

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD*
 [Historical Evolution of the Concept of Property]

EDUARDO CORDERO QUINZACARA**
 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

EDUARDO ALDUNATE LIZANA***
 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

El presente trabajo intenta demostrar que el contenido conceptual del derecho de propiedad como el derecho más absoluto de disponer de las cosas se construye en los códigos modernos a partir de la evolución de la propiedad en el régimen feudal, y no a partir de categorías conceptuales del Derecho romano. De este modo, el carácter absoluto de la propiedad sólo se opone a la existencia de un sistema de pluralidad de propiedades (*dominium eminens*, *dominium directum*, *dominium utile*), pero no a las facultades reguladoras del Estado.

PALABRAS CLAVE: Propiedad – Derecho absoluto – Régimen feudal.

ABSTRACT

The present paper tries to demonstrate that the conceptual core of property right as the more absolute right on things is constructed in the modern codes from the evolution of the property in the feudal regime, and not from conceptual categories of roman law. In this way, the absolute character of property just excludes the existence of a system of plurality of properties like *dominium eminens*, *dominium directum*, *dominium utile*, but not the regulatory powers of the government.

KEY WORDS: Property – Absolute rights – Feudal regime

* El presente trabajo corresponde a la investigación desarrollada por los autores en el marco del proyecto FONDECYT N° 1040644.

** Profesor de Derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: eduardo.cordero@ucv.cl

*** Profesor de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: caldunat@ucv.cl.

I. INTRODUCCIÓN

La principal dificultad que enfrenta la protección constitucional de la propiedad es que esta garantía se construye sobre una paradoja. Por una parte, la inclusión de la propiedad dentro de las tempranas declaraciones de derechos y dentro de las listas de derechos constitucionalmente protegidos se dio a partir de la preexistencia de una entidad asegurable denominada “propiedad”. Por otra, esta entidad que es protegida desde los inicios del constitucionalismo, va a recibir una específica carga y elaboración conceptual sólo después de su recepción constitucional. Durante el siglo XIX sufrirá una serie de embates de parte del pensamiento político, y en el siglo XX, de parte de la actividad legislativa, siendo objeto en el proceso histórico de tales controversias y transformaciones que cabe plantearse en retrospectiva la pregunta de cuál habrá sido originalmente el objeto protegido o, de manera más precisa, el objeto de la protección constitucional a la propiedad.

El problema se marca con tres grandes hitos: la consagración del derecho de propiedad en el movimiento revolucionario francés¹ (en cuyo contexto histórico nacerán las disposiciones relativas a la propiedad contenidas en el *Código Civil*); las ideas socialistas del siglo XIX; y la mayor intervención estatal en la economía, especialmente a partir de la primera guerra mundial. Las regulaciones legislativas originadas en estos últimos dos fenómenos serán enfrentadas por los defensores de un derecho de propiedad afincado en el primer hito, y que aparece como “auténtico”. Esta autenticidad deriva, por una parte, de su fundamentación iusracionalista y, por otra, de su pretendida estirpe histórica. El derecho de propiedad de carácter individualista y absoluto recogido y protegido en el ideario de la Revolución Francesa no sería otro sino el noble dominio desarrollado por los juristas romanos y heredado por la Codificación como un proceso de decantación a partir de la Recepción del Derecho romano y su depuración iusracionalista.

La cuestión podría tener un interés sólo desde el punto de vista histórico, de no ser porque esta propiedad de cuño decimonónico reclama un carácter absoluto que se va a enfrentar y resistir a los intentos de regulación legislativa. La regulación constitucional original contenía una bien desarrollada garantía de inviolabilidad, que consistían en el requisito de utilidad pública para la expropiación, entendida como desplazamiento de un bien del patrimonio de una persona al destino previsto por el expropiante, y pago de una indemnización. Era, por lo demás, la única garantía necesaria en un tiempo en que las disposiciones legislativas sobre la propiedad no constituían una amenaza para unos dueños cuya mayor preocupación era liberarse de las cargas feudales que aún gravaban sus bienes.

¹ No se ha incluido en esta parte una referencia a las declaraciones de derechos de este período en los Estados Unidos porque ellas no tienen, al menos en sus inicios, una relación directa con el problema que se plantea aquí. Esto permite reforzar la tesis que se desarrolla en este trabajo: si la evolución de la nomenclatura y regulación de la propiedad que desemboca en el constitucionalismo corresponde en parte importante a la evolución política y económica del régimen feudal, se ve confirmada la hipótesis de que en aquellos países donde esta evolución siguió cauces distintos al feudalismo francés, la aproximación a la regulación y concepto de propiedad debe adquirir caracteres especiales.

Cabe preguntarse, entonces, por el sentido y alcance originales de la protección constitucional a una propiedad cuya definición legal se alcanza durante el desarrollo de la Codificación en el siglo XIX, fuertemente influenciada por el *Código Civil* francés, como propiedad individualista y absoluta. El objeto del presente estudio es examinar los elementos históricos relevantes para la comprensión de este carácter absoluto de la propiedad, en vistas a establecer la articulación de su protección constitucional con las facultades de intervención legislativa en la regulación de la propiedad.

II. EL CONCEPTO ROMANO DE PROPIEDAD

La primera afirmación necesaria para ordenar el estudio pretende despejar desde ya un equívoco. En Roma no se conoció una definición de propiedad como la contenida en el *Código* francés o en el *Código Civil* chileno; ni siquiera, una definición como la de Bartolo: “*dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*”. Por lo demás, los juristas romanos, poco inclinados a elaborar definiciones de carácter general², enfrentaban por lo demás el tema del dominio sin conocer la moderna categoría conceptual de “derecho subjetivo”. De aquí que, al menos desde la perspectiva del Derecho romano, resulta claro que la principal dimensión que le interesa a la protección constitucional de la propiedad, la indemnidad patrimonial, no tiene como antecedente histórico el tratamiento del dominio ni de la *proprietas* romana.

Esto no significa que los jurisconsultos romanos no hayan elaborado teorías, ni aplicado principios generales: esta actividad se desarrolló, pero con una limitación impuesta conscientemente por los propios juristas, para no elaborar más teorías que las necesarias y con utilidad práctica inmediata. Por tal razón se ha afirmado que los jurisconsultos no acometieron muchas construcciones doctrinales, no por incapacidad, ni aversión, sino únicamente porque no las juzgaban imprescindibles para alcanzar resultados prácticos³. De este modo, si bien los distintos componentes de lo que hoy constituye la regulación de la propiedad ya se desarrollaron en Roma (*ius utendi, fruendi, abutendi*), jamás se teorizó sobre su carácter de “derecho absoluto”, como lo denominamos hoy; y toda denominación o reflexión en ese

² Es una opinión generalmente aceptada que los jurisprudentes romanos eran enemigos de toda generalización. Ellos no partían de un concepto general ni pretendían llegar a él, sino que extendían por vía de analogía un reducido número de figuras típicas originarias. La razón esencial de esta postura sería el sentido práctico y realista que domina toda la obra de la jurisprudencia romana y que le da fecundidad creadora y una gran adaptabilidad a través de los siglos. Véase, por todos, SCHULZ, Fritz, *Principios del Derecho romano* (2ª edición, Madrid, 2000), pp. 61-87.

³ SCHULZ, Fritz, cit. (n. 2), pp. 62-63, sostiene que no hay que creer que esta actitud proceda de una incapacidad propia de épocas primitivas —hay que considerar que la jurisprudencia clásica está incluida también en el período del culto helenístico a la ciencia—; depende, por el contrario, del claro conocimiento del peligro que el exceso de abstracción lleva consigo. Los conceptos y las reglas generales en el campo del Derecho corren siempre el riesgo de producir daños, porque al establecer reglas con carácter general no siempre se consigue dominar plenamente las múltiples situaciones particulares de la vida.

campo sólo tenía un sentido en contraposición a otros derechos que otorgaban facultades limitadas de aprovechamiento económico. Lo mismo ocurre con las facultades que comprende el dominio (*uti, frui, habere, abuti*). Éstas no son sino generalizaciones, o bien el tratamiento unitario sobre el aprovechamiento de las cosas, materia que los juristas romanos solían examinar con respecto a los concretos derechos reales de aprovechamiento⁴. Allí donde encontramos intentos de generalización es probable que estemos ante el resultado de un cambio de actitud, una tendencia hacia una mayor abstracción cuyos inicios podemos localizar en el último siglo de la República, y que adquiere mayor fuerza en la época postclásica-bizantina. Los compiladores bizantinos tenían una actitud más pedagógica y doctrinaria, con un marcado interés en la formulación de definiciones, pero nunca llegaron al nivel de abstracción de la escuela del Derecho natural o del conceptualismo jurídico alemán del siglo XIX⁵.

¿Cómo se produce entonces la evolución conceptual de la propiedad hacia la figura jurídica que nosotros conocemos en la actualidad? El punto de referencia lo constituye la Recepción del Derecho romano y el desarrollo del *ius commune*. Como ya se ha dicho, en las fuentes romanas no aparece una definición de la propiedad⁶. El origen de la definición se encuentra en la obra de Bartolo, que comentando la ley *Si quis vi*, del título *De acquirenda possessione* del Digesto, plantea: “*Quid ergo est dominium?*” para enseguida ofrecer un concepto que será recogido por generaciones de intérpretes hasta llegar a nuestros días: “*Est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeatur*”. Sostenemos, pues, que la clave para dar respuesta a la pregunta sobre el desarrollo conceptual de la propiedad se encuentra en la evolución política de la realidad en la cual se recibirá el Derecho romano a partir del siglo XI. Usando unos mismos términos y, aparentemente, dentro de un mismo y continuo bagaje conceptual, el contenido de las categorías jurídicas recibidas será el que precisaba una sociedad feudal en tránsito hacia la patrimonialización del feudo y paralelamente, aunque en íntima unión, que veía desplazarse las relaciones personales feudo-vasalláticas de dominio político a relaciones de carácter real (con la consecuente distinción, en materia territorial, entre dominio público y dominio privado).

⁴ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago, 1997), I, p. 444.

⁵ SCHULZ, Fritz, cit. (n. 2) p. 67, señala que las definiciones que ofrecen las fuentes están imperfectamente construidas, ya que fueron elaboradas por juristas postclásicos. Pero también cuando las definiciones que se nos presentan son seguras y genuinamente clásicas, se ve con claridad que definir no es lo fuerte de los juristas romanos.

⁶ Véanse: PICINELLI, Ferdinando, *Studi e ricerche intorno alla definizione: “dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur”* (Napoli, 1980); SCIALOJA, Vittorio, *Teoria della proprietà nel Diritto romano* (Roma, 1928), I, pp. 262 ss.; BONFANTE, Pietro, *Corso de diritto romano, IV: La proprietà* (Milano, 1966), pp. 227 ss.; DI MARZO, Salvatore, *Le basi romanistiche del Codice Civile* (Torino, 1950), pp. 158 ss.

1. *La cuestión terminológica en Roma*⁷.

Las palabras usadas por los juristas romanos para aludir a objetos dentro del actual campo semántico de la propiedad son varias. El término más antiguo parece haber sido *mancupium* o *mancipium*, derivado de *manus*, palabra con la que se designa la *potestas*, el poder sobre personas y sobre cosas que correspondían al “*pater familias*”, en quien se individualizaban los poderes del grupo familiar. El título que legitimaba el aprovechamiento de los bienes se entendía que estaba comprendido con los otros poderes del “*pater*”. Sólo con el tiempo se irán diferenciando estos poderes. Cosa similar ocurrirá con los distintos regímenes de bienes (*fundus*, *res corporalis*, o “suelo itálico y suelo provincial”, etc)⁸.

Según Max Kaser, la propiedad romana de los primitivos labriegos constituye un aspecto parcial de la soberanía que corresponde al *pater familias* en el ámbito de su casa sobre personas (*patria potestas*, *manus*) y cosas. Aunque en este período no hay un nombre que designe específicamente el poder sobre las cosas, el poder doméstico se extiende a todos los objetos de la *domus* y, consiguientemente, también a las cosas propiamente dichas, y ello con sujeción a reglas especiales⁹.

