

EN BUSCA DE UN NUEVO CONCEPTO DE PROPIEDAD*

Dr. Ricardo Zeledón Zeledón.

*Profesor de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Costa Rica.*

SUMARIO

1. Premisa	48
2. La importancia histórica y metodológica en el uso del concepto de derecho de propiedad	48
3. El concepto "clásico" de propiedad privada. Formación y vicisitudes	49
4. Rechazo al dogma de derecho "sagrado e inviolable"	52
5. Rechazo al dogma de la "fundamentalidad" del derecho de propiedad	53
6. Rechazo al dogma de derecho "absoluto"	53
7. Rechazo al dogma de derecho "subjetivo" fundamental	54
8. La denominada "crisis" del derecho de la propiedad privada	55
9. Los nuevos componentes del derecho de propiedad incorporados después de la revolución francesa	55
10. ¿Evolución o metamorfosis en tema del concepto del derecho de propiedad?	58
11. Hacia un concepto dinámico del derecho de propiedad. La propiedad y las propiedades: la propiedad (de la ley) general y las propiedades (de las leyes) especiales	58

* Relación presentada al COLOQUIO SOBRE LA PROPIEDAD (San José, 14-17 de octubre de 1980) organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el Colegio de Abogados y la Corte Suprema de Justicia.

1. Dentro del concierto de los institutos jurídicos el estudio científico del Derecho de propiedad ha tenido siempre una importancia capital. El tratamiento general que se le ha dado lo caracteriza como "derecho fundamental", "fundamentalismo" y hay quienes, incluso, lo ubican en el centro de todo el ordenamiento jurídico (1).

La preeminencia del instituto tiene dos aspectos importantes a destacar (2): el primero hace referencia al hecho de que una calificación en este sentido se puede justificar históricamente porque las diferentes relaciones económicas y sociales determinan a la postre el tipo de sociedad de que se trate —bien feudal, capitalista o socialista— que encuentra expresión inmediata en el ordenamiento jurídico en cuanto a la titularidad de los medios de producción; el segundo aspecto, más estrictamente jurídico, proviene del rango que adquiere el derecho de propiedad como "prototipo dei diritti soggettivi" (3), es decir, que los otros derechos subjetivos se encuentran en íntima relación con él pues les aporta las características calificativas.

Intentando denotar las vicisitudes y problemas que afronta el tomar posición, hoy día, frente al concepto de propiedad, el presente ensayo tiende brevemente a denotar los siguientes aspectos: 1) Haciendo hincapié en la mutabilidad histórica que entraña el derecho de propiedad, indicar la importancia de aplicar un acorde tratamiento metodológico para la búsqueda de un criterio aproximativo del concepto de propiedad, y sus funciones; 2) Analizar el concepto "clásico" de propiedad, sometiendo a corroboración los dogmas que en torno a ella se han creado, dándole importancia al fenómeno conocido como "crisis" de la propiedad; y, 3) Plantear la existencia de los nuevos componentes que le han sido incorporados —producto del nuevo período histórico en que se desarrolla— cuya presencia hace variar la estructura misma del instituto propietario.

2. Una de las características más relevantes en cuanto al análisis de la propiedad, consiste en que el jurista intenta agotar los problemas del instituto a través de su descripción histórica, reportando la multiplicidad de funciones que ella entraña. Una posición metodológica de esta naturaleza, impregnada casi siempre por un incierto historicismo, conlleva a la indiscutible aceptación de la inmutabilidad de su estructura formal que tiene graves incidencias en aspectos álgidos como serían su concepto y definición.

Metodológicamente es explicable que en cualquier tema jurídico siempre se requiere la sistematización institucional que permita ubicar los diversos institutos dentro del ordenamiento jurídico, incluso, es no solo explicable sino también necesario que todo instituto sea perfilado dentro de los diversos ordenamientos para la correcta y adecuada interpretación de todas sus vicisitudes; es más, en el aspecto didáctico siempre estará presente este método que tiende —por la vía "manualística"— a facilitar la comprensión panorámica de ciertos temas (que generalmente adolecen de profundidad) para quienes se inician en la materia. Pues bien, si desde este punto de vista tiene explicación la adopción del método "descriptivo", desde un ángulo estrictamente científico lo que sucede es que se incurre en un grave error, pues ello implica ignorar las posturas que van ocupando los institutos, en las diferentes etapas históricas en las que les corresponde cumplir una determinada función: la traducción real consiste en describir institutos desfasados históricamente, caracterizándolos con posturas propias de uno o varios siglos atrás, que no corresponden a la época en que el estudio científico se realiza.

Hacer dialéctica en un tema jurídico, y sobre todo darle una interpretación justa acorde con el momento en que se analiza un instituto, implica tener claro el factor metodológico e histórico cuya

(1) El ubicar a la propiedad como derecho primario y autónomo en un ordenamiento jurídico —sostiene BRANCA— proviene de dos aspectos fundamentales: 1) toda sociedad al reconocer una esfera de intereses individuales que protege (es decir una esfera privada), establecerá siempre un derecho esencial y primario entre los varios derechos de los particulares, es una posición del hombre respecto a las cosas que perteneciéndole deben satisfacer sus necesidades primordiales, este derecho es actualmente la propiedad como lo fue en otra época la *gewere* o la posesión; y, 2) que históricamente la propiedad es producto de una sociedad, la capitalista, que se inicia con la revolución del siglo XVIII, permeada de principios individuales que ve la propiedad privada como una extensión de la personalidad. Cfr. BRANCA, G., *Instituzioni di diritto privato*, (Zanichelli, 6 ed., Bologna, 1975) p. 210.

(2) NATOLI, I., *La proprietà*, (Giuffrè, Milano, 1976) p. 1, 2.

(3) NATOLI, U., *Ibid.*, p. 2.

aplicación carece de entera vigencia, solo en los países sujetos a regímenes no democráticos (4).

Históricamente es fácil constatar que la propiedad es uno de los conceptos que más se ha visto impregnado con los cambios políticos (5). En efecto, al concluir la más profunda investigación conocida sobre el régimen jurídico de la propiedad PUGLIATTI sostenía que "la propiedad no tiene hoy, si alguna vez lo ha tenido, un significado unívoco. Contrariamente, designa muchas cosas para que pueda ser adoptada con la pretensión de ser fácilmente entendida. En todo caso el uso de ésta, con las cautelas y las aclaraciones necesarias, aún cuando se prorrogue todavía en un futuro próximo, no puede mantener ya la ilusión que a la unidad del término corresponda la real unidad de un sólido y compacto instituto" (6). Es claro que observaciones de esta naturaleza tienen la virtud de incidir agudamente, sobre aspectos fundamentales del tratamiento de un tema como el de la propiedad, sin embargo se hace necesario plantear más en profundidad, las posibles salidas que permitan al jurista realizar su labor lo más científicamente posible; es el mismo PUGLIATTI quien plantea que "si las cuestiones propuestas se quieren afrontar, si se quiere tener la esperanza de resolverlas, es necesario salir del campo de los esquemas y del campo de las palabras, es decir superar el puro formalismo jurídico. Entonces es necesario identificar en la realidad económica y social aquellos ti-

pos de intereses, aquellos lazos de intereses, considerados por la legislación. Se podrá así ver si una pluralidad de institutos en torno a un interés o a un complejo de intereses, presente estructuras y nexos tales para los cuales se pueda considerar como unidad, aún cuando esta sea compleja. Y así, con referencia particular a aquel interés o a aquellos intereses que se refieren al instituto de la propiedad, se verá si nos encontramos de frente a una pluralidad de institutos, afines o a un instituto único que se presenta sobre una gran variedad de aspectos" (7).

