

El derecho de propiedad. Una *relectio**

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

«*Los Hobbits se deleitan con esas cosas, si son exactas; les encanta tener libros colmados de cosas que ya saben, expuestas sin contradicciones y honradamente.*»

(J. R. R. TOLKIEN, *El Señor de los anillos*)

IN MEMORIAM

Telesforo López Paniagua, jornalero. † 1909

Balbino López Mateos, maestro de escuela. † 1977

«... Mucho enseña el destierro de nuestra propia tierra.
¿Qué saben de ella quienes la gobiernan?
¿Quienes obtienen de ella
Fácil vivir con un social renombre?
De ella también somos los hijos
Oscuros...»

(LUIS CERNUDA, *La realidad y el deseo*,
«El ruiseñor sobre la piedra»)

SUMARIO: I. *A modo de introducción y justificación.*—II. *Nomología de la propiedad: Constitución, Código, Leyes Especiales.*—III. *Una secuencia lógica:* a) Código absolutista, Leyes especiales disgregadoras, Constitución socializadora. La parábola del sujeto en la secuencia: sujeto abstracto formalmente igual, encarnaciones parciales del sujeto, sujeto de la igualdad sustancial. b) Los distintos momentos aplicativos de la secuencia. El momento reconstructivo de la disciplina: de las Leyes especiales a la

* El presente texto recoge, suprimidas las palabras de ocasión, el discurso de ingreso del autor como académico de número en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

Constitución y al Código. El momento axiológico: de la Constitución a las Leyes especiales y al Código. El momento sistemático: del Código a las Leyes especiales y a la Constitución. c) Verdadero y falso en la teoría de la pluralidad de los estatutos del dominio.—IV. *El momento reconstitutivo*: a) Sujeto y objeto en el derecho de propiedad. La indefinición genérica de los poderes del propietario: *uti frui abuti* como paradigmas de la utilización económica «soberana»; vaciedad de los paradigmas desde el punto de vista normativo. b) El protagonismo de las cosas: la enseñanza del Derecho antiguo, y en especial la teoría del dominio dividido. Falacia de la fórmula codificada: el *impossible droit absolue*. La teoría de la propiedad en la insanable contradicción del gran vacío de la definición del Código y la realidad de los diversos poderes sobre las cosas: la teoría de la propiedad como la teoría de los límites de la propiedad. El estatuto jurídico del bien objeto de la propiedad como rector de la disciplina. c) Las dificultades de traslación del paradigma político de propiedad absoluta a modelo operativo técnico. Manifestaciones: la teoría del *numerus clausus* de los derechos reales; los «límites de la propiedad por razón de interés público» contenidos en normas extracodiciales; los derechos reales de goce como «desmembraciones» del dominio; las llamadas «propiedades especiales».—V. *El momento axiológico*: a) La «cuestión social» y el Derecho Civil. Pobres, terratenientes y comerciantes entre guerras burguesas y revoluciones colectivistas: el fin de una *belle époque* jurídica. La locación de los inmuebles urbanos como un arquetipo de la contradicción: el propietario del inmueble entre bloqueo de la renta y prórroga forzosa y el reconocimiento de la «propiedad comercial». b) La función social entre ideología y virtualidad normativa. Cristianismo social, socialdemocracia, sociologismo funcionalista, y pensamiento corporativo. Las dificultades de la función social como vínculo normativo: la aplicación inmediata de la función social en las relaciones entre particulares: la temática del abuso del derecho; la cuestión de la analogía. c) Las técnicas operativas de la función social. d) Ámbito objetivo de la función social. e) La jurisprudencia constitucional sobre la función social.—VI. *El momento sistemático*: a) Inutilidad de los conceptos constitucionales para la definición de la propiedad; la garantía de la propiedad como preservación de un ámbito de apropiación privada; el «contenido esencial» no supone un concepto: lo presupone. b) Valor de paradigma y pérdida de sustancia normativa de la definición codificada de propiedad. c) Necesidad de partir del Código: el Código como gramática del Derecho Privado. ¿Valor definitorio o prescriptivo del artículo 348 del Código Civil? d) La entraña romanista del concepto de propiedad codificada. Los elementos esenciales del modelo. Primer elemento: la distinción entre *ius in re* y *obligatio*. Segundo elemento: el disfavor frente a los derechos reales de goce. Tercer elemento: la enemiga a la propiedad colectiva. d) Las quiebras del modelo: la visión de la utilidad del objeto en su trascendencia social; la inserción del esquema del deber en el ámbito del derecho de propiedad, y el contenido obligacional de los derechos reales de goce; la superación del disfavor a los derechos reales: de la configuración como *partes domini*, a la formulación pandectística (la distinción entre *Eigentumbeschrankung* y *Eigentumbegrenzung*, el «contenido normal» del dominio, y la «elasticidad» de éste), y a la teoría de la «adquisición derivativa-constitutiva»; creación de un sujeto ficticio para la intitulación de propiedades colectivas: persona jurídica y propiedad; la aporía del derecho a la cuota en la comunidad romana; subsistencias de rastros de propiedad colectiva. e) ¿Quiebra o irrelevancia del modelo romanista? Valor principal del modelo romanista. f) La aparente neutralidad ideológica: una mirada a la ocupación y a la acción.—VII. *Las fugas técnicas del modelo*: a) Propiedad y bienes inmateriales: *eigentum unsächliche ist nicht*. b) Propiedad y empresa: la construcción jurídica de la titularidad sobre la empresa (perfiles técnicos: relación de la dicha titularidad con el concepto de propiedad); la disociación entre poder económico y propiedad (perfiles jurídico-políticos: propiedad y control de la riqueza). c) La propiedad y las nuevas riquezas: el caso de la propiedad mobiliaria incorporada a un título.—VIII. *Un concepto de propiedad*: Primer elemento: corporalidad del objeto. Segundo elemento: una plenitud «relativa». Tercer elemento: el *ius excludendi ceteros*. Cuarto elemento: carácter fundante, no fundado, con respecto a los otros *iura in re*.—IX. *Coda autonómica*: a) La

competencia de las Comunidades Autónomas en materia de propiedad. La doctrina del Tribunal Constitucional. Una conclusión de mínimos: habilitación de todas las Comunidades Autónomas para establecer límites en función de los títulos competenciales materiales de los Estatutos. b) El plus de las Comunidades Autónomas con Derechos Civiles propios.—X. *Apéndice: a civilian lawyer looks at the common law.* a) La «mirada al otro». *Property y Ownership.* b) *Tenure vs Dominium*: consecuencias. *Equitable ownership y legal ownership.* c) La peculiar ordenación de la *Law of Property.* d) Tradición técnica legal, tradición política y filosófica y tradición de *jurisprudence* o *legal reasoning* en la formulación del Derecho angloamericano. Influencias, correlaciones, interferencias.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN

A decir verdad, para un civilista, y me atrevería a afirmar, para todo jurista, el derecho de propiedad no es un derecho: es el derecho. Pieza clave de nuestra cultura y civilización, nuestro universo jurídico es de imposible explicación sin él. No necesita justificación, en abstracto, que nos ocupemos de él, una y otra vez. Cosa distinta es que como objeto científico, su estudio general pueda resultar desmesurado para cualquier persona. En cualquier caso, tal vez no andaba descaminado el que avisó que el derecho de propiedad es tema para dedicarle un ensayo o toda la vida. El que escribe no ha hecho ni una cosa ni otra, pero ha reflexionado sobre la propiedad durante largos años, que le han proporcionado más perplejidades que certidumbres; pero por ello tal vez tenga una mínima excusa este ejercicio. Con una cautela: se pretende hacer una exposición de carácter general; pero no es mi propósito argüir sobre la disciplina positiva *in totum* del derecho de propiedad; intento una disertación sobre su concepto y la identificación de sus elementos nucleares. Ahora bien, como es evidente, sería un esfuerzo vano, y hasta necio, el encaminado a que mi discurso propiciara algún tipo de descubrimiento en un tema de las características del elegido. Por eso, dentro de la tradición de los distintos géneros jurídicos, he optado por uno de los más rancieros, el de la *relectio* o relección. La *relectio* no pretende un neutro estado de la cuestión: su sentido es recoger lo dicho, pero ensamblándolo de nuevo; repasar (esto es, volver a pasar) con el pensamiento, pero repasando (esto es, volviendo a pasar) en perspectiva. Tiene la *relectio* un objetivo limitado, desde el instante en que recorre caminos ya pisados; pero, al tiempo, ambiciona una mirada nueva, aunque sea sobre esos mismos senderos. Tal es mi intención hacer aquí con el derecho de propiedad, tanto desde el punto de vista gnoseológico como desde el expositivo.

II. NOMOLOGÍA DE LA PROPIEDAD

Una aproximación al universo jurídico de la propiedad privada tropieza con la complicación de que el asunto es demasiado multiforme, y en consecuencia, lleva consigo la dificultad de encontrar una lente con-

ceptual lo suficientemente convergente para concentrar las líneas esenciales y dispersar los trazos más accesorios, sin que la pérdida de los mismos conlleve una reducción a la unidad tan genérica que resulte escasamente útil.

Tal dificultad resulta multiplicada por el propio concepto tradicional de la propiedad, que la sitúa en el corazón del derecho subjetivo (el derecho subjetivo por excelencia), como ámbito soberano de las prerrogativas del individuo sobre las cosas, una suerte de agujero negro en la confusa galaxia de las normas, que dotado de una especial intensidad gravitatoria arrastra al vórtice del poder libérrimo del sujeto toda potencial utilidad de las cosas; y como se tendrá ocasión de apreciar desde el punto de vista de la posición sustancial del propietario, y es cosa sabida, tal visión es empíricamente inexacta: el titular del dominio no lo puede todo, porque la realidad del Derecho pone de manifiesto que siempre hay normas limitativas, además de que sería un imposible que un poder jurídico no tuviera normas delimitadoras, que lógica e institucionalmente lo diferencien de otros poderes. No es ahora el momento de extraer consecuencias, y mucho menos conclusiones, sobre la dimensión real de los poderes del propietario; es tan sólo el de percibirnos metodológicamente de que dicha dimensión no puede ser construida desde una lógica interior de la misma, sino desde la de las normas que la circunscriben, en un sentido u otro, con una significación de garantía o con una significación de limitación.

De esta forma, toda teoría de la propiedad es una teoría nomológica, y se evita decir una teoría normativa, por la carga valorativa que el adjetivo «normativo» conlleva de manera inevitable. Si ello es así, todo razonamiento sobre la propiedad debe partir de un reconocimiento doblemente morfológico: porque las normas son formalizaciones o cristalizaciones de un *continuum* jurídico que fluye incesantemente, y porque son clasificables con criterios formales, en el sentido de criterios que relativamente se abstraen del contenido concreto de la regulación.

En esta perspectiva de reconocimiento morfológico, una visión de las normas que conforman el mundo de la propiedad nos lleva a integrarlo con la Constitución (manifestación de la superlegalidad del moderno Estado de Derecho, y de la emergencia de valores de un consenso social nuevo en su formulación como carta suprema del Estado social), el Código Civil (manifestación de la tradición del Derecho Privado, y de una originaria centralidad cuasiconstitucional en el conjunto del Ordenamiento), y las leyes especiales (manifestación de la superación de los esquemas del Derecho Civil codificado y acompañantes de la evolución constitucional desde el Estado liberal al Estado social).

III. UNA SECUENCIA LÓGICA

a) Con los materiales suministrados por la sumaria morfología nomológica puesta de manifiesto, se puede elaborar una secuencia lógi-

ca, que en términos generales, y descontada alguna eventual disincronía, es también una secuencia histórica.

El Código Civil, y vale esta afirmación para todos los Códigos Civiles de la tradición continental europea, pero en especial los ligados a la primera codificación de sello napoleónico, instaura lo que podemos llamar el absolutismo propietario. El haz de poderes del titular de la propiedad, tal como lo concibe el Código, es un fiel simulacro de la soberanía. Que, como toda soberanía, no sea nunca realizable como total ilimitación –aunque no sea más que porque en la constelación propietaria, como en la constelación estatal, el propietario no está solo–, nada dice contra la bondad ideal del modelo. El núcleo fuerte de éste consiste en que las eventuales limitaciones del poder del propietario no se encuentran en la raíz del poder mismo, sino *aliunde*, como sucede con la soberanía política. En sí mismas, tales limitaciones son externas, ajenas a la potestad del sujeto propietario, y vienen residenciadas en la necesidad de considerar jurídicamente existentes a los otros, sean los otros propietarios, sea el otro soberano actuante sobre las cosas, el Estado, en función de prerrogativas que le son propias, pero fuertemente marcado por su base de Estado-monoclasista, y precisamente de la clase propietaria. Y como en la soberanía política surge la necesidad de llevar a puerto jurídico las relaciones internacionales, en la propiedad que conciben los Códigos, el primer elemento limitador, *ratione iuris privatorum*, son las relaciones de vecindad: puras relaciones exteriores entre los que *ad intra* son soberanos, gobernadas por un principio de reciprocidad. En cuanto al Estado, en esa época paleocodificadora, se ve reducido a las modestas funciones atribuidas a los reglamentos de policía, que buscan ante todo mantener un mínimo orden del *statu quo* propietario; y la expropiación forzosa del momento es más bien una garantía de que la propiedad no puede ser confiscada, sino sólo transformada en un correspectivo, pagado además previamente, antes que un instrumento ordinario de la consecución del interés público. Todo ello contribuye a la coherencia del modelo, en tanto en cuanto modelo ideal, y justifica de sobra la frase-adagio, que refleja un significativo concepto especular: «*À l'Etat la souveraineté, au citoyen la propriété*».

Frente a este compacto *status generalis* de la propiedad, se alzan las situaciones particulares que las leyes especiales contemplan, leyes existentes antes del Código unas veces, otras posteriores al mismo, pero siempre concebidas como excepciones y fragmentaciones del sistema codificado unitario, regla general; excepciones que en las primeras épocas tras la codificación, se cualifican jurídicamente como tales, es decir como propio Derecho excepcional (*contra tenorem rationis iuris*), insusceptible por tanto de extensión analógica e incluso de interpretación extensiva. Interesa resaltar que el fenómeno de las leyes especiales, no por cierto nuevo en el alba misma de la Codificación, como queda señalado, cobra, a partir de cierto punto en la época postcodificada, que cabe identificar con las grandes crisis derivadas de la Primera Guerra Mundial y las revoluciones coetáneas, una especial densidad, tanto cuantitativa como cualitativamente.

Cuantitativamente, porque su número crece hasta alcanzar una gran mole; cualitativamente, porque pierden su nota jurídica de excepcionalidad, al venir a menos la justificación de aquel crecimiento enorme en su consideración como «legislación de coyuntura»; la razón era evidente: las leyes especiales habían contribuido a consagrar un nuevo *statu quo* social para el que ya no existía la posibilidad de un camino de retorno. El Código, en muchos aspectos, pertenecía a un mundo periclitado, y nada abonaba su permanencia como regla general operativa que impidiera la entrada en el mundo del Derecho «normal» de las otrora leyes «especiales» (en el sentido de «excepcionales»), y por consiguiente su inasequibilidad a la analogía y su anclaje en la interpretación restrictiva, como principio hermenéutico propio. Cosa distinta es, como se verá, que la pérdida de sustancia normativa del Código lo privase *tout court* de su valor como paradigma del derecho de propiedad.

Está, finalmente, en esta perspectiva que hemos dado en llamar nomológica, la Constitución. Verdaderamente aquí se produce una de las agudas disincronías, que redundan en aguda disintonía, de la evolución del Ordenamiento jurídico en el siglo que ahora termina. El planteamiento es conocido: Constitución «liberal» y Código Civil (al menos, el del tipo perteneciente a la primera codificación) formaban un par funcional armónico, tan es así que de ahí deriva la idea del «valor cuasi-constitucional» del segundo, al que quedaban confiadas las estructuras jurídicas básicas de la posición del individuo en la sociedad, viniendo a ser una suerte de complemento inescindible de la Constitución; pero la emergencia de la denominada «cuestión social» habría de alterar sustancialmente la faz de las Constituciones de los Estados europeos (y no sólo de los democrático-representativos, sino también de los totalitarios; sin entrar ahora en si el término «Constitución» es adecuado para designar las fundaciones jurídico-políticas esenciales de los segundos), que comenzaban a reflejar un conjunto de valores solidaristas y comunitarios (en el límite, estatal-corporativos, por lo que hace un instante queda dicho: la única experiencia que queda radicalmente fuera de nuestro contexto es la de los países estatal-colectivistas), en no absoluta, pero muy significativa medida, ajenos al constitucionalismo que había nutrido ideológicamente a los Códigos Civiles (y se repite, sobre todo a los de la familia francesa). Dicho muy esquemáticamente, los Códigos, que se compadecían perfectamente con Constituciones «liberales» no pueden alcanzar idéntica compenetración con Constituciones «socializadoras». El cambio de rumbo resplandece especialmente en el terreno del derecho de propiedad, cuando en el interior de aquella idealmente omnipotente posición del propietario se inserta la idea de deber (*eigentum verpflichtet*). A partir de este momento, el universo propietario, en un tiempo lleno de las certidumbres que indicaba el compacto modelo codificado de sello romanístico (*dominium est plena in re potestas*), se colma de resquebrajaduras.

Y es que, si se intenta ver el fondo de las cosas, la mudada lógica del derecho de propiedad que es el punto final de la secuencia descrita, corresponde, como no podía ser menos, a una también mudada lógica del sujeto, la «lógica del sujeto» que es la entraña misma del sistema

moderno del Derecho Privado, construido como un sistema de derechos subjetivos. No puede ser ya idéntica la estructura del derecho de propiedad concebida en función de un sujeto abstracto, formalmente igual, siempre idéntico (el anónimo «el que» o «quien» al que se atribuyen las consecuencias jurídicas descritas en el supuesto de hecho de las proposiciones normativas codificadas) a la estructura de un derecho de propiedad que ha de ajustar sus cuentas con encarnaciones reales del sujeto, encarnaciones que corresponden a necesidades vitales del mismo: la vivienda, el trabajo, la mínima radicación vital en la tierra que se cultiva. El abstracto sujeto propietario se ve confrontado no con otros de su misma especie, sino con una multitud de seres encarnados en su condición socialmente menesterosa, y a los que han hecho social, económica y políticamente decisivos la democracia política, la concentración urbana, los contraídos méritos de guerra en luchas entre burguesías a las que no habrían tenido que prestar apoyo de haber oído a sus líderes naturales, los nuevos rumbos de la evolución del capitalismo maduro, que coloca en su centro no la propiedad, sino la empresa, y las ideas socialistas y solidaristas de todo tipo. Amanece así una cultura jurídica de la igualdad sustancial, que mira, aunque imperfectamente, a la generación de efectivas condiciones de promoción social y de satisfacción de necesidades mínimas vitales, más allá de la proclama de que todos los hombres nacen iguales en derechos y deberes, conquista por cierto irrenunciable y permanente, más allá de ser el puro fundamento del orden burgués y el mecanismo de abatimiento de la sociedad estamental, pero en sí misma insuficiente para el reequilibrio social que requieren los nuevos tiempos, y que acabará cristalizando en la fórmula (aunque sea una débil fórmula) del «Estado social» y sus Constituciones.

b) Apurada la consciencia del anterior arco histórico, el reto que se presenta al civilista de hoy es la articulación de los datos de tantos orígenes y tan diversos sentidos en una reflexión unitaria que explique la compleja experiencia jurídica del derecho de propiedad, tal como hoy se manifiesta en los Ordenamientos de nuestro entorno cultural.