⁷ El origen y la forma de como se ejercía el derecho de propiedad en la Roma primitiva ha sido una cuestión bastante controvertida. La causa se encuentra en la ausencia de información que se extiende hasta la época preclásica, por la falta de fuentes y las dificultades de interpretación al momento de enfrentar las ideas que los romanistas antiguos tenían al respecto. Los intentos de los pensadores antiguos y modernos de dar una explicación social, económica e histórica del fundamento y del origen de este derecho han conducido casi siempre, incluso bajo concepciones y exigencias muy diferentes entre sí, a concebir una fase anterior en la que no habría existido la propiedad individual y en la que los bienes habrían sido comunes y accesibles a todos, y disfrutados conjuntamente. Véase VOLTERRA, Edoardo, *Instituciones de Derecho privado romano* (trad. cast., Madrid, 1988), p. 309 s. Sin embargo, por la imposibilidad de dar una prueba definitiva en esta materia, se hace preferible comenzar por el punto en que la secuencia histórica hasta nuestros días puede ser trazada con seguridad: y ese punto se ubica, en el actual momento de la historiografía, en Roma.

⁸ Véase HERNÁNDEZ-TEJERO, Francisco, *Estudios de terminología jurídica latina*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid* 34-35-36 (1969) 13, pp. 113-122, en donde se ocupa del término *dominium* y de su vinculación con la expresión *mancipium* y *manus*. Este autor cita también la obra de GUARINO, Antonio, *Diritto privato romano: Lezioni istituzionali di diritto romano* (Napoli, 1957), pp. 250 ss., quien sostiene que la relación *manus* o *mancipium* se escinde a fines del siglo VI a. C. en cuatro distintas categorías de relaciones jurídicas absolutas: la *patria potestas*; la *potestas* sobre los *liberi in causa mancipii*; la *naus maritalis* y el *dominium*, lo que atribuye a la distinta valoración social de los diversos elementos constitutivos de la familia.

⁹ KASER, MAX. *Derecho romano privado* (1982, trad. cast. Madrid), p. 101. Resulta muy interesante como compara dicha *potestas* doméstica del *pater familias* con la idea de soberanía. A este respecto DE LOS MOZOS, José Luis, *El derecho de propiedad. Crisis y retorno a la tradición jurídica*, en *Revista de Derecho Privado* (Madrid, 1993), p. 7, señala que es un poder eminente que, al igual que el poder político de la “*civitas*”, no estaba sometido a reglas, según la fórmula de Pomponio: “*omniaque manu a regibus gubernabantur*” (D. 1,2,2,1). En el mismo sentido CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi, s.v. *Proprietá (Diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, s. d.), p. 187 ss. Apoyando esta comparación se encuentra la tesis de Bonfante, quien establece un paralelismo entre los que él llama los caracteres del dominio del *pater familias* sobre los fundos itálicos y los caracteres de la soberanía del Estado sobre el territorio sometido a él, destacando los puntos siguientes: i) Los límites del fundo romano son sacros

Fuera de este círculo familiar, contribuye a resguardar este poder omnicompreensivo y absoluto del *pater* la defensa procesal, primero en el sistema de las “*legis actiones*”; después bajo la forma más específica del sistema formulario. Aparece en el primero de estos procesos la *indicatio* arcaica, que es el cauce para hacer valer la propiedad relativa. Sólo después alcanzará eficacia *erga omnes* respecto del que posea la cosa indebidamente y no porque tenga algún derecho contra el demandado, sino porque la cosa le pertenece al actor *ex iure Quiritium*, es decir, en virtud del Derecho civil¹⁰. La fórmula adquiere un alcance técnico en el proceso de las *legis actiones*: “*hanc ego rem actiones ex iure Quiritium mean esse aio o meum esse ex iure Quiritium*”. El *mancipium* es el acto (*mancipatio*) y a la vez el poder que se adquiere con este acto sobre las cosas (*res mancipi*) y personas que integran la casa (*domus*); la reclamación de ellas se hace por *vindicatio* (*sacramentum in rem* de las *legis actiones*)¹¹.

El término *dominium* aparece en la jurisprudencia de fines de la República, junto con el de *obligatio* y otros términos técnicos¹². Se trata de una especificación del *mancipium*, y con la palabra *dominium* los romanos designaban el señorío sobre la *res*, con lo cual se manifiesta que la identidad de la relación dominical no está en el contenido sino en el sujeto, es decir, en el comportamiento de éste como “señor” (*dominus*) de la *domus* y de todo el *patrimonium* personal.

En la última época prevalece el término *proprietas* (de *proprius*), que acentúa la pertenencia absoluta y exclusiva de la cosa que es objeto de este derecho al titular del mismo. Este término fue el que se impuso en las lenguas romances

(entran en las *res sanctae*), como los del territorio del Estado, y son establecidos con la solemne ceremonia religiosa de la *limitatio*; ii) La propiedad romana es absoluta e ilimitada internamente; no admite ninguna ingerencia o influencia extraña en su esfera. Según Bonfante, las cuatro antiguas servidumbres sobre el fundo (*via, iter, actus, aquaeductus*) no habrían sido concebidas originariamente como derechos sobre las cosas que estaban en propiedad de otro, sino que habrían sido porciones de territorios distintos del territorio que atraviesan; iii) La propiedad inmobiliaria romana es absorbente, en el sentido de que cualquier cosa que entre en su esfera se encuentra sometida al derecho del *dominus*, de igual modo que toda cosa que entra en territorio de un Estado está sometida a la soberanía de éste; iv) El fundo itálico está inmune y libre de todo tributo o carga, ya sea en relación con los particulares o con el Estado. La diferencia entre él y los fundos provinciales estaría caracterizada precisamente por el hecho de que estos últimos están sometidos a tributo; v) La propiedad romana es perpetua, en el sentido de que no se la puede concebir sometida a término. Estos caracteres originarios, siempre según Bonfante, se habrían ido transformando de forma progresiva a lo largo de la evolución de la sociedad y de la economía romana. BONFANTE, Pietro, *Diritto romano* (Milano, 1976), X, pp. 192-200. El interés de esta comparación se encuentra en la naturaleza política que asume el derecho de propiedad en sus orígenes, y que volverá a observarse (o se mantendrá) en la época medieval.

¹⁰ Gai. 4,51 y 92. Véase, además, KASER, Max, *Eigentum und Besitz im älteren römischen-Recht* (2ª edición, Köln, 1956).

¹¹ D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano* (9ª edición, Pamplona, 1997), p.192, § 140.

¹² Según D'ORS, cit. (n. 11), p. 191 § 140, este término era desconocido por Cicerón, quien murió en el año 43 a.C.; pero un cónsul del 39 a.C., de nombre Alfenio Varo, parecería conocerlo. Cita al efecto D. 8,3,30 y la obra de MONIER, E., *La date d'apparition du "dominium" et de la distinction juridique de "res" en "corporales" et "incorporales" en Studi Solazzi* (s. l., 1948), p. 357.

debido a que se generalizó su uso en el Derecho postclásico; la jurisprudencia clásica lo empleaba preferentemente para designar al dominio en cuanto privado del usufructo (*nuda proprietatis*), es decir, *proprietaryus*, en contraposición a *usufructuarius*¹³. Puede decirse que con la expresión *proprietatis* se alude al núcleo de pertenencia contenido en la idea de dominio, ya que el nudo propietario carece de las facultades materiales de aprovechamiento sobre la cosa y sólo puede predicar, jurídicamente, su titularidad dominical sobre la cosa.

2. *El estatuto jurídico de las cosas como cuestión previa para determinar su aprovechamiento.*

Para la jurisprudencia romana, las cosas (*res*) son bienes en cuanto susceptibles de una apropiación o pertenencia personal. Y por tal razón, antes de reflexionar acerca del contenido y el aprovechamiento de un bien bajo el título de “dueño”, se preocuparon de establecer qué bienes son susceptibles de apropiación y cuáles no.

Desde el punto de vista jurídico, en el Derecho Romano se utilizaron diversas clasificaciones para establecer el régimen de las cosas y, dentro de éstas, el suelo. Se debe prevenir, no obstante, que el análisis de las categorías romanas respecto de la clasificación y régimen de las cosas conlleva una serie de problemas, debido a que esta materia es conocida imperfectamente por la ausencia de fuentes, la existencia de interpolaciones en las mismas y su origen en épocas diversas. Esto hace que estas distinciones no sean en muchas ocasiones congruentes, llegando a ser, incluso, contradictorias¹⁴.

La clasificación más general que se puede encontrar es aquélla que considera la distinta aptitud que tiene la *res* de ser objeto de relaciones jurídicas privadas, y suele expresarse por los juristas romanos con los términos *res in commercio* y *res extra commercium*, o bien *res in patrimonio* y *res extra patrimonium*¹⁵. Gayo utiliza en sus *Institutiones* esta última distinción en los siguientes términos: “*quae vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur*”. Sin embargo, acto seguido señala que la *summa divisio* de todas las *res* es entre *divini iuris* y *humani iuris*: “*Summa itaque rerum divisio in duos articulos dicitur: nam aliae sunt divine*

¹³ Habría sido el uso de ese término para designar a la propiedad (no *dominium*) de fundos provinciales lo que favoreció su difusión en el bajo latín y en las lenguas romances. De hecho en la *lex dicta* de Vipasca, cap. 2º, *proprietatis* designa el derecho del concesionario de un pozo en las minas fiscales. Véase D'ORS, Álvaro, *Régimen jurídico de las concesiones mineras de la España romana: Los Bronces de Vipasca (texto, traducción y comentarios)*, en *Revista de Derecho de Minas y Aguas* 3 (1992), pp. 9-33. A veces, empero, *proprietatis* (como *proprium*) aparece usado para indicar el dominio singular en oposición al dominio común o condominio.

¹⁴ VEGTING, Wilhelmus Gerardus, *Domaine public et res extra commercium. Étude historique du droit romain, français et néerlandais* (Alphen aan den Rijn, 1950), pp. 3-5.

¹⁵ Para BONFANTE, Pietro, *Corso de diritto romano*, IV: *La proprietà*, II, pp. 13 ss., la diferencia entre ambas distinciones sería que la primera de estas indicaría un sentido dinámico de la susceptibilidad o no susceptibilidad de constituir objeto de las relaciones jurídicas, mientras la segunda, es por así decirlo, estática. Sin embargo, Bonfante considera que ambas distinciones son dudosas y equívocas, siendo más preciso hablar de *res in patrimonio et in commercio* y *res extra patrimonium et extra commercium*, debiendo añadirse *omnium hominum* (p. 15).

iuris, aliae humani”¹⁶. De esta forma, no queda claro en qué relación sistemática se encuentran ambas clasificaciones, ya que no se puede entender el carácter de “suma” que le atribuye Gayo si existe una clasificación anterior y más general, como parece ser aquella que utiliza como referencia el patrimonio. Entendida esta clasificación en su sentido natural, tendría que aludir a cosas que actualmente están incluidas en el patrimonio de alguien (*in patrimonium*) y cosas que actualmente no están incluidas en el patrimonio de nadie (*extra patrimonium*). En tales condiciones, las *res divini iuris* tendrían que ser *extra patrimonium*, pero no cabe afirmar que las *res humani iuris* tendrían que ser siempre *in patrimonium*, porque hay cosas de tal género que evidentemente no están en ningún patrimonio, como las *res nullius* o las *res sine dominio*. Al parecer, la idea de Gayo era identificar a las *res in patrimonium* con las *res humani iuris* y las *res extra patrimonium* con las *res divini iuris*; sólo que la distinción *in patrimonium*-*extra patrimonium* no es propiamente una división o clasificación de las cosas, sino la expresión de un criterio aproximado para introducir la verdadera división en cosas de Derecho divino, que no están en un patrimonio, y de Derecho humano, que sí lo están en la “mayoría de los casos” (*plerumque*), como párrafos más adelante el propio Gayo reconoce¹⁷.

Por su parte, Celso, seguido por Pomponio, distingue “las cosas respecto de las cuales no hay comercio” (*res quarum commercium non est*), que suele abreviarse como *extra commercium*, de aquéllas respecto de las cuales hay dicho comercio, y que se llaman *in commercio*¹⁸. Esta distinción es seguida usualmente por la jurisprudencia y se basa en la posibilidad o imposibilidad de que algunas cosas puedan ser objeto de apropiación y, más en general, de tráfico jurídico.

Los romanistas combinan estas clasificaciones, de manera que las cosas divididas según la distinción gayana entre *res divini iuris* y las *res humani iuris* son, a su

¹⁶ Gai. 2,2; D. 1,8,1 pr.