Desgraciadamente la obra de PUGLIATTI, pese al reconocimiento universal que tiene por representar el mayor hito en el estudio de la propiedad, ha sido tomada con cautela por parte de la doctrina (8), que se ha limitado a utilizar el aporte conceptual sin profundizar —salvo los pocos autores que aquí se citan— el tema y darle al instituto el verdadero sentido que se busca encontrar a través del planteamiento (9).

La gran sensibilidad de mutación que tiene la propiedad ante las condiciones históricas, sin embargo, imposibilitan cada día con mayor fuerza aplicarle la tradicional fisonomía de otros tiempos, de ahí la importancia del replanteamiento continuo del instituto (10).

3. Partiendo siempre de la hipótesis de la mutabilidad de la propiedad, que implica reconocer la

- (4) En los países en los cuales el jurista no goza de plena libertad para profundizar científicamente tiene que recurrir al conceptualismo puro para acoger principios y razonamientos extrajurídicos con los cuales asentar las bases del mismo régimen, nutriendolo ideológicamente al tiempo que se eluden las responsabilidades de estudiar la sociedad tal y como es, otros, por el contrario, recurren al mismo conceptualismo como único modo de oponerse a los regímenes totalitarios en los cuales siempre cobra fuerza renovadora la jurisprudencia de los intereses (véase al respecto PUGLIATTI, S., *La giurisprudenza come scienza pratica*, publicado en *Rivista italiana di scienza giuridica*, 1950, especialmente p. 50, 51), oponiendo una barrera formal a los reiterados y siempre insistentes tentativos de los que intentan interpretar en otra forma. (Cfr., en este sentido, RODOTA, S., *Note critiche in tema di proprietà*, en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1960, p. 1252, 1341, especialmente p. 1260, 62). A guisa de ejemplo véase PETRONE, C., *Principi di diritto fascista. La proprietà* (Edizioni Conquiste d'impero, Roma, 1938) especialmente p. 53, 54.
- (5) "La propiedad —se afirma— es el instituto en torno al cual se han desarrollado y se encienden todavía las más duras batallas políticas entre quienes la consideran esencial y benéfica y quienes ponen en ella la base de las diferencias de clase y de la llamada injusticia social". En BRANCA, G., *Istituzioni di diritto privato*, *supra* nota 1, p. 207.
- (6) PUGLIATTI, S., *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare a la proprietà terriera)*, que fue la relación presentada al Tercer congreso italiano de Derecho Agrario, publicado en *Atti del terzo congresso nazionale di Diritto agrario* (Giuffrè, Milano, 1954) p. 46, 210, ahora publicado en el volumen *La proprietà del nuovo diritto* (Giuffrè, Milano, 1964) p. 145, 309, en este caso p. 309.
- (7) PUGLIATTI, S., *Intervento*, en *Atti del terzo congresso nazionale di Diritto agrario*, *cit.*, p. 210.
- (8) Véase, como ejemplo el caso de TRIMARCHI, P., *Istituzioni di Diritto privato*, (Giuffrè, Milano, 1975) p. 503 ss.
- (9) Después de VASALLI y PUGLIATTI la doctrina que se ocupa del derecho de propiedad en realidad no ha construido una nueva concepción en torno a los principios esgrimidos desde ese entonces; es solamente ahora, ya denunciadas las insuficiencias del Instituto para cumplir con las amplias funciones que se le confió en el siglo pasado, que se ha despertado en juristas actuales —con gran motivación social— el cumplimiento de tales tareas. Entre los nombres que han elaborado más en este campo deben citarse NATOLI, RODOTA, GIANNINI, RESCIGNO, DI MAHO, BARCELONA.
- (10) El jurista que estudie la propiedad (privada) puede contestarla negando la existencia de sus principios, puede considerar sus mutamentos, e incluso puede negar su existencia misma, sin embargo resultaría incorrecto considerar que el esquema anterior se puede sustituir por otro igualmente universal pues se estaría incurriendo en el mismo error anterior. La tesis debe ser afirmar el continuo mutamento histórico. Al respecto afirma BRANCA que "el fundamento racional que los escritores se esfuerzan por dar a la propiedad no es ni puede ser una verdad eterna, del mismo modo como, para ellos mismos, no sería una verdad eterna la posición asumida en el pasado o en el presente por otros científicos", en BRANCA, G., *Istituzioni di diritto privato*, *supra* nota 1, p. 207.

existencia de características objetivas producto de determinadas relaciones económico-sociales que corresponden a determinado tiempo y lugar, a los fines de la investigación conviene buscar el concepto inicialmente elaborado o el que tiene actualmente validez doctrinal.

En principio debe subrayarse que ni el derecho griego (11), ni el romano (12), ni el intermedio (13) conocieron de un concepto claro de propiedad.

El desarrollo del instituto, como realidad histórica, se remonta a los orígenes mismos de la humanidad. Los primitivos conocieron un sistema comunitario de propiedad, con elementos individuales solo en los casos de bienes de uso, incluidos dentro de ellos los instrumentos de caza (14). El advenimiento de la civilización permitió conocer nuevos perfiles a la propiedad, manteniendo en muchas sociedades la comunitaria que fuera inicialmente resquebrajada por el Derecho romano al institucionalizar la propiedad familiar (15), ejercida por el "pater familias" (16), que fue moldeándose en las diversas etapas como se denota incluso en la diversa terminología utilizada, que va desde *mancipium* cuya proveniencia es el *manu capere* por el que se da la idea de aprehensión material, cuya efectividad se manifiesta en cuanto a la aplicación inmediata de la fuerza para la creación y defensa de la propiedad, *dominium* que entraña el

carácter de titularidad: no se reduce únicamente al propietario que se hace referencia a todo tipo de derechos y obligaciones, pero que facilitó, eso sí, la aparición del término *dominus proprietatis*, que fue vocablo mayormente utilizado por parte de los postclásicos (17), terminología esta que en una u otra forma tendieron a denominar los diversos tipos de propiedad conocidos por los romanos (18). Con el Derecho intermedio (19) se introducen nuevos y diversos factores que varían sustancialmente la propiedad romana, sobre todo porque al entrar en contacto el Imperio germánico con el régimen colectivo, era la tribu la titular de la propiedad colectiva (que recibió el nombre de *marca*, *allmende*, *volkland*) en tanto que los particulares tenían solamente el goce temporal, pese a que la propiedad individual va a ser un producto de la cultura romano-germánica, permanecieron bajo el sistema comunitario tierras, bosques, prados destinados a bienes comunales, y la misma individualidad de la propiedad se mantuvo muy influida y limitada por el vínculo familiar, pues en el derecho germánico la libre disposición de los bienes existía en la medida que no se dañara a los herederos, que motivó, más tarde, distinguir entre bienes obtenidos por herencia y aquellos adquiridos por la actividad individual, con lo que se venía afirmando cada vez más la propiedad individual; en cuanto a la terminología empleada

