

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL Protección del derecho de propiedad

Hernández-Gil y Álvarez-Cienfuegos, Antonio

Catedrático de Derecho Civil

LA PROPIEDAD EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

Ponencia

Serie: *Civil*

VOCES: PROPIEDAD. DERECHOS REALES.

ÍNDICE

I. Introducción.

II. Un apunte metodológico e histórico.

III. La diversificación de la propiedad.

IV. La delimitación positiva del contenido del derecho.

V. La orientación valorativa del derecho de propiedad.

VI. La actual economización de la propiedad a imagen de la posesión.

TEXTO

I. Introducción

Los civilistas, quizás los juristas en general, estamos poco acostumbrados a los cambios significativos en nuestra disciplina. Si un ciudadano romano reviviera en nuestros días, de las pocas cosas de las que podríamos hablar sin que la distancia del tiempo levantara un muro de incompreensión, sería de derecho civil, del mismo «ius civile» de Gayo. Quizás también de los problemas permanentes del hombre sin atributos; pero sería difícil hallar otro discurso científico en el que el lenguaje, dos mil años después, fuera común.

Sin embargo, uno de los mayores cambios que la evolución de los ordenamientos jurídicos ha sufrido en los tiempos modernos ha sido el representado por la aparición de las constituciones, especialmente de las nuevas constituciones, en que, más allá de las decimonónicas declaraciones programáticas de derechos y de la organización política, se llega a estructurar las relaciones sociales básicas y a suministrar un «corpus» de principios y valores que informan la totalidad del ordenamiento jurídico y también ese inmóvil (o poco mutable) ámbito del derecho privado.

Desde el punto de vista del derecho civil, quizás el moderno constitucionalismo ha transformado más la disciplina que la propia codificación. Esta produjo, sobre todo, un cambio de la materia o la forma normativa. El antiguo derecho decantado jurisprudencialmente, disperso en sus fuentes, lentamente conformado durante siglos de experiencia jurídica, dio paso a un derecho bidimensional, plano, cerrado en los precisos contornos del Código Civil, emanado de la Ley como fuente única o primera del derecho. Pero los contenidos prescriptivos o normativos cambiaron poco. Los Códigos civiles, paradigmáticamente, el Código francés de Napoleón, consolidaron los conceptos, las instituciones civiles del derecho romano que, transmutado, estaba vigente como derecho nacional. Más aún, la codificación, con la difusión de un preciso modelo de Código Civil, vino a extender los dominios de la tradición jurídica romana mucho más allá de la geografía del viejo imperio o de los países que recibieron el derecho romano en la Edad Media y en la larga época del derecho común.

Las modernas constituciones, que cuantitativamente se ocupan poco de las materias propias del derecho civil, han venido a representar más cualitativamente, al establecer los principios de la organización social también en el ámbito privado y, como decíamos, al suministrar un conjunto de principios y valores que, por su generalidad y su función vertebradora del orden jurídico, todo lo informan, condicionando el sentido material y la aplicación práctica de muchas de las viejas instituciones que solíamos entender de un modo preferentemente formal y abstracto. El derecho real de propiedad, o, simplemente, la propiedad, que es una institución básica, no podía quedar fuera de esa tendencia.

II. Un apunte metodológico e histórico

Quien suscribe profesa, como convicción metodológica, la proclividad romanista e historicista. No carece de fundamento afirmar que en la historia del pensamiento jurídico los mayores logros se han conseguido cuando al rigor sistemático y conceptual se le ha unido el planteamiento historicista, como en la jurisprudencia culta del siglo XVI o en la escuela histórica del derecho en el XIX. Por eso en un tema como el presente, esencialmente actual, procede hacer alguna referencia histórica.

Si hoy acudimos a las fuentes romanas en busca de antecedentes sobre el derecho de propiedad, la primera impresión será la del silencio o la escasez normativa. Es un hecho sorprendente, incluso asumiendo el casuismo romano, su aproximación al problema, al tópico, y el alejamiento de la abstracción. Sorprende incluso -al menos así le sucede a quien les habla- pese a ser conocido que no llegó a construirse entonces un concepto general de derecho subjetivo, como lo sería el de propiedad, y que se hallaba la noción de derecho relativo subordinada al concepto de la «actio» en la actualización procesal del derecho. Por el contrario, como es también sabido, el instituto de la posesión era objeto de una regulación y un tratamiento harto más específicos y prolijos. Retengan ustedes esta asimetría propiedad/posesión, y esbozemos un intento de explicación:

El «dominium» o la «proprietas» son, por así decirlo, conceptos transparentes. De ahí su (aparente) ausencia de los textos. La «proprietas» tiende a identificarse con la cosa misma sobre la que se ostenta lo que hoy llamaríamos una relación de dominio, con la «res», del mismo modo que los «iura in re aliena», los derechos reales limitados, se contemplan, desde las Instituciones de Gayo, como el paradigma de las «res incorporales». Todavía hoy en el lenguaje ordinario la propiedad o las propiedades de alguien son no sólo el derecho sobre determinadas cosas, sino también las cosas mismas que se hallan dentro de la esfera patrimonial dispositiva del sujeto. El tránsito del «ius» a la «res» es casi imperceptible. Lo que hoy llamaríamos el derecho de propiedad aparecería entonces, más bien, como un criterio de pertenencia o titularidad implícito e ínsito en las cosas mismas como objeto del discurso jurídico. Por la misma razón, no hace mucho tiempo que un autor francés, Ginossar, al tratar de la «vexata quaestio» de la distinción entre los

derechos de crédito y los derechos reales, proponía, desde un punto de vista que no dejaba de ser dogmático, la dilución del concepto de propiedad en la noción de titularidad o pertenencia de cualquier derecho. De hecho, eso es lo que sucede cuando hablamos de la propiedad en sentido negativo. En el régimen legislativo de la expropiación forzosa (y la expropiación es la privación de la propiedad, la no propiedad), se equipara esa privación por causa de utilidad pública del derecho real de propiedad, con la privación de cualquier otro derecho. La propiedad, pues, como pura expresión de una titularidad que, aun cuando recayera sobre bienes o cosas, no necesitaba ser específicamente denominada, es, acaso, lo que explica el silencio del derecho romano. Naturalmente, nos referimos al silencio en el plano de la expresión: las fuentes romanas contenían en sí el germen, la idea misma, por hablar en los términos que lo haría Ihering, de lo que luego se construiría como el derecho de propiedad.

En la larga edad del derecho común, entendiendo este concepto en el sentido amplio que propone Calasso desde la recepción del derecho romano hasta la formalización de los derechos nacionales en la codificación, el hecho de que la jurisprudencia operara básicamente sobre las fuentes romanas provocó un casi silencio semejante sobre el derecho de propiedad.

Incluso en una obra del siglo XVII ya próxima al Código Civil francés, y que en buena medida prefiguró sus esquemas sistemáticos y conceptuales, como fueron las Leyes Civiles de Domat, publicada en 1676, no hay ninguna parte, título, capítulo o rúbrica que se refiera a la propiedad o al dominio. Tampoco ninguna regla.

El discurso sobre la propiedad, históricamente, no pertenece a la disciplina del derecho civil concreto, sino al ámbito del pensamiento jurídico general y abstracto, a la filosofía del derecho o a la filosofía política. Desde el debate sobre la pobreza que en el siglo XIII se dio en el seno de la Iglesia y, más concretamente, dentro de la orden franciscana, de donde surgieron las bases para la configuración de la propiedad en tanto que derecho subjetivo, como M. Villey ha puesto de manifiesto, hasta los fundamentos ideológicos de las declaraciones de derechos y el surgimiento del constitucionalismo a finales del siglo XVIII, pasando por las construcciones del iusnaturalismo racionalista en el siglo XVII, especialmente en las obras de Hugo Grocio o Puffendorf, que tanto contribuyeron al establecimiento del concepto moderno de propiedad.

Pero si para las declaraciones de derechos del hombre la propiedad era un derecho inviolable y sagrado, para la codificación civil la propiedad era casi un derecho inenunciable, o, mejor, irregular: se ofrecía al jurista como algo previamente dado e intangible. De ahí que el Código Civil francés, en su artículo 544, tan próximo al pensamiento y al hecho revolucionario, como nuestro Código Civil en su artículo 348, asignaran un lugar sistemáticamente importante a la propiedad, encabezando el Libro III («De los modos de adquirir la propiedad»), para luego, apenas en sólo esos artículos, definirla más que regularla: no cabía conformar un derecho que, como hemos dicho, se imponía en su plenitud. Se hablará a continuación, en términos físicos, del derecho a la superficie, al vuelo, al subsuelo, o del anacronismo del tesoro oculto, al que se dedican dos artículos, el 351 y el 352, tanto como a la propiedad misma; se regulará a continuación la accesión, con todas esas curiosidades geográficas de la «avulsio», la «alluvio», la «insula in flumine nata». Pero en cuanto a la propiedad en sí, entendida en sus rasgos definitorios y dogmáticos, estamos casi ante el mismo silencio de las fuentes romanas.