¹⁷ Gai. 2,9. En este sentido GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago 1997), I, p. 432, quien afirma que Gayo solía hacer primar las exigencias del sistema sobre las realidades jurídicas, de donde los tan frecuentes desajustes en sus *Institutiones*, como el mencionado. ARIAS-RAMOS, J. - ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano* (Madrid, 1991), p. 106 s., utilizan como criterio de distinción entre ambas clasificaciones el hecho que las cosas no son susceptibles de relaciones jurídicas privadas, ya sea porque se atiende a la situación actual o de hecho de la cosas (*res intra patrimonium* y *res extra patrimonium*) o a su posibilidad o imposibilidad jurídica de entrar en el tráfico de las relaciones patrimoniales privadas (*res in commercio* y *res extra commercium*). En su opinión, los términos de ambas clasificaciones resultan así claros y la terminología apropiada, pero reconocen que no refleja una exacta coincidencia con las fuentes. Las *Institutiones* de Gayo y las de Justiniano parecen utilizar las expresiones *intra* y *extra patrimonium* en el segundo sentido expuesto, el de la posibilidad o legalidad y no el de la actualidad o realidad. La imprecisión aún se complica más si se tiene en cuenta las frases *extra commercium*, *commercium non esse*, *commercium non habere*, alude en muchos pasajes del *Corpus iuris* a prohibiciones de adquirir ciertas cosas que pesan sobre algunas personas determinadas, v. gr. los inmuebles de una provincia con respecto a los gobernadores de la misma, o cosas que a sus propietarios les está vedado enajenar, por ejemplo, porque se les ha traspasado con esa condición. Sin que, en el primer caso, nada impida que dichas cosas sean adquiridas por otras personas, o en el segundo, que sean objeto de relaciones jurídicas que no supongan una enajenación.

¹⁸ D. 18,1,6 pr.; Inst. 2,20,4.

vez, clasificadas a la luz de esta distinción. Así, se sostiene que todas las *res divini iuris* (*res sacrae, res religiosae* y *res sanctae*) son *res extra commercium*, mientras que dentro de las *res humani iuris* sólo las *res publicae* (mas no las *res privatae*) serían *res extra commercium*. A partir de una distinción atribuida a Celso, las *res publicae* se dividirán en *res publicae in publico usu* y *res publicae in pecunia populi*¹⁹. Las primeras forman el dominio público del *populus Romanus*, siendo bienes indisponibles y destinados al uso de todos²⁰, como los lagos de aguas perennes, los estanques de aguas intermitentes y los canales²¹; los ríos y los puertos²²; los grandes edificios públicos, como el foro y las basílicas²³; las vías y los caminos públicos, los baños públicos y los teatros²⁴. Las segundas integran el dominio privado del pueblo romano, quien tiene sobre ellos la calidad de dueño como cualquier particular, de forma que dichas cosas quedan en principio sujetas a un estatuto dominical de Derecho privado. Pertenece a esta clase de cosas la tierra pública (*ager publicus*) o el botín de guerra²⁵.

Las *res in pecunia populi* correspondieron, en principio, al conjunto de bienes patrimoniales del *populus Romanus* conocidos como *aerarium populi Romani*, siendo absorbidas, a partir del Principado, por el *Fiscum Caesaris*, dando lugar a las *res in patrimonio fisci* o *res fiscales*²⁶. De esta manera, sólo son *res extra commercium*

¹⁹ Pomponio, en D. 18,1,6 (9 *Sab.*), con cita de Celso, afirma que: “no hay enajenación [...] de las cosas sagradas y religiosas, de las que no haya comercio como las públicas, que no tienen en el caudal del pueblo, sino para uso público, como es el campo de Marte” (“*publica quae non in pecunia populi, sed in publico uso habeantur, ut est campus Martius*”).

²⁰ Sobre la afectación de los bienes, véase CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago, *De la romana institución de la “publicatio” a la actual noción de afectación*, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 96 (1997), pp. 525-542.

²¹ ULPIANO, D. 43,14,1,4-6.

²² MARCIANO, D. 1,8,4,1.

²³ PAULO, D. 45,1,83,5; y VENULEYO, D. 45,1,137,6.

²⁴ ULPIANO, D. 43,8,2.

²⁵ Véanse: GUZMÁN, Alejandro, cit. (n. 17), p. 436; IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Historia e instituciones* (11ª edición, Barcelona, 1994), p. 211; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago, *A propósito de los bienes de dominio público en el Derecho romano*, en *Derecho y Opinión* 3-4 (1995-1996), p. 275.

²⁶ La administración de estos bienes correspondió al rey durante la Monarquía. En los comienzos de la República estos bienes fueron administrados por los cónsules, hasta que se crearon magistraturas específicas para realizar esta función. Por una parte, estaban los *cuestores*, quienes registraban en libros especiales las entradas y salidas de los dineros que recibían los cónsules. Para disponer de estos bienes, los cónsules necesitaban de la autorización del Senado, respecto de aquellos dineros que no percibían directamente, magistratura que tenía la función de velar por la integridad del *aerarium populi Romani* (llamado también *aerarium Saturni*, porque estos bienes se guardaban en el templo de Saturno). Véase SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo. Bases fundamentales* (Santiago, 1996), I, p. 197. Durante el Principado y el Imperio se distinguió entre el *aerarium Saturni* o *populi Romani*, administrado por el Senado, al que se le asignó el *stipendium* de las provincias senatoriales, y la caja imperial o *fiscus Caesaris*, a la que se asignó el *tributum* de las provinciales, a disposición del príncipe, y que tuvo por objeto evitar los controles ejercidos por el Senado. Gradualmente se fue financiando con cargo a este patrimonio la subsistencia de Roma, las obras públicas y algunos servicios, atrayendo una mayor cantidad de ingresos públicos, hasta llegar a absorber al *aerarium populi Romani*. De esta forma, las *res in pecunia populi* se transformaron en las *res*

las *res publicae in publico usu*, mientras que las *res publicae in pecunia populi* son *res privatae*, aunque de titularidad pública²⁷.

Queda por integrar una última clasificación aportada por Marciano en el siglo III d.C., que divide las cosas en *res communes omnium*, *res universitatis*, *res nullius* y *res singulorum*. La noción de *res communes omnium* comprende aquellas cosas que por la naturaleza o por Derecho natural (*natura* o *naturali iure*) no pueden ser objeto de propiedad por los particulares, pero son comunes a todos en el disfrute y aprovechamiento, como el aire, el agua corriente, el mar y el litoral²⁸. Las *res communes omnium* fueron recogidas originalmente dentro de las *res publicae*, hasta que Marciano formula esta categoría, la que es recogida posteriormente por Justiniano en sus Instituciones²⁹. Sin embargo, los autores están de acuerdo en que las *res communes omnium* constituyen una categoría ambigua y de marcado valor filosófico, ya que algunas de las cosas que se incluyen en ella son consideradas en varios textos como *res publicae*, esto es, propiedad del pueblo romano³⁰. Para Alejandro Guzmán Brito, esta categoría sería una noción personal del citado jurista, influida por ideas estoicas según las cuales el mar y el litoral marino son bienes que a todos pertenecen y que nadie puede apropiárselos en particular, como de hecho ocurre con el aire³¹.

Las *res universitatis* son los objetos que pertenecen en común a las ciudades, a una corporación o colectividad, tales como los teatros, estadios y otros semejantes.

fiscales, sujeto a un régimen jurídico-privado, a pesar de que con dichos fondos se financiaba una parte importante de los gastos públicos. No obstante su naturaleza privada, estos bienes estuvieron protegidos por una serie de privilegios, en particular, el de la imprescriptibilidad. Así, las *res fiscales* no son susceptibles de adquirirse por terceros por la prescripción adquisitiva; se encuentran sustraídos tanto a la *usucapione* como a la *longi temporis praescriptio*; si bien no se encuentran sustraídos a la prescripción extraordinaria de 40 años (Inst. 2,6,9). Cfr. SOTO KLOSS, cit., p. 228.

²⁷ Según Ulpiano, el príncipe era “casi propietario en nombre del Estado” (“*res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt*”).

²⁸ Cfr. D. 1,8,2 pr.-1; Inst. 2,1 pr.-1.

²⁹ Inst. 2,1,1 y D. 1,8,2 pr.-1. (Marcian., 3 *inst.*). Efectivamente, las *res communes omnium* presentan un paralelismo o semejanza con la categoría de las *res publicae iuris gentium*, a la cual alude Gayo en D. 1,8,5 pr.-1. Por esta razón, algunos romanistas la han considerado una figura errónea. Sobre el origen de esta categoría y su discutido carácter y sentido, véase CASTÁN, cit. (n. 25), pp. 271-277. Autores como LOMBARDI, Gabrio, *Ricerche in tema di “ius gentium”* (Milano, 1946), p. 89, sostienen que esta categoría no tiene su origen en el Derecho romano clásico, sino que constituye una típica categoría justinianea. Estas cosas estarían subsumidas en la figura clásica de las *res publicae iuris gentium*. Por su parte MOMMSEN, Theodor, *Sopra un' iscrizioni scoperta in Frisia*, en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 2 (1889), pp. 130-131, sostenía que el grupo de las *res communes omnium* no tiene ni pies ni cabeza (“no ha nè capo nè coda”).

³⁰ D. 43,8,2,9 y 50,16,112. Véanse: ORTEGA CARILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *Los derechos reales en el Derecho romano* (Granada, 1992), p. 16; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho romano* (Madrid, 1996), p. 33.

³¹ GUZMÁN, Alejandro, cit. (n. 17), I, p. 444. Cfr. CICERÓN, *pro Rosc. Am.* 26,72; *De offic.* 1,16,52; SENECA, *De benef.* 4,28.

Con las *res publicae* sucedía algo similar, pues el término *publicae* parece haber sido aplicado también a los bienes de la Corona y de los municipios³².

En definitiva, existen tres categorías de bienes a los que en el Derecho romano se les considera *res extra commercium* y se les aplica, por tanto, un régimen jurídico público o exorbitante al régimen común de las cosas: i) las *res publicae in publico usu*; ii) las *res communes omnium*; y iii) las *res universitatis*.

Estos bienes se caracterizan por su uso y disfrute libre y gratuito para todos los miembros de la colectividad. Sobre estos bienes los particulares pueden ejercer todas aquellas facultades que estén conformes con la naturaleza y el destino de la *res*, con el único límite de no impedir el igual ejercicio de los demás. Por tal razón se crearon algunos interdictos para proteger el uso colectivo de estos bienes³³ y las autoridades romanas asumieron el poder de conferir su uso exclusivo a través de concesiones administrativas, a pesar de que estaban sujetas a un régimen de *extra commercium*, que implicaba su inalienabilidad³⁴ e imprescriptibilidad³⁵.

Por regla general, el ciudadano podía navegar en el mar, pasear por las plazas, tomar agua de los ríos para satisfacer sus necesidades; pero si quería construir sobre el litoral del mar o sobre suelo público, derivar agua del río para su fundo, o si quería ejercer cualquier otro acto que excediera al uso normal del bien, era necesario contar con lo que hoy llamaríamos una concesión administrativa previa otorgada por la autoridad pública³⁶. Así, y de forma paralela a la concesión de *ager publicus (ius in agro vectigali)*, se desarrolló todo un régimen de concesiones sobre *res extra commercium*, especialmente sobre suelo público urbano y edificios públicos.

Por su parte, todas las cosas que pertenecen a los particulares son *res privatae*.

3. El sentido unitario del “dominium”.

Para hablar del concepto de propiedad en Roma es necesario hablar de las diversas épocas que conforman su historia. En cada una de ellas, la propiedad se nos presenta como un derecho con características propias.

³² GAYO comprende en sus *Institutiones* a las *res universitatis* dentro de las *res publicae*. La distinción entre ambos tipos de bienes si aparece en las *Institutiones* de Justiniano.

³³ Respecto de las *res quae publico usui destinatae sunt* existían los siguientes interdictos: *ne quid in loco publico facias* (D. 43,8); *quo minus loco publico* (D. 43,9); *quo minus illi viam publicum* (D. 43,11). Estos interdictos tenían por objeto impedir cualquier acto que entorpeciera el uso público de las cosas a las que se refiere, por tal razón tenían, además, un carácter popular (*quibus ex populo*).

³⁴ El principio de la nulidad de las ventas de cosas que están fuera del comercio aparece formulado por PAULO, D. 18,1,34,1 (Paul. 33 *ed.*). Por su parte Papiniano declara que la venta de un bien del Estado sólo es válida si no está en uso público (*res in publico uso*), es decir, *a sensu contrario*, la validez depende de que el bien se encuentre en el patrimonio del fisco (*res in pecunia populi*), D. 18,1,72,1 (Pap., 10 *quaest.*).