Tal vez sea ello factible distinguiendo en la secuencia ahora sumariamente descrita diversos momentos no estrictamente temporales, sino vistos en una dimensión cualitativa, que indique la aplicación de los diversos elementos de aquélla a tareas diferenciadas cuyos resultados finales puedan integrarse en una visión de conjunto, a la manera de caras de un único poliedro. Esos momentos, así entendidos, pueden desplegar la virtualidad de su análisis en tres direcciones: la de la reconstrucción de la disciplina jurídico-positiva, la de determinación del ingrediente axiológico o valorativo que en ella subyace, y la de integración del derecho de propiedad en el engranaje sistemático o conceptual de las instituciones jurídicas. Si ello es así, el momento reconstructivo de la disciplina debe primar el reconocimiento de la función y el contenido de las precisas y concretas y plurales regulaciones de las leyes especiales, y de allí remontarse a la Constitución, aclarando la misión de la superlegalidad correspondiente en relación con esas concretas regulaciones, para finalmente resituar el significado para las mismas de la ordenación de la propiedad en el Código. En cambio, el

momento axiológico debe privilegiar el recorrido analítico desde la Constitución, depositaria de los valores esenciales del Ordenamiento jurídico, y desde ella, establecer a qué programa de actuación, si de aquellos valores o de otros diversos, responde el conjunto abigarrado de las leyes especiales, y cuál es la virtualidad actual de la definida ideología propietaria contenida en el Código. También debe ser distinto el trayecto del momento sistemático: el hito inicial ha de ser el Código, dado que el peso de la tradición conceptual le coloca en un reconocido papel de gramática del Derecho Privado; de él se ha de partir para depurar cuanto haya podido ser modificado por la proliferación de las *novellae leges*, y si las modificaciones han desembocado en una reformulación técnica del derecho de propiedad.

IV. EL MOMENTO RECONSTRUCTIVO

a) Con la exigencias del modelo ideológico propietario, los Códigos no pueden construir su concepto de propiedad nada más que tomando como fulcro el propio sujeto titular. El objeto del derecho es exterior, e indiferente en sus cualidades como bien. Al ser así ese concepto refleja una indefinición genérica de los poderes del propietario: *uti frui abuti* son paradigmas de la utilización económica «soberana»; y por ello, en su específica concreción esos paradigmas están vacíos desde el punto de vista normativo. Permanecemos por tanto, más en el ámbito de la definición y que de la prescripción. Más adelante se dirá algo sobre esta singularidad de que un precepto de un Código tenga como valor esencial la definición, y no la prescripción.

A poco que se piense, el modelo de propiedad que así se dibuja es, a un tiempo, absolutamente lógico, absolutamente aporético, y absolutamente irreal.

Absolutamente lógico, porque desde el instante en que se parte de la perspectiva del sujeto, libre, igual, y soberano, y a ello obligaban las proclamaciones contenidas en las iusnaturalistas Declaraciones de derechos, y las enunciaciones de derechos de las Constituciones liberales, no cabe sino una formulación simple y unitaria del ámbito de poder del titular sobre las cosas; desde el punto y hora en que el sujeto es inescindible e indivisible, y la propiedad no es más que una extrinsecación de su yo en las cosas del mundo exterior, tal extrinsecación, tal poder, no puede ser más que inescindible e indivisible, es decir unitario.

Por ello, cuando ese poder se pretende más que explicar, describir, a través de la enunciación de un conjunto de facultades, los *iura fruendi utendi abutendi vel disponendi*, el modelo deviene aporético porque fracciona lo que no se puede fraccionar, e intenta salvar la íntima contradicción dando a esas facultades un contenido indefinido y genérico, cuya única virtualidad es que reunidas todas configuran una *plena in re potestas*. Y precisamente por esa predicada plenitud, el modelo es absolutamente irreal, porque una potestad totalmente plena es imposible, y la misma realidad de las normas nos pondrá de manifiesto que, aunque

se parta de que la propiedad es el más pleno derecho posible, su contenido efectivo es, más allá de la formulación de la regla general, extraordinariamente variable, es decir no unitario, no simple, no inescindible, no siempre igual a sí mismo, como (y de nuevo surge la insanable contradicción) lo es el sujeto que se proyecta sobre las cosas con el derecho de propiedad.

b) Una manera de superar la indicada contradicción es cambiar la perspectiva *ex parte subiecti* por la perspectiva *ex parte rei*. En este sentido, cobra un extraordinario relieve la enseñanza del derecho antiguo, en especial la teoría del dominio dividido, como señala P. Grossi. Sobre el punto se habrá de volver, cuando desde la necesidad de la reconstrucción técnica del modelo de los *iura in re aliena*, se ponga de manifiesto que el modelo del *multiplex dominium in solidum* ha estado mucho más presente de lo que parece a simple vista (lo que ya en sí encierra un *oximoron*: lo pleno es pleno, no más pleno o menos pleno); aunque no sea más que por el hecho de que los autores intelectuales de los Códigos y sus primeros comentaristas eran hombres de una época de transición, en la que su formación les incitaba a volcar cualquier explicación técnica en los álveos conceptuales del Derecho común, y su credo político liberal les hacía seguidores de una radical idea del individualismo propietario. Padecían una disociación de pensamiento: al lado de un modelo o arquetipo de propiedad absolutista se veían obligados a hacer las cuentas con una cantidad de realidades en las que la presencia de limitaciones a la soberanía del propietario era impactante. De esta forma, arquetipo y realidad conducían a la insanable contradicción señalada. No hemos de incidir, más en este tema por ahora.

Lo que en estos momentos urge resaltar que los maestros y los doctores del Derecho común, precisamente porque estaban liberados de la presión ideológica individualista, vivían la realidad jurídica de la propiedad desde la percepción de las *utilitates rei*, al margen del elemento forzosamente unificante del sujeto libre igual y soberano, que no podía consentir otro tipo de poder sobre las cosas que no fuera una exteriorización de esas características; y siendo singular cada *utilitas* permitía con facilidad la configuración de derechos autónomos sobre la cosa, apellidables sin gran esfuerzo como *dominia*, y que podían coexistir precisamente como *plura dominia*. No hay para estos maestros y doctores una imposibilidad lógica de concebir situaciones jurídico reales sin que sean necesariamente el desmembramiento de una unidad previa y abstracta. Cosa distinta es que su reunión en una sola mano dé origen a uno entre más de los tipos del *dominium*, el que se siente la necesidad de apellidar *plenum, perfectum*. Y habida cuenta de que no se parte de la existencia previa de una abstracta y plena mónada propietaria, la diversidad de las situaciones jurídico reales se explica desde la sustancia económica de las cosas, permite su autónoma construcción jurídica, y la permite sin necesidad de recurrir a la idea de que son límites: antes bien, son manifestaciones del *dominium*. Nada estorbaba para hablar de *dominium servitutis* o de *dominium ususfructus*, ni articular la *confesoria in rem actio* como una versión de la reivindicatoria, u otorgar la *rei vindicatio* al *dominus utilis*. No se traen estos datos aquí por amor de vacua erudi-

ción, sino para resaltar que la perspectiva de los poderes jurídicos desde «la oficina de las cosas» aboca con facilidad a una explicación pluralista de las situaciones jurídico-reales, y que esa explicación es natural para quien no parta de las tesis ideológicas del individualismo propietario, e imposible, si se quiere partir de las mismas. Calificar como aberrante, incluso como *lachërlich*, risible (Thibaut), en obsequio a las citadas premisas ideológicas, la teoría del dominio dividido, es consecuente; como lo es considerar como excepciones odiosas los mismos *iura in re aliena*.

c) Así las cosas, lo único congruente con la premisa ideológica liberal individualista era construir un derecho de contenido ilimitado, o si se quiere absoluto. Pero del mismo modo que concebir ideológicamente el modelo era relativamente fácil, siendo el *dominium rerum* una manifestación del *dominium sui*, o un atributo necesario para la *libertas subiecti* (recuérdense aquí los ríos de tinta sobre la propiedad como garantía de la libertad, que llega a ser un *topos* ineludible del primer constitucionalismo, con estribaciones que llegan a nuestros días, más o menos cargadas de verdad normativa, pero fuertemente llenas de sentido ideológico), siendo fácil, se decía, elaborar un arquetipo en el reino de las ideas, la traslación del platónico concepto de propiedad absoluta a un modelo técnico operativo chocaba, como queda dicho, con la realidad de las normas, y con la tradición doctrinal.

Con la realidad de las normas, porque aunque se sometiera a los derechos reales limitados a un trato de desfavor, por odio a su íntima conexión con el *Ancien Regime*, predicando su *numerus clausus*, y su interpretación restrictiva, y la correlativa carga de la prueba para el que alegara su existencia, todo como consecuencia de su carácter de excepciones a la «regla general de la libertad del dominio», tal proceder chocaba con múltiples contradicciones.

La primera, la fuerza expansiva del principio de la autonomía de la voluntad, que no ha de olvidarse era también profundamente congenial desde el punto de vista ideológico al sistema nacido de la revolución liberal burguesa; principio que, aunque formulado para los derechos de crédito, no dejaba de proyectarse sobre los *iura in re* nacidos del contrato. A pesar de ello, y por las razones ideológicas sabidas, las «desmembraciones» de la propiedad en el *Code* son las reconocidas estrictamente por la Ley. Sin embargo en el sistema del Código Civil español, las virtualidades del «título constitutivo» de los derechos reales de goce son amplísimas. No ha de olvidarse que eran estos derechos los que gozaban de la mayor antipatía ideológica de los liberales, como principal tejido jurídico del *Ancien Regime*: los motivos de nueva disciplina de los derechos reales de garantía (piénsese, por ejemplo, en la prohibición de las hipotecas generales) y de los derechos de adquisición preferente (piénsese en la regulación de la colisión entre los retractos *iure vicinitatis* y *iure communitatis*), tienen otros vectores. De esta forma, la regla del *numerus clausus* nace en el Derecho español, con perfiles muy borrosos; tal vez la explicación sea lo tardío de nuestra codificación, que la alejaba de las exigencias que padeció el «modelo».

La segunda contradicción derivaba de la evidente constatación de que las concretas situaciones propietarias podían venir afectadas por

limitaciones que no eran situaciones jurídico reales que consistiesen en el otorgamiento de un poder jurídico sobre la cosa a un singular titular, distinto del propietario, sino que surgían en función de los intereses de la comunidad (hoy los llamaríamos límites por razón de los intereses públicos), o de coordinación de propietarios contiguos (las relaciones de vecindad). Interesa poner de manifiesto que el vehículo habitual de aquellos límites, cualitativamente distintos de los *iura in re*, eran las normas especiales *extra Codicem*, muchas veces por remisión del propio Código («servidumbres legales», o por mejor decir, algunos tipos de ellas, habida cuenta de la imprecisión terminológica de las disposiciones correspondientes). En menor medida, pero de modo también muy significativo, el recurso a las normas fuera del Código es importante en lo que se refiere a las relaciones de vecindad. Correlativamente, se ha de resaltar que por contra, por lo menos en lo referente a los derechos reales de goce, el vehículo habitual de éstos es el Código. Con lo que, en términos generales, estas dos figuras de limitaciones (llamémosles así por el momento, sin perjuicio de una ulterior afinación conceptual), no sólo mantienen diferencias de sustancia, sino que las mantienen desde el punto de vista nomológico. El dato no tiene sólo relieve formal. En efecto, la presencia en el Código de la disciplina de los *iura in re* significa su integración en la propiedad, o si se quiere, su construcción y definición por referencia a ella: era el modelo de «la propiedad y sus modificaciones», por seguir los términos del Código, que cobran un alto significado para lo que ahora tratamos de explicar; los *iura in re*, aunque compriman o cercenen facultades del propietario no son sino agentes de una modificación, de un distinto modo de ser del dominio. Dicho de otra manera, en la visión del Código, los *iura in re* participan de la naturaleza de los poderes del propietario; no se explican como algo distinto sino en la medida en que son una modificación de algo preexistente y conceptualmente siempre idéntico a sí mismo, algo que es precisamente la propiedad. No es ahora el momento, y algo se dirá después, de señalar el significado de estos datos para la construcción técnica de los *iura in re aliena*. Lo que urge decir es que el propio Código, desde la definición misma de la propiedad, está reconociendo la existencia exterior de limitaciones a la misma distintas a las «modificaciones» del dominio, en leyes extramuros del Código. Es evidente que pese a que desde un punto de vista lógico nada se opone a que en esas limitaciones se encuentren los *iura in re*, no parece que el Código se quiera remitir a sí mismo, y también es evidente que la remisión es genérica, lo que es significativo de la asumida imposibilidad de codificar; en este punto no se olvide que codificar es legislar de modo orgánico y unitario y con pretensiones de exhaustividad *ratione materiae*. Añádase que el Código también levanta acta de la existencia de lo que llama «propiedades especiales» (aguas, minas, obras literarias, científicas o artísticas), cuyo pormenor normativo queda también remitido a las leyes especiales.

De todo lo anterior resulta un cuadro singularmente abigarrado, en el que el concepto de propiedad no es más que un simple paradigma o arquetipo, y que desde el momento mismo de la codificación, se tiene

la clara conciencia de que la regulación del dominio se encuentra, en gran medida, en un heterogéneo conjunto de normas que escapan a las instancias codificadoras. A partir de esta conciencia, se ve con claridad que, tanto por exigencias lógicas (no es posible pensar en un derecho sin límites) como por exigencias de disciplina, la teoría de la propiedad se resuelve en una teoría de los límites de la propiedad. Se aprecia aquí una cierta falacia de la fórmula codificada de la definición de propiedad, que cabe predicarla incluso del arquetipo de los arquetipos de la primera codificación, el propio artículo 544 del *Code*, lo que ha llevado a hablar del *impossible droit absolue*: si la propiedad es el abstracto poder omnímodo sobre las cosas, ¿para qué identificar dentro de él facultades, con enumeración que será siempre incompleta o convencional (y recuérdese que a la romanística enumeración *fruenti utendi abutendi vel disponendi* han precedido otras aún más prolijas *utendi fruenti disponendi possidendi vindicandi custodiandi*, etc.)?; si la propiedad, se repite, es ese abstracto y omnímodo poder, ¿cómo es posible que admita limitaciones?

La explicación de tan obvias contradicciones ya ha sido apuntada: hay una evidente dificultad, se diría imposibilidad, de articular un modelo ideológico con un modelo técnico, que sirva para explicar en su pormenor las necesidades de la disciplina de las concretas situaciones propietarias. La razón de esta dificultad-imposibilidad es clara en el mismo momento en que se repare en que no todos los posibles bienes objetos del derecho de propiedad gozan de la misma trascendencia social, y que ésta es apreciada por el Ordenamiento de modo heterogéneo, a impulsos de solicitudes ideológicas muy diversas. De ahí deriva una consecuencia, y es que el estatuto propietario es regido por las características jurídicas de cada bien o categoría de bienes, formuladas sobre todo por su importancia para el conjunto de los consociados, y ello en términos técnicos significa fragmentación de la regulación, y necesidad de que el momento reconstructivo de la disciplina haga sus cuentas casi exclusivamente con el mundo de las leyes especiales.

c) El discurso anterior nos permite ver lo que de verdadero y falso hay en la teoría de la pluralidad de los estatutos del dominio (*la proprietá e le proprietá*: Pugliatti). A mi modo de ver la cosa es simple, y se refleja en una doble realidad, más que en una cuestión de verdad y falsedad. O si no se quiere hablar de doble realidad, podemos hacerlo de una doble perspectiva: el momento de la disciplina arroja la pluralidad, el momento sistemático arroja la unidad. Deriva esta conclusión de la no ajenidad del esquema pluralista ni siquiera al Código ni al momento codificador: «El Código no estaba solo»; luego, las leyes especiales incrementarían la intensidad de la perspectiva pluralista. Pero el Código, tal como se ha visto y se volverá a ver, asumía un papel central desde el punto de vista paradigmático o modélico, y ello hace que, pese a todo, tengamos y podamos tener una visión unitaria, aunque sea genérica, del derecho de propiedad.

V. EL MOMENTO AXIOLÓGICO

a) El Código Civil es la formulación jurídica príncipe del *status* de la burguesía conservadora; pero no cabe olvidar que sus ancestros políticos e ideológicos corresponden a la burguesía revolucionaria. Ello explica ese doble alma de los Códigos, que tanto fascina y atormenta al hombre moderno. Son depositarios de ideas de libertad sin las que no sabríamos vivir; y al tiempo generadores de desigualdades que éticamente nos cuesta aceptar, desde cualquier credo político o religioso mínimamente altruista, parta de los presupuestos que parta. Ese *statu quo* de los *beati possidentes* esconde el doble legado de la libertad y de la desigualdad, y pese al formidable contenido ético del primero, el segundo impidió su aceptación por las clases no poseedoras. Desde finales del pasado siglo o comienzos del actual resuenan las altas voces de quienes, procedentes de la formación jurídica conservadora, con planteamientos nada desestabilizadores del orden social, pero deseando su corrección, levantan acta de la ajenidad del Derecho Civil a los pobres: Menger, Cimbali, Salvioli, Duguit, nuestro Valverde, ese «socialismo jurídico» (estudiado *in complexu* por Solari), que en la mayor parte de los casos rechazaba su adscripción al socialismo político de la época, de tintes claramente colectivistas, y que vivía en el enorme desgarramiento de la querrela entre la Segunda y la Tercera Internacional; resuenan las voces consagradas de quienes piensan que el mensaje cristiano es incompatible con un orden económico que suponga la explotación del hombre por el hombre, renegando de la intrínseca socialidad del mismo, que es mandato de la caridad, pero también de la justicia; y así vienen imperiosos a la cita los nombres de una larga serie de pontífices romanos, desde la aguda percepción de las cosas nuevas de León XIII a la imperativa llamada a la justicia social, como padre y maestro, de Juan XXIII; y también, consagrada la ruptura entre la Segunda y la Tercera Internacional, que dividió para siempre el socialismo político entre los que aceptaban y los que repudiaban los principios básicos de la representación política liberal, el justamente llamado socialismo democrático comparece también en la crítica al Derecho Civil codificado, con figuras de la talla de Renner, que tiene la oportunidad histórica de reconstruir la Austria postnazi. Por amor de la verdad, no se puede ignorar que también esta crítica la hace el pensamiento corporativo nacionalsocialista y fascista, pero desde la negación de un individuo que merezca la consideración ética de persona, y rechazando su propia esencia, la de ser sujeto de derechos; y por amor de la verdad tampoco se debe dejar de añadir que este pensamiento, en la práctica, se constituyó en un armazón defensivo de las clases poseedoras. Estamos en la explosión de la llamada «cuestión social», y el Derecho Civil se encuentra demasiado alejado del mundo del trabajo, en claro conflicto con el de la propiedad. Es el instante del nacimiento de una nueva disciplina jurídica, el Derecho del Trabajo, que surge a la vida, en gran medida, como una negación del esquema del Derecho de los Códigos Civiles.

Pero hay más: por razones de evolución del propio sistema capitalista hacia formas más maduras, pierde peso político la propiedad inmobiliaria, y el sector más dinámico de la economía, desde siglos gobernado jurídicamente por el *ius mercatorum ratione mercaturae*, ahonda sus distancias con los capitalistas que poseen bienes menos aptos para la explotación empresarial, precisamente los que se encontraban más cómodos bajo el imperio del Derecho Civil codificado.

