 14 y 15.

(257) Cuando surjan contiendas sobre el uso de las aguas entre el propietario, los Tribunales, al resolverlas, deben conciliar el interés de la agricultura con el respeto debido a la propiedad.

(258) Ciertas relaciones obligatorias se constituyen sin que haya convención..., relaciones constituidas involuntariamente, como las que surgen entre propietarios vecinos.

(259) *Op. cit.*, en *Droits*, I (1985), pág. 12.

(260) J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, 4. Codificación civil, I, Madrid, 1970, págs. 543 y ss.

(261) *Ibid.*

la reflexión que se lleva a cabo, muy del gusto de la época, por otra parte, sobre su fundamento.

Baste traer aquí, como muestra, el testimonio de B. GUTIÉRREZ, que influyó personalmente en la redacción de los *Libros II y III* del Código Civil, siendo autor material de muchos de sus preceptos. Según este ilustre profesor y jurista, la propiedad halla su fundamento en el Derecho natural, como un complemento de la personalidad del sujeto; así, dice: "Lejos de que sea un error ese modo de considerar la propiedad en el individuo, en él reside ese elemento; es fuerza buscar en él ese derecho, como se busca el de su libertad, el de su seguridad. En sus mismas facultades se descubre el origen y la independencia de este derecho: la propiedad sobre el mundo físico es el desenvolvimiento necesario de la libertad; sin la propiedad sería nulo su poder. Esta idea de LERMINIER es exacta y admite igual explicación que la que ha dado el representante de la Escuela histórica, el célebre SAVIGNY. El hombre no sería libre enfrente de la naturaleza si no tuviera el derecho de dominarla: ese derecho, que no es otra cosa que la extensión de la libertad individual sobre los objetos exteriores, es lo que constituye el derecho de propiedad" (262).

Esta exteriorización de un "liberalismo moderado tiene detrás, sin duda alguna, la crítica que había suscitado el entusiasmo por la codificación en una primera época, como lo revelan las citas que B. GUTIÉRREZ hace de SAVIGNY y LERMINIER. Pero un concepto parecido en cuanto al fundamento de la propiedad podemos encontrar en F. SÁNCHEZ ROMÁN, a pesar de que se muestra siempre muy crítico con el Código Civil y, sobre todo, a pesar de que su pensamiento se encuentra contaminado por el krausismo y por un cierto colectivismo postromántico, un tanto difuso e incierto, aunque no tan acusado como en otros personajes de la época. Así, dirá que: "El *derecho de propiedad* representa una de las esencias del Derecho natural y en la naturaleza humana ha de buscarse su fundamento, toda vez que aquel derecho no es otra cosa que el conjunto de condiciones, racional y jurídicamente necesario, para llevar a efecto la relación del hombre con la naturaleza; relación necesaria a las exigencias de su vida y que se satisface mediante la aplicación reflexiva de las facultades del espíritu. El hombre, la Naturaleza con los medios que ella proporciona, la utilidad de los mismos, las necesidades de la vida humana, la relación del hombre y la Naturaleza, y como ley ordenadora y reguladora de todos esos elementos las facultades espirituales del hombre, son los factores de cuya suma resulta el conjunto del derecho de propiedad" (263).

(262) *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, II Madrid, 1863, pág. 56.

(263) *Estudios de Derecho civil*, III, Madrid, 1900, pág. 31.

Incluso tiene mucho más valor esta doctrina si tenemos en cuenta que el propio SÁNCHEZ ROMÁN pretende estar al día, y sin duda alguna lo está, mucho más que otros de sus contemporáneos, de las limitaciones y transformaciones que para entonces ya había sufrido el concepto moderno de propiedad. Así, dirá que "la tendencia transformadora del derecho de propiedad en los tiempos modernos es evidente, así como que el sentido que la inspira es marcadamente *armónico*, dirigido a conciliar la soberanía individual del propietario con los compatibles provechos de un orden general y social que la propiedad debe ofrecer, siquiera la fórmula exacta de la completa concordia entre el interés individual y el colectivo sea de difícil determinación" (264). Pero lo importante es señalar que existe esa tendencia, la cual para nada dice que viene dificultada por la regulación del Código Civil, como naturalmente no hubiera podido decirlo a la vista del artículo 348 del Código Civil, que no sólo se refiere al *derecho de gozar y disponer* del propietario, sino también a que tales facultades pueden venir *limitadas por las leyes*, y teniendo en cuenta, además, que el propietario se halla amenazado eventualmente por la *expropiación forzosa* (art. 349 CC).