³⁵ Al respecto GAYO sostenía que no es posible la usucapión de las cosas públicas, lo que comprende no sólo a las cosas destinadas al uso público, sino que también a aquellas *in patrimonio populi*. D. 41,3,9 (Gai., 4 *ed. prov.*). Justiniano también aplicó este principio en Inst. 2,6,9.

³⁶ Véase CASTÁN, Santiago, cit. (n. 30), especialmente las pp. 91-121.

Lo cierto es que el término clásico *dominium* aparece, como ya hemos señalado, en el siglo I a.C., y se utiliza para designar en un primer momento la potestad del *dominus* o jefe de la casa (*domus*) que se ejercita sobre la casa misma y los que en ella viven y, en relación con los bienes, para designar el “poder civil de dueño”. El concepto de dominio a esta época ya se encuentra decantado y es el que va a permanecer hasta la codificación justiniana.

Por tal razón la historicidad de la propiedad en el Derecho romano a partir de esta época va a estar determinado por las personas que pueden ser titulares de este derecho (plano subjetivo), y los bienes que pueden ser objeto de uso y aprovechamiento a través de ella (plano objetivo). El contenido material o conjunto de facultades dominicales se mantendrá constante, mientras que el universo de personas que pueden ser titulares de dominio y de cosas susceptibles de ser su objeto, experimentarán una expansión en el tiempo que llevará a una concepción unitaria del dominio.

En el Derecho romano antiguo y clásico, el *dominium* reconoce sólo como titular a los ciudadanos romanos que hayan adquirido la cosa por un modo de adquirir reconocido por el *ius civile*³⁷. Esta regla se flexibiliza, en primer lugar, respecto de los ciudadanos que han adquirido un bien no sujetándose a las formalidades del *ius civile* (*mancipatio* o la *in iure cessio*), la han adquirido de un *non dominus* y la tienen sólo *in bonis*. Esta figura es denominada “propiedad bonitaria”, “pretoria” o “publiciana”, ya que fue efecto de una acción introducida por el pretor Publicius para remediar las dificultades que surgían por la aplicación estricta del régimen de dominio del *ius civile*. Contempla en su edicto la concesión de la acción civil que tenían los propietarios (*rei vindicatio*) para estos casos, pero adaptada con la técnica de las ficciones, y se la denominó *actio Publiciana in rem*. El término técnico usado en las fuentes para designar todas estas situaciones que no se pueden calificar como *dominium*, es “tener entre los bienes” (*in bonis esse o in bonis habere*).

También hubo acciones a favor de los peregrinos otorgadas por el pretor con la ficción “*si cives Romanus esset*” (*actio fruti*, *actio legis Aquiliae*, etc.), en las que se finge su condición de ciudadano, razón por lo que la doctrina habla de *propiedad peregrina*, desaparecida en el año 212 con la *constitutio Antoniniana*, de Caracalla, que declaró ciudadanos a todos los habitantes del orbe romano³⁸.

³⁷ Como es sabido, la antigua denominación de ciudadano es *Quirites*, de ahí que para hablar de propiedad civil se utilice la expresión *dominium ex iure Quiritium*. Está fuera de duda, que en el período preclásico y postclásico, desde fines del siglo IV a. C. hasta Justiniano, *ius Quiritium* es sinónimo de *ius civile*. Sobre el significado de la terminología *Quirites*, véase HERNÁNDEZ-TEJERO, cit. (n. 8), pp. 144-149.

³⁸ La condición de ciudadanía en el año 212 no alteró fundamentalmente la situación en las provincias, ya que en ellas se formó un Derecho propio, fundamentalmente romano, pero adaptado al régimen consuetudinario de aquella región. Cfr. D’ORS, cit. (n. 11), p. 90, § 53. Esta determinación tuvo un interés fiscal, ya que Caracalla había rebajado del vigésimo al décimo el impuesto que gravaba las manumisiones y las sucesiones de los ciudadanos: la extensión del derecho de ciudadanía fue destinada a hacer aquel impuesto más productivo. MARCIANO vuelve el impuesto a sus antiguos límites; pero la concesión del derecho de ciudadanía subsistió para todos los individuos del Imperio. Desde entonces no hubo más *peregrinos*

El objeto sobre el cual puede recaer el *dominium* puede ser una cosa mueble o inmueble. En el caso de inmuebles sólo podían ser idóneos para el *dominium ex iure Quiritium* los que se encontraban situados *in solo Italico*. Los fundos situados *in privinciali solo* pertenecen en propiedad soberana al pueblo romano o al emperador, según se trate, respectivamente, de provincias senatoriales o imperiales³⁹. Las tierras provinciales son dejadas a los particulares en simple goce —*possessio vel usufructus*—, pagando un *stipendium o tributum*⁴⁰. Sin embargo, la distinción entre fundos provinciales y fundos itálicos también pierde sentido al dictarse la *constitutio Antoniniana*, del 212 d.C., ya que la organización política romana pasa a tener una base territorial y no personal. Además, desde que Diocleciano somete a tributación, en el año 292 d.C., a las tierras situadas en la península itálica, dicha distinción ya no tiene razón de ser.

Es por tal razón que Justiniano a través de una constitución recogida en Cl. 7,25,1 borra esta distinción y unifica el régimen de la propiedad. Bajo Justiniano hay una sola forma de propiedad, que es llamada indistintamente *dominium* o *proprietas*, y que es amparada por la *rei vindicatio*.

El *dominium* o *proprietas* es una denominación que designa a un concepto único que expresa la *plena in re potestas* de un hombre sobre una cosa, sin perjuicio de su mayor o menor extensión en cuanto a quienes podían ser titulares de dicho derecho o de su mayor o menor extensión en torno a qué cosas (sobre todo inmuebles) caían bajo su poder. Y en este sentido Edoardo Volterra señala que el examen de los pasajes de los juristas romanos en la época histórica nos persuade de que configuraban el derecho de propiedad bajo un aspecto unitario y concedían igual valor jurídico a las diferentes expresiones usadas: *mancipium*, *dominium*, *proprietas*, y la afirmación judicial *meum esse ex iure Quiritium*. Aun cuando tales expresiones surgieron en épocas diferentes y originariamente respondían a concepciones distintas, es cierto que los juristas clásicos las usaron para expresar una misma relación jurídica entre el hombre y la cosa, adaptándolas a la noción unitaria que ellos tenían de esta relación⁴¹.

4. Las facultades jurídicas que confiere el dominio.

En el Derecho romano la propiedad es la más plena pertenencia personal de las cosas (*res*), pero se identifica con las cosas mismas y es, por lo tanto, diversa

que los condenados a penas, significando la decadencia del derecho de ciudadanía de los *libertos dediticios* y los bárbaros que servían en las armas romanas: ya no hubo más latinos que los *liberti Latini Juniani*. Las únicas personas privadas del derecho de ciudadanía fueron los condenados a ciertas penas criminales, los esclavos y los bárbaros.

³⁹ Gai. 2,21.

⁴⁰ Distinta es la situación jurídica de las tierras pertenecientes a los pueblos que han ofrecido mayor resistencia, en cuanto son objeto de arrendamiento: “*agri vectigales quibus censoria locatio constituta est*”.

⁴¹ Cfr. VOLTERRA, Edoardo, cit. (n. 7), en donde señala además que esto es confirmado también por el hecho de que los mismos juristas romanos construyen los otros derechos reales, reduciéndolos a tipos fijos y determinados, considerándolos e individualizándolos como forma limitada de la propiedad ajena, lo cual presupone necesariamente un concepto unitario de este último derecho.

según sea la cualidad jurídica de las cosas sobre las que recae. Por tal razón, la propiedad no es un *ius in re*, sino la misma *res*: no se vindica la propiedad, sino la *res (rei vindicatio)*⁴². Como señala d'Ors, siendo la propiedad la cosa misma en cuanto pertenece a alguien, el contenido de la propiedad depende de la modalidad de aprovechamiento de aquella cosa: la propiedad de una finca, la de un esclavo, la de una cosecha y la de unas monedas. De ahí que los romanos se abstuvieran de dar una definición de la propiedad⁴³.

En el pensamiento romano existe, entonces, el concepto o idea de propiedad cuyo contenido es un conjunto innominado y genérico de facultades (que en el pensamiento contemporáneo lo podríamos entender como su régimen jurídico objetivo-abstracto), pero además se encuentra la propiedad o propiedades en concreto, cuyo contenido va a estar determinado por las posibilidades de aprovechamiento de la cosa, siendo está última la propiedad en el sentido que hoy damos a la expresión aludiendo a un concreto y específico derecho de propiedad⁴⁴.

Así, se afirma que el uso o aprovechamiento de las cosas es distinto según la naturaleza de éstas, de manera tal que, de sus diversas modalidades, depende el

⁴² Véase D'ORS, Álvaro, cit. (n. 11), p. 179, § 131. La moderna denominación "derechos reales" o derechos sobre las cosas, aunque acuñada sobre las fuentes, no es romana: la expresión *ius in re*, que pasa por tal, es en cambio, propia de los romanistas del medioevo. Se ha dicho que *res* (o incluso *corpus*), son términos que en las fuentes designan la propiedad y *ius in re* el derecho sobre las cosas ajenas (lo que la doctrina moderna denomina, siguiendo la terminología medieval, *iura in re aliena*). Sin embargo, tanto *res* como *ius in re* son usados con bastante vaguedad en los textos y sería peligroso equipararlos a nuestras actuales categorías de derecho reales. Cfr. ORTEGA, Antonio, cit. (n. 30), p. 34; y ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano* (trad. cast. Buenos Aires, 1986), p. 193.

⁴³ D'ORS, Álvaro, cit. (n. 11), p. 191, §140. Se suele citar como definición de propiedad una constitución de Constantino, contenida en CI. 4,35,21: "[...] *suae quidem quisque rei moderator atque arbiter*". La frase así aislada podría referirse a la propiedad, pero si se examina el texto en su conjunto se concluye que en realidad se refiere al mandante, respecto del cual se afirma que él puede regular sus intereses como mejor crea. Se cita también el fragmento 2,4,4, de las Instituciones de Justiniano, en el que a propósito del usufructo se dice que cuando éste se extingue, el propietario, que hasta entonces sólo tenía la nuda propiedad, "*incipit plenam habere in re potestatem*" ("comienza a tener plena potestad en la cosa"). Sin embargo, de un examen detenido se concluye que el fragmento más que dar una definición de la propiedad, nos revela la naturaleza abstracta de la misma, que la doctrina denomina la "elasticidad del dominio". Más celebre es aquella definición que concibe la propiedad como "*ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*". Sin embargo esta definición no fue formulada ni aparece en las fuentes del Derecho romano, y al parecer fue acuñada no antes del siglo XVI. Es cierto que esta definición está inspirada en D. 5,3,25,11, donde se dice que los poseedores de buena fe de una herencia no responden si han perdido o dilapidado algo de ella, ya que *re sua abuti putant*. Por lo demás el *abuti* (de *abutor*) que aparece en el texto ha sido entendido en su significado de consunción. *Abusus* no significa destrucción caprichosa de la cosa por su propietario, sino el consumo de una cosa que es consumible por el primer uso, esto es, aquella que, según los textos, *in abuso consistunt* (D. 7,5,1-2). Véase ORTEGA, Antonio, cit. (n. 30), pp. 50 s.

⁴⁴ Con las correspondientes adecuaciones, se puede comparar este fenómeno con la actual descomposición del concepto unitario de propiedad en tantos tipos de garantías como propiedades reales, con la enorme diferencia que esta cuestión deriva de las exigencias propias del Estado social contemporáneo.

contenido de la propiedad y aún el concepto mismo de ésta. Se distinguen en este respecto los actos de simple uso (*usus*), los actos de disposición (*habere*) y los de disfrute (*frui*)⁴⁵. El contenido del derecho de propiedad se refiere a la realización de un conjunto de actos –jurídicos o materiales, y más o menos variables en su intensidad– de forma legítima respecto de una cosa, a voluntad del titular, y la posibilidad de desarrollar estos actos está condicionada por las cualidades del bien.