Resulta altamente significativo de todas estas tensiones el avatar de la propiedad de los inmuebles, sometido a las convergentes presiones de los que necesitan la tierra para subsistir, o el suelo para edificar un mínimo hogar, y de los Estados impelidos a la protección la producción nacional (que ya no pueden consentir el absentismo), o a normalizar la ordenación urbana, que viene exigida ineludiblemente por el aumento imparable de la conurbación, provocado por el desarrollo industrial. La explosión de normas extracodiciales incidentes sobre la propiedad inmobiliaria, como consecuencia de estas presiones, es colosal.

La dimensión política es también determinante. La extensión del sufragio y la fortuna ascendente de los partidos obreros da voz a quienes no pueden tener como carta de su propio *status* al Código Civil. Así, los últimos años del siglo pasado y las primeras décadas del que ahora termina, marcan el fin de una suerte de *belle époque* jurídica. Los pobres, los terratenientes y los comerciantes, atrapados en un vaivén siniestro, entre guerras burguesas y revoluciones colectivistas, representan «las cuentas imposibles» del Derecho Civil, que una masiva intervención estatal, no siempre del mismo signo ideológico, ni en defensa de los mismos intereses intenta saldar.

La locación de los inmuebles urbanos de la época se presenta como un arquetipo de las contradicciones del ahora narrado «estado turbulento» de la propiedad: el propietario del inmueble urbano (el viejo sujeto del Código) se encuentra entre el bloque de la renta y la prórroga forzosa a favor del que necesita la vivienda (el *non habiens* que desconocieron los Códigos) y el reconocimiento de la «propiedad comercial» en favor del que arrienda el inmueble para desempeñar una actividad empresarial (comerciante, cuyo Derecho singular, aunque privado, históricamente circula al margen de los Códigos Civiles). De esta manera, la nueva legislación cobra un carácter expansivo en dos direcciones, que la hacen paradigmática de la evolución del derecho de propiedad, y por ende, de todo el Derecho Civil. Por un lado se protegen intereses «sociales», con el inquilinato de los socialmente menesterosos, o presumidos tales; es un conflicto entre propietarios y no propietarios. Por otro, se protegen intereses de quienes desempeñan una actividad comercial o industrial en régimen de arrendamiento. Como agudamente había de señalar Rigaud, el conflicto está instaurado entre dos propietarios, el de la empresa, y el del inmueble, más congenial el primero a la maduración del sistema capitalista, y con mucho mayor peso político en las sociedades desarrolladas.

b) Todos estos tiempos de crisis vinieron, al menos en gran parte, a propiciar la aparición de un concepto, de larguísima y dispar fortuna, el de función social de la propiedad.

El *topos* función social ha recorrido un largo camino desde la ideología a la virtualidad normativa. No hemos de detenernos en la primera estación, en la que los padres legítimos son muchos: cristianismo social, socialdemocracia, sociologismo funcionalista, pensamiento corporativo. Todos pueden reclamar, con gran diversidad de matices, pero con una igualdad esencial, haber contribuido a la consideración desde las perspectivas de la colectividad del derecho nacido en la modernidad con fiera condición individualista. Nosotros hemos de ocuparnos más bien de las dificultades de la función social como vínculo normativo; y no tanto de su eficacia, que nadie discute, como programa de actuación legislativa, cuanto de su aplicación inmediata y directa en las relaciones entre particulares.

¿Qué es la función social? Es preciso efectuar una cuidadosa definición jurídica de la misma, dado que es una de las claves de bóveda de la disciplina constitucional y, por consiguiente, de toda la regulación de la propiedad llevada a cabo por la norma fundamental.

Como un primer elemento de aproximación al concepto, podemos disponer de la definición hecha por el propio legislador, dentro de la Exposición de motivos de una Ley que se ha ocupado de la misma. Se trata de una Ley autonómica, la 8/1984 del Parlamento de Andalucía, de Reforma Agraria en esta Comunidad Autónoma. Según ella (párrafo 8, Exposición de Motivos):

«[...] es sabido que la función social de la propiedad es un tópico jurídico de muy diversas interpretaciones, y, ello no obstante, con carta de naturaleza en casi todos los ordenamientos de nuestra área jurídico-cultural, recogido en la suprema instancia normativa que representa la Constitución de 1978. A pesar de esa posible variedad de interpretaciones, se puede decir, con práctica aceptación general, que la función social de la propiedad supone la incorporación de la perspectiva del deber al derecho subjetivo, deber que modaliza su ejercicio; ejercicio que se aboca a la búsqueda de un logro social que al mismo tiempo preserve el ámbito de poder del titular.»

Es obvio que las definiciones legislativas no han de suponer un elemento de apagamiento de su fijación por la doctrina, con recurso a los instrumentos que le son propios, y por ello se hace necesario una tarea que contraste, con los datos científicos, las definiciones del legislador, su bondad y su verdad. El método que dará más fruto será una aproximación, aunque sea sumaria, a la historia de la idea, no como tópico príncipe de la socialización del Derecho Privado, sino como formulación estrictamente jurídica, aunque es evidente que sin una cierta contemplación de aquél, difícilmente se logrará ésta.

La emergencia de la idea de la función social de la propiedad se inserta dentro de toda la evolución, hacia su quiebra, del orden jurídico liberal, del que ya hemos abocetado los rasgos esenciales.

No es de extrañar que sea de esta manera: en la regulación de la propiedad privada ha latido, y late, de manera permanente, la eterna antítesis entre los intereses del individuo como tal y los del grupo social organizado al que pertenece, antítesis que es uno de los objetos princi-

pales de la mediación política y de la mediación jurídica. A nadie, pues, ha de resultarle extraño que los avatares sociales y políticos tengan en este campo puntual e importante reflejo.

Para las formulaciones liberales originarias, el individuo se presenta como una mónada aislada e incomunicable con el grupo social, al que precede como realidad *a se*: grupo que resulta formado por una simple agregación de los individuos, unidos para encontrar, en la fuerza de la asociación, una más adecuada garantía y defensa de su propio ámbito. La libertad en relación con un ámbito individual indeclinable se coloca como premisa básica de todo el orden. En ese contexto, el poder del individuo sobre las cosas del mundo exterior entra a formar parte principalísima de ese ámbito, de tal modo que la propiedad no es sino la extrinsecación de la libertad del hombre sobre las cosas, del *dominium sui*, como ya se ha dicho.

Es un cuadro que presenta en su centro el individuo, cuyos «tiempos de crisis» se marcan claramente como «tiempos de crisis» del derecho de propiedad, en cuanto derecho subjetivo o, por mejor decir, cual el derecho subjetivo por excelencia.

Los primeros signos vienen indicados por el acentuado reconocimiento de limitaciones al poder del propietario, como ya hemos señalado; lo que interesa resaltar ahora es que los dichos límites originariamente se conciben como algo externo al derecho de propiedad, que no inciden sobre su fisonomía interior: circunscriben su contenido, pero no lo modalizan desde dentro. El derecho subjetivo de propiedad sigue siendo, aun conformado desde el exterior por las limitaciones, el dominio de la voluntad. No hay en la teoría primitiva de las limitaciones de la propiedad una consideración *a se* de la finalidad de la misma.

La evolución continúa de modo imparable, sometida a una cada vez mayor aceleración histórica. La agudización de los conflictos entre propiedad y trabajo, las necesidades sociales de incrementar la producción y la utilización de los bienes económicos a que antes nos hemos referido, abocan a una alta intensidad en la consideración del momento «social» de los derechos y a insertar a los mismos en la perspectiva de las finalidades a cumplir en función de aquél. Ahora se configura una nueva frontera: la adecuación del ejercicio de los derechos a una finalidad solidarística, presupuesta la existencia de otra de carácter individual, de modo marcado. Nace así la teoría del derecho subjetivo (y no se olvide que es la propiedad el arquetipo) como un interés jurídicamente protegido. Sólo se tiene derecho cuando se tiene un interés tal: y en la valoración correlativa se ha de tener en cuenta que la colectividad considera jurídicamente protegible lo que se corresponde también con sus fines. Hemos pasado de la perspectiva de Windscheid a la de Ihering, como resulta notorio; la obra de este último *Das Zweck im Recht* (El fin en el Derecho) va a marcar un giro decisivo en la historia de la fundamentación del Derecho, y en particular la del Derecho Privado. El perfil finalista cobra una importante cota, cuando sobre los trazos de esa inmanente en todo derecho ley de finalidad, vuelve recrecida al tapete jurídico la doctrina del abuso del derecho, en su manifestación objetivista, bien lejana en el fondo (pese a aparentes parentescos) con aque-

lla otra de la prohibición de los actos de emulación (Saleilles, Jossierand). Como ha resaltado Montés, en la definición de función social convergen dos vectores, el de la consideración socializadora de los derechos, y el de las teorías «objetivistas» del abuso del derecho (aquellas que pretendían sacar a este de su configuración ligada al elemento intencional del *animus nocendi*, propia de los «actos de emulación»). Abusa del derecho, ahora, quien no lo ejercita de acuerdo con su fin típico; y la naturaleza del bien sobre el que incide determina en gran manera este fin: doctrina que, aplicada a los bienes de mayor trascendencia económico-social, puede incluso llevar a la afirmación del necesario ejercicio de la propiedad de acuerdo con los intereses comunes; que sólo este ejercicio se correspondería con un fin típico del derecho. De esta manera, y la idea es también de Montés, «la función social y el abuso del derecho, se presentan como dos esferas, contenida la última en la primera, al propio tiempo que el abuso del derecho es una segunda fase o momento del mismo principio indicativo de la presencia del interés público o general en las actuaciones movilizadas por el interés privado».

Instaurada con tan firmes apoyos, así requerida por la época y el fluir de la historia esa ley de finalidad, están abiertos definitivamente los rumbos que afirman que el propietario tiene una función que cumplir, una función social, y que mientras la cumpla, o en la medida en que la cumpla, sus actos como propietario estarán protegidos; se afirma que, por tenerse los deberes de satisfacer necesidades individuales y colectivas, se tienen los correlativos poderes. La más extrema formulación de la teoría, corresponde a Duguit, para el que el derecho no existe como tal derecho subjetivo (el concepto de éste no es más una hipótesis metafísica, propia de un creyente, no de un científico), sino sólo como función, precisamente de cumplimiento de aquellos deberes encaminados a satisfacer necesidades, ya sean del titular de la función, ya sean colectivas. Ni que decir tiene que esta versión de la función social que implica no una modulación del derecho subjetivo, sino la negación del mismo, no es la que ha prevalecido. No obstante, debemos acreditarle un papel importante, que ha sido el de poner en evidencia la contradicción de un concepto «puro», «liberal», «iusnaturalista» del derecho subjetivo (y por excelencia la propiedad), con unos límites «intrínsecos» del mismo; y al resaltar la contradicción, ha abierto la posibilidad de superación de la misma, aun con cierta dosis de aporía, como ha puesto de manifiesto Di Majo, la adopción de la fórmula esconde una ambigüedad estructural, desde el instante en que llevada hasta sus últimas consecuencias, no puede ser compatible, como finalmente se ha acuñado, con un esquema como el del derecho subjetivo, si se quiere conservar el núcleo propio de éste. En el fondo, sólo se podría hablar de función social si el interés del particular quedase degradado a un simple presupuesto de la tutela jurídica, a un simple motivo de la atribución a un determinado sujeto de la realización del interés supraindividual. No es el momento de formular adhesión o rechazo a tal modo de ver las cosas, aunque desde luego se puede aceptar el discurso lógico; lo que sucede es que ese discurso ha sido, de alguna manera, sobrepasado por la historia, dado que parte de

una premisa que luego se quiere negar como consecuencia, y es la de que de derecho subjetivo sólo se pueda hablar cuando se esté ante su formulación originaria iusnaturalista ilustrada, individualista.

Desechada tal actitud negativa ante el concepto de función social, importa subrayar, por contraposición a la que en su día significó la doctrina de las limitaciones de la propiedad, que el concepto de función social implica una profunda modificación interna de la estructura del contenido de la propiedad. Es la propia configuración del derecho subjetivo la que cambia. Que la propiedad comporta deberes llega a las cartas constitucionales de manos de la Constitución alemana de 1919, llamada de Weimar, y empieza a ser reiterada en otras normas fundamentales. Véase cuán lejos estamos del tratamiento dispensado a la propiedad en los textos políticos liberales.

c) Recuperada esta trayectoria histórica, esencial, creemos, para una aproximación al concepto de función social, podemos ahora agrupar las manifestaciones principales de dicho concepto, entendiendo como tales aquellas técnicas operativas que modelan el contenido del derecho del propietario. Compendiosamente han sido resumidas así (Rodota):

1. Falta de atribución al propietario de determinadas facultades: reducción del contenido de la propiedad, hecha con carácter general y definitivo en relación con los poderes del sujeto sobre una categoría de bienes.

2. Establecimiento de un conjunto de condiciones, variables según los supuestos, para el ejercicio de las facultades atribuidas.

3. Fijación de obligaciones y cargas que imponen actividad al poder del propietario y que pueden determinar la pérdida de la titularidad o recortes en el ejercicio de las facultades nucleadas en el derecho subjetivo.

Como puede observarse, todas estas técnicas son criterios de identificación y especificación del contenido del derecho, que sólo tangencialmente, y por regla general, por vía de consecuencia ablatoria de la titularidad, tocan a ésta.

d) Por lo que respecta al ámbito objetivo de la función social de la propiedad, viene determinado por la trascendencia económico-social de los bienes que se colocan como objeto del derecho de propiedad, fundamentalmente aquellos que suelen estar destinados a una actividad productiva o son sustento de ella. Son los bienes de producción y no los de consumo los que concentran en su uso mayores demandas de carácter colectivo, y los que, en consecuencia, se muestran más necesitados de ser sometidos en su correlativo estatuto propietario a la delimitación de la función social. Supone la función social, de esta forma, una recuperación, al menos parcial, de la vista del derecho de propiedad «desde la oficina de las cosas».

e) Las ideas hasta ahora expuestas sobre la función social de la propiedad han tenido una confirmación casi exhaustiva por obra de la jurisprudencia constitucional, de la que es un importante hito la Sentencia de fecha 26 de marzo de 1987 dictada en el recurso de inconstitu-

cionalidad 685/1984 contra la Ley 8/1984, de 3 de julio, del Parlamento Andaluz, Ley de Reforma Agraria. Tendremos ocasión de referirnos en varias ocasiones a lo largo de esta exposición a dicho pronunciamiento del Tribunal Constitucional, del que cabe subrayar no sólo la extraordinaria relevancia política para el caso, sino también la que posee en el terreno general de la interpretación de un artículo clave de la Constitución, el artículo 33 de la CE; nos ceñimos ahora a su doctrina sobre la función social de la propiedad y a la definición de ésta.

En dicha tarea debemos remarcar los siguientes extremos:

1.º La naturaleza de derecho subjetivo de la propiedad reconocida tanto desde el punto de vista institucional como del individual pero que,

«... cede para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación» (f. j. 2.º).

Esta cesión en favor del correspondiente económico ha determinado la calificación por el Tribunal, en alguna otra ocasión, de la propiedad como un «derecho subjetivo debilitado» (STC 111/1983, de 2 de diciembre, f. j. 8.º); tal vez la expresión no resulte demasiado propia, pero resulta plástica y demostrativa del carácter no fundamental del dominio, como derecho; pues, si poseyera dicha nota, mal podría sacrificarse en su ejercicio a un equivalente económico. Conviene decir que hemos excluido de esta exposición la discusión sobre la adscripción de la propiedad a los «derechos fundamentales», viva en la doctrina (Barnés, Pérez Luño, R. Flórez de Quiñones, Rey, Montés, A. López). No obstante, un solo apunte: la polémica la origina, creemos, no tanto el concepto de propiedad, sino el de «derecho fundamental», susceptible de ser entendido de manera más o menos amplia (Cruz Villalón).

2.º Quiebra de la concepción absoluta de la propiedad:

«... La Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general» (f. j. 2.º).

El último inciso tiene su importancia técnica. El Tribunal Constitucional apercibe justamente de la superación de una concepción absoluta de la propiedad, a la que no obsta la existencia de limitaciones en favor de terceros privados o del interés general. Declara así superado aquel momento de la evolución del concepto de propiedad que hemos llamado más arriba la doctrina de los límites externos o limitaciones, y que se conecta con las primeras etapas de dicha evolución. Y ello porque:

3.º La función social de la propiedad incide sobre el interior del derecho subjetivo, sobre su contenido, no siendo una mera delimitación externa:

«... función social como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido...» (f. j. 2.º).

4.º Incorporación de la perspectiva del deber al concepto de propiedad, en función de valores sociales, determinados por la trascendencia económico-social de su objeto:

«... La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidas, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir... Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes...» (f. j. 2.º).

5.º Los anteriores factores prefiguran actualmente una concepción pluralista del dominio, tras la profunda transformación acaecida en nuestro tiempo:

«... la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil... por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso y aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisdiccional la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae... la transformación ha afectado de una manera más intensa a la propiedad de tierras agrícolas o forestales, lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no renovable o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes y por la trascendencia económica que ofrece como soporte de las actividades productivas» (f. j. 2.º).

Conviene sentar, a estas alturas, otra conclusión: la función social de la propiedad es el único criterio con eficacia delimitadora del contenido normal de la propiedad por razones de interés general que conoce nuestro Ordenamiento. Ello es concorde con, y su correlato necesario, el perfil de garantía institucional del artículo 33 de la CE. Si existieran otras formas de modalización global del contenido de la propiedad por dicha razón de interés general, la Constitución se debería haber manifestado expresamente. Aquí es plenamente lícito el siempre problemático argumento *a contrario*. Por otra parte, corresponde esta apreciación a la trayectoria histórica de la propiedad y su función social, de la que sintéticamente hemos escrito con anterioridad.

No se pretende con ello afirmar que sea el único límite intrínseco que se conozca en relación con el derecho de propiedad. Antes bien, está sometida a los generales de todo derecho subjetivo (aún y más precisamente, alguno, donde ha surgido y se ha desenvuelto, ha sido en

tema de propiedad). Obviamente, con tal carácter de límites intrínsecos, operan para el dominio, el abuso del derecho, el estado de necesidad y la legítima defensa. Pero su alcance (además, repetimos, de predicarse del ejercicio de todo derecho subjetivo) es distinto: no son instrumentos de la delimitación general del derecho de propiedad; antes bien, están llamados a dilucidar cuestiones de legitimidad del ejercicio del derecho, en relación con concretos casos y circunstancias.

Y decíamos que era el único criterio de delimitación de la propiedad por razones de interés social y general, porque no cabe observar estas razones, sino otras muy distintas de coordinación de los intereses de propietarios privados, y, en cuanto tales, en la reglamentación de las llamadas relaciones de vecindad, que contribuyen, sí, a dibujar lo que es el contenido «normal» de la propiedad, pero con bien diversas técnicas y finalidades.

f) Venimos repitiendo, de manera insistente, en la eficacia de la función social como criterio del contenido o de la modalización del ejercicio del derecho de propiedad, dirigido al legislador ordinario. Ciertamente es así, pero no es ese el único cometido de la función social, aunque sea el que de manera expresa contempla el artículo 33 de la CE. Su alcance no es tan sólo el de una cláusula *pro futuro* rectora de la delimitación legislativa. Tal manera de entender las cosas va en contra de una adecuada interpretación de lo establecido en el artículo 53.1 *in principio* de la CE, según el cual «los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos», lo que, de entrada, pone ya de manifiesto que en la tarea interpretativa, y señaladamente en la que se efectúa en sede judicial, las normas correspondientes (y entre ellas el art. 33.2 de la CE) han de ser muy tenidas en cuenta. Éste es, en todo caso, un efecto común tanto a los «derechos fundamentales y libertades públicas» (sección primera del capítulo segundo) como a los «derechos y deberes de los ciudadanos» (sección segunda del capítulo segundo) y a los «principios rectores de la política económica y social» (capítulo tercero del título I), sin que ni siquiera en este último caso se pueda entender la necesidad de interposición de una Ley de desarrollo (art. 53 *in fine* de la CE) como una prohibición de alegación o como un cheque en blanco para el legislador.