Pero en relación con esta preocupación por las novedades que expresa paladinamente SÁNCHEZ ROMÁN, persona tan autorizada como F. DE CÁRDENAS, que intervino también muy activamente en la redacción de los *Libros II y III* del Código Civil, en la Comisión General de Codificación (265) y que, por otra parte, era partidario de alguna de ellas (266), cuando se trata del concepto de propiedad que ha de acoger al Código no duda ni un momento, y refiriéndose al contenido del *Libro II* nos dice que "para su redacción han tenido que ajustarse los autores del Código a la Ley de Bases, según la cual debían mantenerse el concepto de la propiedad, la división de las cosas y el principio de la accesión y de la copropiedad, con arreglo a los fundamentos capitales del derecho patrio. Además, habían de mantenerse las leyes especiales de aguas, minas y propiedad literaria y artística, juntamente con la hipotecaria. Esto basta para explicar por qué no se podían tomar en cuenta las nuevas teorías sobre la propiedad, que algún crítico ha echado de menos. Pero aunque la base décima no existiera, no habrían hecho mal los autores del Código en proceder como lo han hecho, pues no hay innovaciones en derecho tan aventuradas,

(264) *Estudios*, cit., III, pág. 55.

(265) Vid. J. F. LASSO GAITÉ, *op. y vols. cit.*, págs. 572 y ss.

(266) "Las leyes de inquilinato. Informe presentado a una Comisión de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas", en *Estudios Jurídicos*, II, Madrid, 1884, págs. 149 y ss.

y quizá tan peligrosas, como las que a la propiedad se refieren" (267). El ilustre autor alude tanto a las novedades instrumentales y concretas que pretenden ampliar, con finalidad de fomento, el crédito territorial, como a un colectivismo incierto que ha suscitado J. COSTA y ha defendido G. DE AZCÁRATE (268), pero que se halla ya en el inicio de la ola que acaba por empobrecer a media Europa, con la ulterior implantación del socialismo real. Lo mismo que se está refiriendo a un concepto de propiedad que ya ha sido curado de entusiasmos, como lo demuestran las leyes especiales citadas y el amplio reconocimiento de la accesión, que constituye, por otra parte, la derogación más elocuente del carácter absoluto del dominio en el *Code Civil*, como ha puesto de relieve en otro lugar (269).

En el mismo sentido, podríamos citar a G. GAMAZO, cuya dedicación al Código Civil, en los últimos momentos del debate parlamentario, es verdaderamente ejemplar, destacando sobre todo su lucidez para combatir el intento de incorporar a su articulado novedades en gestación (270) que, tarde o temprano, acabaron por abortar. Finalmente, para cerrar esta cuestión aludiré, sin embargo, a la autorizada opinión de J. M. MANRESA, que entrando ya en polémica con los importadores de novedades, aunque sin nombrarlos, al hablar del fundamento de la propiedad rechazando que descansa en la Ley, dice, con su sobriedad característica y modélica: "Los que conceptúan que la Ley es quien crea la propiedad, fíjense en la influencia que ésta ejerce en las modificaciones jurídicas de la propiedad, pero olvidan que la Ley es ya una declaración del derecho hecha por la voluntad del Estado, la cual voluntad no crea el derecho, sino a lo sumo lo consagra de modo expreso y reflexivo" (271). Argumento que vale actualmente para explicar el alcance de la garantía constitucional de la propiedad; pero no adelantemos acontecimientos y veamos lo que dice el ilustre comentarista seguidamente: "La propiedad, sin duda, tiene su fundamento en la finalidad racional humana, que exige, si ha de ser plenamente cumplida, la aplicación reflexiva de la actividad libre para obtener de la naturaleza todas las utilidades de que ésta es susceptible. Siendo el derecho de propiedad la ordenación adecuada de la relación que se establece entre el ser racional y la naturaleza, y por razón de esta relación con todos los seres racionales, de ahí que comprenda este derecho las limita-

(267) *Introducción a los Comentarios del Código Civil*, de J. MANRESA Y NAVARRO, I, Madrid, 1890, págs. XLIV-XLV.

(268) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, "La cultura jurídica del Código Civil. Una aproximación a su estudio", en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, págs. 663 y ss.

(269) J. L. DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie*, cit., págs. 89 y ss., y 227 y ss.

(270) J. M. DE LA CUESTA, "Notas para la semblanza de un teórico del Derecho", en *Centenario del Código Civil*, cit., I, págs. 635 y ss.

(271) *Comentarios*, cit., III, pág. 110.

ciones relativas, bien al sujeto, bien al objeto, bien a la relación misma, bien, por último, al sistema de condiciones en que, cada relación de propiedad, cada sujeto y cada objeto han de desenvolverse en la vida humana" (272).

Por lo demás, esta misma doctrina y la posterior se preocupará de marcar diferencias respecto a la fórmula utilizada por el artículo 544 *Code Civil*, que es fielmente seguida por el artículo 436 del Código Civil italiano de 1865, cuando al hablar de las facultades del dominio se refieren al derecho de gozar y disponer de una cosa "*de la manera más absoluta*", expresión que ya no aparece en el artículo 391 del proyecto de Código Civil de 1851 (273) y que queda excluida igualmente del texto del artículo 348 del Código Civil. Con lo cual se quiere hacer ver que la fórmula a la que se atiene nuestro Código Civil es más moderada que la utilizada por el Código Civil francés.