Al cierre de este acápite es importante destacar, por lo tanto, esta dimensión original (al menos en el Derecho romano) de la propiedad como *conjunto de actos jurídicamente amparados*. Ello permite comprender con mayor facilidad las discusiones que se suscitarán posteriormente (ya en los tiempos modernos) sobre la relación entre libertad y propiedad. La propiedad no es sino una especial forma de libertad, configurada y protegida jurídicamente, cuya nota esencial es la exclusividad. Por otra parte, los antecedentes que respecto de la propiedad se obtienen del Derecho romano permiten despejar la confusión conceptual de una noción que quiere ver en la propiedad una relación entre una persona y una cosa. El Derecho comprende y ha comprendido siempre un conjunto de órdenes y prohibiciones que limitan la libertad de acción de los individuos, y que tratándose del derecho de propiedad consiste en una facultad que se le atribuye al individuo para pretender de otros cierto comportamiento, que no es sino el ser respetado en el momento de sacar ventaja de una cosa o aprovecharla económicamente⁴⁶.

III. LA PROPIEDAD EN EL MEDIOEVO: EL RÉGIMEN FEUDAL

El origen remoto del régimen feudal se puede encontrar a mediados del siglo I d.C., que marca el inicio de la forma más primitiva de inmunidad en las provincias romanas a través de sistemas extraordinarios de gobierno tanto en el aspecto fiscal como en el judicial⁴⁷, a partir de la concesión y aprovechamiento de este suelo a cambio de un canon. Este régimen sufre una mutación que transforma

⁴⁵ Véase D'ORS, Álvaro, cit. (n. 11), pp.186 ss.

⁴⁶ Véase ARANGIO-RUIZ, cit. (n. 42), p. 195, quien critica duramente las doctrinas que entienden la propiedad como una relación inmediata entre hombre y cosa. Al respecto señala: “En un mundo en el cual, *per absurdum*, no existe el derecho de propiedad (ni privada ni pública), no faltarían las relaciones entre los hombres y las cosas, pues todo hombre buscaría ponerse en relación con el mayor número posible de cosas; faltaría sólo el recíproco respeto de tales relaciones, y en torno de cada cosa se lucharía con la fuerza. Cuando la norma crea el derecho de propiedad, el fin es precisamente evitar esta lucha: sancionar un derecho subjetivo de propiedad significa prohibir a todos tomar ingerencia en aquella cosa que se quiere reservada a la libertad de acción de cada uno”. Esta visión intersubjetiva y dinámica del derecho de propiedad es la que la entronca con un sistema económico basado en la libertad de los agentes, de cuya voluntad depende en principio el aprovechamiento de los bienes, cuestión que será patente en la época contemporánea a partir de la revolución francesa.

⁴⁷ Las reformas fueron introducidas en un comienzo por Claudio (emp. 41-54) y siguen esta línea un conjunto de constituciones imperiales del siglo IV, que aparecen recogidas en los Códigos teodosiano y justiniano. A través de estas fuentes se crean distritos mineros y grandes explotaciones agrícolas, administradas por *procuratores* que dependían directamente del emperador. Un interesante testimonio lo constituyen los denominados “Bronces de Vipasca o de Aljustrel” que dan cuenta del régimen jurídico de la minería provincial romana, y que

el canon en una obligación tributaria, la que después desaparece en favor de la Iglesia y de determinados *honestiores o potentes* influyentes, que eluden con ello la competencia de las autoridades en cuyo territorio se encontraban asentados. Este modelo sirvió para que, en manos de los latifundistas privados, el dominio recobrase su connotación original como una potestad que excede con mucho el ámbito patrimonial y tiene una dimensión política. Este proceso se desarrolla en forma refleja al debilitamiento y posterior desaparición del poder central, tanto en lo administrativo como en lo judicial⁴⁸. El propietario territorial viene a convertirse en los hechos en *dominus*, esto es, autoridad política de sus territorios.

Tras la caída del Imperio Romano de Occidente, esta evolución se va a hacer más intensa, fomentada por la necesidad de protección derivada de las invasiones vikingas, musulmanas y magiares. Se va a desarrollar así en Europa (con variantes de forma e intensidad, dependiendo del país) la organización política feudal, en que el poder político se presenta como una estructura de dominación basada en lazos personales, es decir, como una entidad o complejo de poder cuyos fines comienzan y acaban en sí mismos, sin que exista ninguna pretensión de conformar la vida social o colectiva. El Feudalismo es una forma de organización política basada en la regulación de relaciones personales a través de instrumentos contractuales. Un hombre libre se encomienda a la protección de otro, comprometiendo para con él su lealtad y su servicio, y recibiendo de éste un beneficio, ya fuese un cargo, ya un territorio, al que posteriormente se conocerá de manera generalizada como feudo. El protector se convierte así en señor del protegido, que recibe el nombre de vasallo. Existe, al menos en teoría, un deber de lealtad y asistencia recíproca. El señor debe proteger y socorrer a su vasallo, y el vasallo prestar al señor su servicio, que en su forma más típica consiste en dos deberes: auxilio y consejo. El auxilio bajo la forma de servicio militar personal, el consejo a través de la asistencia a los *concilia* del señor, usualmente colaborando en su función como juez de otros hombres libres. Adicionalmente, la lealtad del vasallo le impone el deber de abstenerse de hacer la guerra a su señor.

Dentro de este sistema cabe la posibilidad de que un vasallo se transforme, a su vez, en señor de otros hombres libres, ya sea entregando a éstos beneficios emanados de sus propias capacidades (ej.: tierras propias), o bien, y frecuentemente, a través de la sub-infeudación de territorios que constituyen el beneficio en la relación con su propio señor. Los vasallos del vasallo, sin embargo, no quedan sometidos a obligaciones directas con el señor de éste.

Uno de los efectos más importantes del feudalismo fue la particular forma que asume el dominio territorial en las áreas a las que se extendió. La mayor parte de la propiedad inmueble de la época pasa a incorporarse a las relaciones de vasallaje como beneficio. Se produce así un desmembramiento de la propiedad raíz entre diversos titulares: aquél en quien se origina el beneficio (y que por lo tanto es fuente del derecho del vasallo y mantiene un derecho sobre el feudo) y aquel que

corresponde a una *lex metalli dicta*. Véase D'ORS, Álvaro, *Sobre la lex Metalli Vispascensis II*, en *Revista Internazionale di Diritto Romano e Antico* 2 (1951), pp.127-133.

⁴⁸ Para una exposición breve y precisa de este proceso, véase PÉREZ-PRENDES, José Manuel, *Instituciones medievales* (Madrid, 1997), en especial pp. 45 ss.

la recibe en beneficio, que adquiere las facultades que hoy llamaríamos de uso y goce. Pero el vasallo adquiere también un haz de facultades de disposición, que eventualmente le permitirán entregar a sus vasallos las tierras que ha recibido en feudo, constituyéndose como señor. Al mismo tiempo, y aun cuando no se dé este fenómeno de sub-infeudación, el vasallo tiene sobre las tierras recibidas en feudo un poder o señorío que le permite disponer al interior del mismo, autorizando la ocupación de tierras por hombres libres, o bien entregándolas a sus siervos para su cultivo (obviamente, contra deberes de retribución de parte de las especies). El mapa de las zonas feudales, por lo tanto, permite apreciar una propiedad desmembrada hasta en cuatro o cinco niveles⁴⁹: la titularidad nominal del señor, el título del vasallo sobre las tierras recibidas de su señor, eventualmente un segundo título del sub-vasallo respecto de las tierras que recibe de su señor cuando éstas no están en su dominio directo, sino que forman parte de su feudo, y por último los títulos de aprovechamiento final para quienes ocupan o trabajan efectivamente las tierras. Los territorios no sujetos a cargas derivadas de una relación de vasallaje, esto es, aquella parte de la propiedad territorial que sólo reconoce a un titular de facultades dominicales se denomina *alodio* (sin perjuicio de los derechos de aprovechamiento que pudiese otorgar). Durante extensos espacios de tiempo, en las áreas a las que se extendió el feudalismo, la propiedad alodial fue la excepción.

Por otra parte, esta desmembración del dominio se desarrolla asociada con el hecho de que al vasallo, en sus territorios, o al sub-vasallo, en su caso, se le reconocen facultades que van más allá de las potestades patrimoniales, y constituyen un verdadero señorío⁵⁰. Es así como el titular de un dominio territorial (sea vasallo o subvasallo) ejercerá en sus dominios facultades jurisdiccionales (por regla general, sobre los siervos y miembros de su familia, exceptuándose los hombres libres cuyos privilegio es ser juzgado en un tribunal público —de sus iguales— y no quedar sometidos a la justicia señorial) y, dentro de sus posibilidades, ciertas potestades reguladoras. Del mismo modo, y en cuanto ejerce una potestad dominical, impone a quienes habitan sus dominios las cargas patrimoniales asociadas al uso de la tierra. Este poder local del señor territorial llega a tanto, que configura

⁴⁹ MAITLAND, Frederic William, *The Constitutional History of England* (Cambridge, 1968), pp. 25 ss. enumera seis clases distintas de *tenures* o modalidades en virtud de las cuales alguien puede tener tierras sin ser dueño; dentro de ellas, está la *tenure in knight service, feodum militis*, a partir de la cual se derivaban la mayor parte de las subinfeudaciones.

⁵⁰ En este sentido PESET, Mariano, *Dos ensayos sobre la Historia de la propiedad de la tierra* (Madrid, 1988), p. 31, afirma que “la propiedad se encuentra ligada a *jurisdicciones señoriales* y, en general, a los señoríos, que le confieren una perspectiva especial. Los sectores del Derecho privado se mezclan con el Derecho público —el poder político está distribuido en innumerables señores—. El rey destaca entre todos, usa de plena autoridad en los realengos y de forma mediata, si bien creciente con el tiempo, en los señoríos. Los señores poseen jurisdicción en los campesinos asentados en sus tierras —quienes aparte pagan por ellas— y sobre otros que tal vez vivan en tierras propias o dedicadas a otras actividades”. Es interesante el uso del lenguaje por parte de Peset: con mayor precisión, habría que señalar que en ese período no es posible distinguir entre Derecho privado y Derecho público, y que la idea misma de propiedad y su vínculo con las jurisdicciones señoriales es el resultado de la aplicación posterior de categorías jurídico romanas a la realidad feudal, en que la tenencia de la tierra otorgada en feudo va asociada al concepto de señorío como conjunto de facultades que hoy denominamos públicas.

una inmunidad incluso respecto de los agentes de su señor feudal, que por regla general se ven privados de la facultad de ingresar al dominio del vasallo, o ejercer atribuciones en su territorio, sin autorización del mismo⁵¹. La denominación genérica de estos derechos recibe el nombre de *iura regalia*⁵².

Podría parecer, bajo estas circunstancias, que se produce una suerte de propietarización de las facultades del poder político, que éste se va a ejercer utilizando instrumentos jurídico patrimoniales⁵³. Sin embargo, esta impresión es sólo el producto de observar el proceso una vez que ha concluido, esto es, una vez que la Recepción del Derecho romano intentó explicar estos fenómenos en términos de propiedad y dominio. Es incorrecto decir que el ejercicio del poder o la organización política recurrió a instrumentos jurídico-patrimoniales, por la sencilla razón que las categorías jurídicas elaboradas por el pensamiento romano se reducen hasta el punto de desaparecer hacia los siglos IX a X, que es el período de auge de las relaciones feudo vasalláticas⁵⁴. Las fuentes (escritas) del Derecho son desconocidas y no existe una clase de juristas que siquiera sepa leer y escribir latín. Los órganos de justicia son, o bien el respectivo señor feudal, o bien el consejo del rey o respectivo príncipe, constituido en su gran mayoría por individuos no sólo desconocedores del Derecho, sino que incluso del todo analfabeto⁵⁵. En estas circunstancias, las decisiones sobre tenencia de la tierra corresponden cuando mucho al conocimiento de las costumbres de la localidad, transmitidas oralmente, e incluso, en muchos casos, ellas mismas sujetas a un procedimiento probatorio⁵⁶. Es más correcto, entonces, apreciar la realidad feudal, no con las categorías contemporáneas, sino como lo que fue en su tiempo: un sistema de tenencia de la tierra amparado en relaciones de carácter personal⁵⁷. La terminología de ese tiempo confirma este enfoque; la denominación de la situación en que, respecto

⁵¹ La concentración de facultades vasalláticas llega a tanto que, a fines del siglo XIII, P. de Beaumonoir recoge en sus *Coutumes de Beauvaisis* el siguiente principio: “*Chascuns barons est souverains en sa baronie. Voirs est que li rois est souverains par dessus sous et a de son droit la general garde de tout son roiaume*” [citado por Pedro Bravo con referencias a P. Guggenheim, en la “Introducción” a J. Bodino, *Los seis Libros de la República* (Madrid, 1973)]. El término soberanía no está usado en este texto en el sentido que le dará posteriormente Bodino, sino que alude a la extensión de las potestades territoriales de los vasallos dentro del orden jerárquico.