Ahora bien, tampoco cabe ignorar, a nuestro juicio, que las normas constitucionales reguladoras de los «principios de la política económica y social» (manteniendo siempre, a efectos identificativos, las propias rúbricas de la Constitución), pese a la evidente imprecisión conceptual de que hace gala en esta parte, sí necesitan de la interposición de una Ley para alcanzar plena efectividad como sustentadoras de pretensiones singulares en un proceso. En ese sentido se apartan de la tutela acordada para los «derechos fundamentales y libertades públicas», en las que las normas constitucionales fundamentan una acción (en el sentido procesal del término, es decir, brota de las mismas normas una pretensión directamente deducible). Parece indudable para los principios rectores de la política económica y social no fundar acción, aunque eso, como queda dicho, no sea sinónimo de no vinculación de los poderes públicos. Pero ¿se puede predicar lo mismo de los «derechos y deberes de los ciudada-

nos»? Creemos que no. El artículo 53.1, *in principio*, de la CE hace expresa comunidad de todo lo contenido en el capítulo segundo, y es conocido que dicho precepto supone con respecto al dicho del artículo 9.1 de la CE el plus consistente en que tal regulación tiene el carácter de Derecho inmediatamente aplicable, sin necesidad del intermedio de una Ley. La única diferencia sería que a los básicos derechos de la sección primera vendría otorgada una protección judicial reforzada (art. 53.2 de la CE), y a los de la sección segunda, el cauce procesal ordinario. Sin embargo, no ha escapado a la doctrina la dificultad técnica de arbitrar la tutela jurisdiccional de los «derechos y deberes de los ciudadanos», cuando no medie una previa Ley de desarrollo. Dificultad técnica más o menos salvable, pero que no autoriza al intérprete a otra cosa que no sea la búsqueda de las soluciones más adecuadas, pero partiendo de la comunidad de tratamiento, a estos efectos, que instaura el artículo 53.1 de la CE.

Pese a todas estas dificultades, que ocasiona la defectuosa técnica de la Constitución en sus disposiciones generales relativas a las garantías de los derechos y libertades, la aplicabilidad inmediata de la función social encuentra una confirmación sustancial si se reflexiona sobre lo que ello significa como idea y como concepto. Porque, como se ha dicho agudamente (Rodota), la función social no es reducible a las disposiciones que representan su concreta e histórica realización en particulares situaciones. Respecto a tales disposiciones, la función social es el fundamento jurídico de su legitimidad: su relevancia, en consecuencia, no puede ser negada cuando en una determinada situación falta la norma expresa que constituya su realización. La función se presenta como un elemento que caracteriza la situación de propiedad, con independencia de la existencia actual de un dato normativo en el que se concrete. Si la función social de la propiedad ha aparecido históricamente como el elemento que ha modificado la estructura tradicional de la propiedad, en torno a ella debe reconstruirse su entera disciplina.

De ello descende que la función social sirve no sólo para fijar la directriz política a la que deberá acomodarse cualquier reglamentación futura del derecho de propiedad, sino que también debe ser el parámetro de la legitimidad del comportamiento del propietario sobre la base de la regulación actual. Se ha escrito, con razón, que sería del todo absurdo que lo que debe valer para la Ley futura, y como elemento determinante de su constitucionalidad, no valga para la Ley actual, que, aunque fuera anterior a la Constitución, debería ser integrada en el sistema que ésta propone.

¿Cuáles serán, pues, los medios técnicos a que recurrir para la aplicación de la función social cuando no haya mediado para la situación propietaria concreta de que se trate una previa intervención legislativa delimitadora, de acuerdo con el principio que aquélla representa?

Creemos que la respuesta viene fácilmente dada, si nos apercebimos de que la función social de la propiedad ha devenido un verdadero principio general del Derecho, al reflejar toda una larga evolución que ha condicionado y determinado el derecho de propiedad, siendo, como es éste, un eje fundamental del Derecho Privado de nuestro sistema social y económico.

Desde el instante en que tal evolución se ha producido y con las características señaladas, es obvio que la consideración legislativa de la función social de la propiedad se eleva a criterio de carácter general que no puede ser reconducido a los antiguos esquemas con los que en el tiempo pasado se había intentado dar explicación a las varias formas en las cuales se producía el fenómeno de la compresión de los poderes del propietario para atender requerimientos distintos a los del titular.

Ha habido una real innovación en el terreno legislativo constitucional, que hace cualitativamente diferente la actual referencia a la función social a las existentes en épocas constitucionales de otro signo.

La inserción del principio de la función social en la Constitución altera de manera sustancial la ordenación general de la propiedad, ya que, como hemos dicho, no se puede atribuir relevancia efectiva sólo a las modalizaciones de la propiedad que se encuentran en el ámbito de la legislación ordinaria; y de ahí que la función social no se agote en estas determinaciones normativas concretas. Significa esto que la efectividad del principio hay que buscarla no sólo en el control de la actividad del legislador, sino también en la particular operatividad conferida a las normas expresivas de la intervención legislativa sobre la propiedad, cuando se enmarcan en un cuadro dominado por el principio de la función social. En efecto (ya hemos anticipado la idea), en un régimen distinto, y más cuando la propiedad era calificada como «inviolable», las intervenciones restrictivas debían ser consideradas excepcionales y, en cuanto tales, no susceptibles de analogía ni determinantes de la noción misma de propiedad. Una conclusión opuesta se impone, pues, cuando la órbita de referencia tenga como centro la función social de la propiedad.

En certeras palabras se ha manifestado que la «función social es una idea unificadora, operante como principio sistemático, va más allá de los límites de las disposiciones excepcionales, instituye nexos entre las disposiciones particulares y colma lagunas respecto a todas las normas de las cuales se puede ver una concreta y específica actuación de exigencias de carácter social por medio del derecho de propiedad».

La consecuencia lógica de este planteamiento es el reconocimiento de la posible extensión analógica de todas las normas de carácter especial, cuyo contenido representa una realización del principio de la función social.

En resumen, ella no opera solamente como criterio formal de legitimación de las intervenciones legislativas, sino también como instrumento de aplicación analógica y como necesario criterio de interpretación o reinterpretación del material legislativo.

Ni que decir tiene que en este terreno deviene absolutamente determinante el papel del Juez y su sensibilidad para la actuación de los principios constitucionales.

Pero hay más, y de nuevo se hace preciso recurrir a lo puesto de relieve por Montés: el abuso del derecho (en sentido objetivo) no es más que una segunda fase aplicadora de la función social; un instrumento de ésta para solventar casos concretos en circunstancias concretas, hemos dicho nosotros con anterioridad, al establecer que una divi-

soria entre ambos se debe trazar, considerando a la función social el único criterio intrínseco con eficacia general delimitadora; no así el abuso del derecho, llamado a jugar *super casum*. Pero ello no quiere decir que el fundamento de este último no sea la propia función social. Si partimos de esta posición, y nos apercebimos de que nuestro Código Civil, es decir, la Ley ordinaria, consagra el abuso del derecho como uno de los límites de todo derecho subjetivo; si nos apercebimos también de, y se ve con todo lo dicho que no es una casualidad, que al menos parcialmente (no pretendemos ahora, ni es necesario, un mayor refinamiento de la exégesis del art. 7.2 del título preliminar del CC) lo equipara con el «ejercicio antisocial del derecho»; si todo esto es así, tal vez en muchos casos, no necesitemos ni siquiera acudir a una aplicación de la función social como principio general del Derecho contenido en la Constitución, sino que nos bastará recurrir al mandato contenido en el indicado precepto del Código, sin que sea necesario un argumento analógico; y así se debe tener por cierta la conclusión de Montés. Sin embargo, no creemos (ni, en el fondo, tampoco está, según nuestra interpretación, en el pensamiento de dicho autor) que el papel principal de la función social en una aplicación directa, por vía analógica, sin necesidad de interposición legislativa, no sea una vía para esa aplicación, concurrente con la del abuso del derecho; puede haber casos en que los requisitos de éste, en un caso concreto, no se den, y proceda empero, la aplicación de la función social como principio.

VI. EL MOMENTO SISTEMÁTICO

a) La articulación sistemática de la protección constitucional de la propiedad privada, parecería, de entrada, y habida cuenta de la densidad de la disciplina, un punto de partida esencial para la definición del derecho de propiedad. No obstante, ello sólo es parcialmente cierto, y desde una visión de la delimitación estrictamente técnica del concreto derecho subjetivo que llamamos propiedad, poco provechoso. Ello se debe a que el trasfondo de la garantía de la propiedad, no es sólo la preservación de este concreto derecho subjetivo, sino la preservación de un *ámbito de apropiación privada, por cualquier título jurídico*. El «reconocimiento» constitucional parte de una idea amplia suficiente a su finalidad particular, idea que se corresponde a todas y cada una de las situaciones de apropiación privada, consideradas en su multiplicidad. Parece innegable, que tal finalidad no es otra sino preservar para los particulares, de modo necesario, un ámbito de poder sobre los bienes económicos. A este ámbito económico (*rectius*: a los poderes de diverso tipo y contenido que se ejercen dentro de él) es a lo que ha llamado «propiedad privada», resumiendo, en la que tradicionalmente se ha visualizado como la más intensa y típica de las posibles titularidades sobre los bienes, toda su carga de protección de los poderes económicos confiados al individuo. Es toda titularidad privada, bajo todas sus formas y modalidades, incluso con eventuales contenidos no uniformes, lo que es el

objeto del «reconocimiento» constitucional. Son todos los títulos jurídico-privados de apropiación, gestión y transmisión de los bienes económicos los que resultan reconocidos y simbolizados en la fórmula abstracta y unificadora «propiedad privada», con indiferencia de cuál sea su contenido. La propiedad privada viene en este contexto entendida no como manifestación de un singular y típico poder en concreto sobre las cosas, sino en su significado de institución alrededor de la cual gira la apropiación y gestión privada de los bienes.

Podría objetarse, que la Constitución sí conoce un concepto unitario general de la propiedad privada, al hablarnos de la exigencia de respeto, por parte del legislador ordinario, al establecer los límites al contenido de la propiedad, de un «contenido esencial» (art. 53.1, proposición segunda, de la CE, en relación con el 33.2 de la CE). A poco que se piense, eso es un espejismo.

Salvo la mención, nada más nos dice la Constitución sobre el «contenido esencial», concepto que refiere a todos los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título I. Habida cuenta de la heterogeneidad de esos derechos y libertades, el «contenido esencial» habrá que definirlo caso por caso. No es posible indagar sobre éste en términos generales más allá de una definición genérica, como la operada por la jurisprudencia constitucional, cuando afirma que:

«El contenido esencial del derecho subjetivo, al que se refiere el artículo 53 de la Constitución Española, puede determinarse a partir del tipo abstracto conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalizadas o convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces, y en general, los especialistas en Derecho, de modo que constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito (...). El contenido esencial puede determinarse también complementariamente a partir de lo que se llama los intereses jurídicamente protegidos, de modo que se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» (STC 11/1981, de 8 de abril).

Realmente, más que una definición de o que sea «contenido esencial», lo que indica el Tribunal Constitucional es una serie de indicativos metodológicos para apreciar la esencialidad, caso por caso. Son criterios para la determinación de la «esencialidad» del «contenido», según el supuesto.

Pero obsérvese que el «contenido esencial» no sirve para definir el derecho sino que su propia determinación debe partir del «tipo abstracto, conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalmente admitidas en Derecho». La doctrina del «contenido esencial», por consiguiente, no es apta para definir el derecho de propiedad (ni ningún otro); es más, presupone un concepto tipo, que no suministra, sino requiere.

Ello, en el fondo, es absolutamente lógico y coherente con la función que atribuye al concepto «contenido esencial» el 53.1, proposición

segunda, de la CE, ser un límite o barrera que el legislador ordinario no puede sobrepasar a la hora de regular el ejercicio de derechos y libertades; una suerte de núcleo mínimo del derecho en cuestión, para que de su existencia pueda seguirse hablando, tras la intervención legislativa delimitadora. Sólo de un modo indirecto y parcial puede suministrarlos el «contenido esencial» datos para la identificación, y siempre *a posteriori*, de un derecho que debemos tener con anterioridad individualizado como «tipo abstracto conceptualmente previo al momento legislativo». Qué se puede obtener en este sentido, con referencia particular al derecho de propiedad, ocasión tendremos de verlo cuando analicemos uno de los importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto en la tantas veces traída por esencial y primera STC 37/1987, de 26 de marzo. Pero ya estamos en condiciones de avanzar una conclusión, que desenvolveremos más detenidamente: si no se puede hablar de tipo abstracto único para el derecho de propiedad, no podemos hablar de un único «contenido esencial», a él referido.

En términos concretos la cuestión del «contenido esencial» del derecho de propiedad ha sido abordada, como habíamos anunciado, por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/1987, de 26 de marzo de 1987, atinente a la Reforma agraria en Andalucía. Parte el Tribunal de que:

«... ciertamente, el derecho a la propiedad privada está reconocido en el artículo 33 de la Constitución y le es aplicable la garantía del necesario respeto a su “contenido esencial”, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1 del propio texto constitucional. El problema radica, sin embargo, en determinar cuál sea ese contenido esencial [...]» (f. j. 2.º).

Las afirmaciones más interesantes de la doctrina sentada pueden sintetizarse del siguiente modo:

1.^a Reiteración de la posición del Tribunal sobre la definición del «contenido esencial» tal como quedó establecida en la Sentencia 11/1981, de 8 de abril, a la que hay, por consiguiente, que considerar jurisprudencia básica en la materia.

2.^a Consideración de la función social de la propiedad como elemento estructural, como factor determinante de la delimitación legal de su contenido, de manera tal que:

«... la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes...» (f. j. 2.º).

Así pues, la función social de la propiedad no sólo no atenta al necesario respeto al «contenido esencial», sino que éste no es concebible sin la inserción de aquélla. Y no atenta porque:

«... esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea, y por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente limitadas facultades de uso, disfrute, consumo, y disposición o la composición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el Derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito» (f. j. 2.º).

3.ª Afirmación de un núcleo inexcusable de utilidad meramente individual del derecho de propiedad, y reiteración de la capacidad de control judicial constitucional y judicial ordinario de la existencia de ese ámbito imprescindible. Ese control o juicio de reconocibilidad del derecho de propiedad habrá de ser efectuado para cada tipo de derecho dominical: el pensamiento del juzgador constitucional es pluralista en esta materia, y no cabe, por consiguiente, la uniformidad del «contenido esencial» pues:

«... el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada [ha de ser] entendido como *reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical* en el momento histórico que se trata...» (f. j. 2.º; subrayado nuestro).

4.º Rechazo de la reconducción de la propiedad exclusivamente al tipo abstracto descrito por el artículo 348 del Código Civil. Así:

«[...] infundada la pretensión de los recurrentes de identificar el contenido esencial de la misma [la propiedad], atendiendo exclusivamente a lo que el Código Civil, declinando el siglo XIX, dispuso con carácter general en su artículo 348, porque tal pretensión no tiene para nada en cuenta las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto de la propiedad privada en general y de la propiedad agraria en particular» (f. j. 2.º).

De todo lo anterior se deduce que la Sentencia 37/1987 no ha indicado –cierto es no tenía por qué hacerlo– de manera positiva cuál es el «contenido» o «contenidos esenciales» del derecho de propiedad o sus diversos tipos. Suministra aproximaciones válidas pero deja en la incógnita cuál es el tipo abstracto (o los tipos) de derechos dominicales con los cuales confrontar el régimen legal en cada caso, al objeto de apreciar si han pasado el infranqueable límite que supone la garantía del «contenido esencial».

b) Debemos analizar ahora un aspecto de interés para nuestro global objetivo de definir la propiedad. La sentencia citada afirma que no es posible reconducir exclusivamente la determinación del tipo abstracto del «contenido esencial» a la definición de la propiedad que suministra el artículo 348 del Código Civil. Tal aseveración se puede enteramente compartir desde un punto de vista sustancial o de contenido, puesto que a la dicha definición, por razones históricas conocidas y ya expuestas, eran ajenos todos los avatares históricos que, por vía de la intervención de los poderes públicos, y la afirmación de la prevalencia y coexistencia del interés social junto al particular del propietario han llevado a una modulación intrínseca de las facultades dominicales, confor-

madoras de su contenido, más allá de puras limitaciones externas. Ciertamente es que en su significado histórico concreto, el artículo 348 del Código Civil, en cuanto que supone un ámbito de poder sobre las cosas, donde la única norma sea la voluntad del propietario, limitada tan sólo por la eventual colisión con los derechos de otros propietarios, o, en todo caso, por reglamentaciones de policía, extrínsecas a su haz de facultades, sólo tiene un sentido actual para las cosas de escasa trascendencia económico-social, fundamentalmente las destinadas al consumo y utilización individual.

Ahora bien, pensamos que ello no es obstáculo para que un válido punto de partida a la hora de determinar cuál es el tipo abstracto del derecho de propiedad, que nos encamine a ulteriores concreciones sobre el «contenido esencial» del mismo, no venga representado por la añosa definición del Código. En ella están presentes tres elementos, como es sabido: la facultad de goce, la facultad de disposición y la posibilidad de limitaciones del derecho por obra de las leyes. Indica la posible existencia del derecho sobre las cosas que se concibe como el más amplio posible, sin que por ello sea absolutamente ilimitado. En abstracto, ésta es también la figuración que de la propiedad se tiene actualmente: lo único que nos aleja del artículo 348 del Código Civil como esquema válido contemporáneamente es que el significado originario de limitaciones establecidas por las leyes, no comprendía lo que hoy llamamos límites intrínsecos. Pero a decir verdad, en puros términos de interpretación literal y de reconstrucción dogmática, tampoco habría demasiados inconvenientes en amparar los límites intrínsecos bajo el sintagma «limitaciones establecidas por las leyes».

De acuerdo con esa intuición, durante decenios, y hasta la actualidad, en la convicción generalizada de los especialistas en Derecho, en el metalenguaje que nos señala el Tribunal Constitucional como pauta metodológica para identificar los tipos conceptuales preexistentes a las regulaciones positivas concretas, la propiedad ha sido concebida como el derecho de goce y disposición más amplio que en cada caso (por obra de «limitaciones», o de «límites internos» el *dominus* puede ejercitar sobre las cosas del mundo exterior. Es más, cuando se producen modulaciones del contenido interno de la propiedad, son explicadas siempre por referencia a los parámetros formales del goce y la disposición (goce «dirigido», goce «limitado en la elección», «disposición condicionada a caso o tiempo», etc.).

La idea de que la situación de propietario supone la mayor amplitud posible, aunque fuese ya no tendencialmente ilimitada, del arbitrio del titular en el ejercicio de facultades sobre las cosas del mundo exterior, sigue siendo una nota básica del derecho de propiedad, en la percepción de los juristas y en el lenguaje de las leyes. La propiedad es siempre el escalón superior de los derechos sobre las cosas, el grado máximo, alcance a donde alcance, por obra de limitaciones extrínsecas o intrínsecas.