-
- (11) Cfr., en este sentido BISCARDI, A., *Studi sulla legislazione del Basso Impero: La nuova proprietà* publicado en *Studi senesi*, 1942, p. 275 ss.; ARCHI, G.G., *Il concetto della proprietà nei diritti del mondo antico*, publicado en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1958, p. 1200, 16; BRUNELLO, B., *Istituzioni private e di Diritto privato de la Grecia antica* publicado en la *Enciclopedia Clásica*, Sección I, Vol. III, p. 314 y ss. (U.T.E.T., Torino, 1959).
 - (12) Véase BONFANTE, P., *Corso di Diritto romano. La proprietà*, (Roma, 1928); BRASIELO, *La proprietà nella sua essenza e nella sua estensione*, (Giuffrè, Milano, 1952); Id., *La proprietà nella sua estensione*, (Giuffrè, Milano, 1954); GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino, 1955).
 - (13) Para una amplia ilustración, consúltese, LEIGHT, P.S., *Storia del diritto privato. Diritti reali e di successione*, (Giuffrè, Milano, 1943); TORELLI, P., *Lezioni di Storia del Diritto italiano. Diritto privato. La proprietà*, (Giuffrè, Milano, 1948); VACCARI, P., *Un capitolo della storia del diritto di proprietà*, en *Studi in onore di P. di Francischi* Giuffrè, Milano, 1955) IV.
 - (14) Resulta clásico en este aspecto ENGELS, F., *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, (Riuniti, Roma, 1963).
 - (15) El pater en cuanto a sus relaciones sobre las personas dio origen al derecho de familia clásico, en igual forma de su señorío sobre las cosas que integran la base económica de la familia se creó el régimen de la propiedad. En este sentido véase DE FRANCISCI, P., *Síntesis histórica del Derecho romano*, (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954) p. 153, 75, especialmente 159 ss.
 - (16) Para un tratamiento sistemático se puede consultar indistintamente BURDESE, A., *Gli istituti del diritto privato romano*, (U.T.E.T., Torino, 1962) p. 185, 319; ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di Diritto romano*, (Jovene, 14 ed., Napoli, 1975) p. 179, 232; o bien, ARIAS RAMOS, J., ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano*, (Revista de Derecho privado, 14, ed., Madrid, 1977) I, p. 217, 70.
 - (17) ARIAS RAMOS -ARIAS BONET, *Ibid.*, p. 221, 22.
 - (18) Los tipos de propiedad que se afirma conocieron los romanos son: 1) el *dominium* denominado sobre todo como *dominium ex iure quiritium*; 2) La propiedad bonitaria o pretoria en cuanto se encontraba protegido por la *actio publiciana*; 3) la propiedad provincial, que según el criterio de los juristas de la época era una especie de uso o usufructo pues la propiedad solo existía en territorio itálico y provincial; 4) la propiedad de los peregrinos que se solifica; cuando adquieren la ciudadanía todos los súbditos del imperio. Cfr., ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *ibid.*, p. 221, 26.
 - (19) Para una apreciación sintética véase BARNI, G., voz *Proprietà (Diritto intermedio)* en el *Novissimo digesto italiano*, (U.T.E.T., Torino, 1967) XIV, p. 120, 24.

en la época hay que tomar en consideración que la interacción de las dos culturas con disímiles instituciones provocó serios problemas, la situación más compleja fue el hecho que en el mismo lenguaje alemán era inexistente un término que fuera indicativo de la idea de propiedad, y en cuanto a la expresión de la relación con la cosa se utilizó el término *Gewere* (20), indicativo de un hecho material (que ha sido el puente de enlace en el instituto de la posesión (21) con los términos *possessio*, *ius possidendi*, de los romanos) que permitía la existencia de diversas *gewere* sobre una misma cosa en tanto que la misma diera lugar a diversas relaciones de goce (vgr. podía existir quien tuviera una relación de goce sobre una tierra y al mismo tiempo otra persona sobre los árboles plantados sobre la tierra) inaceptable para el Derecho romano por el principio exclusivo del *dominium* que impedía concebir que sobre la misma cosa pudieran ejercitarse dos o más *dominia*, sin embargo la multiplicidad de dominios fue aceptada y aplicada en el sistema feudal a través de la duplicidad de titular en la relación del señor feudal y el vasallo; nace en esta forma el criterio de *dominium directum* y *dominium utile* referente el primero al concedente y el segundo al concesionario con validez no solo para el feudo sino también para instituciones como la enfiteusis, la superficie, para la localización a largo tiempo, dando cabida al *dominium divisium* en lugar del original *dominium indivisium*; la iglesia y el derecho canónico también van a influir: Santo Tomás sostiene que el *principale dominium* es Dios que ha conferido al hombre un derecho de propiedad sobre las cosas, nunca absoluto, como medio para utilizarlas en beneficio propio y del prójimo, esta tesis, sin embargo, no fue enteramente compartida pues los fuertes intereses económicos de la Iglesia fueron mejor salvaguardados con los criterios feudales del dominio.

El concepto de propiedad se encuentra con los hechos que desencadenó la Revolución francesa, y la posterior institucionalización jurídica de su filosofía. Antes de la revolución, en Francia, el régi-

men feudal condicionaba todo el Derecho privado, y en especial el régimen de propiedad que se encontraba constituido por una serie de señorías laicas y eclesiásticas de propiedades privadas ligadas y jerarquizadas, sujetas a diezmos y a un infinito número de obligaciones y vínculos (22), cuya representación real era el del dominio útil que refleja una propiedad imperfecta e incompleta. La propiedad feudal ocasiona críticas de algunos intelectuales que solo originó propuestas de reforma, la verdadera fuerza motriz del cambio en el sistema de propiedad se encuentra en las insurrecciones campesinas de la primavera y el verano de 1789.

La Revolución francesa al destruir el sistema feudal declara la libertad del individuo y de la tierra como conquistas políticas claves, ello significa impugnar la teoría del doble dominio como forma de liberación económica, significa, también, impugnar la jerarquía social que el sistema había forjado sobre la base de la propiedad. Los conceptos de propiedad y libertad se encuentran íntimamente ligados: a la unidad política del ciudadano corresponde la unidad jurídica de la propiedad, la liberación del individuo en el ámbito político significa la liberación de la tierra de las rentas del feudo, a la teoría del doble dominio la sustituye la teoría de la unidad jurídica de la propiedad, libre de las prerrogativas y poderes de supremacía del feudo (23). La explicación filosófica de la postura está en que la revolución asume la concepción racionalista del siglo XVIII que ubica al individuo en el centro del nuevo orden: el individuo es el valor supremo y original de donde todos los otros derivan, como portador de derechos naturales él es todo prerrogativa para cuya manifestación se hace indispensable el derecho de libertad tanto en el ámbito político y espiritual como en el aspecto económico: es la propiedad la que se ubica como manifestación individual desde el punto de vista económico.

La Declaración *des droits, de l'homme et du citoyen*, inspirada en la trilogía republicana, declara los principios de *liberté, égalité, propriété* como protección del individuo frente al poder del sobe-

(20) Cfr., para un mejor tratamiento del concepto de *gewere*, BARNI, G., voz *Possesso (diritto intermedio)* publicado en el *Novissimo Digesto italiano*, (U.T.E.T., Torino, 1966) XIII, p. 330, 33.

(21) En este sentido, véase ZELEDON, R., *La posesión*, publicado en *Revista Judicial*, de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1977, No. 6, p. 11, 31.

(22) MAROGIU, A., *La rivoluzione francese e la proprietà privata*, publicado en la *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1960, p. 569, 77.

(23) IRTI, N., *Dal diritto civile al diritto agrario*, (Giuffrè, Milano, 1962) p. 6,7.

rano y la prepotencia de los consociados (24). La propiedad se califica como *droit inviolable et sacré*, es la representación de un derecho que se afirma contra el *dominium directum* de los señores feudales y contra las "manos muertas" eclesiásticas; el derecho de propiedad, pues, no va a estar más reservado a la aristocracia y sus círculos cerrados, se encuentra, por el contrario, ligada al individuo, a su libertad inalienable en la esfera económica y a su dominio de las cosas: "en el cuadro de una revolución —afirma un conocidísimo autor italiano (25)— que señala el advenimiento histórico de la burguesía, el hombre traduce la propia libertad en la unidad jurídica de la propiedad".

En 1804, al ser promulgado, el *Code civil* (o *Code Napoleon*) interpreta fielmente el espíritu de la revolución. Abandona la clasificación de los bienes en *propres* y *acquets* para ligarlo al criterio naturalístico de muebles e inmuebles. El código hace referencia a un mundo unido a la tierra, "la tierra no es más elemento de diferenciación en la jerarquía social, sino bien que cae en el área soberana del individuo, en el espacio de absolutez garantizado por el orden natural y tutelado por las leyes positivas" (26).