Asimismo se ponen de relieve las concordancias con otros Códigos (274) y los precedentes de la propia tradición jurídica, haciendo con ello alusión a las Partidas (3, 28, 1), donde ya se encuentra prefigurado el concepto de propiedad al que se atiene el artículo 348 del Código Civil. Efectivamente, este texto al hablar del dominio como "*señorío*" empieza por delimitar el ámbito en el que el mismo se contiene, al decir: "*Señorío es poder que orne ha en su cosa de fazer della lo que quisiere: según Dios e según fuero*". Concepto preliminar que guarda relación tanto con los poderes indeterminados y globales del propietario como respecto del límite impuesto al ejercicio de su derecho, con lo que las Partidas no hacen más que recoger, expresándolo de otra manera, la fórmula más descriptiva elaborada por la tradición romanista y que va en ella implícita. Fórmula según la cual el dominio es el "*ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur: unusquisque enim est rerum suarum moderator et arbiter, nisi lex arbitrium tollat*" (215). Por otra parte, en el propio texto citado, a continuación se alude a tres significados distintos de "*señorío*". Refiriéndose, en primer lugar, a través del "dominio eminente" del príncipe, a la soberanía, y en segundo y tercer lugar, al dominio pleno y a otras formas de dominio o señoría (276). Poniendo de relieve que, en ambos casos, se

(272) *Ibid.*

(273) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, I, Madrid, 1852, pág. 352.

(274) Vid., por todos, el documentado libro de V. L. MONTES PENEDES, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980.

(275) Concepto que en la tradición española acogen J. DE ASSO y M. DE MANUEL, *Instituciones*, cit., II-2, págs. 95 y ss.; sin embargo, lo que es objeto de la regulación no tiene nada que ver con su reflejo en la codificación. Vid., en general, H. COING, *Europäisches Privatrecht*, cit., I, págs. 291-293, y allí interesantes referencias.

(276) Cfr. "Señorío es poder que orne ha en su cosa de fazer della, e en ella lo que

puede hablar de dominio, aunque en ocasiones no se trate más que de dominio útil o algo parecido, pues este campo es precisamente el que atrae la atención preferente de los autores del Derecho común (277), aunque no por ello se deje de considerar que sólo el que recae sobre cosas corporales es verdaderamente dominio, como pone de relieve la glosa "señorío" de GREGORIO LÓPEZ al decir: "*accipiamus dominium in vera significatione et stricte, tunc dominium est ius in re corporali perfecte disponendi: nisi lege prohibeat*", siguiendo a BARTOLO y BALDO casi al pie de la letra (278), donde de nuevo vuelve a aparecer, como una constante, la idea de que las limitaciones del dominio y su configuración legal forma parte de su propio concepto.

Este concepto de propiedad que refleja el artículo 348.1 del Código Civil no sólo viene amparado por la propia tradición jurídica, sino también por los propios preceptos constitucionales desde la Constitución de 1812, como ya hemos visto anteriormente y complementado y desarrollado por lo que establece el artículo 349, siendo por lo demás objeto de desarrollo sistemático en otros preceptos (arts. 350, 358 y ss.; 387; etc.), cuyo estudio dejamos para mejor ocasión, en la que también hemos de abordar la defensa de este concepto de una serie de trivializaciones que vienen impuestas desde la lógica de las legislaciones especiales y desde la idea de la "función social" de la propiedad, con olvido de la garantía constitucional de la propiedad que contempla el artículo 33, por una parte, y delimita, por otra, el artículo 53.1 de la Constitución española.

JOSE LUIS DE LOS MOZOS

Catedrático de Derecho civil

quissiere: según Dios e según fuero. E son tres maneras de señorío. La una es poder esmerado que han los Emperadores e los Reyes en escarmentar los malfechores, e en dar su derecho a cada uno en su tierra. E deste hablamos assaz cumplidamente en la segunda partida, e en muchas leyes de la quarta, deste libro. La otra manera de señorío, es poder que orne ha en las cosas muebles, o raiz deste mundo en su vida: e después de su muerte passa a sus herederos, o a aquellos a quien las enajenase mientras biviessse. La tercera manera de señorío, es poderío que orne ha en fruto, o en renta de algunas cosas en su vida, o a tiempo cierto, o en castillo, o en tierra que oviesse en feudo, assi como dice en las leyes deste nuestro libro, que fablan en esta razón".

(277) P. GROSSI, *op. cit.*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, núms. 9-11.

(278) *Las Siete Partidas*, cit., III, gls. e) y f), fol. 154v.