Ese carácter superior y primario, lo diferencia de otros derechos «limitados» o derivados (sea cual sea el mecanismo dogmático con el que se intente explicar su Constitución) que, no se olvide, también en su

contenido interno vienen afectados por la evolución de la propiedad, manteniendo con ella básicamente los mismos nudos estructurales de referencia y distribución.

La razón profunda de que el artículo 348 del Código Civil, aunque haya perdido sustancia normativa, sea aún un paradigma debemos verla en la enorme magnitud histórica que representa la codificación civil, que en otro tiempo tuvo un valor cuasiconstitucional; en todo caso, la codificación civil no es una página más de la historia de la legislación: es la puerta de entrada a un universo de valores que, si no están vigentes *in toto*, están en las raíces profundas del sistema jurídico contemporáneo, en cuanto fruto originario del mundo liberal-burgués, que las sucesivas transformaciones del Ordenamiento, importantes sin duda, no han logrado perder como punto último de referencia. Y ese carácter de punto último de referencia del Código Civil hace conservar al artículo 348 un valor inicial para el análisis de lo que, incluso hoy, sea derecho de propiedad.

c) La necesidad de partir del Código no parece que pueda ser discutida, si se tiene en cuenta lo que éste significa en profundidad, más allá de que las concretas regulaciones de enteros sectores de las relaciones entre particulares escapan a su ámbito. El Código es el depositario de los conceptos, los dogmas, las técnicas, el «fondo de soluciones» que desde el Derecho Romano hasta el Derecho Común ha compuesto el instrumental esencial de los privatistas, y a decir verdad, de todos los juristas de nuestro entorno político y cultural (Bercovitz). En suma, el Código es la «gramática» del Derecho Privado.

Con este trasfondo, la afirmación, sostenida a lo largo de todo este discurso, de que las definiciones de la propiedad alcanzan tan sólo un carácter de paradigma, sin que de ellas quepa deducir virtualidades normativas, debe ahora ser nuevamente afrontada en un determinado aspecto, hasta ahora no tratado por razones de orden lógico de la exposición. La necesidad de la precisión surge porque existe una definición normativa de la propiedad, plasmada precisamente en el Código; y no parece se deba obviar dilucidar si dicha definición, en tanto en cuanto contenida en un precepto, agota su virtualidad en una pura función definitoria, o goza de un valor prescriptivo, que es el propio de todo precepto o proposición normativa. Ya hemos visto que la configuración de la teoría de la propiedad como una teoría de los límites de la propiedad, abona la primera de las opciones; se podría decir que a la genericidad de la configuración de los poderes del propietario, sólo concretable a través de las normas que fijan sus límites, se añade en la definición codificada que dichos límites también están señalados de un modo genérico, *per relationem* a lo que las leyes establezcan: y hemos visto que en el pensamiento del Código, estas «leyes» (sea cual sea su naturaleza) están fuera de él. Tal es la estructura primordial (en el sentido de principal y que sirve de fundamento) del artículo 348 del Código Civil. En este sentido, la conclusión sobre el no valor prescriptivo, sino puramente definitorio del artículo 348 del Código Civil, debe ser mantenida. En esta clave, las definiciones de propiedad de los Códigos liberales expresan, en un cierto sentido, un valor permanente (históricamente se entiende,

no hay concepto o institución jurídica alguna que viva en la trascendencia), y por ello el modelo funciona como paradigma abstracto, al margen de su sustancia normativa, estando disponible para ser rellenado por los más varios contenidos concretos, operados por la lógica de las leyes especiales, aun las que respondan a principios propietarios fuera del arco liberal, incluso cuando son dictados por la Constitución del Estado social.

Nada extraño, por otra parte, si se parte de la idea de que existe un demostrado *continuum* entre las formulaciones del Estado liberal y del Estado social (Häberle), y que la aportación de éste a la configuración del Derecho Privado es ciertamente débil, y su capacidad conformadora de la sociedad se ha articulado preferentemente (aunque no de modo único, y siempre bajo normas específicamente habilitantes) a través de las formas de la acción administrativa (Forsthoff). Ahora bien, y debe quedar claro desde el primer momento, nada de esto significa que el valor de paradigma de la definición codificada, signifique en términos absolutos un valor del Ordenamiento que se coloque por encima de la realidad institucional de las concretas propiedades, que debe ser siempre gobernada por la Constitución, y resulta habitualmente explicitada por las leyes especiales. Esto es así, aunque sólo fuese por el dato formal de que, declinado el histórico papel cuasiconstitucional de los Códigos Civiles decimonónicos, éstos son leyes ordinarias; en las que por cierto retumba la historia, incluso de siglos, pero leyes ordinarias al cabo; lo que no se debe olvidar para no invertir indebidamente la jerarquía normativa a la hora de establecer los confines de la garantía constitucional de la propiedad privada: se verá la necesidad de esta anunciada cautela.

No obstante la sustancial aceptación de que el valor principal y fundamental de la norma general en materia de propiedad es definitoria y no prescriptiva, cabe encontrar una posible manifestación de esta última naturaleza. Consistiría en que el artículo 348 del Código Civil sería una norma que concurriría con las leyes a las que se remite a formular la disciplina positiva de la propiedad, en cuanto norma de cierre que atribuiría al propietario toda facultad, reconducible al uso, disfrute y disposición que no fuera positivamente excluida del contenido del derecho de propiedad. La indeterminación y genericidad del paradigma propietario sería consecuencia de la potencial plenitud del contenido del derecho que corresponde al titular.

En verdad, para que este carácter de norma cierre sirviera para algo más que para cumplir la descriptiva función de indicar que el derecho de propiedad es el más pleno posible, y que la plenitud posible es la que determinen las leyes especiales (en el sentido de ley especial que venimos utilizando), con lo que habríamos retornado al punto de partida del carácter meramente definitorio del precepto, tendríamos que establecer alguna consecuencia que privilegiara en el binomio Código-leyes limitativas el primero de los términos.

La única vía sería la de articular ese privilegio desde el ángulo hermenéutico, y las únicas consecuencias posibles serían dos: la primera, vetar la aplicación analógica de las normas restrictivas de los poderes

del propietario; la segunda, imponer la carga de la prueba a todo aquel que arguya contra la existencia de una propiedad potencialmente ilimitada.

En el estadio actual del Ordenamiento, la primera de las consecuencias ya no es posible, aunque históricamente lo fuese, porque estaría ligada a una consideración de las leyes limitativas de los poderes del propietario como excepcionales; y ya hemos tenido ocasión de constatar que tal consideración pertenece a un momento ya periclitado; la segunda tampoco rige, porque no se debe confundir la presunción de libertad del dominio, reiteradamente afirmada por la jurisprudencia, incluso hasta el extremo de identificarla con un principio general del Derecho (*ad ex.*, STS 21 de octubre de 1987), con una presunción general de ilimitación de la propiedad: la misma jurisprudencia nos dice que la carga de la prueba en contra de la ilimitación de los poderes del propietario es exigible para las llamadas «limitaciones» (también como ejemplo, STS 9 de febrero de 1983), es decir, compresiones de dichos poderes operadas por actos de imposición singular (básicamente serían la constitución de derechos reales limitados y la de las servidumbres que el Código llama «administrativas», junto a las prohibiciones de disponer de origen convencional) en contra del llamado «contenido normal» de la propiedad, pero no sería exigible para los «límites» que contornean dicho «contenido normal», y que son, precisamente, los establecidos en las leyes, con carácter general e igual para un determinado tipo de propiedad. Más adelante tendremos ocasión de volver sobre estas básicas distinciones.

En consecuencia, el valor preceptivo de la definición codificada de propiedad es escasísimo, por no decir nulo, en el terreno de la legislación ordinaria.

Aún menos aceptable sería que una normatividad del paradigma codificado influyera sobre la configuración de la garantía constitucional. El razonamiento sería el que sigue: el «contenido esencial» del derecho de propiedad se identifica con un contenido del mismo tendencialmente ilimitado, de tal forma que toda ley limitativa sería sustancialmente expropiatoria. Tal modo de ver las cosas no se puede asumir. Ciertamente que toda limitación del contenido esencial del derecho de propiedad es hoy expropiación forzosa puesto que el concepto se ha expandido desde la «privación singular» operada por acto de la Administración, hasta toda intervención ablativa de aquel contenido, es decir, la que no sea puramente delimitadora, comprendiendo las operadas en vía legislativa, incluso sin recurrir al mecanismo de la «Ley singular»; cierto, pero los parámetros de la intervención ablativa, que es la que agrede al «contenido esencial» no están conectados con la visión que del derecho de propiedad tenga el Código Civil, sino más bien con el principio de igualdad de los ciudadanos a la hora de soportar las cargas públicas, y el de razonabilidad, en su manifestación concreta de congruencia y adecuación de la ablación operada a la finalidad perseguida por la misma. Además, no se debe olvidar, como dicho queda, que la garantía constitucional de la propiedad alcanza a toda situación de titularidad jurídico-privada de contenido patrimonial, no sólo y estrictamente al tipo concreto del dere-

cho de propiedad. El mundo del «contenido esencial» de la propiedad, en el sentido de la garantía constitucional, y el mundo del contenido del derecho de propiedad son relativamente estancos. Ni el primero, como se ha visto, sirve para definir al segundo, ni el segundo sirve, salvo de un modo indirecto y lejano y siempre parcial, y para concretas situaciones, a la definición del primero.

d) Se impone, pues una necesaria apelación al Código; pero ésta, si pretendemos reencontrarnos con sus más extremas fundaciones, nos encamina a la entraña romanista del concepto de propiedad codificada. Como cautela metodológica, aunque sean cosas bien conocidas, debemos decir que no hemos utilizado sin intención el adjetivo romanista en lugar del de romano. Aunque la invocación al Derecho Romano siempre ha de tenerlo presente, en sus materiales básicos, como el Derecho de Roma, sabemos que la tradición que finalmente plasma en los Códigos Civiles no es el de aquel sistema jurídico contemplado en su realidad histórica, sino más bien, como dice Grossi, en una veste de testimonio metahistórico, sustancialmente inmovilizado en la cristalización clásico-justiniana, con el añadido de no pocos condimentos humanistas y iusnaturalistas. Ni siquiera puede ser tenido en cuenta oyendo la voz de la tradición medieval, en la que la idea de que el dominio no es único, sino plural, resplandece con fuerza en glosadores y comentaristas; idea del dominio plural, extraña a la configuración moderna de la propiedad, y como se ha de ver enseguida, a las fundaciones romanas. Bussi ha puesto de relieve cómo el pensamiento de que toda situación jurídica real puede reconducirse al encuadre del *dominium* está presente incluso en la obra de Bartolo de Saxoferrato, al cual no obstante debemos [ad l. 18 (17), D. 41. 2, n. 4] la que durante siglos ha sido considerada la definición canónica de propiedad: *ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeat*.

La búsqueda de los elementos esenciales del modelo romanista, así entendido, nos lleva a individualizar tres elementos constitutivos del mismo. El primero de ellos viene suministrado por la distinción entre *ius in re* y *obligatio*, que acaba siendo una trasposición parcial de la distinción entre *actio in rem* y *actio in personam*, absolutamente básica para la protección procesal propia del sistema de acciones en que el Derecho Romano consistía. Con su peculiar nitidez, Sohm explica que la distinción se basaba en que la *intentio* de la fórmula estaba redactada, bien identificando la persona del demandado (*actio in personam*), bien haciéndolo sólo con la persona del demandante (*actio in rem*). La distinción no es puramente formal, porque radica en una íntima naturaleza de los derechos subjetivos. Hay una clase de relaciones, las de crédito, que vinculan sólo a una persona, el deudor, y por ello su nombre debe ser concretado desde el principio. Todos los demás derechos—principalmente los que versan sobre cosas, aunque no eran los únicos: también los hereditarios y familiares y relativos al estado de las personas—encierran facultades eficaces contra cualquiera, facultades de radio amplísimo. Con el tiempo, esta básica distinción entre *actio in rem* y *actio in personam*, acabaría siendo funcionalmente equivalente en el Derecho moderno, sobre todo por las incrustaciones iusnaturalistas, a la

distinción entre derechos reales y derechos de crédito; y debemos tener en cuenta que el derecho de propiedad es el derecho real por excelencia, en el que se cumplen de manera no dudosa todas las notas que se predicán de la categoría en general de los derechos reales (oponibilidad *erga omnes*, reipersecutoriedad, inmediatez...).

Un segundo elemento de la cantera romanística para edificar el derecho de propiedad moderno se encontró en la disciplina romana de los derechos sobre cosa ajena, por las razones que siguen. En primer lugar eran un número exiguo: *servitus* (comprendiendo, como es conocido, al usufructo como servidumbre personal), enfiteusis, superficies, *pignus*; de ese número sólo ha existido inicialmente la *servitus*, siendo la superficies y el *pignus* de creación pretoria, procediendo la enfiteusis de la época del Bajo Imperio: esa ausencia de abolengo siempre estuvo presente en la mente de los romanistas. En segundo lugar, primaban siempre, de modo muy acentuado, la protección del propietario: necesidad de la perpetua causa *servitutis*, inadmisibilidad de la servidumbre que establezca un *facere* al propietario, carácter personalísimo del usufructo, unido a una rigidísima protección del principio *salva rerum substantia*, imposibilidad de fundar una verdadera *possessio*, con arribada tardía a la protección interdictal...

Tal sistema de los derechos reales limitados suministraba, con el apoyo del Derecho que fue denominado y considerado durante siglos la *ratio scripta*, considerable sustento a una visión de desfavor frente a los derechos reales de goce, visión se diría ineludible en cuanto que la proliferación de *iura in re*, atípicos, llenos de prestaciones que hoy llamaríamos personales, estaba en la base de la estructura jurídica del tejido social feudal, de todo «Antiguo Régimen». La ajenidad de los esquemas romanos a esta estructura, fundada en la temprana separación jurídica entre propiedad y potestades públicas (que habría de padecer la sabida contaminación entre ambas desde la época altomedieval hasta la revolución liberal) consagró este filón del Derecho Romano como una cimiento de la propiedad «moderna»; también en función de servicio a una determinada concepción de la propiedad propia del individualismo ilustrado y iusnaturalista.

Finalmente, y será un legado decisivo para la propiedad que conocerán en sus más generales líneas los Códigos, era una asentada idea del Derecho Romano la de que sobre cada cosa sólo podía existir una propiedad. Como enseña Kunkel, la idea de una propiedad múltiple sobre la totalidad de la cosa fue rechazada siempre por los romanos (D. 13, 6, 5, 15: *duorum quidem in solidum dominium esse non posse*); el concepto de propiedad mancomunada, característico del Derecho germánico, fue extraño al pensamiento romano, y otro tanto ocurrió con de la propiedad dividida, cuyo origen se quiso ver, equivocadamente en los cuerpos legales justinianeos, y ocurrió tanto para los fundos itálicos como para los fundos provinciales. El rechazo a la idea de una propiedad mancomunada y a la división del dominio, pero sobre todo el primero, serán vigas de carga del concepto de propiedad en los Códigos Civiles, obligando a ciertos equilibrios, que tienen tanta consistencia ideológica como dificultad técnica; y ello se verá resplandecer cuando se emplee

alguna palabra en el tema de la copropiedad en el texto codificado. Pero de nuevo se pone de manifiesto que tal operación intelectual no se basa en el mero prestigio, por así decirlo, del Derecho de Roma; es una consciente puesta a disposición de su instrumental para combatir toda idea de propiedad colectiva, fantasma a conjurar, también desde el individualismo que propicia el Humanismo, y plasma en las Declaraciones de derechos dieciochescas, dominadas por el Derecho natural de corte racionalista.

d) La deriva histórica, empero, ha llenado de quiebras el modelo romanístico. Ya apuntadas las causas profundas en las páginas anteriores, convendría hacer aquí un estricto resumen.

La de calado político jurídico más importante ha sido la visión de la utilidad del objeto del derecho de propiedad en su trascendencia social; ello ha comportado la inserción del esquema del deber en el ámbito de dicho derecho a través del concepto de función social, y a lo ya expuesto *subiecta materia* no queda sino remitirse.

Importante es también, aunque sea de alcance principalmente técnico, la adquirida certeza del contenido obligacional de los derechos reales de goce, que exige explicar éstos (usufructo, servidumbre, cargas reales) en claves obligacionales, para coger el pleno sentido de las relaciones entre su titular y el propietario (Domínguez Platas).

También hay que entender superado en gran medida el disfavor frente a los derechos reales, como limitativos de la posición «plena» del propietario. La razón de ello queda ya también señalada; los tiempos en que aquellos *iura in re aliena* eran vistos, junto con la teoría del dominio dividido, como odiosas manifestaciones del régimen señorial o feudal están definitivamente superados. Baste pensar que la enfiteusis, derecho limitado, y al tiempo manifestación histórica de uno de los más importantes ejemplos del *dominium duplex* ha encontrado una nueva y singular utilización en los procesos de reforma agraria, y se le considera un buen instrumento técnico de la mejora de los fundos rústicos; y parecidas consideraciones de favor habría que hacer para las figuras superficiales y su utilización en la ordenación urbana. Esta renovada visión meliorativa de los derechos reales sobre cosa ajena ha resplandecido en la propia configuración técnica de los mismos. La más antigua civilística los explicaba, ya lo hemos dicho, como «desmembramientos» de facultades de la propiedad plena, que participaban de la naturaleza del derecho del que derivaban. En suma, eran *partes domini*, y del dominio tenían las cualidades, como las partes lo tienen del todo. La operación técnico cultural así realizada no deja de ser curiosa, por razones históricas y doctrinales. En efecto, y como ya se ha señalado, los viejos civilistas se movían entre dos aguas, en una suerte de equilibrio inestable; por un lado, eran hombres del mundo antiguo, entendiendo por tal el del Derecho Común, o si se quiere, el precodificado, desde el punto de vista de las fundaciones técnicas; por otro, eran hombres de la era nueva, desde el perfil ideológico, es decir, profundamente ligados a la ideología liberal. A esta razón se debe su singular teorización. En un aspecto, educados en una tradición jurídica que no les hacía repugnante la proliferación de los derechos reales, e incluso la existencia del dominio dividi-

do, podían sin más ambages ligarse a una formulación que, en el fondo, no era sino el reconocimiento de la posible existencia de *plura dominia*. De ahí, a considerar los derechos reales limitados como partes de un dominio «total» o «propiedad perfecta», de cuyas notas participaban no había ni un paso. Se dijera que, de modo inconsciente tal vez, obsequiaban la visión bartolista de que hemos hablado. Y se explicaba que bajo sus huellas, los derechos reales limitados no eran más que «modificaciones» de la propiedad, en la terminología que habían de recoger algunos Códigos, y entre ellos, el nuestro. Ahora bien, en otro aspecto, esa operación de legitimación jurídica de un *ius in re* que consiste en configurarlo como *pars domini*, corría el peligro de deslegitimar políticamente el concepto de propiedad que su propia idea liberal les dictaba, porque para ésta tal derecho es único a sí mismo, indivisible y pleno, como lo es el sujeto del que se predica su titularidad.