Y de ahí también que sobre la base del formalismo de los códigos civiles en materia de propiedad, las elaboraciones de la doctrina científica hayan incurrido en el mismo formalismo conceptual un tanto vacuo. Es lo que Rodotà ha denominado el eclipse de la propiedad. Un eclipse que, en rigor, y para la disciplina del derecho civil, ha sido un eclipse de siglos; casi eterno.

Sin embargo, enlazando con la tradición del iusnaturalismo y las declaraciones de los derechos del hombre, las modernas constituciones sí han sido -son- el espacio normativo idóneo para tematizar cuestiones como la propiedad, que constituirían la base del sistema del derecho privado patrimonial y, por tanto, la base de esta forma o modelo de organización social que es el derecho civil.

Durante algún tiempo las constituciones modernas y los códigos civiles, al igual que los respectivos discursos jurídico-disciplinarios, siguieron sus propios caminos, con la misma incomunicación inherente a la disyunción dogmática entre el derecho público y el derecho privado. Los civilistas, especialmente, reclusos en un cómodo confín de siglos, hemos sido poco sensibles a influencias extradisciplinarias y, más aún, poco receptivos a cualquier cambio. La consecuencia disciplinar, y hasta académica, es que hemos sido desplazados del centro del sistema por lo que llamamos el derecho público.

Concretamente, la perspectiva constitucional lo ha invadido prácticamente todo. Hoy es un tópico hablar, por ejemplo, de la constitucionalización del derecho civil, en expresión de Irti, de forma correlativa a como se habla de la decodificación. Los ya viejos códigos civiles han perdido su posición de centro del sistema, de centro del sistema jurídico en su conjunto, desde donde se desarrollaba la teoría de las fuentes del derecho, de la interpretación, de la aplicación normativa, y también de centro del sistema jurídico privado. En lo que nos ocupa, habría que hablar de «la constitucionalización del derecho de propiedad». Y, en efecto, aunque lentamente y con prudencia (por no decir con alguna resistencia) los civilistas han admitido la influencia de la Constitución en esta materia: la potencialidad informadora de los valores, principios y preceptos constitucionales capaces de irradiar su eficacia prescriptiva conformadora y su función interpretativa hacia todos los sectores del ordenamiento jurídico. También hasta ese viejo reducto de la propiedad clásica. Cualquier texto de derecho civil incorpora ya, al ocuparse de la propiedad, algún epígrafe relativo a la perspectiva constitucional. No es mucho. El planteamiento es todavía parcial y un tanto aditivo sin llegar a condicionar la estructura del discurso; pero ya es algo.

Sucede, además, que la institución de la propiedad se ha transformado profundamente, en gran medida por la incidencia cada vez mayor de normas de derecho público en lo que antes era la tranquila y exclusiva parcela del derecho privado. Los rasgos más sobresalientes de esta transformación de la propiedad, que no siempre guardan una relación estricta con las modernas constituciones, podríamos sintetizarlos así:

III. La diversificación de la propiedad

De los tópicos modernos sobre la transformación de la propiedad a los que nos referíamos, el primero debe ser, seguramente, el de su diversificación. Es una época, la actual, en la que los conceptos jurídicos fundamentales tienden a romperse en su unidad o plenitud ideal, fragmentándose para plegarse más concretamente a las diferencias y matices de la realidad social. Así quebró la categoría del negocio jurídico y, más abajo en el plano de la concreción, se habla también regularmente de la crisis del contrato. En el dominio de los derechos reales, la fragmentación de la propiedad es el correlato. De la propiedad como concepto básico y, por supuesto, unitario, se pasaría a las propiedades, en plural.

En el mismo sentido ha influido la fragmentación de las fuentes normativas, la multiplicación de las leyes especiales en materia de propiedad. El código civil, como centro del sistema del derecho privado, era una garantía de unidad conceptual para derechos en él contemplados como el de propiedad. Cuando el código civil ha sido sustituido por la Constitución incluso como centro del derecho privado, y ha resultado desplazado a la periferia del sistema junto a la legislación especial, los propios conceptos se diversifican y aparecen en unas y otras normas difícilmente reconocibles como un único y mismo concepto. En ninguna materia como en la de la propiedad este proceso ha sido tan relevante, porque en ninguna materia la intromisión del derecho público y de las técnicas de tutela e intervención del Estado ha sido tan constante. Piénsese, por ejemplo, en el régimen urbanístico de la propiedad y cómo la posición del propietario de un solar afectado por el planeamiento urbanístico apenas puede identificarse con la suma de facultades del artículo 348 del Código Civil. Mas, a su vez, este propietario tiene poco que ver con el que lo es de un automóvil, de una finca agrícola o de un bien del Patrimonio Histórico Artístico.