⁵² Cfr. MARTÍNEZ USEROS, Enrique, *Imprudencia de servidumbres sobre el Dominio público*, en *Estudios dedicados al profesor García Oviedo* (Sevilla, 1954), p. 17.

⁵³ Así, por ejemplo, la opinión de SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho administrativo* (2ª Edición, Madrid, 1998), I, p. 47: “[...] el poder sobre el territorio no será ya un poder abstracto y público de dominación, sino un conjunto de facultades derivadas del derecho de propiedad”.

⁵⁴ Con excepción de lo que ocurre al interior de la organización eclesiástica y en Inglaterra.

⁵⁵ Baste recordar que nada menos que Carlomagno se hizo a la tarea de aprender a leer y escribir bastante maduro, y aunque las crónicas registran que aprendió a leer de manera pasable, nunca pudo dominar la escritura, siendo en su firma imperial el signo de la cruz el único que trazaba de su puño y letra.

⁵⁶ Para la descripción de la realidad del Derecho en este período véase BLOCH, Marc, *La sociedad feudal. Formación de los vínculos de dependencia* (México, 1958), en especial, pp. 129 ss.

⁵⁷ Más que jurídicas, de carácter religioso; las relaciones entre señor y vasallo se sellaban

de la tierra se encuentran los vasallos y subvasallos es de la *tenura*, tenencia⁵⁸, o posesión⁵⁹, en un sentido mucho menos técnico que el contemporáneo. El Alto Medioevo se caracterizó, entonces, por lo que se ha llamado una “gran civilización posesoria”, basado en un mundo de hechos, no formal ni oficial, que crea todo un sistema de situaciones reales que se basan en la “efectividad económica sobre el bien”, antes que en el *dominium* o en los *dominia*. “Es el reino de la efectividad [...]. No arquitecturas y formas sapientemente preconstituidas sino un germinar desordenado y vivo de situaciones toscas, no filtradas por ninguna criba cultural, que se imponen en base a hechos primordiales que son la apariencia, el ejercicio y el goce”⁶⁰.

La evolución del régimen feudal responde a un proceso que se inicia a partir de fines del siglo X y se desarrolla de manera más clara durante los siglos XI y XII: la patrimonialización del feudo. Bajo esta denominación se alude a la separación, que se va a ir produciendo entre el vínculo personal que une el señor feudal con su vasallo, y el beneficio o feudo. En sus orígenes, el beneficio (tierras o cargo) es absolutamente dependiente del nexo entre señor y vasallo, y en este contexto, el vasallo no tiene derechos sobre el feudo sino aquellos de carácter personal respecto de su propio señor, en virtud del homenaje que le ha rendido y que les imponen obligaciones recíprocas. Con el tiempo, surgen diversos fenómenos que irán rompiendo esa ligazón. El primero de ellos es la paulatina sustitución de los servicios personales exigidos al vasallo, por prestaciones en dinero o especie. El segundo, el homenaje múltiple por el cual una persona se convertía en vasallo de diversos señores (con los problemas de lealtad que eso podía traer). Y por último, y quizás uno de los más importantes, el carácter hereditario que empieza a adquirir el feudo. Originalmente, faltando el vasallo –ya fuese por muerte, ya fuese por ruptura del vínculo con su señor por infidelidad– el beneficio volvía de manera inmediata e incondicionada al señor feudal. Con el tiempo, no obstante, se fue dando la costumbre de que los señores feudales tomaran por vasallo a alguno de

con juramento y la facultad del señor de desposeer a su vasallo pasaba por establecer una ruptura del juramento.

⁵⁸Cfr. MAITLAND, cit. (n. 49), p. 25.

⁵⁹BLOCH, cit. (n. 56), p. 136, s.: “Durante toda la época feudal, es raro que se hable de propiedad, ya de una tierra, ya de un poder de mando, y mucho más raro aún –fuera de Italia el caso no se encuentra casi nunca– que se lleve a cabo un proceso sobre esta propiedad. Lo que las partes reivindican, casi de manera uniforme, es la “posesión” (en alemán *Gewere*; en francés *saisine*). [...] No precisamente una posesión que hubiese podido crear la simple aprehensión del suelo o del derecho, sino una posesión hecha venerable por el tiempo. [...] ¿Se exhiben títulos? Es sólo para ayudar al recuerdo o, si atestiguan una transmisión, es ya la de una *saisine*. [...]. Asimismo, por otras razones todavía, la palabra propiedad, aplicada a un inmueble, hubiera estado casi vacía de sentido. O, al menos, se habría tenido que decir –como se hará más tarde cuando se disponga de un vocabulario jurídico mejor elaborado– propiedad o posesión de tal o cual derecho sobre el fundo. Sobre casi toda la tierra, en efecto, y sobre muchos hombres, pesaban, en esta época, una multiplicidad de derechos, diversos por su naturaleza pero cada uno de los cuales parecía igualmente digno de respeto en su esfera. Ninguno presentaba esa rígida exclusividad característica de la propiedad de tipo romano”.

⁶⁰GROSSI, Paolo, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico* (Madrid, 1992), p. 36.

los hijos del antiguo vasallo. En un principio, esto no sucedió por consideraciones jurídicas, que, como ya se ha dicho, eran pocas y pobres en el período; y de haberlo sido, no podrían haber considerado el feudo como parte de una herencia ya que éste respondía simplemente a la contraprestación de un vínculo personal. La razón es más sencilla. En un período de escasa población, si el señor no tenía a la vista entregar el respectivo feudo vacante por razones estratégicas a algún futuro vasallo en particular, buscaba radicar prontamente el feudo en un nuevo vínculo de homenaje para asegurar “su hombre”, en la nomenclatura de la época. Con el tiempo este uso fue siendo considerado costumbre e incluso una suerte de derecho del hijo del vasallo muerto, el reclamar para sí el feudo de su padre. Resulta fácil entender que con la Recepción del Derecho romano este fenómeno sea interpretado en términos de herencia y de patrimonialidad de los bienes.

Esta evolución coincidirá, en el terreno de los términos y los conceptos recibidos del Derecho romano, con el problema de una propiedad desmembrada entre titulares de distintas posiciones jurídicas, en su origen no necesariamente de cuño patrimonial. La mejor prueba de ello se encuentra en el uso del término “dominio” que hasta el día de hoy –y originado en el período feudal– conserva el léxico jurídico público anglosajón, para referirse a posesiones territoriales con un específico estatuto de sujeción política a la corona, aun cuando dicho estatuto ocasionalmente se agote en una mera cuestión nominal. Sin embargo, ante la proliferación de estas diferentes posiciones jurídicas, los juristas de la recepción, los glosadores y los postglosadores, van a intentar formular la realidad feudal en términos del lenguaje del Derecho romano. No es de balde recordar aquí que la Recepción se da en un ambiente espiritual de reverencia a los autores y fuentes del pasado, de tal manera que antes siquiera de considerar el darse a un ejercicio creativo, los juristas de este período sólo buscaban encontrar en la regulación del Derecho romano las figuras a las que debían corresponderse los fenómenos que observaban en la realidad cotidiana. Es aquí donde surge la expresión “dominio útil” para explicar uno de los principales problemas a los que hubo de enfrentarse el jurista del siglo XII; la existencia de una propiedad desdoblada en que el titular (señor) no ejerce sobre la tierra ninguna facultad ni tiene una facultad de *nuda proprietatis* como derecho de disposición, en la medida en que se ha consolidado la costumbre hereditaria y, en algunos casos, incluso la facultad de disposición en manos de los vasallos; en que el vasallo tiene una posición jurídica que lo acerca más a la idea de propietario, y en que un tercer sujeto es titular de algún tipo de derecho (usualmente por tolerancia o alguna suerte de arrendamiento) que en definitiva lo pone en contacto directo con la cosa y le otorga las efectivas y concretas posibilidades de aprovechamiento económico, conservando el titular del dominio “directo” (el vasallo, en este caso) solamente la facultad de cobrar el canon o percibir alguna forma de renta, frecuentemente bajo la forma de “tributo”.

IV. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO Y LA TRADUCCIÓN DEL RÉGIMEN FEUDAL A CATEGORÍAS ROMANAS

El proceso de patrimonialización del feudo fue acompañado por la Recepción del Derecho romano y por la actividad de los juristas de la época en el intento de

expresar las realidades e instituciones feudales en términos y concepto del Derecho romano que venía recibíendose. Esto porque desde el punto de vista del régimen de los bienes, si bien la recepción del Derecho romano significó un retorno a la antigua tradición jurídica, esta no sucedió a costa de la supresión de las instituciones medievales. Una de las primeras labores que debieron enfrentar los glosadores fue la manera de conciliar el Derecho romano con la multiplicidad de figuras que existían al momento de la recepción, entre ellas, la noción de bienes de la Corona, las regalías y, sobre todo, la multiplicidad de relaciones feudo-vasalláticas existentes, y sus consecuencias para el régimen de la propiedad raíz.

1. Los “*iura regalia*”.

El proceso de patrimonialización del feudo se produce en forma paralela a una reivindicación de sus potestades por parte de los reyes y príncipes, como resultado directo del ideario iuspublicístico resultante de la Querrela de las Investiduras. Los juristas que aportaron sus argumentos en defensa de la posición del emperador en contra de Gregorio VII sentaron al mismo tiempo las bases para que cada rey o príncipe reclamara para sí un conjunto de potestades que el emperador concentraba efectiva (en sus tierras) o simbólicamente (respecto de reyes y príncipes). De ahí el brocardo “*Rex in regno suo est imperator*”. No obstante ello, los respectivos señores ejercían en términos concretos estas facultades en sus feudos: “*Chascuns barons est souverains en sa baronie*”. A fin de explicar esta situación es que las potestades ejercidas por los señores, en cuanto vasallos del rey, van a ser considerados como desmembraciones del poder que le corresponde al rey. Estas son las regalías o *iura regalia*, concepto que tuvo su desenvolvimiento teórico y dogmático en la esfera conceptual del *ius commune*⁶¹.

Las regalías no eran un conjunto homogéneo de facultades, de lo cual estaban plenamente conscientes los juristas medievales. En este sentido, la institución de las regalías tuvo un significado amplio, que comprendía a todos los derechos de los monarcas en materias eclesiásticas y estatales⁶². Dentro de estas últimas había dos clases de regalías: las “regalías mayores”, que comprendían todas aquellas facultades vinculadas a las funciones fundamentales para el buen gobierno y administración (juzgar, hacer leyes, acuñar monedas, etc.), las que eran indelegables; y las “regalías menores”, en las cuales no se manifestaba la majestad del rey (cuidado e impuestos de caminos, minas, bosques, tesoros, bienes abandonados, etc.⁶³), por lo que se permitía su concesión a los particulares.

⁶¹ Cfr. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Notas sobre la regalía de las minas en el “ius commune”*, en *Revista de Derecho de Minas* 9 (1998), p. 25.

⁶² Véase GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho administrativo* (Madrid, 1973), p. 18.

⁶³ Como lo señala PAREJO ALFONSO, Luciano, *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, en *Revista de Administración Pública* 100-102 (1983), p. 2.389, la *pax et tranquillitas civitatis* se traduce en una garantía que debe dar el rey para el uso público de determinados bienes, lo que lleva a sostener por vía indirecta la titularidad del monarca sobre estos bienes, como son los caminos, los bosques, mercados, montes, aguas y fuentes. Lo que en el Derecho romano tenía una naturaleza predominantemente objetiva (el régimen exorbitante de las cosas para su uso y destino) sufre un profundo y definitivo proceso de subjetivación.

La relación entre la Corona y las regalías es simplemente la que se da entre un titular de poderes públicos y los poderes públicos en sí mismos. La Corona era una entidad personificada, un sujeto titular del poder público dentro del reino, mientras que las regalías o *iura regalia* eran los poderes o potestades públicas concretas. Dentro de éstas encontramos aquella potestad que se ejerce sobre determinados bienes, denominados “bienes de realengo”. Sobre los bienes de realengo existe, por regla general, una prohibición general de uso, o bien una prohibición de aprovechamiento exclusivo. La regalía consiste aquí en una concesión o licencia real que permite a una persona el uso de estos bienes, o bien su aprovechamiento a título exclusivo⁶⁴.

La doctrina de los *iura regalia* se relaciona directamente con el desarrollo de la nomenclatura relativa al dominio, como se verá. Sin embargo, antes de entrar en el examen de esta materia es preciso examinar otra dimensión del proceso histórico de juridificación de las situaciones feudales.