En estas circunstancias, una estructuración coherente con los requerimientos ideológicos de los nuevos tiempos, sólo podía concluirse la pandectística, con expresión canónica en Windscheid. Ayudaban a ello la renovada visión histórico-crítica del Derecho Romano, y su papel fundacional del *systema iuris*, al tiempo que la más profunda evolución social y económica de su entorno favorecía la línea visual del individualismo jurídico. Con este *approach* metodológico y conceptual, la teoría del derecho real basculaba sobre el concepto de límite de la propiedad. En efecto, el derecho de propiedad, pleno tal como quería el paradigma ideológico, podía estar sujeto a límites legales y generales por razón de interés público, y éstos no hacían más que contornear el ámbito del que se llamaba, precisamente por las notas de legalidad y generalidad e interés público de los dichos límites (por otro lado reducidos a normas de policía y relaciones de vecindad), el «contenido normal» de la propiedad. Al lado de estos límites, estaban los *iura in re*, caracterizados por su voluntariedad y singularidad, necesitados de acto de imposición singular, y que no se presumían nunca, antes bien, era al dominio al que se presumía libre; límites que comprimían dicho contenido normal, el cual recobraba su propia integridad con su desaparición, de lo que derivaba la plástica idea de la «elasticidad» del dominio. La propia doctrina alemana, bastantes años más tarde, acuñará una terminología expresiva de la diversidad conceptual señalada, distinguiendo entre «límite» (*eigentumsbegrenzung*) y «limitación» (*eigentumsbeschränkung*), indicativo el primero del «contenido normal», el segundo de una singular comprensión del dominio.

Empero, todavía ha cabido un ulterior refinamiento técnico, que sirve para explicar tanto la autonomía como derecho subjetivo, ya no odiosa, del derecho real limitado, como su ineludible derivación del derecho de propiedad. Ha sido la teoría de la llamada «sucesión constitutiva» o «adquisición derivativo-constitutiva» (Pugliatti), en cuyo porvenir no se ha de entrar, bastando ahora subrayar que el carácter de desfavor de los derechos reales limitados (y siempre no estamos refiriendo prevalentemente a los de goce), no parece ya un trazo distintivo de nuestro actual sistema de situaciones jurídico reales, con todo lo que ello implica para la configuración de la propiedad.

Finalmente cabe apuntar que el sistema jurídico moderno se ha visto abocado a la creación de instrumentos técnicos y explicaciones conceptuales para mantener la lógica del sistema propietario en un terreno muy específico, que es el de la evitación de mecanismos de propiedad colectiva, rechazados por el modelo romanístico-liberal que queda diseñado. El primero de todos ellos ha sido, aunque forzoso es reconocer que el resultado obtenido obedece también a otros vectores, es el de la persona jurídica. Desde el instante en que este expediente técnico supone la creación de un sujeto de derecho único, logra reconducir, por medio de la atribución a este sujeto (distinto del universo de los consociados –en la persona jurídica de base asociativa– o de los beneficiarios –en la persona jurídica fundacional o de base patrimonial–) de un patrimonio único, como el de una persona física, el problema del gobierno de un conjunto de bienes, que de otro modo habría de solventarse a través de una pluralidad de personas organizada de algún modo colectivo. La máxima sofisticación se produce en la fundación, donde el objeto del derecho o derechos acaba siendo el sujeto mismo.

No se pretende decir que se pueda leer tan sólo en esta clave el tema «tormentoso y fascinante», en las palabras de Ferrara sénior, de la cuestión de la personalidad jurídica. Sin ir más lejos, la cuestión es más compleja si la referimos a la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, sede en la que ha alcanzado la más refinada elaboración normativa y doctrinal el tema de la persona jurídica. Pero no cabe desdeñar esta perspectiva, desde un punto de vista principal, en cuanto se tenga en cuenta lo que perspicazmente ha puesto de manifiesto Capilla: que la necesidad de la persona jurídica es una necesidad intrínseca en un sistema de derechos subjetivos, y que el derecho subjetivo por excelencia es el derecho de propiedad. Y se puede añadir, la constitución del sistema del Derecho privado como un sistema de derechos subjetivos es un fruto del individualismo jurídico, y técnicamente a través de la conceptualización pandectístico-iusnaturalista, del que es emblemático el *Recht des Personlichkeit* que uno de los padres fundadores del *systema iuris*, Puchta, eleva a clave del mismo; *Recht des personlichkeit* cuya traducción más exacta se lograría en latín, con el viejo tropo del *dominium sui*, que es, en el origen, el fundamento metafísico de la propiedad liberal.

Que estas ideas no son inexactas, y confirman la incidencia de la «lógica del sujeto», en su encarnación específica como «sujeto propietario», entendido del modo liberal romanístico, sobre el tema de la persona jurídica, lo demuestran las perplejidades que ocasionan los bienes o masas de bienes con pluralidad de titulares cuando no se les considera en todo momento y esencialmente divisibles o partibles, es decir, reducidas tras su fragmentación a un conjunto de titulares independientes, y tampoco sometidas al esquema de la personalidad jurídica; baste aquí evocar las dificultades y vacilaciones a la hora de definir la estructura de la sociedad de gananciales o de la propiedad horizontal, oscilándose entre su conceptualización como una propiedad germánica –lo que es una abierta quiebra de la tradición del sistema–, y la añoranza, si podemos

emplear este término, de su reconducción a la personalidad jurídica, que puede estar justificada más que por una necesidad ordinal, por el instintivo rechazo a las formas de propiedad colectiva (por otra parte, no del todo desconocidas, aunque se añade inmediatamente, «como vestigios históricos germanistas»: y viene a la mente la institución de los montes en mano común).

Tan es así que ello esclarece la singular aporía de la copropiedad (de todas las formas de cotitularidad real, pero nuestra atención versa sobre la propiedad), que viene concebida, como también ha puesto de manifiesto Capilla, como comunidad romana en cuanto opuesta a la mano común germánica, que indica un mecanismo de solidaridad en la titularidad (Bolaffi); para evitar esta solución se llega a la definición de una propiedad concreta y separada sobre un objeto ideal, la cuota, cuya suma recompone también una propiedad plena, olvidando que ello implica una operación absolutamente artificiosa por dos razones: porque desdobra el objeto del derecho (objeto del derecho del comunero, la cuota; objeto del derecho de propiedad, la cosa, cuando eso es una irrealdad, porque todos los derechos (acaso, salvo el *ius disponendi*) se ejercitan sobre la cosa; y la aporía resplandece definitivamente, cuando se percibe que hay facultades que sólo se pueden usar colectivamente (Lacruz, Miquel). Además, a la comunidad romana se la quiere inestable y transitoria: baste pensar en el *ius prohibendi* y en la *actio communi dividundo*. ¿Qué es lo que todo ello viene a indicar, palmariamente? Algo esencial para construir nuestro concepto de propiedad: que en la entraña del mismo late, como dato institucional básico, el principio de que *duorum quidem in solidum dominium esse non posse*.

e) ¿Quiebra o irrealdad del modelo romanista? Quiebras y realidad, podía contestarse, lo que viene a significar, si se añade la conclusión ya obtenida de que toda disciplina de la propiedad es la disciplina de los límites de la propiedad, que el modelo romanista, y la propia definición del Código, como eco histórico de la misma, conservan un acusado valor principal, pero sólo ése; y añadiendo el matiz de que sus excepciones de ninguna manera pueden estimarse odiosas, *contra tenorem rationis iuris*, por todas las razones ya apuntadas.

f) No convendría terminar este apartado sin hacer hincapié en que el modelo romanista logra un resultado extremadamente curioso: una aparente neutralidad ideológica. En efecto, ello se deduce de una mirada, aunque sea sumaria a la ocupación y a la accesión. Una pregunta que los juristas de la tradición continental no se hacen o se hacen con muy poca frecuencia es la relativa a cómo nació la propiedad individual y exclusiva; y no se lo hacen, precisamente por estar embebidos en la tradición del Derecho Romano; aunque sin duda también influye en ello la particular actitud de *Isoliierung* del jurista, cuyo particular estatuto metodológico casi le exige no hacer cuentas con sociólogos y antropólogos, y en limitadas ocasiones con economistas e historiadores, tal vez algo más con estos últimos. Por ello, no debe extrañarnos que sea un gran jurista inglés, experto conocedor de su propio sistema, del Derecho antiguo, y de ordenamientos no europeos, y al tiempo con un gran bagaje de Derecho Romano, H. Sumner Maine, quien nos ponga

ante la evidencia, cuando trata del singular modo originario de adquirir la propiedad, que es la ocupación. En efecto, el concepto de ocupación, inútil recordarlo, se apoya en el concepto de *res nullius*, lo que indica un estado ideal en el que, al menos por un momento, la cosa o las cosas, no fueron de nadie; hipótesis incomprobada, y que tal vez pudo acaecer, incluso significativamente; pero a su vez basada, de modo también absolutamente incomprobado, en que no hubo nunca un estado de propiedad colectiva, lo que sin duda fue bastante posible –los antropólogos nos dirán que en el principio fue la tribu–, y fue la *preda bellica* la que fundó la propiedad individual. Despreciando esta posibilidad, el genio romano inventa el vacío prejurídico, y destierra una bellicosidad originaria con el concepto de *res nullius*. No obstante la moderna romanística, en especial Labruna, cuando habla de la protección interdictal como fundada en la interdicción de la violencia (*vim fieri veto*) la concibe como un remedio que en el origen pretendió garantizar un *statu quo* de orígenes posiblemente no pacíficos.

La misma idea de neutralidad ideológica late en cuanto a la accesión continua (aceptándola como modo de adquirir originario, lo que se sabe discutido), dado que la visualización del modelo romanista es la del conflicto entre propietarios de cosas corporales, salvo el caso de la especificación, resuelto también con reglas propietarias; lo que viene a indicar que se desconoce el conflicto entre propiedad y trabajo, porque el mundo romanístico es un mundo de propietarios.

VII. LAS FUGAS TÉCNICAS DEL MODELO

Si anteriormente hemos puesto de relieve elementos de quiebra del modelo de propiedad codificado, de acuerdo con la tradición, ahora veremos, como además de ellos, existen fugas técnicas del modelo; es decir, realidades que aunque funcionalmente, desde el punto de vista económico, se equiparan a la de la propiedad, no pueden ser aprehendidas por el citado modelo: no caben dentro de él, aunque definan posiciones de señorío sobre objetos, o conjuntos de ellos, de elevada consideración económica

a) El primer supuesto arquetípico de la «fuga» indicada nos los suministra la configuración jurídica de la titularidad sobre los bienes inmateriales. Como resulta sabido, el modelo tradicional se articula como un poder que incide sobre cosas corporales no genéricas. Ello es tan claro para la doctrina tradicional que Windscheid enseña (sin una perplejidad, dice Grossi, resaltando la singular tautología que consiste en decir que propiedad es lo que es propio de alguno): *Eigentum bezeichnet, das jemanden eine (körperliche) Sache eigen ist*. Obsérvese, dentro de la general apodicción: *körperliche*, «corporal». A partir de esta premisa, toda una atormentada senda para encuadrar dentro de la propiedad todo lo que no sea «corporal», que ahora nosotros no hemos de recorrer, porque creemos que esa senda no lleva a ninguna parte, si partimos de la virtualidad del modelo propietario que la tradición y los

Códigos han acuñado, aunque éstos mismos hayan remarcado la posibilidad de una propiedad sobre creaciones del espíritu, dentro de su categoría (por otro lado heterogénea) de las «propiedades especiales». Y no conduce a ninguna parte, porque no hace las cuentas de los conceptos con la historia, ineludible si no se quiere permanecer sofocado en la trampa del prestigio secular de la palabra «propiedad», sin apercibirnos de que ha servido para acuñar un derecho concreto de una sociedad que no conocía, ni podía conocer, por su estructura económica y social, la realidad de los llamados «bienes inmateriales». Por ello, cuando de éstos se trata, hay que hablar más de «fuga» del modelo, que de «quiebra» del modelo.

En efecto, nos dice Rescigno, tras la codificación, y desde el siglo pasado, poco a poco se iban afirmando sobre el plano económico y político nuevas clases sociales, distintas al propietario fundiario, protagonista del Código; clases que no sólo reclaman el acceso a la propiedad «tradicional», sino que piden el reconocimiento de «nuevas formas» de propiedad, siendo los ejemplos más significativos los de la «propiedad comercial» (de cuyo singular papel de encrucijada del Derecho Civil hemos hablado), la «propiedad industrial», y, añadimos nosotros, en algo menor medida originariamente, pero con acrecida y creciente importancia en los tiempos que corren de la «era de las comunicaciones», la «propiedad intelectual». El mismo civilista italiano nos dice que desde el principio fue rechazado para la titularidad de estos bienes, el concepto de propiedad; lógico, porque, surgidos al calor del progreso técnico y cultural, eran susceptibles de ser adquiridos, transferidos, y disfrutados fuera de los esquemas de la propiedad, que en la visión del Código era, como dicho queda, la propiedad fundiaria; no sólo eso, sino que además entran, en ocasiones, en conflicto, como es el caso de la «propiedad comercial».

Pero todo ello era signo de la existencia de poderes económicos que escapaban de las visiones codificadas. Ante todo, las creaciones intelectuales, industriales, todas las del ingenio, producían bienes que se distinguían de las cosas corporales, no sólo por un dato «material», sino por dos datos económicos: su posibilidad de dar utilidad infinitas veces y su nacimiento en torno a la organización económica. Este último nos conduce al corazón del problema: las «nuevas formas de propiedad» florecen sobre todo en las actividades económicas que un sujeto desempeña sirviéndose de bienes de otro sujeto. Por eso, en el fondo, y además corresponde a la historia de estos bienes inmateriales en un tiempo objeto de titularidades concedidas, *octroyées*, «privilegios», por pertenecer a las regalías de las Coronas, la «propiedad» no es otra cosa que un derecho de monopolio o exclusiva; comparte con la propiedad tradicional el *ius excludendi ceteros*, esencial en ésta; pero su distinto aliento histórico y su peculiar utilización económica, alejan tanto las disciplinas concretas, que si se profundiza algo en ellas, hace llegar a la conclusión que sólo se puede llamar «propiedad» a las titularidades sobre bienes inmateriales de un modo traslaticio, casi por comodidad de la mente. No obstante, mantienen una estrecha relación, pero desde el instante en que dichas titularidades están ligadas a la actividad económica organi-

zada, la relación hay que clarificarla desde otro punto de vista, que indica precisamente otra esencial «fuga» del modelo; tal vez no «otra» esencial, sino «la» esencial. Esa perspectiva, obvio resulta, es la de las relaciones entre propiedad y empresa.

b) La cuestión de la relación entre propiedad y empresa no es más que un capítulo o sector de toda la compleja problemática de la construcción jurídica de aquélla, desde el «padre fundador» Wieland hasta nuestros días. Habría que añadir que este capítulo no es el que más importancia práctica puede tener en sí, aunque podría ser presupuesto para la solución de algunos que sí la tienen, y mucho; por ejemplo, la empresa como criterio de delimitación para la aplicación del Derecho Mercantil, o el tratamiento de la venta o cesión de la empresa.

No es el caso de entrar, ni sería propio de la economía de este discurso, y ni siquiera lo consideramos absolutamente necesario, en los aspectos generales de la doctrina jurídica de la empresa, ni pronunciarnos sobre la posibilidad de un concepto jurídico unitario de la misma o sobre la alternativa atomística a éste. Nuestro objetivo es más limitado: tan sólo intentar establecer las relaciones entre la posición jurídica del titular de la empresa en cuanto tal titular y el derecho de propiedad. Se nos puede refutar la supuesta limitación del objetivo y decir que o presupone saber cuál es la configuración jurídica de la empresa o no es más que el enésimo intento de teorizar sobre esa configuración. No concedemos valor a esa refutación, porque nuestro razonamiento sale de un punto de partida mínimo que es compatible con cualquier configuración jurídica de la empresa que se postule, incluyendo la llamada «atomística», que en España ha encontrado su principal sostenedor en Garrigues, el más grande mercantilista del siglo que termina, y tal vez el privatista del mismo, al lado de De Castro. Tal punto de partida mínimo parte de la constatación de que la empresa siempre supone un conjunto de bienes, sobre los que versa un acto de destinación de un sujeto, el empresario, a una determinada actividad (Nicolo). Ello no prejuzga ni el nexo jurídico que pueda unir al conjunto de bienes, ni la unicidad o pluralidad de los títulos que pueda el sujeto ostentar sobre cada uno de ellos, ni si la empresa es el conjunto de dichos bienes, ni si es ese conjunto añadido a la actividad, o es la actividad misma. Lo único que pone de relieve es la existencia de un genérico acto de destinación de bienes, que además no se identifica sino parcialmente con la organización económica empresarial y el desempeño de la actividad subsiguiente. En estos limitados términos, conscientemente queridos, la pregunta es si el poder jurídico para tal acto de destinación puede ser llamado propiedad.

Como siempre, y más allá de artificios técnicos más o menos ingeniosos, la pregunta se resuelve en la historia: tal poder del empresario nunca ha sido concebido como una manifestación de la propiedad, de acuerdo con el modelo tradicional; ha estado ligado históricamente a cualificaciones personales previas para ejercerlo, y en cualquier caso, modernamente, el que lo ha ejercido queda sometido (o privilegiado, si se quiere) a un propio estatuto; el Derecho que giraba en torno a ese poder de destinación tradicionalmente se ha distinguido por su deliberado deseo de apartarse de un Derecho Civil, nucleado sobre la propie-

dad, porque en el fondo la contemplada por él es la propiedad fundiaria; y de todo esto resulta que el mencionado acto de destinación tiene un carácter absolutamente heterogéneo, pues versa sobre bienes objetivamente heterogéneos jurídicamente hablando, y en función de variados títulos, que van desde la propiedad *sensu stricto* a un mero derecho personal.

Con estas premisas, que no parecen discutibles, en cuanto suministradas como datos empíricos del acaecer histórico, podemos llegar a una conclusión que tampoco nos parece dudosa: la realidad de la empresa, se la pueda configurar de manera unitaria o no, desde el punto de vista jurídico no es susceptible de ser reconducida a los esquemas de la propiedad, como no sea nada más que de modo traslaticio, como imagen del lenguaje, y comodidad, repetimos, de la mente; no es que las notas del modelo propietario padezcan quiebras cuando se quiera referir a él el poder del empresario sobre la empresa; es que, de nuevo lo decimos, «se fuga»; no cabe en ella.

Cosa bien distinta, pero que no es traducible en términos de formulación de un poder jurídico concreto (un derecho subjetivo), es que la figura del empresario, en la evolución del capitalismo hacia formas más dinámicas de las originarias, se subroga en el papel protagonista histórico del propietario fundiario, o del propietario a secas: se verá enseguida porqué se dice esto.

Porque lo que es un trazo característico esencial del Derecho Privado moderno es, precisamente, una cada vez más intensa disociación entre propiedad y control de la riqueza; recuérdese a estos efectos que el fenómeno ha sido detectado como un desenvolvimiento natural del sistema capitalista, que unas veces ha provocado una suerte de buena nueva a predicar por los *managers* (viene imperiosa la evocación del «catecismo» de Berle y Means, que hablan de éstos como «nuevos depositarios de la fuerza espiritual del propietario»), y otras (con frases también catequísticas) como el origen de una «nueva categoría de parásitos en la forma de inventores de proyectos, fundadores y directores que son tales sólo de nombre» (Marx). Con independencia de planteamientos valorativos, y partiendo de que el principal sujeto del tráfico económico en el mundo moderno es la sociedad por acciones, no parece muy discutible que el principio de igualdad de los accionistas (en última instancia, un principio de igualdad propietaria) no ha evitado el dominio de los efectivos gestores de los «paquetes de control», los grandes *managers*; es más, éste es el fenómeno significativo del capitalismo moderno, en el que la propiedad y el control de la riqueza van por caminos distintos: asegurar la «igualdad» de aquélla no significa asegurar ni siquiera la efectiva participación de los propietarios. En este contexto, y como conclusión sólo jurídica, el abismo entre propiedad y empresa, más allá de fenómenos del lenguaje y categorizaciones técnicas más o menos ingeniosas, se vuelve infranqueable.