Ideológicamente, esa propiedad diversificada tiene sus orígenes doctrinales en el Estado fascista, del que surge una relativización del concepto de propiedad, frente a la propiedad abstracta de la dogmática jurídica ligada al liberalismo individualista de los códigos civiles, si bien no se llega a negar la existencia de una función social unitaria para este derecho impulsado por los fines del Estado totalitario. Esa intervención del Estado, más allá de cualquier ideología, es lo que se ha generalizado como fundamento de la fractura del concepto unitario de propiedad, dando paso a una suma de propiedades con menos elementos comunes de la que en principio pudiera pensarse: la propiedad urbanística, la propiedad de las aguas, la propiedad de los títulos valores, la propiedad de los objetos de arte, la propiedad agraria.

De todos modos, como ha señalado también Rodota, cuanto más se habla de la propiedad y las propiedades, más se reafirma la unidad del concepto, aunque se reconozca que es susceptible de especialidades. Cabe apreciar como un nuevo dogmatismo: si tanto se habla de las propiedades será porque se sigue reconociendo la existencia de un sustrato común definitorio enraizado aún en el modelo tradicional de la propiedad. Es sólo, a la postre, un cambio en el número: del singular al plural, de la propiedad a las propiedades.

En la cuestión late, además, la tensión dialéctica entre un concepto abstracto y apriorístico de la propiedad, que propenderá a la unidad conceptual, y la posible consideración del concepto de propiedad como una deducción a partir del derecho positivo, favorecedor en este caso de la diversidad conceptual. Pero ésa es, ante todo, una cuestión de método, de forma de aproximación a la realidad jurídica. Carece de sentido la pretensión de deducir del examen de las normas la prevalencia de uno u otro punto de vista. Así sucede cuando algunos autores recientemente polemizan sobre si resulta del artículo 33 de la Constitución un concepto de propiedad de contenido apriorístico, es decir, si este precepto constitucional refleja un concepto previo de propiedad que se impone a, o se presupone en, el legislador constitucional y que el jurista intérprete ha de identificar en algún lugar de la historia de los conceptos, o, como diría Ihering, en el cielo de las ideas jurídicas; o si, por el contrario, se trata de un concepto de propiedad de contenido positivo, diversificado según la influencia en cada caso del interés público, que hemos de deducir de no otro lugar que las precisas, concretas, disposiciones de nuestro ordenamiento en la materia. Creemos que es sólo una cuestión de método. En su *Tractatus logico-philosophicus*, Wittgenstein, en un sentido profundo, decía que de aquello de lo que no se puede hablar mejor es callarse, por referencia a las cuestiones que con él podríamos calificar de índole metafísica o de problema puramente lingüístico. No diremos ahora que de los conceptos jurídicos o del concepto de la propiedad mejor sea no hablar, como si siguiera teniendo algo de innombrable ese «terrible derecho» del que habla Proudhon, pero sí que hay que hablar con cuidado. De todos modos, siguiendo con una distinción escolástica, cabe recordar que los conceptos cuando ganan en extensión pierden en comprensión, y viceversa. Si se extiende el significado de la propiedad a situaciones muy diversas, se verá debilitado su sentido, o la intensidad de su sentido. Luego, esta diversificación del derecho de propiedad a la que venimos refiriéndonos tendrá como consecuencia, al menos, una sensible pérdida del vigor dogmático del actual concepto de propiedad.

IV. La delimitación positiva del contenido del derecho

Históricamente, la propiedad ha pasado de ser un derecho previo, tendencialmente absoluto y limitado (ni siquiera delimitado) negativamente por la ley, a ser un derecho conformado por el ordenamiento jurídico, fundamentalmente por la Constitución y sus valores y principios; un derecho, que sólo existe para el titular dónde y cuándo el derecho positivo así lo habilita.