El *code civil* tiene la virtud de que crea la noción de propiedad privada, incorpora el principio de la autonomía de la voluntad de la cual el contrato y la ley son su expresión (uno en el plano individual y el otro en el plano general), y consolida el ligamen entre la propiedad y la persona humana (27), es así como separándose del *ancien régime* la propiedad se convierte en un derecho absoluto. El artículo 544 establece que "la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas en la forma más absoluta, mientras no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos" (28), que se encontró limitado sólo por disposiciones como las del artículo 542 que permite la expropiación "por causa de utilidad

pública", con lo que algunos autores han afirmado la existencia de una cierta preocupación "social" (29) a la par del individualismo que lo caracteriza, lo que es bastante discutible sobre todo si se le enjuicia en conjunto.

El concepto clásico de propiedad, pues, ha entrañado doctrinalmente una serie de caracteres asumidos como dogmas universales y perpetuos. El estudio del concepto implica analizar continuamente dichos caracteres a los efectos de determinar su validez, relatividad o inexistencia.

4. Dentro de las características más sobresalientes con que se ha calificado al derecho de propiedad se encuentra la de identificarlo como un derecho "**sagrado e inviolable**", es decir, al interno del ordenamiento jurídico este derecho se encuentra en una posición jerárquica tal que bien podría ser entendido como un derecho de primer orden o bien un superderecho.

La base de calificación de la propiedad como un derecho sacro que entraña su inviolabilidad obedece a la puesta en práctica —en el plano jurídico— de los principios sobre los cuales cobró vida el movimiento de la Revolución francesa. El razonamiento por el cual justificar este doble calificativo proviene de entrelazar una serie de hipótesis iusnaturalistas. El hombre se encuentra en el centro del sistema, su valor supremo es la libertad que en el plano económico se traduce en la posibilidad de ser propietario lo que obliga a declarar al derecho de propiedad como un **derecho del hombre**, pues le es consustancial, de ahí que el ordenamiento jurídico debe cumplir la misión de reconocerlo y tutelarlos, nunca someterle limitaciones, en cuanto constituye un **derecho natural**, es decir un derecho que es **sagrado e inviolable**.

Sin entrar siquiera a la ubicación histórica actual del derecho de propiedad, sin siquiera refutar una a una las hipótesis a través de las cuales

(24) La declaración de derechos del hombre y el ciudadano, del 26 de agosto de 1789 (incorporados en el preámbulo de la Constitución francesa del 3 de setiembre de 1791) establece que (art. 1) "Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden basarse sino en la utilidad común"; (art. 2) "El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad y la resistencia a la opresión".

(25) IRTI, N., *Dal diritto civile al diritto agrario*, supra nota 23, p. 7.

(26) IRTI, N., *Ibid*, p. 13.

(27) DE VITTA, A., *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea (analisi comparativa del diritto francese)*, (Giuffrè, Milano, 1969) p. 10.

(28) La traducción sería "La propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos".

(29) Entre ellos ROVAST, A., *L'evolution du droit de propriété en France*, publicado en *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, (Daloz, París, 1947) II, p. 110; y DERRUPPE, J., *Les biens en el volumen Le Droit français*, (Libr. Gén. de Droit et Jurispr., París, 1960) p. 107.

se ha llegado a darle carácter sacro e inviolable, el razonamiento se puede someter a una serie de objeciones por las cuales pierde actualidad. En primer lugar, constituye un error histórico incommensurable el aceptar que la propiedad privada es un derecho natural, por el contrario, ésta se ha perfilado a través de la historia hasta llegar a ser lo que actualmente es, de ahí que como fenómeno histórico no es originaria. En segundo lugar, la propiedad privada es un típico instituto de derecho positivo, jamás natural, cuyas características propias se encuentran impregnadas por determinadas relaciones de producción y distribución de la riqueza. Finalmente, la premisa inicial de ubicar al hombre en el centro del sistema, y sus ulteriores consecuencias, es una definición política cuya aplicación resulta totalmente distinta en diversos tiempos y lugares, que no puede entrañar necesariamente una concepción jurídica universal.

Si lo sagrado de la propiedad privada tiene íntima relación con su carácter de derecho natural, lo que se contesta y rechaza por inexacto, su carácter de inviolable obedece a una consecuencia de lo anterior pues proviene de la obligación del Estado de reconocer y tutelar la propiedad privada con la imposibilidad de imponer limitaciones. Esta posición se ha de rechazar también pues no existe principio especial o especialísimo por el cual reconocer la imposibilidad de limitar la propiedad, por el contrario, actualmente, con la publicización general del ordenamiento jurídico los derechos que fueron disponibles se convierten en indisponibles para una mejor tutela del interés general (30), y una ligera revisión de los ordenamientos jurídicos permite ubicar a la propiedad como un derecho eminentemente limitado (31).

5. Otro de los dogmas con que se identifica al derecho de propiedad es con el de la **"fundamentalidad"**. La propiedad se agotaría conceptualmente en sí misma en cuanto se encuentra jerárquicamente en grado superior a los demás derechos rea-

les a los cuales condiciona y determina y en cuanto es única y monolítica.

El análisis amplio del ordenamiento jurídico permite dudar de la unidad conceptual del fenómeno propiedad (32), ésta, como situación, tiene diversas facetas que obliga a no aceptar su unidad absoluta. La estructura del derecho adquiere diferentes posturas según se le estudie desde un punto de vista objetivo o subjetivo, según se tome el ángulo de sujeto-titular o el de objeto-bien, incluso de acuerdo a la diferente consideración que se le dé, de ahí que como derecho fundamental tiene una relativa utilización.

"La propiedad privada no tiene más el carácter de derecho fundamental" (33) según se ha demostrado desde principios de siglo cuando se afirmó que "no hay una sola propiedad, antes bien, existen las propiedades" (34), pues su esquema se desintegra en una gran variedad de tipos que conservan los caracteres de "la propiedad" únicamente por aproximación pues la afirmación correcta es la existencia de "las propiedades". El esquema "absoluto", afirma NATOLI (35), existe sólo para los bienes de consumo ligados al pequeño comercio y a la economía doméstica.

6. La doctrina a la hora de elaborar las características de la propiedad ha afirmado que se trata de un derecho **"absoluto"** no solo para determinar la facultad que tiene el propietario consistente en disponer de las cosas de la manera más absoluta (como reza el Code Napoleon) sino en cuanto constituye una expresión que cobra validez y eficacia **erga omnes**.

El razonamiento lleva a afirmar que de frente al ejercicio de la propiedad por parte del titular del derecho, los demás miembros de la sociedad tienen la obligación de abstenerse de ejercer actos que puedan perturbar o agredir el libre ejercicio de la actividad de goce o de lesionar el derecho.

En consecuencia la propiedad es una situación

(30) Con la caída del régimen feudal la propiedad se "privatiza" pues deja de ser de las clases que tienen el poder para que pueda ser adquirida por un mayor número. En el siglo pasado, con el afirmarse en el plano político y económico una nueva clase social, la propiedad privada se "publiciza". Cfr., en este sentido RESCIGNO, P., *Manuale di Diritto privato italiano*, (Jovene, 2a. ed., Napoli, 1976) p. 444.

(31) Véase, al respecto, ARIAS, J. L., *Las limitaciones a la propiedad en nuestra historia constitucional*, publicado en *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 15, 1970, p. 335, 61.

(32) NATOLI, U., *La proprietà*, *supra* nota 2, p. 6.

(33) RESCIGNO, P., *Manuale del Diritto privato italiano*, *supra* nota 30, p. 445.

(34) VASSALI, F., *Motivi e caratteri della codificazione civile* publicado en *Studi giuridici*, (Giuffrè, Milano, 1960) III, 2.