En este sentido, se puede sostener que las dos nociones de propiedad y empresa son autónomas, y una puede existir sin la otra (Irti).

d) Ripert, con su aguda percepción de la evolución jurídica del sistema capitalista, pone de manifiesto una singular fuga del esquema de

la propiedad, al hilo del crecimiento cada vez mayor de la riqueza mobiliaria. Esta riqueza suele exteriorizarse en la propiedad de un título, que da derecho a un valor. El fenómeno, siempre en el pensamiento del jurista francés, puede ser explicado jurídicamente de la siguiente forma: la propiedad del título es propiedad sobre un valor, un beneficio derivado de actividades realizadas por otros. De esta manera, y pese a la apariencia de una propiedad, la que versa sobre el título como objeto, el supuesto propietario es en realidad un acreedor. Ripert, con buen sentido y apego a la tradición conceptual, se apercebe que de no ser así, tendríamos que empezar a movernos dentro del, ya lo hemos visto, resbaladizo terreno de la propiedad sobre cosas incorporeales. Pone así de relieve otro supuesto de la «fuga» de que venimos hablando. Por cuenta propia, debemos añadir que, en gran medida, el resultado se debe al desdoblamiento entre propiedad y empresa, dado que ese valor a que se tiene derecho como acreedor suele estar generado por una actividad que realizan otros con medios ajenos: precisamente los capitales de adquisición de los títulos.

VIII. UN CONCEPTO DE PROPIEDAD

Con el ya no pequeño bagaje que todos los aspectos analizados componen, se puede ensayar una definición de propiedad. Descansa esa definición en la reunión de cuatro notas, cuya conjunción permite identificar el concreto derecho subjetivo que llamamos derecho de propiedad privada, o sintéticamente y por antonomasia, propiedad.

La primera nota sería, por las razones que ya hemos apuntado, que provocan la fuga del modelo propietario de los llamados bienes inmateriales, la corporalidad del objeto.

La segunda nota, la que podríamos llamar «plenitud relativa». En la terminología que emplean Wolff-Raiser indicaría un «núcleo positivo»: esa plenitud definiría abstractamente un poder del sujeto privado identificable como el mayor posible para una determinada categoría de bienes, en función de los «límites» (que no las «limitaciones»), deducidos del conjunto del Ordenamiento, y muy señaladamente, de la «función social», de acuerdo con la configuración axiológica y normativa que la Constitución manda atender. Sólo entendida de este modo, la plenitud del derecho de propiedad puede salvar la aporía entre el paradigma de ilimitación que toda la acumulación ideológica del modelo liberal originario impone y la realidad del Ordenamiento, plagado de límites, ya existentes en el momento de las definiciones codificadas.

Una tercera nota sería el *ius excludendi ceteros*. De acuerdo con la misma terminología antes invocada, y como negativo obligado, la exclusividad indicaría el «núcleo negativo» del derecho de propiedad. Hablamos ahora de que, siempre dentro del ámbito del núcleo positivo, y presuponiendo éste, la propiedad genera una suerte de eficacia defensiva, que tiene dos manifestaciones esenciales, una la oponibilidad *erga omnes*, otra el rechazo a la propiedad colectiva; ambas son indivisibles

como manifestaciones de la exclusividad, si se quiere permanecer en el ámbito de los derechos reales, que es, ocioso resulta decirlo, premisa inexcusable para permanecer en el ámbito de la propiedad, el derecho real por excelencia. En efecto, la oponibilidad *erga omnes* se puede considerar una raya distintiva entre los derechos llamados absolutos y los derechos llamados relativos: aunque el arquetipo del derecho absoluto sea el derecho real (y singularmente, por cierto, la propiedad), y el arquetipo del derecho relativo sea el derecho de crédito, es bien sabido que los pares derecho absoluto-derecho y derecho real-derecho de crédito no coinciden con exactitud, siendo muy significativos los mecanismos de oponibilidad frente a todos de los derechos de crédito, por sí mismos, o al hilo de los instrumentos de la publicidad registral; en cambio, la incompatibilidad de la manifestación de la exclusividad consistente en la negación de la titularidad colectiva (en su genuino sentido de solidaria) es específica no de los derechos absolutos, sino de los derechos reales; aunque no se logre identificar derechos reales con derechos absolutos y derechos de crédito con derechos relativos (si bien tendencialmente, como queda apuntado, para la inmensa mayor parte de los derechos patrimoniales privados la distinción es la misma), en los derechos de crédito sí cabe la titularidad solidaria, al contrario que en los derechos reales donde la pluralidad de titulares se resuelve, aun con las aporías señaladas, en la figura de la comunidad por cuotas.

No es argumento contra la exclusividad del dominio el llamado *ius usus inocui*, que, aparte de su debilidad institucional, debe ser construido como una especie de los «actos de tolerancia» (Montés).

La cuarta nota es el carácter fundante y no fundado, del derecho de propiedad, con respecto a los otros *iura in re*. No se emplea el término «fundamental», para evitar equívocos sobre la posición constitucional de la «propiedad», aunque creemos que en una visión estricta de los «derechos fundamentales», la «propiedad constitucional» no lo es. Con la nota del «carácter fundante» se quiere indicar una especial posición técnica en la creación de los derechos reales; del derecho de propiedad pueden derivar derechos menores; él mismo, como el mayor de los derechos hipotetizables, no puede derivar de ningún otro derecho subjetivo patrimonial privado. En este sentido es el único derecho real fundante de otros derechos reales y no fundado por ninguno de ellos. No obsta a esta conclusión el que se pueda pensar en alguna hipótesis de derecho real limitado no fundado en la propiedad, porque no se está diciendo que sea el único fundante. Por lo demás, los supuestos de derechos reales limitados no basados en una titularidad plena previa son extrañísimos, por no decir inexistentes; piénsese, por ejemplo, en el ejemplo, de virtualidad puramente escolar, de la adquisición de un derecho real limitado por ocupación, cuya misma posibilidad legal viene puesta en cuestión por los términos del Código Civil.

La concurrencia conjunta de las cuatro notas identifica un tipo de derecho al que se puede llamar, y sólo a él, propiedad. En palabras llanas, un derecho patrimonial privado, el más pleno posible, con carácter general sobre una determinada categoría de bienes corporales, oponible *erga omnes*, insusceptible de titularidad solidaria, y no derivado de otro

derecho subjetivo de mayor contenido de facultades, es la propiedad, y sólo él es la propiedad.

IX. CODA AUTONÓMICA

a) Sentado como principio general de la disciplina constitucional de la propiedad la necesaria reserva de Ley, surge la siguiente pregunta: ¿las leyes autonómicas, las emanadas de los Parlamentos regionales, ¿pueden reglamentar la propiedad privada? En otros términos, la reserva de Ley, ¿es sólo la Ley emanada de las Cortes Generales?

La respuesta, como tendremos ocasión de ver, no es sencilla. En principio parece repugnar que la regulación de uno de los «derechos y deberes de los ciudadanos», es decir, una pieza clave de todo el entramado constitucional, no sea objeto de una determinación unitaria para todo el territorio del Estado. Lo que sucede es que la afirmación anterior, de enorme peso en abstracto, cierra la cuestión de manera harto simple, que no puede dejarnos enteramente satisfechos, al menos *a priori*. No se ignora que, en efecto, «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado» (art. 139.1 de la CE), y que «las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar en ningún caso privilegios económicos y sociales» (art. 138.2 de la CE). Ahora bien, tales preceptos no suponen una rigurosa uniformidad en la regulación de derechos y obligaciones porque, como ha tenido ocasión de decir el Tribunal Constitucional precisamente al enfrentarse con una presunta inconstitucionalidad de uno de los «derechos y deberes de los ciudadanos» (la libertad de empresa *ex art. 38 de la CE*), por ser objeto de disciplina por Ley autonómica:

«Si no hay en los preceptos estudiados... lesión de la libertad que consagra el artículo 38 de la Constitución, es forzoso pasar a contrastarlos con los principios que enumera el artículo 139, cuya vulneración también se aduce.

El primero de tales principios es el de igualdad en derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional. Es obvio, sin embargo, que tal principio no puede ser entendido como una rigurosa y monolítica unidad del ordenamiento, de la que resulta que, en igualdad de circunstancias y en cualquier parte del territorio nacional se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido así nunca entre nosotros en el ámbito del Derecho privado y con la reserva antes señalada, respecto de la igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y libertades no es ahora resueltamente así en ningún ámbito. Es cierto que esta diversidad se da dentro de la unidad y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado.»

Obsérvese que estamos en el campo de las garantías institucionales de los ciudadanos con contenido económico, es decir, en el mismo en que se desenvuelve la propiedad privada.

Deducimos, pues, que son las condiciones básicas de ejercicio de los derechos, en nuestro caso de la propiedad, las que de manera indeclinable quedan reservadas al poder legislativo del Estado. Pero condiciones básicas, y es conclusión que también se infiere de la doctrina citada del Alto Tribunal, no es toda la regulación. Luego no es incorrecto plantearse, y mucho menos para el caso de la propiedad, «derecho subjetivo debilitado», la existencia de un posible ámbito de la Ley autonómica. ¿Cuáles son esas condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad? La solución no puede venir ofrecida tan sólo por razonamientos de carácter general y abstracto sobre el derecho de propiedad. Es menester antes, de manera preliminar, tomar posición sobre un problema, que de alguna manera se superpone, aunque tal vez sólo de modo parcial, a la inquisición antes expresada. Nos referimos al discernimiento de si la propia Constitución española no ofrece a las Comunidades Autónomas títulos competenciales para incidir, con su potestad legislativa, en el régimen de la propiedad privada. Ésta, como es bien notorio, es una institución civil, forma parte del Derecho Civil, es su núcleo más íntimo y esencial, como el derecho subjetivo por excelencia. Dicha constatación nos coloca, en una primera aproximación, ante el precepto constitucional que opera los deslindes competenciales (entre el Estado y las Comunidades Autónomas) en el terreno de las materias civiles. Se trata del artículo 149.1.8 de la CE, a cuyo tenor:

«El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:
... 8.º Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por la Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.»

Conjugando ambos datos (la propiedad es una institución civil, la legislación civil es competencia exclusiva del Estado), y permaneciendo en la esfera de esa primera aproximación, podríamos concluir que la propiedad privada es objeto de la legislación civil, y, como consecuencia, su régimen competencia exclusiva del Estado. No sólo el de sus condiciones básicas como una garantía institucional, sino todo el régimen por obra del título competencias concreto *ex* artículo 149.1.8.º de la CE.

Sin embargo, no podemos aquietarnos con tal conclusión, pese a su atractiva linealidad lógica. La realidad del Ordenamiento es mucho más complicada, e introduce elementos que hacen dudar de la lógica predicha.

De entrada está el dato de que, en todo caso, para subsumir un determinado bloque normativo dentro del concepto que expresa el artículo 149.1.8.º de la CE con el sintagma «legislación civil», debemos saber cuál es su real alcance y significado dentro del expresado precepto. Como vamos a ver a continuación, no están excesivamente claras las cosas en este dominio.

Parece que, de lo que se puede deducir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina que se ha ocupado de estas incumbencias, por legislación hay que entender legislación material, comprendiendo los reglamentos ejecutivos. Mayor problema plantea el calificativo «civil», que, según el Tribunal Constitucional (aunque hay que inducirlo de sentencias en las que se planteó idéntico problema respecto a las expresiones, también usadas por el 149.1 de la CE, «legislación mercantil» y «legislación laboral», ha de ser fijado sin referencia a los grandes sectores sistemáticos del Ordenamiento tal como los entiende la doctrina, pues ello es objeto de una polémica siempre viva y manejando, en cuanto sea posible, nociones intrínsecas a la propia Constitución, con el recurso añadido del uso habitual.

Con estos datos ha sido propuesto (Bercovitz) un conjunto de criterios para la determinación de lo que sea «legislación civil» en el artículo 149.1.8.º y que vendría a ser como sigue: quedarían excluidas de la «legislación civil», a estos efectos, todas las «legislaciones» apellidadas expresamente en el artículo 149.1 de la CE del mismo modo que todas las materias mencionadas en los artículos 148.1 de la CE y 149.1. de la CE (sin ser «legislaciones» o «legislaciones básicas»), que pudieran tener con el Derecho Civil alguna relación, «más o menos intensa»; de otro lado, quedarían incluidas las materias que el propio artículo 149.1.8 de la CE considera «en todo caso» competencia exclusiva del Estado, puesto que ello implica, obviamente, en el contexto del artículo, que son «legislación civil»; incluidas asimismo quedarían las materias reguladas en el Código Civil y en las Compilaciones forales, aun en el caso de que se ocupen de temas correspondientes a la teoría general del Derecho; y también dentro del concepto «legislación civil» se comprenderían los temas civiles de leyes administrativas, cuando se trate de leyes no incluidas expresa o indiscutiblemente en las materias, legislaciones y normas básicas enumeradas en los artículos 148.1 y 149.1.

A nosotros nos parece claro, sin disentir básicamente del importante esfuerzo analítico efectuado, que todas las materias a que se refieren las atribuciones competenciales del 149.1 de la CE están excluidas de lo que por «legislación civil» se entiende en el 149.1.8.º de la CE; si bien tangencialmente, o en abstracto, se pudieran considerar incluidas (piénsese, *ad exemplum*, en la propiedad intelectual); aunque creemos, asimismo, que no se avanza demasiado con ello en el corazón del problema (delimitación competencial de las atribuciones del Estado y las Comunidades Autónomas en el 149.1.81 de la CE) porque por definición todas las competencias del 149.1 de la CE son exclusivas del Estado; también se comparte lo afirmado en relación con las materias del Código Civil y las Compilaciones forales, y el segundo inciso del 149.1.8.º de la CE.

En cambio, aunque tampoco nos apartemos, en general, de la consideración que se hace de las materias del 148.1 de la CE, que guarden una relación «más o menos intensa con el Derecho Civil», y de lo dicho acerca de los temas civiles de leyes administrativas, cuyo título competencias no traiga cabecera expresa o indiscutible de los artículos 148.1 y 149.1 de la CE, creemos obligado hacer alguna matización.

En efecto, decir que quedan excluidas de la legislación civil (a los efectos del art. 149.1.8.º de la CE) todas las materias mencionadas en el artículo 148.1 de la CE «que pudieran tener alguna relación con el Derecho Civil, más o menos intensa» es formalmente cierto. Lo que sucede es que, a nuestro juicio, el real problema a dilucidar no es, en abstracto, sino hasta dónde los títulos competenciales del artículo 148.1 de la CE habilitan a las Comunidades Autónomas para incluir en las Leyes que de esos títulos traigan causa aspectos civiles (la relación «más o menos intensa»), sin invadir el ámbito de la «legislación civil» competencia exclusiva del Estado, *ex* artículo 149.1.8 de la CE, y sin caer, en consecuencia, en ilegitimidad constitucional.

Por utilizar los ejemplos más nítidos, pensemos en las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo y en materia de agricultura. ¿Hasta dónde habilitan para conformar la propiedad inmobiliaria? Cualquier determinación que afecta a la propiedad, conectada funcionalmente con el ejercicio de esas competencias estatutarias, ¿es constitucionalmente legítima, o bien hay un «núcleo duro» en la legislación civil, en cuanto competencia exclusiva del Estado, que bajo ningún supuesto puede ser afectado por el ejercicio de esas atribuciones sectoriales? Si la opción es la segunda, ¿cómo se individualiza dicho núcleo?

Y, a poco que se piense, el problema es idéntico cuando se trata de leyes administrativas no incluidas expresa o indiscutiblemente en los catálogos del 148.1 y 149.1 de la CE, pero que contienen materia civil: el que el título competencial no sea expreso o indiscutible planteará el problema de la adecuación constitucional de la asunción efectuada por el Estatuto; pero prescindiendo de este problema, que se coloca en otra sede, la cuestión es la misma: una vez atribuida una competencia en un determinado campo a una Comunidad, establecer los límites en que la legislación sectorial autonómica correspondiente puede incluir aspectos civiles, sin adentrarse en los dominios prohibidos del artículo 149.1.8 de la CE, por estar reservados al Estado.

Dicha cuestión fue abordada, en términos concretos, por la Sentencia, ya mencionada, del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley de Reforma Agraria andaluza. En el recurso se alegaba por sus promotores, como vicio de inconstitucionalidad que afectaba a toda la ley, de alguna manera, que al regular la función social de la propiedad se estaba regulando la propiedad, con invasión de la competencia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.8.º de la CE. El argumento fue rechazado por el Tribunal, con el razonamiento consistente en afirmar que:

«... la delimitación de los poderes del propietario se opera no sólo ya en la legislación civil, sino también en aquellas leyes que cuidan principalmente de los intereses públicos a los que se vincula la propiedad privada... La legislación agraria, cuyos objetivos conducen a una regulación de la propiedad de la tierra destinada a usos agrícolas se superpone a la legislación civil propiamente dicha.»

No aclara la sentencia en ningún momento qué es «legislación civil propiamente dicha», pero declara que resulta evidente que, si la

Comunidad Autónoma es titular de una competencia específica, para legislar en materia de reforma y desarrollo del sector agrario, dicha competencia incluye, asimismo, la posibilidad de legislar sobre la propiedad de la tierra y su función social dentro del territorio de Andalucía. En estas condiciones, y pese a que creemos correcta la solución, la argumentación no deja del todo satisfechos. La afirmación de que la delimitación de los poderes del propietario opera no ya sólo en la legislación civil, sino también en aquellas otras leyes que cuidan principalmente de los intereses públicos, resulta cuando menos discutible en la medida en que evoca una distinción estanca entre leyes que cuidan de los intereses públicos, y leyes que no hacen tal, retro trayéndonos (aunque sea de modo no consciente) al mundo superado de las viejas diferencias entre Derecho Público y Derecho Privado, incapaz de explicar, entre otras cosas, el nuevo rostro del Derecho Civil de nuestro días.

Más bien parece cierto que leyes que modelan *ab intrinseco* el haz de facultades del propietario es muy difícil no calificarlas como legislación civil o, si se quiere, legislación que afecta al Derecho Civil; lo que sucede es que ello no tiene por qué convertirlas, de modo necesario, en la «legislación civil» de que nos habla el artículo 149.1.8 de la CE, y sobre tal cosa volveremos inmediatamente.

Porque el corazón del problema es realmente otro, que ya habíamos enunciado en términos abstractos y ahora hacemos en términos concretos: atribuida la competencia específica para legislar en materia de reforma y desarrollo agrario, es absolutamente imposible, y la propia sentencia levanta acta de esa imposibilidad, concebir que la actuación sobre los poderes del propietario no sea en alguna medida competencia de la Comunidad Autónoma, puesto que una posición absolutamente negadora de tal atribución tendría como consecuencia el vaciamiento de la competencia. De esta manera, la sentencia se ve en la necesidad de cumplir una operación doble: por un lado, atribuir a la Comunidad Autónoma una cierta capacidad legislativa en el área de las instituciones civiles; por otra, negar que el resultado del ejercicio de esa capacidad sea «legislación civil». A nuestro modo de ver, como ya hemos dicho, el resultado es correcto, aunque el discurso argumental de la sentencia no sea demasiado satisfactorio, quizás y más que por otra cosa, por poco explícito. Creemos que esta solución viene avalada por lo que, a nuestro juicio, quiso realmente el constituyente al establecer como competencia exclusiva del Estado la «legislación civil»: evitar la producción de una suerte de codificación civil autonómica, o de legislación civil autonómica paralela a la legislación civil complementaria del Código, pero en ningún caso impedir la acomodación sectorial de la disciplina al ejercicio de competencias autonómicas.