El artículo 348 del Código Civil, al decir que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», se refiere en ese sentido a las limitaciones

establecidas en las leyes, como instancia extrínseca y negativa de configuración del derecho de propiedad cuyo matiz es incluso más excepcional que el de los límites derivados de las leyes, que dogmáticamente parece aludir a los contornos reguladores del derecho. La Constitución, en términos más avanzados, afirma en su artículo 33 que la propia función social delimitará al contenido del derecho (no ya el ejercicio, sino el derecho mismo).

Incluso, de esa delimitación de la propiedad, como derecho, por el ordenamiento, se ha pasado a la consideración legal de la propiedad como fuente de deberes positivos, y así se plasma ya en el Código Civil italiano de 1942. Ya hemos dicho cómo esta nueva configuración de la propiedad es en gran medida tributaria del pensamiento jurídico fascista. La idea no llegó a hacerse presente en nuestra Constitución, aunque es compatible con la fórmula del artículo 33 y el valor de la función social.

Correlativamente, hay una dinamización del derecho de propiedad. De la propiedad como «tener», donde prima el dato jurídico formal de la atribución del derecho al propietario, y, por tanto, los modos y regímenes de adquirir y transmitir la propiedad constituirían su disciplina básica, a la propiedad como «actuar», donde prevalece el dato jurídico material y la consideración de la función social que se refleja en el plano del contenido del derecho, desde la perspectiva de su ejercicio, no ya para dilucidar de quién es tal derecho, sino cómo se es propietario. La propiedad como poder funcionalizado, como expresivo de un espacio de libertad para algo. La propiedad, instrumento de explicación de la actividad económica. Así permite considerarla el artículo 33 de la Constitución a través del concepto de la función social.

En los mismos términos metafóricos se desvela el paso de una economía del propietario a una economía de la propiedad en la que este derecho se cosifica. En los orígenes del derecho romano el «dominium» era una derivación de la «domus», de la casa como estructura organizativa, y el «mancipium» una segregación de la «manus» como «potestas» del «pater familias». La propiedad aparece, según Renner, como «erb und eigen», la casa y el fundo con todo lo que le pertenece como «universitas rerum», centro de producción, lugar de trabajo, almacén, taller, ajuar, centro de consumo, un microcosmos desorganizado cuyo único centro de gravedad era la individualidad del propietario, del «dominus». Todavía el Código Civil desarrolla esa suerte de geografía propietaria. El tesoro, la accesión, la medianería, las servidumbres, la ocupación. El derecho del propietario de un enjambre de abejas a perseguirlo sobre el fundo ajeno de que habla, y regula minuciosamente, el artículo 612 del Código. Es un derecho plegado sobre las cosas y centrado en el propietario. De ahí, como decimos, a la propiedad en sí misma y el ejercicio del derecho. Incluso la atribución de la propiedad se supedita en ocasiones a determinada condición de ejercicio del derecho y, generalmente, a que dicho ejercicio por un título concreto no colisione con el interés general. Aquel macrocosmos ha desaparecido, como prácticamente ha desaparecido la casa sobre la que se asentaba, reducida poco menos que a una habitación sólo identificable numéricamente, y que ya no soporta ni la actividad familiar ni, sobre todo, la actividad económica base de la organización social. En general, la lectura del régimen de la propiedad del Código Civil en esos aspectos que acabamos de mencionar refleja como pocos el paso del tiempo, el anacronismo de aquellas disposiciones. La propiedad, en fin, ya no se asienta en la individualidad del sujeto jurídico, sino en la virtualidad orgánica del mundo de los objetos orientado finalísticamente por su destino económico.

V. La orientación valorativa del derecho de propiedad

La propiedad clásica gravitaba sobre el dato jurídico formal expresando los conflictos entre propietarios y no propietarios. Aquéllos, los propietarios, asistidos de un derecho de exclusión que, como todavía se plasma en el artículo 348 del Código Civil, era lo definitorio de su derecho; y, éstos, los no propietarios, afectados por su correlativo deber general de abstención. Hoy se rompe ese esquematismo binario de la relación tener o no tener como fundamento de la organización social que hacía del derecho civil, como

decía Tocqueville, el derecho de los propietarios. Al mismo tiempo hay una indudable decadencia del papel de la propiedad.

En lugar del dato jurídico formal importa el dato jurídico material. Frente a la forma, el contenido. Frente a la norma, el valor, aunque la definición y la implantación jurídica del valor dependa de otras normas como son, básicamente, las normas constitucionales.