2. *El patrimonio de la corona.*

Uno de los principales problemas que enfrentó la estructura formal de poder durante el feudalismo fue el de la conservación del poder real. Muchos reyes llegaron a ver reducido su ámbito efectivo de potestad a territorios muy pequeños, insignificantes en comparación con los de algunos de sus vasallos. El ejemplo clásico fue el del rey de Francia, que en su tiempo llegó a tener apenas los territorios que hasta hoy se conocen como “Île-de-France” frente a su vasallo el duque de Normandía, en posesión de la región homónima. Este fenómeno se puede explicar en la concurrencia de dos factores. Por una parte, la entrega de tierras en feudo que sustraían los respectivos territorios del ámbito de potestades del rey. El rey sólo conservaba la facultad de reclamar para sí estas tierras a falta de vasallo, lo que a su vez se dificultó en la medida en que el feudo se fue considerando hereditario. Sin embargo, la facultad existía, del mismo modo que la de reclamar para sí el feudo de un vasallo que había roto su juramento de lealtad faltando a sus deberes de auxilio y consejo. Esto será la base para el concepto, desarrollado tardíamente, de dominio eminente⁶⁵. Por otro lado, el Derecho altomedieval se caracteriza por sus elementos germánicos, que eran bastante rudimentarios. En los reinos germánicos no se distinguió entre bienes del monarca y bienes del Estado, pues no disponían de los elementos básicos para alcanzar el grado de abstracción que les permitiera concebir algún tipo de organización o entidad institucional, como es el Estado y, más concretamente, el patrimonio de la Corona. Así, los reinos germánicos eran patrimonio de los reyes, perfectamente divisibles entre los hijos al momento de la muerte del monarca⁶⁶. Frente a esto se va a alzar la doctrina de la indivisibilidad del reino, asociada a la idea de primogenitura en la sucesión de la

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Y que en nuestra cultura jurídica subsiste en el precepto que el Estado es dueño de todo inmueble que no tenga otro dueño, según el artículo 590 del C. Civil, que es el antecedente de las facultades expropiatorias del Estado.

⁶⁶ Cfr. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, Claudio, *Viejos y nuevos estudios sobre las Instituciones medievales* (Madrid, 1976), II, p. 1154.

Corona, y que forma parte del proceso de institucionalización de la misma. Sobre esta base se va a proponer la existencia de una serie de derechos y de un patrimonio cuya conservación es necesaria para la existencia del reino y que en esa calidad el rey tiene el deber de conservar. Este deber se basa en la lealtad y el respeto hacia los distintos estamentos. Así se desprende del juramento de conservar los derechos de su reino y el honor de la Corona que todos los reyes debían hacer al momento de su coronación⁶⁷, y de algunas normas medievales, como las *Partidas*⁶⁸.

Es en consideración a tales deberes, que en distintos reinos, los reyes y sus cortes pactarán leyes que atribuyen a los bienes de la Corona el carácter de inalienables e imprescriptibles, sin distinción. En Inglaterra se establece la inenajenabilidad de la Corona en el siglo XIII, con Eduardo el Confesor, y en 1301 se establece el juramento real para la conservación de los derechos del reino. En Francia esta regla comienza a surgir en el siglo XIII; posteriormente, en 1363 aparece en el juramento real, en 1413 se dicta una ley impuesta por los estamentos que prohíbe al rey enajenar nada perteneciente a la Corona, y finalmente se dicta en 1566 el “Edicto de Moulins”, durante el reinado de Carlos XI, que consagra la inalienabilidad de todos los bienes de la Corona, sin distinción entre ellos. Esta práctica también se habría extendido a los reinos de Bohemia, Hungría y Polonia⁶⁹. Por su parte, en la época de Juan II se llega en las Cortes de Valladolid de 1442 a una ley pactada con el pueblo, en cuya virtud “*todas las cibdades e villa e logares mios e sus fortalezas e términos e jurediciones e fortaleza ayan seydo e sean de su natura inalienables e imprescriptibles para siempre jamás*”⁷⁰.

Se ha sostenido que el objetivo de estas leyes fue el de asegurar la indivisibilidad del poder real y el uso colectivo de determinados bienes esenciales, así como garantizar unas fuentes de ingresos permanentes para la Corona, previniendo contra mayores repartos de contribuciones⁷¹. Sin embargo, a estas leyes también subyace la desconfianza frente a la acción de los monarcas, a pesar del deber de conservación que se le impone respecto de dichos bienes, castigando en definitiva a los terceros que celebran negocios sobre estos bienes, pues ni se les reconoce aptitud para adquirir la propiedad a los respectivos actos (por la inalienabilidad

⁶⁷ En este sentido se habría pronunciado Baldo de Ubaldi. Véase KANTOROWICZ, Ernst, *Los dos cuerpos del rey: un estudio de teología política medieval* (trad. cast., Madrid, 1985), p. 337.

⁶⁸ Partidas 1ª, título 14º, proemio; 2ª, título 15º, leyes 2 y 5; y 2ª, título 17º, Ley 1.

⁶⁹ Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *La Corona. Estudios sobre un símbolo y un concepto político*, en EL MISMO, *Del Mito y de la Razón en la Historia del Pensamiento Político* (Madrid, 1968), p. 43.

⁷⁰ Los efectos del incumplimiento de esta regla tuvieron la más grave sanción jurídica, consistente en la revocación de las enajenaciones hechas después de la citada ley. Cfr. CLAVERO ARÉVALO, Manuel, *La inalienabilidad del Dominio público*, en EL MISMO, *Estudios de Derecho administrativo* (Madrid, 1992), p. 385 s.

⁷¹ Cfr. CLAVERO ARÉVALO, Manuel, cit. (n. 70), p. 386. En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Dos estudios sobre la usucapión en el Derecho administrativo* (3ª edición, Madrid, 1988), p. 52; PAREJO, cit. (n. 63), p. 2.390; y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (dir.), *Los bienes públicos. Régimen jurídico* (Madrid, 1997), pp. 23-24.

de los bienes), ni podrán llegar a adquirirlos por prescripción (por su imprescriptibilidad)⁷².

3. Los “*plura dominia*”.

Para comprender la forma que adquiere la posesión y tenencia de la tierra en la Baja Edad Media es necesario cambiar la perspectiva a partir de la cual ha sido analizada, oculta durante un largo período histórico bajo el velo de las pautas interpretativas del arquetipo de propiedad absoluta, constituido en instrumento fundamental para concretar y hacer realidad la ideología liberal individualista. En efecto, para el hombre medieval la visión de lo que hoy podríamos llamar propiedad no gira en torno al sujeto, sino que se construye a partir de las cosas.

Esto se demuestra si se examina el pensamiento de los maestros y doctores del Derecho común, quienes no estaban sujetos a las presiones de la ideología liberal e individualista que impregnó los códigos decimonónicos. Así, la realidad jurídica de la propiedad no era concebida por ellos en torno a un elemento unificador, como es la figura de un sujeto libre y soberano, igual a sus pares, sino que a partir de las posibilidades de aprovechamiento de las cosas, las *utilitates rei*. La singularidad de cada *utilitas* permite configurar toda una gama de derechos autónomos sobre la cosa, los cuales eran calificados sin mayor esfuerzo como *dominia*, pudiendo coexistir, en el lenguaje de la época como *plura dominia*. Esta forma de concebir las situaciones jurídico-reales sobre las cosas no representaba ningún problema lógico para estos maestros y doctores, pues su concepción de la propiedad no partía de una unidad abstracta y previa que requería luego de un desmembramiento para justificar las distintas situaciones jurídico-reales. Esto no obsta a que la reunión en un solo titular de los distintos *dominia* diera lugar a un tipo de *dominium* calificado de *plenum* o *perfectum*. Según Grossi los *dominia* constituyen siempre una propiedad, aunque ella poco comparta con la propiedad moderna, pues son una respuesta a la búsqueda de la idea de pertenencia, constituyendo el hilo conductor que liga el *dominium* clásico, los *dominia* de los glosadores y la propiedad de los pandectistas⁷³. Así, el *dominium* y la *iura in re* no constituyen

⁷² De hecho, y en el entendido de que el rey era el administrador de los bienes de la Corona, y la Corona era un sujeto carente de capacidad propia, los juristas medievales construyeron la regla de la inalienabilidad de estos bienes aplicando a la Corona y también a la Iglesia todos los privilegios jurídicos establecidos en favor de los menores de edad de acuerdo a una ley de los emperadores Diocleciano y Maximiano, en cuya virtud “la *res publica* tenía por costumbre aplicarse a sí misma el Derecho de los menores de edad”. Cfr. KANTOROWICZ, cit. (n. 67), p. 352; y GARCÍA PELAYO, cit. (n. 69), p. 45. De esta forma, la Corona era asimilada por los juristas a un menor, mientras que el rey era considerado su tutor o curador. Entre estos privilegios se encontraba la regla de que la prescripción no afectaba a los menores. Además, ni el tutor ni cualquier otra persona puede enajenar los bienes del menor o disminuirlos, y el tutor era personalmente responsable de la conservación íntegra de la propiedad de su pupilo. De esta manera, los bienes del menor eran inalienables y estaban protegidos por la *in integrum restitutio* en el caso de operaciones dolosas y fraudulentas que mermaran su patrimonio, y que tenía por objeto obtener la restitución de una cosa o su vuelta al estado original. Cfr. KANTOROWICZ, cit. (n. 67), p. 352. De aquí surge la conocida máxima “*Nullum tempus currit contra regem*”.

⁷³ GROSSI, cit (n. 60), p. 92.

una antítesis lógica, como sucede en el moderno Derecho civil, sino que ambos participan de la esfera de la propiedad, al representar alguna forma de pertenencia de la *res corporalis* respecto de un sujeto⁷⁴.

4. *Dominio eminente, dominio directo, dominio útil.*

Lo dicho no implica que en los juristas de la Recepción y en los glosadores no existiese la capacidad de distinguir las variedades de situaciones jurídicas surgidas al amparo del régimen feudal. Su mérito consiste en haber logrado construir un acervo conceptual que permitiese explicar, a partir de categorías jurídicas romanas, la realidad de la propiedad desdoblada y de las *plura dominia*. Sus componentes principales son los pares “dominio eminente/dominio directo” y “dominio directo/dominio útil”⁷⁵.

Como ya se ha señalado, el sistema feudal incluía un variopinto universo de realidades posesorias o de tenencia, en uno de cuyos extremos se encontraba el señor feudal, titular nominal originario, pero desprovisto de toda facultad efectiva de aprovechamiento económico de la tierra; y en el otro el campesino, hombre libre o sometido a algún tipo de restricción (usualmente el vínculo a la tierra y al señorío) que carece de cualquier título dominical, pero es quien detenta efectivamente la tenencia de la tierra, pasando por una serie de intermediarios, los vasallos y subvasallos, *suzerains*⁷⁶ y señores, respectivamente. En Francia se contaron seis formas principales de concesión que no transmiten la propiedad. En Alemania existieron considerables diferencias no sólo entre los territorios, sino

⁷⁴ Sin embargo, como lo señala GROSSI, cit (n. 60), p. 95, no todo *ius in re* puede ser elevado a *dominium*, sino solamente los que inciden directamente o sobre la globalidad de la cosa (como la propiedad), o sobre dimensiones particulares de la cosa (como la enfiteusis, la superficie, las concesiones fundarias a largo plazo, la locación a largo plazo). Fue enseñanza recibida de los doctores del Derecho común el no elevar a *dominium* una servidumbre predial o una servidumbre personal, ya que éstas no podrán encerrar en el número de los *iura in re aliena*. En cambio, el *dominium* debe comprometer y acometer frontalmente el sujeto y un fragmento del cosmos, porque sólo con ellos se puede actuar un mecanismo auténticamente apropiados: hay apropiación de la cosa solamente si hay esta aproximación frontal. Enfiteusis, superficie, censo, precario, locación a largo plazo serán *dominia* en cuanto situaciones que comprometen la *res Dominia* relativos a la *utilitas rei*, *dominia utilia*, pero *dominia*

⁷⁵ Seguimos en esta exposición a COING, Helmut. *Derecho privado europeo* (Madrid, 1996), I, p. 443 ss. Sobre la distinción entre dominio público y dominio eminente, véase FEENSTRA, Robert. *Les origines du “dominium utile” chez les Glossateurs (avec un appendice concernant l’opinion des Ultramontains)*, en EL MISMO, *Fata Iuris Romani* (Leyden, 1974). La concepción del *dominium eminens* se desarrolla sobre la base de un desdoblamiento de la propiedad sobre el suelo. Por un lado se encuentra el *dominio directum o eminens*, que es la tradicional *proprietatis* romana, y por el otro está el *dominio utile*, que corresponde a un derecho de uso y aprovechamiento del suelo sujeto a cargas reales y personales para su titular. El origen de la figura del dominio eminente se puede reconducir a dos instituciones del Derecho romano. La más importante es la *enfiteusis (emphyteusis)*, cuya utilización se extiende a los suelos rurales, mientras que en el suelo urbano destaca el *derecho de superficie*. Lo particular de ambos institutos es que sus antecedentes son de origen público, ya que se desarrollan a partir de la concesión de tierras a particulares por diversas entidades públicas romanas.