(35) NATOLI, U., *La proprietà*, *supra* nota 2, p. 7.

subjetiva típica en cuanto existe una relación jurídica en la que el sujeto pasivo es indeterminado (e indeterminable, por lo tanto: ninguno), además de que resulta evidente que la propiedad no es una situación de libertad —como dogmáticamente se afirma— sino que es una situación de obligatoriedad. El aceptar el razonamiento que conlleva a aceptar la absolutez de la propiedad permite también comprender sus limitaciones, ante lo cual no quedan claras las respuestas que se pudieran dar al preguntarse si ¿es, o no, el deber el momento fundamental de la propiedad en cuanto situación jurídica? si ¿tiene, o no, validez la afirmación universal de que el derecho subjetivo se caracteriza por su contenido de libertad? además de que, siendo el sujeto pasivo indeterminado, e indeterminable, ¿cómo se puede definir la situación subjetiva de necesidad que le da el contenido a la relación jurídica?, entonces, podría afirmarse que lo absoluto del derecho de propiedad no tiene nada de diferente de aquellos derechos llamados **relativos** que requieren del sujeto pasivo, o de una circunstancia especial, para obtener ventaja (como es el caso de los derechos de crédito).

7. Posiblemente la forma en que más usualmente se hace referencia al Derecho de propiedad (privada) tiende a indicar que se trata de un derecho subjetivo, por la conceptualización posterior a la Revolución francesa (con vigencia para parte de la doctrina de hoy), de donde se afirma su carácter de derecho subjetivo fundamental.

El concepto de derecho subjetivo, empero, es parte del patrimonio de los estudios pandectísticos, específicamente de la ciencia jurídica alemana del siglo XVI. La doctrina alemana caracteriza al esquema de la propiedad como el modelo de los derechos del sujeto privado (36), siendo a su vez el prototipo y la mayor verificación concreta, pero lo más importante es que esta conceptualización implicaba aceptar que una vez que el privado ejercía su poder el Derecho debía

tomar una posición estática de frente a la forma en que ese privado ejercía su propiedad: es el ejemplo clásico de la sistemática del ochocientos que entiende una situación estática de poderes de frente a las situaciones subjetivas privadas (37).

De esta forma, con la figura del derecho subjetivo la propiedad (privada) se encuentra enriquecida conceptualmente pues el aporte que recibe la consolida en la perfilación monolítica que da inicio con la doctrina postrevolucionaria. Es a partir de este momento que caracteres como el de **"absoluto"**, **"sagrado"**, **"inviolable"** cobran mayor vigencia, o mejor quizás, se considera que le son inherentes.

Es claro que la labor científica y metodológica del ochocientos se caracteriza principalmente por un elevado grado de abstracción, a través del cual se pretende la construcción conceptual dentro de la ciencia del derecho. La elaboración científica, sin embargo, por su escogencia metodológica le correspondió pronto sufrir duros golpes producto de su exagerada teorización que fue incapaz de ver claramente la modificación de los modelos creados por medio de la nueva legislación. Respecto de la propiedad, base fundamental de una parte importante del sistema, la dogmática jurídica también se vio notablemente alterada.

El factor que hace entrar en crisis el carácter de derecho subjetivo fundamental atribuido a la propiedad, va a ser la notable promulgación de toda una serie de disposiciones especiales que se apartaron pronto del esquema propietario tradicional para fijar funciones y cumplir fines bien distintos a aquellos del siglo XVIII. La crisis proviene de la ruptura —en sede teórica, incluso, se puede afirmar desde ahora— de la unidad del derecho de propiedad (38), que entraña la *publicización* de éste y el obligado abandono de identificar la propiedad con el derecho subjetivo por excelencia.

En efecto, la doctrina de los dos siglos precedentes consideraron —dado su elevado grado de

(36) RODOTA, S., *Scienza giuridica ufficiale e definizione della proprietà*, publicada en *Política del diritto*, 1970, p. 463, 78, 466.

(37) RODOTA, S., *Ibid.*

(38) Afimar la ruptura de la unidad del derecho de propiedad con ocasión de la entrada en vigor de la legislación especial puede llevar a la discusión —que se rechaza o acepta— del dualismo de tratamiento de la propiedad regulada en el Código Civil y de aquella otra regulada por la normativa especial. La base de la cual se debe partir es aquella de determinar si existe continuidad entre una u otra como componentes del mismo sistema, como partes configurantes de un mismo instituto; es decir, aceptar que las leyes especiales se limitan a cumplir su función en sectores determinados aceptando que los principios generales de la propiedad le continúan siendo enteramente válidos, o bien, aceptar la excepcionalidad de la nueva legislación y darle la sistemática y tratamiento que se merecen en forma autónoma (pero paralela).

abstracción— que las variaciones de la legislación especial eran fenómenos accidentales que no merecían ningún tratamiento separado en sede teórica, y no aceptaron dicha influencia en el esquema propietario. Grave error. La legislación especial muy pronto fue más rica que la misma normativa del Código Civil: comienza a decaer la etapa histórica dominada por la concepción individualista de la propiedad pues la intervención legislativa es cada día más copiosa.

Legislación especial y limitación de los poderes del propietario son una y la misma cosa. La primera tiene razón de ser en la intervención pública para la satisfacción de un interés público ubicado por encima de cualquier interés particular, derecho subjetivo o individuo (39).

8. Las profundas variaciones que se han dado —y continúan dándose— han llevado a afirmar la crisis del derecho (40), de sus instituciones fundamentales (41), dentro de las cuales no ha escapado la propiedad (42).

Sin entrar a analizar en profundidad la eventual crisis del instituto, en cuanto a los factores que la denotan (43), baste afirmar que corroborados los caracteres atribuidos tradicionalmente al concepto de propiedad, no hay duda de que se encuentran profundamente modificados por

factores histórico-políticos producto de nuevas exigencias en los planos económico, social, ideológico, incorporados con el sistema capitalista (a su vez dialécticamente influido por los otros sistemas políticos); de esta forma, la crisis conceptual de la doctrina existe en la medida que ha ignorado —consciente o inconscientemente— las grandes y profundas variaciones de la propiedad (44).

9. En tema específico de propiedad quizás más que de crisis preferiblemente debe afirmarse la existencia de nuevos componentes.

En efecto, desde la Edad Media hasta el advenimiento de la Revolución francesa, la propiedad individual se encuentra sofocada por un complejo de derechos, poderes, gravámenes y obligaciones de privados, comunidades, entes públicos y otros sujetos, al tiempo que estaba limitada para su adquisición y goce a privilegios inherentes a la categoría y la clase a la cual estuviera adscrito el propietario; el *code civil* libera la propiedad de los gravámenes y obligaciones impuestas, para ser ejercida únicamente por quienes tuvieran un especial *status* jurídico para facultar su adquisición a todos los ciudadanos, sin embargo la sociedad en la cual debía fungir el código se encuentra constituida por pequeños propietarios y productores no propietarios, cuyas revisiones no alcanzarían a

(39) Respecto a la pérdida de validez del derecho subjetivo, véase, ORESTANO, R., *Diritti soggettivi e diritti senza oggetto*, publicado en la Revista Jus, 1960, p. 149 ss.

(40) Véase el interesante volumen *La crisi del diritto*, (Cedam, Padova, 1953) en que se reúnen una serie de discursos pronunciados por eminentes juristas con ocasión de un seminario desarrollado con ese nombre en la *Facoltà di Giurisprudenza di Padova*. En el plano filosófico es innumerable la bibliografía existente, entre otros se pueden consultar HUSSERI, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, (Giuffrè, Milano, 1961) en que se sostiene que la crisis de las ciencias positivas es la expresión de la crisis radical y de vida de la humanidad (especialmente p. 39 y ss.); SCHELLER, *Crisi dei valori*, (Giuffrè, Milano, 1936).