En ese contexto se explica el valor de de la propiedad que imprime carácter al artículo 33 de la Constitución española. La función social de la propiedad viene a ser, por otra parte, como una especialización en materia propietaria de dos viejas categorías: la del abuso del derecho, y su ejercicio antisocial, como límite negativo al ejercicio de cualquier derecho subjetivo y que, tardíamente en el plano legislativo, luego de la reforma en 1974 de su Título Preliminar, se plasma en el artículo 7 del Código Civil; y la de la buena fe como condición y, por ende, límite positivo del ejercicio de los derechos, recogido en el mismo precepto. En rigor, casi nada de lo que no puede hacerse con el auxilio de esas dos categorías, logra añadirse con el recurso a la función social de la propiedad.

Una función social que, en primer lugar, hay que dilucidar dónde radica, qué instancia es la que tiene que cumplirla. ¿Se trata de una determinada orientación finalística de la ley «in fieri», que debe dictarse atendida a esa función social, como sucede en la Constitución italiana? ¿Se trata, por el contrario, de una orientación finalística de la ley ya dada, en tanto que criterio hermenéutico para su interpretación y aplicación realizada en razón de esa función social?, ¿o de una dimensión valorativa de la propiedad concreta, de cada derecho de propiedad que en su ejercicio ha de cumplir dicha función, para no contradecirla, bien como condición de ejercicio, como condición de acceso a la titularidad o del mantenimiento de ésta sin que se desencadenen los mecanismos correctores del Estado a través de la técnica de la expropiación forzosa?

Después, habría que dilucidar si nos hallamos ante una indicación objetiva, externa u ornamental, que no penetra en la naturaleza del derecho clásico de propiedad, o si se trata de un límite externo inherente a la propiedad. El interés colectivo como instancia reductora de las facultades propias del interés individual. O, finalmente, si la función social de la propiedad llega a conformar internamente al derecho, donde aparecería indisolublemente unido el contenido activo del derecho, la vieja propiedad del artículo 348, como una suma de facultades, y el contenido pasivo de una propiedad que puede ser fuente de cargas y deberes en el sentido estricto.

Sobre esta base ha de entenderse el tantas veces mencionado tránsito, primero, de una propiedad limitada, negativamente, a una propiedad delimitada (del propietario que lo puede todo menos donde excepcionalmente las leyes le limitan al propietario cuyas facultades, todas, están delimitadas, haciendo frontera con lo que la ley le indica, regularmente, que no puede hacer); después, de esa propiedad delimitada (externamente) a una propiedad conformada interna y positivamente (al propietario que puede hacer lo que puede hacer porque expresa y positivamente el ordenamiento le habilita para hacerlo definiendo su estatuto de propietario), y, por último, de una propiedad conformada a una propiedad vinculada (donde el propietario es también sujeto de cargas y obligaciones y, más aún, todo ejercicio de su derecho ha de medirse en su orientación finalística). En definitiva, se trata del paso de la propiedad como derecho a la propiedad como función.

VI. La actual economización de la propiedad a imagen de la posesión

La ciencia del derecho, por influencia del pensamiento aristotélico y de la lógica ramística, posee una innegable propensión a las dicotomías. Un discípulo de Cristian Wolf, Nettelblatt, llegaba a distinguir en dos clases a los jurisconsultos de todos los tiempos: jurisconsultos vivos y jurisconsultos muertos. No se si con la misma rotundidad, pero sí con alguna, los conceptos de propiedad y posesión han aparecido siempre

contrapuestos.

En Savigny, la tensión entre propiedad y posesión se resuelve por la vía de independizar y automatizar la posesión, frente a la opinión mantenida por romanistas durante siglos, que verían en la posesión un ingrediente de la propiedad. La posesión, que no es un mero hecho, se define por el «animus possidendi» (no por el «animus domini») y es la posibilidad de ejercer sobre las cosas una influencia inmediata, excluyendo la influencia de otra unida a la intención de hacerlo así.

Ihering, en cambio, construye la posesión a imagen de la propiedad. Más aún, el fundamento de la tutela posesoria no sería ni la protección a la persona ni la reacción a la violencia como en Savigny, sino la protección de la propiedad misma. La posesión como una suerte de exterioridad de la propiedad, y su tutela como un complemento necesario a la tutela dominical, una facilitación de la prueba en favor del propietario, aunque ello, necesariamente, aproveche también al no propietario.