En esta perspectiva, sí cobra sentido el que la Sentencia 37/1987 nos hable de la existencia de una legislación civil no propiamente dicha en el caso de la propiedad; porque, en efecto, y aunque no hemos de poner en duda el carácter «civil» –si se quiere, el carácter civil por excelencia– de la propiedad privada, ello no debe ofuscarnos a la hora de efectuar la comprobación de que su regulación está contenida en normas que exceden lo que de modo tradicional (*loci communes*, «legislación civil» a

efectos del art. 149.1.8.º de la CE) se ha entendido por «leyes civiles». La doctrina del Tribunal Constitucional ha seguido caminando en esta dirección, y hoy se puede considerar consolidada la doctrina tras las sentencias en recursos de inconstitucionalidad planteados contra las Leyes de Aguas (STC 227/1988, 29 de noviembre), Costas (STC 149/1991, 4 de julio), y Suelo (STC 61/1997, 20 de marzo). Especialmente contundentes son los pronunciamientos en este punto, de esta última.

b) Este es el planteamiento, creemos, del problema en sus términos más generales. Debemos, sin embargo, resolver una cuestión y es si ese planteamiento es válido del mismo modo para todas las Comunidades Autónomas. Ello remite a la postura que se adopte ante la extensión de la competencia legislativa en materia civil de aquellas Comunidades Autónomas en las que existan Derechos forales o especiales, pues es de dicho dato de donde podría brotar un factor de diferenciación. El tema, por cierto, no es nada pacífico.

Según una primera tesis la existencia de una Compilación de normas de Derecho foral significa una excepción a la exclusiva competencia legislativa civil del Estado, excepción que tiene en el contenido mismo de dicha Compilación el núcleo institucional al cual se extiende, lo que implica que el desenvolvimiento de los Derechos Civiles forales (la «conservación, modificación y desarrollo» de que habla el art. 149.1.8 de la CE) ha de ceñirse a ese núcleo, sin más virtualidad expansivo. En cambio, otras posturas llegan, aun con diversos matices, a conclusiones menos restrictivas en relación con la competencia civil de la Comunidades Autónomas de territorios donde exista Derecho foral. El núcleo esencial, empero, de que parten todas ellas es que los únicos límites claros a la potestad regional son aquellos en que la Constitución *expressis verbis* atribuye la competencia civil en exclusiva al Estado. Sin embargo, dentro de esta general afirmación no quedan excluidos matices distintos. Hay quien afirma que la reserva al Estado viene constituida por la salvedad de las excepciones contempladas en la segunda frase del artículo 149.1.8 a de la CE, más la regla 2.ª (nacionalidad), la 6.ª (Derecho Mercantil) y la 9.ª del 149.1 (propiedad intelectual y propiedad industrial), pudiendo ser objeto de legislación foral todo el resto de la materia civil. Para algún otro, partiendo de similares premisas, el ámbito del posible Derecho civil foral sería no el determinado por el actual contenido institucional de las Compilaciones, sino por la fuerza expansiva de los principios informadores de cada Derecho foral, pues éstos tienen carácter de sistema y posibilidades de autointegración, fuerza expansiva que en un proceso temporalmente indefinido puede afectar a todas las instituciones. De manera algo más templada se ha sostenido que, siendo las Compilaciones expresión de un sistema jurídico propio, la extensión de la actualización de cada Derecho foral dependerá del ámbito actual de su Compilación, conjugado con las necesidades de actualización del sistema jurídico que representa, pudiendo, si esas necesidades existen, extenderse a instituciones conexas o colindantes con las ahora reguladas.

Nosotros no podemos entrar ahora en un análisis crítico pormenorizado de las distintas tesis puestas al fuego del debate en este tema, y

que posiblemente sólo hallen solución en un hipotético pronunciamiento del Tribunal Constitucional. De cualquier forma, parece claro, y se ha dicho por todos, que la opción del constituyente no fue en materia de Derecho Civil una opción autonomista, sino foralista. Si la existencia de Compilaciones es la condición objetiva de la competencia en materia civil, no parece tener mucho sentido que esas Compilaciones y su articulación actual no sean en alguna manera (y aquí puede estar lo discutible de las tesis más restrictivas) la medida de la competencia.

No creemos que se pueda dar el salto lógico de que la existencia de Derecho foral justifica una expansión de la legislación civil en todas las direcciones de las atribuciones asumidas estatutariamente: el título habilitante para poseer competencia civil es la Compilación, y lo configura así directamente la Constitución. La competencia civil no puede fundarse en los Estatutos (aunque se deba desenvolver dentro de su ámbito). Si ello fuera así, no habría razón lógica alguna para no atribuir idénticas potestades a las Comunidades Autónomas sin Derecho foral, cuando la asunción estatutaria fuera la misma: si se trata de materias que no son objeto (más o menos extenso) de regulación foral, a igualdad de atribuciones, igualdad de instrumentos jurídicos para actuarlas. En estas condiciones nos parece que, en términos prácticos, la última de las posturas descritas se acerca a conjugar, de modo realista, la capacidad autointegradora de los sistemas de Derecho foral con la necesidad de la ceñir dicha capacidad, si no se quiere hacer venir a menos el texto constitucional, a las articulaciones esenciales de aquéllos.

De cualquier forma, y se parta de unas u otras tesis, el análisis del contenido de las Compilaciones forales pone de manifiesto que en algunas de ellas, la potestad legislativa correspondiente, puede incidir, y a título de Derecho Civil propio, en la institución de la propiedad. Se lleva la palma en este abanico de posibilidades la Compilación de Derecho Civil de Navarra, que contiene una extensa disciplina general de la propiedad y de varios derechos reales limitados; pero no es poco importante tampoco la regulación de la Compilación catalana, que versa sobre aspectos puntuales, pero de relieve, como los atinentes a los modos de adquirir, las relaciones de vecindad y la prescripción, ello sin olvidar pormenorizadas reglamentaciones de *iura in re* tan significativos como el usufructo, las servidumbres y la enfiteusis. Menor contenido tiene, en cambio, la Compilación aragonesa y aún menor la balear y la gallega, y prácticamente ninguno la de Vizcaya.

Nos preguntábamos algo más arriba si la cuestión de la competencia regional en materia de propiedad se planteaba en idénticos términos para las Comunidades con Derecho foral y para aquellas que no lo poseen. Ahora vemos que no se plantea de manera igual ni siquiera en las primeras, salvo que se adopte la tesis más extrema mencionada de que el hecho de disponer de Derecho foral habilite para toda legislación civil que no se reserve expresamente al Estado. Por resumir, diremos que hay Comunidades Autónomas con Derecho foral, que tienen competencias más o menos extensas en tema de propiedad, sobre la cual pueden dictar normas a títulos de Derecho Civil propio: hasta dónde puedan llegar

en esa tarea depende de la interpretación que se adopte sobre la capacidad expansiva de las Compilaciones, tomando partido en el debate que queda reseñado.

X. APÉNDICE: A CIVILIAN LAWYER LOOKS AT THE COMMON LAW

a) No se trata, como podría resultar de la evidente paráfrasis del conocido libro de Lawson, de seguir su propósito de explicar un sistema ajeno recurriendo a la «mirada del otro». En este caso, la vista al *common law* se propone otra finalidad. Se pretende, si bien de manera sumaria, hacer ver como las conclusiones obtenidas sobre el concepto de propiedad son subsidiarias de una cultura jurídica propia del sello romanístico, y que allí donde falta esta tradición, como es el caso del Derecho anglosajón, aunque se lleguen a conseguir resultados funcionalmente asimilables (Stein), todas las categorías asumen una diversa sistematización, y pertenecen a un arquitectura mental distinta.

Comencemos por algún esclarecimiento de orden terminológico. Para designar la propiedad en general, el Derecho inglés, matriz originaria del *common law*, utiliza dos palabras *property* y *ownership*. El primero, al cual se reconduce la categorización del sistema, llamada por eso *law of property*, es uno de los conceptos y de los términos más complejos del *common law*. Simplificando mucho, se puede decir que son dos círculos parcialmente secantes, lo que produce numerosas anfibologías (Gambaro), acompañadas de variadas denominaciones concretas de específicas formas jurídicas, de difícil encuadramiento.

Si se prescinde de esta cuestión, lo que ya comporta un grado de simplificación que puede provocar alguna inexactitud, deberíamos señalar que la contraposición entre *common law* y *civil law* se manifiesta de modo muy agudo desde el mismo terreno de los principios.

b) La razón principal, aunque no la única, es que el *common law* no ha recibido el concepto de *dominium*, que es el característico de los ordenamientos romanistas; por razones que derivan de la evolución histórica de los institutos fundiarios rige aún el principio de origen feudal (aunque se dice que sólo como *fictio*, en todo caso sin contenido económico) de pertenencia de todas las tierras del país a la Corona. Por ello, todo el que se encuentra en una relación jurídica sobre un inmueble se aproxima a un concesionario feudal (*tenant*, el nombre de dicha relación es precisamente *tenure*).

De esto derivan múltiples consecuencias, que aquí van abocetadas.

En efecto, la llamada *doctrine of the estate* (utilizado el término *estate* uno de sus posibles sentidos, *estate in land*, *real estate*, inmueble) consiente el concurso sucesivo y simultáneo de derechos plenos de propiedad, frente al horror romanístico al dominio dividido.

Y así, al no conocer el *common law* la propiedad alodial, ni el *dominium*, se desconoce una neta diferencia entre posesión y propiedad, de

lo que consiguen numerosas diferencias con el *civil law*: ninguna propiedad es absoluta, y su contenido se resuelve siempre en un mejor derecho a poseer; por ello mismo, no hay distinción entre acciones posesorias y acciones petitorias; no hay protección interdicial; no hay propia acción reivindicatoria, consiguiendo sus resultados con una multitud de acciones, muchas de ellas cuasi-delictuales, tales como la *action of trespass* o la *action of trover* o *of conversion*; no existe en términos generales la institución de la usucapión, salvo alguna excepción: el decurso del tiempo sólo se manifiesta en la *limitation of action* de aquel contra quien se posee, en un mecanismo afín a nuestra prescripción extintiva.

La misma ausencia del concepto de propiedad absoluta, unida al típico dualismo del sistema inglés *common law-equity*, da lugar a una dicotomía entre la *legal ownership* y la *equitable ownership*, dos formas de propiedad que no encuentran correspondencia en el *civil law*. Las consecuencias jurídicas de la dicotomía son extraordinariamente notables. La *legal ownership* constituye un *right in rem*, mientras que la *equitable ownership* es un *right in personam*, lo que ha permitido conjugando ambos niveles de protección construir la esencial figura del trust, de tan intensa utilización en el pasado y en el presente; el esquema es conocido: el *legal owner* es propietario en base al *common law*, y en consecuencia frente a los terceros; el *equitable* o *beneficial owner*, reconocido sólo por la *equity*, es titular sólo en las relaciones internas con aquel; pero si el *legal owner* viola (*breach of trust*) sus deberes fiduciarios, está prevista una serie de medidas y de sanciones para protección del *equitable owner*. Un esquema parecido funciona para la peculiar figura de garantía del *mortgage*, que hunde sus raíces en el histórico *vadium mortuum*, de la tradición germánica.

Las diferencias son algo menores cuando se trata de la propiedad de los muebles, aunque la distinción originaria del Derecho inglés no ha sido la que los apartaba de los inmuebles, sino sólo, y en los últimos estadios, tendencialmente coincidente entre *real property* y *personal property*. Empero, en este tema, en el *common law* rige el principio *nemo dat quod non habet*, y no la regla «posesión vale título», con una señalada excepción para la compraventa.

c) Finalmente, debemos señalar que la ordenación de la *law of property*, como ordenación general del *common law* se aparta, en las categorías que engloba, de un modo altamente significativo de la tradición romano-canónica o *civil law*.

En efecto, como muy bien resume De Franchis, la distinción básica de la *property* es la existente entre *real property* y *personal property*. La primera era la protegida por una *real action*, dirigida a la recuperación de un bien; pero como por razones históricas, las únicas cosas recuperables eran los inmuebles, se comenzó a hablar de éstos como *real property*. La segunda era la protegida por una *personal action*, pero sus subdivisiones encuadran, dentro de una articulación original del *common law*, supuestos de derechos reales y derechos de crédito, en la terminología del *civil law*. Véase: la *personal property* agrupa los llamados *chattels real* y *chattels personal*. A decir verdad, la única forma de *chattel real* es el *lease*, derecho de naturaleza real que tiene por objeto un *estate*,

derecho limitado en el tiempo, con profundas afinidades con la locación del *civil law*, pero con diferencias no poco significativas; el pormenor de ellas no puede ser efectuado en esta panorámica, sobre todo porque hay que efectuar previamente agudas disecciones conceptuales y terminológicas de carácter general. Las otras dos grandes distinciones de la *personal property* es la que corre entre *choses in action* y *choses in possession*. Las *choses in action* agrupan derechos y bienes inmateriales: créditos, acciones, títulos de crédito, marcas, fondos de comercio, derechos de autor, patentes; en principio, las reglas aplicables a la *ownership* y al *chattel corporeal* se aplican igualmente a las *choses in action*. Las *choses in possession* son los bienes muebles, también llamados *corporeal* o *material chattels*, para distinguirlos de las *choses in action*. En relación con esta distinción, se suele afirmar que la *personal property* está *in possession* o *in action* para indicar la posesión de ella, o la mera tenencia de un título de crédito.

Las diferencias, como se ve, son acusadísimas. Buscando trazos gruesos de similitud, los dos únicos posibles son la distinción entre *real action* y *personal action*, que evoca la romanística *actio in rem* y *actio in personam*, pero aplicada a realidades muy diversas, y de modo muy peculiar; y una tendencial, pero sólo tendencial, propensión a asimilar la *real property* a los bienes inmuebles y la *personal property* a los bienes muebles.

d) Un último apunte. Según Gambaro, en la tradición del *common law* angloamericano se deben distinguir tres subtradiciones: la de técnica legal (que a la que van referidas las anteriores notas), la subtradición política y filosófica, que afronta el problema del fundamento metapositivo de la propiedad, y la subtradición de *jurisprudence* o *legal reasoning*. Sobre las complejas formulaciones e interrelaciones de unas y otras no podemos dejar aquí más que un indeciso boceto, señalando que la segunda, por obra de Locke operó una escisión entre búsqueda jurídica y filosófica, que le permite ser uno de los grandes teóricos y no sólo para el mundo anglosajón de la *private property*, escisión entre técnica legal y fundamento que intenta saldar Blackstone, y que ayuda a la configuración del Derecho norteamericano. Por lo que hace a la tercera subtradición, la de *jurisprudence*, y cuyos nombres significativos son Austin, Salmond y Hohfeld, se debe señalar que la deriva inglesa de *legal reasoning* distanciada de la explicación del derecho positivo, ha provocado desenvolvimientos muy diversos en Norteamérica, debido a que esa distancia no se permite en la enseñanza jurídica, al lado de una verdadera tradición científico-académica de la Universidad norteamericana en el campo del Derecho, y de su reflejo en la habilitación de la *legal profession*, datos ambos que, partiendo de comunidad de lenguaje y de cultura, marcan una cada vez más imparable extrañeza del Derecho inglés al Derecho norteamericano. En él perviven las extremas fundaciones históricas del *common law*, sin duda; pero las originalidades son de sonoro acento, y mucho más receptivas a las técnicas del propio *civil law*. Como es fácilmente comprensible, ahondar en estos fenómenos sale claramente del objeto propuesto aquí y ahora.

GUÍA DE AUTORIDADES

- BARNÉS, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, 1988.
- BERLE Y MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, 1932.
- BERCOVITZ, «Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil», Primer Congreso de Derecho Vasco: La actualización de Derecho Civil, 1983.
- BOLAFFI, *La società semplice*, 1947.
- BUSSI, *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune*, I, 1937.
- CAPILLA, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, 1984.
- CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali, con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, 1885.
- COCA PAYERAS, «Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica», 1988.
- CRUZ VILLALÓN, voz «Derechos fundamentales», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1995.
- DI MAJO, «Il diritto soggettivo nell'ideologia dello stato sociale», *Anuario Bibliografico di Filosofia del Diritto*, III, 1967.
- DUGUIT, *Les transformations generales du droit priv, depuis le Code Napoleon*, 1911.
- DOMÍNGUEZ PLATAS, *Obligación y derecho real de goce*, 1994.
- FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, 1923.
- FORSTHOFF, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, 1954.
- GAMBARO, «La proprietà nel common law anglo-americano», en *Candian-Gambaro-Pozzo, Property-Propriet- Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, 1992.
- GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, 1968.
- GROSSI, *Il dominio e le cose*, 1992.
- HÄBERLE, «1789 als Teil der Geschichte. Gegenwart und Zukunft des Verfassungsstaates», *Jahrbuch des öffentlichen Recht*, 1988.
- IHERING, *Das Zweck im Recht*, 1880.
- IRTI, *Proprietá e impresa*, 1965.
- JÖRS-KÜNKEL-WENGER, *Römisches Privatrecht*, 1949.
- JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativit. Theorie dite de l'abus des droits*, 1927.
- JUAN, P.P. XXIII, *Mater et magistra*, 1961.
- LABRUNA, *Vim fieri veto*, 1970.
- LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, III, 1979.
- LAWSON, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, 1953.
- LEÓN, P.P. XIII, *Rerum novarum*, 1891.
- MAINE, H. S., *Ancient Law*, 1861.
- MARX, *Das Kapital*, III, 1894.
- MENGER, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich*, 1890.
- MIQUEL, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, sub artículo 392.
- MONTÉS, *La propiedad en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, 1980.
- NICOLO, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, *Rivista del diritto commerciale*, I, 1956.

- PÉREZ LUÑO-R. FLÓREZ DE QUIÑONES, *Comentarios a la Constitución de 1978*, dirigidos por Alzaga, sub artículo 33, 1997.
- PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, segunda parte (System und Geschichte), edición al cuidado de Krüger, Leipzig, 1893.
- PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, 1954.
- K. RENNER, *Die Rechtinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*, 1929.
- REY MARTÍNEZ, *La propiedad privada en la Constitución española*, 1994.
- RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 1974.
- RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1946.
- RODOTA, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, 1981.
- SALEILLES, «De l'abus de droit», *Bulletin de la société, d'études législatives*, París, 1905.
- SALVIOLI, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il Diritto nuovo*, 1906
- SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato*, 1906, edición póstuma al cuidado de Ungari, 1980.
- STEIN, *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, 1987.
- VALVERDE, *Los códigos civiles modernos y el Derecho nuevo*, 1923.
- WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 1879.

Para algunas de las cuestiones relativas a los datos constitucionales atinentes a la definición de propiedad, he utilizado largamente mi libro *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1988; asimismo, ciertos datos y planteamientos proceden de otros trabajos míos, en especial de «Constitución, Código y leyes especiales. Reflexiones en torno a la llamada descodificación», en *Libro del Centenario del Código Civil*, Asociación Española de Profesores de Derecho Civil, II, 1990; «Geny, Duguit, y el derecho subjetivo. Evocación y nota sobre una polémica», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1991; y «Estado Social y sujeto privado. Una reflexión finisecular», en la misma revista. 1996.