(41) Las instituciones jurídicas cuya crisis se ha acusado en forma más reiterada son la propiedad, el derecho subjetivo, el contrato, la autonomía privada, la acción, el proceso, la sociedad comercial, el Estado, e incluso la Justicia. La bibliografía existente es tan amplia que exime de la cita.

(42) La propiedad privada ha sido siempre fuertemente criticada (a manera de ejemplo consúltese la obra del siglo pasado, aún vigente en la actualidad, PROUDHON, P. J., *Checos'è la proprietà*, (Laterza, Bari, 1967), acusándose desde el punto de vista jurídico su crisis, para lo cual puede consultarse entre otros CARIOTA-FERRARA, *Crisi della proprietà privata?*, publicado en *Rivista Giuridica di edilizia*, 1967, II, p. 217 ss.; COCO, G.S., *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, (Giuffrè, Milano, 1965); RODOTA, S., *Note critiche in tema di proprietà*, supra nota 4; NEGRO, F., *La crisi o evoluzione del diritto di proprietà?*, (Edizioni Alfa, 3a. ed., Bologna, 1968).

(43) Según NATOLI para determinar la crisis deben observarse los siguientes aspectos: 1) verificar los límites de su capacidad y adaptación a las diversas situaciones resultantes de la incidencia de la legislación especial; 2) la extensión de la relativa noción a situaciones referidas a bienes inidóneos a servir de objeto de aquel derecho: bienes inmateriales, conexos a la creación intelectual y/o, en general, a la organización de actividad económica; y 3) vendría representado por la siempre más frecuente y acentuada escisión entre titularidad del derecho y gestión (utilización) del bien-objeto, los cuales en concreto terminan perteneciendo a diversos sujetos en modo tal que la posición dominante respecta no tanto al titular como al gestor. Cfr., NATOLI, U., *La proprietà*, supra nota 2, p. 7, 9.

(44) Para un interesante análisis jurídico del derecho de propiedad que toma en consideración toda una serie de factores superestructurales y su incidencia en la esfera del derecho véase BARCELONA, P., *Diritto privato e processo economico*, (Jovene, Napoli, 1973), en especial el capítulo tercero, denominado *Utilizzazione dei beni e diritto di proprietà*, p. 125, 208. Orientaciones similares se encuentran en la tantas veces citada *La proprietà* de NATOLI, y agudas observaciones se hayan en artículos tales como RODOTA, S., *Note critiche in tema di proprietà*, supra nota 4; RODOTA, S., *La proprietà (diritto vigente) en el Novissimo Digesto italiano*, (U.T.E.T., Torino, 1967) XIV, p. 125, 46; RESCIGNO, P., *Per uno studio sulla proprietà*, publicado en *Rivista Civile*, 1971, p. 1, 67; FERRARI, V., *Proprietà, potere e strategia politica*, en *Sociologia del diritto*, 1975, p. 152, 59.

satisfacer las necesidades de una sociedad industrializada y capitalista (45): el derecho del Código civil era, entonces un derecho precapitalista (46), de ahí que la incorporación que hace la naciente sociedad de nuevos componentes obliga necesariamente a ampliar los límites conceptuales, que en un principio fueron creados para que encuentren cabida formas y tipos en que se expresa la propiedad del sistema.

En sustancia una construcción teórica de la propiedad exige tomar en consideración los múltiples aspectos en los cuales el derecho se realiza, pues solo así se tiene la posibilidad de acercarse a un concepto operativo basado sobre la experiencia jurídica concreta.

Con la sociedad capitalista no solo la distribución de los bienes de la producción varía sino que el contenido de estos se modifica sustancialmente y afectan a su vez dialécticamente al instituto de la propiedad.

El **factor trabajo** adquiere una relevancia importantísima. La relación intersubjetiva de la prestación de trabajo condicionada —en la primera fase del capitalismo— por la desproporción entre oferta y demanda pronto se comienza a superar cuando las partes —en uso de la facultad de estipular o no— suscriben contratos colectivos en virtud de los cuales se busca reequilibrar la paridad e igualdad entre contratantes, que la disparidad económica había hecho ilusoria a través del contrato individual, así, de frente al poderío económico de los propietarios se contraponen el potencial numérico y político de los trabajadores. La preeminencia del factor trabajo, y la importancia política indis-

cutible de la clase trabajadora, ha generado nuevos tipos de propiedad en cuanto que, para la satisfacción de intereses colectivos, el trabajador deja de ser un elemento subordinado (con el único derecho de recibir su salario) para tomar una actitud dinámica y participar activamente en el proceso de producción, es así como aparecen los tipos de propiedad cogestionaria y autogestionaria en los cuales se debe atender más al factor trabajo que al factor capital. Igualmente, por la decidida influencia que tiene el trabajo en la producción, formas contractuales tradicionales han cambiado para tutelar principalmente al trabajador-productor no propietario frente al propietario no productor pues siendo la producción una actividad fundamental de la sociedad (de interés general) resulta lógico que de las relaciones que se constituyen entre propietarios y trabajadores (subordinados, autónomos o bajo el régimen cooperativo) es del trabajo de donde proviene la riqueza; en materia agraria es donde resulta más evidente la preeminencia de la tutela de la producción dado que el arrendatario es protegido frente al arrendante, el aparcerero y el colono frente al propietario —no productor—, pues la propiedad (de la tierra, en este caso) no es más que una fase formal de una relación jurídica (cuya importancia resulta insignificante frente a la producción) en que el propietario no produce, solamente obtiene un canon sin realizar ninguna acción material (47).

El **factor capital** y las formas, tanto de representación como acumulativas, en que se manifiesta también han alterado notablemente el instituto de la propiedad. A la época de la promulgación del

(45) Véase, en este sentido, ASCARELLI, T., *Proprietà e controllo della ricchezza*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, p. 756.

(46) GALGANO, F., *L'imprenditore*, (Zanichelli, 2a. ed., Bologna, 1974) p. 2.

(47) La legislación de casi todos los países regula en la contratación agraria la duración, la prórroga, el canon, el poder de mejorar, y el derecho de prelación, como modos de tutelar al productor cocontratante. Para un amplio estudio sobre el tema véase, CARRARA, G., *I contratti agrari*, (U.T.E.T., 2a. ed., Torino, 1952); PACE, S., *I contratti agrari (Saggio di una teoria generale)*, (Giuffrè, Milano, 1952); SCALLINI, B., *Impresa e contratti agrari*, (Giuffrè, Milano, 1975); POIREL, R., *Baux Ruraux*, (Dalloz, Paris, 1971); ARRAGO-ROUVEDAM, Padova, 1961) MOSCO, L., *Mezzadria e colonia parziaria nella legislazione e nella giurisprudenza attuali*, (Giuffrè, Milano, 1969); MASAART, A., *L'affitto di fondo rustico nella nuova disciplina*, (Giuffrè, Milano, 1974). En la *Rivista di Diritto agrario* se subrayan los siguientes: BASSANELLI, E., *I contratti agrari nel nuovo codice*, 1942; BASSANELLI, E., *La crisi del contratto agrario*, 1948; GALLONI, G., *La comunione di scopo nei contratti agrari*, 1965; DE LOS MOZOS, J.L., *La aparcería, forma olvidada de la agrupación agrícola*, 1967; MENICHNERI, V., *L'intervento pubblico in agricoltura attraverso la riforma del contratto agrario*, 1967; ROMAGNOLI, E., *I contratti agrari in Italia*, 1968; GIORGIANNI, M., *Riflessioni sulla tipizzazione dei contratti agrari*, 1969; GALLONI, G., *Premesse ad una nozione autonoma dell'affitto di fondo rustici*, 1971; BALLESTERO Y COSTA, L.M., *Teoría general del contrato agrario*, 1971; CARROZA, A., *Il terzo tempo della riforma agraria: la trasformazione della mezzadria, colonia e contratti minori in affitto*, 1971; ORLANDO CASCIO, S., *La riforma dei contratti agrari e la teoria generale del contratto*, 1971; GIORGIANNI, M., *La crisi del contratto nella società contemporanea*, 1972; LAZZARA, C., *La nozione di affitto agrario*, 1972; el volumen tercero de 1975 corresponde a las *Seconde giornate italo-spagnole di Diritto agrario* siendo poco más de la mitad destinado al tema del contrato del contrato de mezzadria, 1976. En igual forma todos los manuales de Derecho agrario hay —sin excepción— uno o varios capítulos dedicados al tema.