Con el transcurso del tiempo, las cosas pueden cambiar sustancialmente. Quizás hoy no sería absurdo hablar de una concepción de la propiedad a imagen o semejanza de la posesión. Pesan varios factores:

En primer lugar, un deslizamiento general del pensamiento jurídico hacia posiciones antiformalistas y valorativas donde prima el momento de la actuación y del ejercicio de los derechos, así como la interpretación económica o el análisis económico del derecho.

En segundo lugar, el propio cambio en la posesión de la propiedad dentro del sistema jurídico y su fundamento ideológico o valorativo en las constituciones modernas.

Si antes para las constituciones y declaraciones de derechos, la propiedad era aquel derecho inviolable y sagrado y para los códigos civiles un derecho casi inenunciable, o irregulable, hoy la propiedad aparece como un dominio objetivo de la libertad orientada finalísticamente.

La propiedad, considerada desde el punto de vista de su función social, en cuanto instrumento de imputación de recursos económicos limitados a sujetos determinados y medida del contraste entre las facultades o aspiraciones individuales y las exigencias colectivas.

No es por azar que en las constituciones modernas, y así también en la Constitución española, el reconocimiento y el tratamiento de la propiedad privada aparezca vinculado sistemáticamente al principio de libertad de empresa.

El derecho civil era un campo de relaciones entre propietarios, donde la propiedad, o el objeto de la propiedad, servía de instrumento de cambio o intercambio. Explicaba el paso de ser propietario a no ser propietario, o viceversa. El tráfico jurídico era, básicamente, la circulación de la propiedad. Casi todo el derecho civil puede verse bajo esa perspectiva propietaria: así, los derechos de obligaciones son modos de acceso a la propiedad, estrictamente el contrato aparece en el artículo 609 del Código Civil como un modo de adquisición de la propiedad, y lo mismo puede decirse, por referencia a dicho precepto, de las sucesiones o las donaciones. La obligación en sí se define como la posibilidad de acceso a la propiedad, al menos por relación a las cosas: la propiedad «in fieri». No otro sentido tienen las distinciones dogmáticas entre el «ius in re», el «ius in rem» y el «ius ad rem», que finalmente es una pura obligación. Incluso en las obligaciones de hacer se introduce el esquema de la propiedad; como en el arrendamiento de obra, donde el arrendador es calificado de dueño de la obra o propietario, dueño de un hacer materialmente integrado en las cosas; o como en el mandato se habla del «dominus negotii». En ese esquema, la diferencia entre el propietario y el no propietario, al igual que la diferencia entre el deudor y el acreedor, es absoluta. El propietario se muestra como el triunfo de la individualidad. Es el sujeto de derecho, el individuo, investido del máximo de facultades en relación con la cosa. El no propietario es, en cambio, la negación de la individualidad: una mera abstracción, la colectividad. La propiedad en su concepción clásica se explica y concluye sobre el deber general de abstención de la comunidad.

Hoy, ya lo hemos dicho, no importa tanto quién sea el propietario o de qué modo se accede a ese estatus jurídico formal, sino cómo se ejerce la propiedad, atendiendo, para ello, a ese módulo o valor cons-

titucionalmente consagrado de la función social de la propiedad. Incluso en la cuestión de las titularidades dominicales, se incrementa el valor de la apariencia; de la tutela posesoria, y no nos referimos sólo al modo clásico de la tutela interdictal o la tutela registral.

No es por casualidad que en nuestro país se haya hablado primero de la función social de la posesión que de la función social de la propiedad. Aquélla es una institución de mayor densidad social, más próxima a la perspectiva del ejercicio, del contenido, de la función. Cada vez más la propiedad ha de tomar de la posesión esa misma densidad social, su punto de vista material y no puramente formal. Si antes el no propietario era una abstracción: la colectividad, donde no había distinción; actualmente habría no propietarios y no propietarios entre los que sería preciso discriminar jurídicamente. Por ejemplo, los usuarios o consumidores que, sin ser propietarios, ostentan determinadas relaciones sobre las cosas susceptibles de una tutela jurídica independiente de la propiedad. Las propias relaciones de vecindad se independizan de la propiedad para aproximarse a la utilización de las cosas. La posesión en sí misma opera como fuente de legitimación frente a la actuación administrativa. El medio ambiente, como límite de facultades dominicales de otro o como fuente de derecho y deberes, individualiza positivamente a los no propietarios como portadores de un interés difuso a la protección de ese bien de interés general. Tampoco es casual que ya se haya planteado la posibilidad de la tutela interdictal de la posesión al derecho sobre el medio ambiente. Por otro lado, en la multiplicación de los bienes objeto del tráfico jurídico y en la multiplicación de las formas de tráfico mismo hay una difuminación de las fronteras entre bienes y derechos y una quiebra de las preguntas clásicas acerca de la propiedad, que ve perder un sentido a base de desdoblarse sus facultades y distribuirse entre una diversidad de sujetos en virtud de mecanismos obligacionales complejos o de nuevas formas de derechos reales, especialmente en el ámbito de la cotitularidad. En la actividad económica, la propiedad de la empresa se disocia cada vez más de la propiedad de cada uno de los medios e instrumentos tendentes a la explotación. La propiedad de la empresa es, fundamentalmente, el ejercicio de la actividad económica y la asunción del riesgo empresarial. Algo, en suma, también más próximo a la posesión que a la propiedad.

Finalmente, y por referencia más directa a nuestra realidad, hay que decir que el carácter eminentemente formalista de las normas del derecho civil sobre la propiedad, así como el propio formalismo del artículo 33 de la Constitución española (a salvo su referencia a la función social de la propiedad como instancia delimitadora u acaso conformadora del derecho), hacen que la Constitución no haya supuesto una exigencia de transformación del instituto, ni siquiera se ha dado la necesidad de sustituir un solo precepto por contradecir la Constitución. En ese sentido, la propiedad y su régimen jurídico están en el polo opuesto de la familia, que sí es objeto de una regulación material y que, por ello, ha sido preciso atemperarla a los nuevos principios y valores constitucionales.

Después de la Constitución se han dictado importantes normas que afectan a la propiedad:

- Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables, de 16 de noviembre de 1979, que ya en su artículo 1.º vincula la calificación de una finca rústica como manifiestamente mejorable con el reconocimiento del incumplimiento de la función social de la propiedad.

- Ley de Arrendamientos Rústicos, de 31 de diciembre de 1980.

- Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios, de 19 de julio de 1984.

- Ley Cambiaria y del Cheque, de 16 de julio de 1985.

- Ley de Aguas, de 2 de agosto de 1985.

- Ley de Propiedad Intelectual, de 11 de noviembre de 1987.
- Reglamento de Inversiones Extranjeras, de 25 de septiembre de 1986.
- Ley del Suelo, de 25 de julio de 1990.

Pero todas estas disposiciones, que vienen a adecuar a la actual realidad social un régimen jurídico en muchos casos claramente anacrónico, y que al hacerlo toman especialmente en consideración esa función social de la propiedad, como prescribe el artículo 33 de la Constitución, no entrañan, sin embargo, esa necesidad radical y perentoria de transformación que sí se ha dado en otros ámbitos materiales del derecho a raíz de la Constitución.

Por la misma razón, el examen de la jurisprudencia constitucional en materia de propiedad en estos doce años de vigencia de la Constitución, revela un muy raro recurso al artículo 33 de la Constitución, como no sea en materia de expropiación forzosa, donde hay siempre una actuación administrativa (o a veces una actuación del ejecutivo) que cuestionar y no unas puras relaciones privadas que modelar o conformar, que era el espacio propio del clásico derecho de propiedad. Y si en vez de observar la jurisprudencia constitucional se contempla la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, el panorama puede parecer incluso desolador: prácticamente no hay sentencias que mencionen siquiera ese artículo 33 de la Constitución. El propio artículo 348 del Código Civil sirve para poco más que para relacionarlo con los requisitos que desde hace años la doctrina legal viene estableciendo sobre las condiciones de ejercicio de la acción reivindicatoria.

Seguimos estando, en gran medida al menos, ante un derecho, el de propiedad, normativa y jurisprudencialmente transparente que tiende a expresar, en general, toda atribución de una titularidad jurídica a un sujeto. Por no decir un derecho ausente o marginado.

Quizás todavía no hayamos salido de ese eclipse del derecho de propiedad al que nos referíamos en un principio. O quizás esa función rectora o vertebradora dentro del sistema de derecho privado haya que dejar de reconocérsela a la propiedad y que buscarla en otros institutos, o categorías dirigidas a explicar las condiciones de utilización de los bienes, o, en otros términos, las relaciones con las cosas y los bienes de los sujetos de derecho y especialmente de los agentes económicos, o tal vez en la posesión. Esa posesión que parecía anclada en los fundos pero que, como decía Ihering, conserva la fuerza lógica de expansión de un concepto que durante siglos expresó, precisamente, la protección jurídica a las más diversas situaciones de utilización de los bienes y ejercicio de los derechos.