Code Napoleon no solo se estaba en una época pre-capitalista sino que aún eran imperceptibles las notas caracterizantes que la distinguían de la sociedad feudal, es decir, la nueva clase social a la hora de la codificación no se había liberado completamente de la antigua, coexistiendo ambas con sus propias leyes: por una parte el *Code Civil* es el código de la clase dueña de la tierra que estará en una posición antagónica de la nueva clase social: la burguesía industrial y comercial, que promulga su propia ley: el Código de comercio. En el centro del sistema jurídico deja de estar la propiedad. Aparece el Derecho comercial que es precisamente el derecho del capitalismo; con él la sociedad de personas (feudal) da cabida a la sociedad de capitales, aparece la empresa comercial, y así la relación contractual sustituye la propietaria. La propiedad ya no se manifiesta solo por el goce y disfrute de la cosa en forma directa y absoluta sino que el esquema varía sustancialmente dado que en la sociedad de capitales el propietario casi no participa en la conducción de la empresa —que es confiada a un gestor, la mayoría de las veces no propietario— y sólo recibe el rédito correspondiente a sus ganancias, y pese a que puede participar a la toma de decisiones generalmente su poder es insignificante frente al conjunto, que es conducido por una minoría que no requiere ni siquiera de la presencia de los propietarios pues el poder lo

obtiene a través de contratos y transacciones en la bolsa de valores (48).

El factor tierra no escapa a las modificaciones. En un principio el *Code Napoleon* resolvía el derecho de la tierra en el Derecho civil, en el Derecho de la propiedad. El Código de comercio introduce las categorías de la unidad y actividad, manteniendo la tierra en la esfera de la voluntad del individuo, que entra pronto en crisis cuando se profundiza el contenido del derecho subjetivo (el centro de la voluntad pasa de la voluntad misma a la relación individuo-bien), las necesidades humanas y la naturaleza del bien, la diferencia entre bienes de consumo y bienes de producción, de esta forma la propiedad pasa de poder de la voluntad a poder económico (49); es así como nace el derecho agrario del derecho civil (50), pero no como traslado del estudio del derecho de la tierra pues el derecho agrario es derecho de actividad, no solo de propiedad de la tierra, nace como la unidad de la organización y utilización de la tierra en la productividad agrícola (51).

También constituyen nuevos componentes la normativa antimonopolista que se dicta continuamente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos (52), la intervención del Estado en materia económica que ha originado las sociedades con participación estatal (53), así como la planificación (54), para citar solo algunos, cuya incidencia

- (48) La escisión existente entre propiedad y control es nota característica del moderno mundo de la producción pues se sostiene que concentrar la disciplina jurídica "exclusivamente sobre el momento de la propiedad significaría sancionar, en el hecho, la irresponsabilidad absoluta de quien efectivamente opera" (RODOTA, S., *Note critiche in tema di proprietà*, supra nota 4, p. 1269). Para una mayor profundidad del tema, véase entre otros, ASCARELLI, T., *Proprietà e controllo della ricchezza*, supra nota 45; BERLE, A., *Società per azioni e proprietà privata*, en *Saggi di Diritto privato*, 1973, p. 323; DAHRENDORF, R., *Proprietà e controllo: la scomposizione del capitale*, en *Saggi di Diritto privato*, 1973, p. ss.; DIMAJO, A., *Proprietà e controllo (a proposito della proprietà socialista)* en *Democrazia del diritto*, 1973, p. 351 ss; CASSESE, S., *Dalla proprietà all'impresa: i beni privati destinati dallo Stato alla produzione*, en *Politica del diritto*, 1975, p. 609 ss.
- (49) ASCARELLI, T., *Il diritto comparato e la rivoluzione agraria*, publicado en el volumen *Dopo il primo convegno internazionale di diritto agrario*, (Giuffrè, Milano, 1958) p. 58.
- (50) Para una comprensión amplia de la temática que sucintamente se expone, véase el interesante ensayo IRTI, N., *Dal diritto civile al diritto agrario*, supra nota 23, p. 103, 06 fundamentalmente.
- (51) IRTI, N., *Ibid.*
- (52) Un ejemplo claro se encuentra constituido por la normativa en materia de monopolios y de tutela de la libertad de concurrencia que se encuentra en los tratados de la C.E.C.A. y de la C.E.E., en concreto los artículos 65 y 66 del primero firmado en París el 18 de abril de 1951 y los artículos 85 a 90 del tratado de Roma del 25 de marzo de 1957.
- (53) El tema de la empresa pública ha sido tomado últimamente con gran interés por parte de la doctrina, al punto que ya se habla de una nueva clasificación jurídica: el derecho público de la economía, en que este tipo de empresa ocupa un lugar importantísimo. Al respecto, véase la reciente obra GIANINNI, M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, (Il Mulino, Bologna, 1977).
- (54) En cuanto a la intervención pública en la economía sostiene COCO que "la participación estatal en sociedades privadas y las intervenciones públicas se reflejan sobre el derecho de propiedad como una limitación anómala de su contenido; no se tienen únicamente determinados límites, cargas y obligaciones, impuestos al propietario por normas específicas para la tutela de los intereses públicos, sino un sustancial condicionamiento de los intereses y de los poderes del propietario para la consecución de un fin público y la imposición directa de obligaciones", en COCO, G.S., *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, supra nota 42, p. 115. En materia agraria véase el artículo BALLARIN MARCIAL, S., *Derecho agrario y planificación* que es la conferencia impartida en la Corte Suprema de Justicia en Costa Rica que aparece en el volumen *Conferencias sobre Derecho agrario*, publicado ahora en el libro del autor *Estudios de Derecho agrario y política agraria* (Línea S.A., Madrid, 1975) p. 215, 91; y, DESIDERI, C., *La programmazione in agricoltura* en el volumen colectivo titulado *Manuale di Diritto agrario italiano*, (U.T.E.T., Torino, 1978), p. 435, 87.

directa en el instituto de la propiedad obligan al replanteamiento conceptual.

10. Cabe preguntarse —como lo ha hecho la doctrina ante esta problemática— si estamos, o no, frente a una evolución metamorfosis del derecho de propiedad (55). La respuesta es indudablemente afirmativa. La entrada en escena de los nuevos componentes del Derecho de propiedad ha sido decisiva. Se viene afirmando desde hace mucho tiempo que en el Derecho de propiedad “a la verdadera línea de fractura se llega cuando, abandonada la idea de goce *pro se*, se entra en el concepto de función de carácter social” (56), pues el moderno derecho de los bienes se encuentra caracterizado precisamente por el pasaje de la dimensión estructural a la dimensión funcional (57), que en el caso de la propiedad deja de ser una fórmula genérica para adquirir el carácter de calificación jurídica (58). El tratamiento jurídico científico de la función social de la propiedad (59), y sus acusadas ambigüedades, ha merecido especial atención en los últimos años pues la mejor forma de dar razón al modo de existir de una determinada estructura se encuentra solo a través de su función (60), con lo cual se facilita incluso el cumplir con la exigencia de tener en cuenta los datos propuestos por los cambios de las condiciones históricas (61).

11. Resulta evidente que teniendo en consideración los factores estructurales y superestructurales concretos que condicionan y determinan la existencia misma del derecho de propiedad privada, el jurista no puede desconocer (aún queriéndolo, es-cudándose en un superado formalismo jurídico) que la propiedad como realidad histórica ha variado y continuará variando.

El tratamiento científico exige tomar en consideración todos los factores relacionados con la propiedad como único modo de aproximarse a un concepto dinámico a través del cual —habida cuenta de su continua mutabilidad— permita analizar la institución en todas sus vicisitudes, así como delimitar los grados de influencia sobre los demás derechos reales a los que en una u otra forma condiciona. Un primer paso ha de ser el considerar el ordenamiento jurídico no como un conjunto de normas completo, sino, por el contrario, como una entidad discontinua caracterizada por una serie de fracturas ocasionadas por la lógica antagónica de las fuerzas productivas (62), y así, determinar la discontinuidad entre la legislación del Código Civil y aquella de las leyes especiales (63), pues resulta obvio que el esquema tradicional de la propiedad del código ha dado paso a una creciente **socialización o publicización** del Derecho privado en general (64), a través de la normativa especial, durante todo el siglo anterior y el presente,

(55) Al respecto véase SAVATIER, R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui* publicado en *Approfondissement d'un droit renouvelé*, (Dalloz, 3a. ed., Paris, 1959), e igualmente, SALARIS, F., *Sulla metamorfosi della proprietà agricola* publicado en *Rivista di Diritto agrario*, 1973, p. 174 ss.

(56) JEMOLO, *Intervento*, en *Atti del terzo congresso nazionale di Diritto agrario*, (Giuffrè, Milano, 1954) p. 230.

(57) DE VITTA, A., *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, *supra* nota 27, p. 40.

(58) RODOTA, S., *Note critiche in tema di proprietà*, *supra* nota 4, p. 1266.

(59) En tema de la función social de la propiedad —que no se tratará aquí— hay una amplia bibliografía, de ella véase preferentemente PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto*, (Giuffrè, Milano, 1954); GROSSO, *Formule, Schemi e prospettive nell'odierna teoria giuridica della proprietà* publicado en *Diritto economico*; RODOTA, S., *Note critiche in tema di proprietà*, *supra* nota 4, que constituye un estudio que parte precisamente del criterio funcional de la propiedad, especialmente p. 1287 a 1341; COSTANTINO, C., *Contributo alla teoria della proprietà*, (Jovene, Napoli, 1967); NATOLI, U., *La proprietà*, *supra* nota 2, especialmente p. 31 a 67 en que analiza la garantía constitucional de la propiedad privada; FERRANTI, F., *Il diritto di proprietà nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo*, en *Orientamento*, p. 1 y ss; CASSIANI, G., *Il problema della terra nella costituzione*, en *Studi XX Costituyente*, III, p. 47; CO ORELLI, L., *La proprietà nella convenzione europea dei diritti del uomo*, en *Rivista Internazionale*, 1970, p. 175; RODOTA, S., *Nouve frontiere per il diritto di proprietà en Giurisprudenza Costituzionale*, 1971, p. 136; GIANNINI, M.S., *Basi costituzionali della proprietà privata en Politica del diritto*, 1971; NEGRO, F., *La storia economica e sociale della proprietà*, (Ed. Forni, 4a. ed., Bologna, 1970); COSTANTINO, M., *Profili fondamentali della proprietà en Studi senesi*, 1971, p. 351; SANDULLI, A.M., *Profili costituzionali della proprietà privata*, en *Rivista trimestrale civile*, 1972, p. 465 ss; NATOLI, U., *Funzione sociale e funzionalizzazione della proprietà e dell'i presa tra negazione e demistificazione en Studi Ermanno Graziani*, 1974, p. 478 ss; POZZI, A., *Limitazioni legale di proprietà e azioni possessorie en Foro italiano*, 1975, I, p. 1970.

(60) PUGLIATTI, S., *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare a la proprietà terriera)*, en *supra* nota 6, p. 300.

(61) RODOTA, S., *Note critiche in tema di proprietà*, *supra* nota 4, p. 1252.

(62) BARCELONA, P., *Introduzione en el volumen L'uso alternativo del diritto*, (Laterza, Bari, 1973) I, p. XVII.

(63) RODOTA, S., *Scienza giuridica ufficiale e definizione della proprietà*, *supra* nota 36, p. 468.

(64) RODOTA, S., *Ibid*, p. 464.

ocasionando un resquebrajamiento en el esquema que imposibilita un tratamiento único para todas las formas en que ésta se manifiesta. Conviene, pues, estudiar separadamente la propiedad industrial, la propiedad agraria, la propiedad intelectual, la propiedad urbana, como único medio de profundizar el estudio científico.

El concepto de propiedad no se puede lograr en forma absoluta para todas sus formas (o modos de manifestación), de ahí que resulte científicamente preferible buscar los conceptos de **las propiedades** en vez del de **la propiedad**. Este recurso metodológico favorecerá la obtención de un criterio más profundo y menos abstracto.

Finalmente, a pesar de que se puedan superar algunas dificultades metodológicas y científicas con los criterios esbozados, resulta indiscutible que cualquier argumentación jurídica que se realice

siempre será una forma de manifestación de una línea política. Resulta ilógico hoy día esgrimir nuevamente el fracasado criterio de que el jurista debe estar en contacto con la sociedad (65), o recurrir al criterio de la jurisprudencia de intereses pues éste solo ha sido vehículo para la protección de los intereses de los detentadores del poder (66), mejor resulta incidir sobre el fenómeno de la socialización de la propiedad (67), que se opera precisamente por la publicización del Derecho privado al convertir derechos disponibles en indisponibles en virtud de un interés público; además, la ciencia jurídica debe hacer referencia a la base económica y a los modelos culturales, dejar el criterio de reducir el análisis a una operación estrictamente lógica (68). Solo así la propiedad puede adquirir conceptualmente un carácter dinámico.

-
- (65) BARCELONA, P., *Introduzione*, supra nota 62, p. X. Sostiene BARCELONA que "se lee que los juristas están frustrados porque han perdido el contacto con la sociedad. Una vez los juristas tenían la sensibilidad de 'lo social'. . . Pero, ¿cuál sociedad?. . . La sociedad de los juristas ingenieros es una quimera, una abstracción. Basta mirar alrededor superficialmente para convencerse de que existen por lo menos dos diversas sociedades: la sociedad, o los grupos sociales, para entendernos, que tienen interés en que el Derecho desarrolle una función marginal, que proteja al sistema sin penetrar en la política del empresario, sin ejercitar ningún control sobre la forma en que se ejercitan los servicios públicos, etc.; al polo opuesto, la otra sociedad, aquella de la que nace el reclamo de una 'nueva justicia' para los oprimidos, los explotados, . . . el llamado a la realidad social es una fórmula vacía. . .".
- (66) Véase al respecto RODOTA, S., *Note critiche in tema di proprietà*, supra nota 4, p. 1261, pero fundamentalmente la interesante posición expuesta por PUGLIATTI en su *La giurisprudenza come scienza pratica*, supra nota 4, p. 50-51, en que plantea con gran brillantez la labor que debe cumplir el jurista en los países en que se intentan transformaciones radicales en la estructura jurídico-política.
- (67) CERRONI, U., *Il problema della teorizzazione dell'interpretazione di classe del diritto borghese*, en el volumen *L'uso alternativo del diritto*, supra nota 62, p. 9.
- (68) BARCELONA, P., *Introduzione en L'uso alternativo del diritto*, *Ibid.*, p. XVI-XVII.