⁷⁶ El término usado principalmente en el ámbito del feudalismo francés, alude al que es “señor de mi señor”, o sea, a aquél de quien mi señor tiene sus tierras.

también entre las distintas comarcas. En Italia la situación era similar, aunque en el norte y centro se extendió el uso de la *enfiteusis* y un contrato derivado de ella (*contractus libellarius*), mientras que en el sur se utilizaba la *colonia perpetua* como forma de entrega de la tenencia de la tierra. En España se adoptó en los distintos territorios la *enfiteusis*, el censo en diversas modalidades, los *foros* y los *juros*. Por su parte, la concesión de los inmuebles de la Iglesia y las instituciones eclesiásticas se realizaba a través de la *precaria*, debido a que sus bienes estaban sometidos a un régimen especial de prohibición de enajenar⁷⁷. No obstante la diversidad de formas que existían para configurar estas relaciones, todas tenían un elemento económico común: la concesión de suelo agrario con la finalidad de su explotación a cambio de un pago, ya sea en dinero, en especie o servicios.

Las posiciones jurídicas de los campesinos tenían a su vez diferencias profundas, que iban desde una especie de derecho de propiedad sobre el suelo a cambio de una renta real asegurada, pasando por concesiones de por vida y heredables, otras sujetas a plazo, hasta llegar a la forma más débil, que era la concesión condicionada a la revocación por parte del señor feudal. El abanico también era extenso respecto de las prestaciones debidas, aunque normalmente eran contribuciones en especie o dinero junto a eventuales servicios.

A partir de los siglos XII y XIII se fortaleció la posición jurídica del campesino frente al señor en la mayoría de los países europeos, con la creciente importancia del carácter transmisible que fue adquiriendo la cesión del suelo, y la fijación de las contribuciones y servicios debidos. Ciertamente es que en algunas zonas hubo lo que comparativamente podría denominarse un retroceso sobre todo en el siglo XIV, en el que la economía de la Europa Oriental llevó a un empeoramiento de posición jurídica del campesinado, y en el siglo XVI, en que la entrada de comerciantes enriquecidos al grupo de señores territoriales impulsó un intento de cambiar el arrendamiento hereditario por un arrendamiento a plazo fijo. Este fortalecimiento fue recogido por los juristas que, con notable espíritu práctico, privilegiaron la protección a las realidades de aprovechamiento bajo la forma de *dominio útil*, a partir de algunos pasajes del *Código* de Justiniano (Cl. 11,62,12) y del *Digesto* (D. 39,3,1,23 y 14,5,5,1). Distinguiendo entre dominio eminente, dominio directo y dominio útil era posible comprender la posición jurídica del señor y la del vasallo en la concesión de las tierras, bajo la reserva de hacer contribuciones al cedente, junto a la existencia de un derecho de reversión a favor del señor, así como las distintas realidades posesorias o de tenencia de los campesinos frente a su señor (quien tenía la tierra en calidad de vasallo)⁷⁸.

⁷⁷ Véase COING, cit. (n. 75), p. 461, con una abundante cita bibliográfica.

⁷⁸ Por tal razón, Baldo precisó que, además del contrato feudal y de *superficies*, transmitían *dominium utile*, la *enfiteusis*, la *locatio conductio ad longum tempus*, el *contractus libelli* y la *precaria* eclesiástica, doctrina que, en palabras de COING, cit. (n. 75), se convirtió en convencimiento general [BALDUS, ad Cl. 4,66: “*Sex sunt contractus, ex quibus transfertur utile dominum [...] contractus superficiesarius, contractus locationis ad longum tempus, contractus emphyteuticus, contractus libellarius, contractus precarie, contractus feudalis*”]. La misma concepción tenían los juristas franceses para el *censive* del Derecho francés. Véase DUMOULIN, Charles, *Commentarium in consuetudines Parisienses*, en *Opera omnia* (Paris, 1681), I, tít. 2º, rubr. 4ª, en donde explica

Con la propiedad desdoblada la glosa llegó a una integración del Derecho romano y germánico sobre el suelo, lo que contribuyó decisivamente a la aplicación práctica del primero, ya que sin una adecuación al Derecho germánico hubiera sido muy difícil que el Derecho romano llegara a los tribunales⁷⁹ aun cuando el origen de este notable hecho histórico se atribuya a un “malentendido científico”.

En efecto, el origen de esta distinción se encuentra en la evolución que experimentaron en el Derecho romano tardío tanto la *enfiteusis* como el derecho de superficie, a cuyos titulares se concedió una *rei vindicatio utilis*, la que se construyó a partir de la acción romana que defendía la propiedad (*rei vindicatio*). Esto llevó a los juristas medievales a la conclusión de que la acción *utilis* se tenía que basar en un *dominium utile*. La glosa *Nam in suis* a Cl. 10,15,1 expresa lo ya dicho: “*Appellatione sui accipe, sive sit dominus directo sive utiliter ut feudatarius, emphyteuta et similes*”. Aunque esta glosa no encontraba asidero en las fuentes romanas, contribuyó a compatibilizar el Derecho romano con el germánico, ya que el derecho de superficie y la *enfiteusis* eran perfectamente comparables a los casos germánicos de una *Gewere* que admitía diversas gradaciones⁸⁰.

que la relación feudal y el *censive* conceden el *dominium utile* al investido. Además, POTHIER, *Traité de la propriété*, en *Oeuvre* (Paris, 1848), IX, núms. 3 ss.

⁷⁹ WESENBERG, Gerhard - WESENER, Gunter, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa* (trad. cast. Valladolid, 1998), pp. 82 ss. Cuando se produce la recepción del Derecho romano justinianeo al norte de los Alpes, el sistema de Derecho culto no presentó ningún problema con el instituto de la propiedad sobre los bienes muebles, pues bastaba el concepto unitario en lo fundamental más los sistemas de protección del mismo (*rei vindicatio* y *actio negatoria*). La propiedad sobre el suelo planteó una cuestión diferente: la existencia de un sistema que se había asentado durante siglos, y que eran las relaciones que existían entre el Terrateniente y el campesino, el primero recibía del segundo el pago de un impuesto anual (*consuetudo*), que también pagaban sus padres, a cambio del uso y disfrute de la tierra que había heredado de sus antepasados. Los glosadores del *Corpus iuris* creyeron descubrir esta teoría en las fuentes romanas (*dominium utile* y *dominium directum*), adjudicando al campesino la propiedad de uso y disfrute (*dominium utile*) que habían heredado de sus antepasados. Su derecho se llamaba *Erbliche* o también *enfiteusis*. El terrateniente tiene el derecho de disposición (*dominium directum* o *proprietät*) y al cobro del impuesto o canon. Ninguno de los dos podía despojar al otro de su derecho. En la práctica, la mayor parte del suelo rural quedaba desdoblado en su propiedad, pero podía darse el caso de que ambos tipos de dominio se radicaran en una sola mano (*dominium plenum*).

⁸⁰ Para WESENBERG - WESENER, *Historia*, cit. (n. 79), p. 82, la construcción de la glosa no es “equivocada” en el sentido corriente, ya que contribuía a armonizar el sistema romano y germánico. GROSSI, Paolo, *Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea* (Barcelona, 1986), p. 98, en el mismo sentido sostiene lo siguiente: “Para el historiador, la adquisición fundamental es que el dominio útil no es una diversión de los juristas, producto de un laboratorio merecedor solamente de análisis escolástico; es más bien la cúspide que aflora de un gran proyecto científico que pretende diseñar figuras jurídicas en perfecta coherencia con la mentalidad circulante. Si el dominio útil no hubiese consistido en todo esto, habría muerto al día después de su fabricación, tal como nacen y mueren tantos artificios de la alquimia jurídica. Ha, sin embargo, sobrevivido, y mucho más allá de los confines de la experiencia medieval, convirtiéndose en huésped incómodo de textos legislativos, doctrinales y judiciales durante buena parte de la primera edad moderna, casi hasta ayer”. Sobre esta materia, véase también HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho civil. Introducción histórico-dogmática* (trad. cast., Barcelona, 1987), pp. 113-115. En virtud de

El reconocimiento del *dominium utile* no era sólo una cuestión de carácter teórico, pues tenía importantes efectos en la *praxis*. La posición del campesino o vasallo se encontró reforzada a través de la doctrina de los juristas, lo que dio origen a una actitud más cuidadosa por parte de los señores territoriales para impedir su aparición. Los campesinos y los señores rurales comenzaron, respectivamente, a alterar en su provecho el monto de los tributos, junto a lo cual se inició una lucha por obtener el *dominium plenum* –unión del *dominium directum* y *utile* en una sola mano—. Para tal efecto, los señores rurales o terratenientes privaron a los campesinos de la tierra y pasaron a administrarla personalmente (*Bauernlegen*). La Iglesia y la realeza siguieron una conducta diversa, ya que optaron por la protección del campesino amparando su *dominio útil*.

Frente a la posición adoptada por los señores territoriales surgió la cuestión de saber si la facultad de disposición, que en principio se le reconocía, podía sin más ser ejercida en perjuicio de los campesinos. El jurista de Brandenburgo Köppen declaró, ya entrando al siglo XVII, la ilicitud del denominado *Bauernlegen* cuando su única causal era la utilidad privada del señor, legitimándola cuando ella perseguía la *utilitas pública*⁸¹. En Alemania, los señores territoriales trataron de evitar la aparición del *dominio útil* limitando la duración de los contratos de cortijo, para que no constituyeran *locatio ad longum tempus*, fuente usual de *dominium utile*⁸².

De este modo, la aplicación de los principios del *ius commune* otorgó mayores garantías a los campesinos a través del reconocimiento y respecto de su *dominium utile*, que vino a constituir una categoría de protección preferida frente al dominio directo como mero título de tenencia o posesión, sin tenencia o posesión efectiva, sin aprovechamiento en los hechos. De esta forma, no podían ser privados de él sin la correspondiente indemnización⁸³. Pero al mismo tiempo, se reconoce en el dominio directo una facultad de disposición inherente a la calidad de señor y, por lo tanto, en términos contemporáneos, de carácter público y no privado. Si bien se protege el dominio útil, se le reconoce al señor, incluso al que se encuen-

este desdoblamiento de la propiedad, la enfiteusis era definida como un contrato nominado en virtud del cual el concedente, reteniendo el *dominium directum*, transmitía al enfiteuta el *dominium utile* de un inmueble, a cambio del pago de una renta, llamada *pensión* o *canon*, de carácter regular y permanente. La base de esta concepción es el título del Digesto 6.3. Véase MOLINA, Luis de. *De iustitia et iure, tomii duo. Quorum primus complectitur tractatum primum, & ex secundo disputationes 251. usque ad ultimas voluntates inclusive. Secundus, est de contractivus, & alii, quae sequuntur (Moguntiae Excudebat Balthasar Lippius, 1602)*, tract. II, disput. 10^a: “*Emphyteusis est contractus, quo res aliqua immobilis alicui fruenda traditur sub aliqua pensione, dominio proprietatis ea de causa redenda. Traditur vero interdum in perpetuum, interdum ad aliquot vitas, & interdum ad tempus, quod non minus si, quam decennium*”.

⁸¹ KOEPPEN, Johann, *Decisiones quaestionum illustrium in Germania quotidie occurrentium* (Magdeburgi, 1600), decisio 14^a.

⁸² El acuerdo de la Dieta de Brunswick (Salsdahlum), del año 1597, fijó un plazo máximo de nueve años para estos contratos.

⁸³ Aquí encuentra fundamento el razonamiento de Köppen para considerar como un ilícito al llamado “*Bauernlegen*”. Del mismo modo la doctrina del *ius commune* sobre el *pretium iustum* hace deducir que el terrateniente que obliga al campesinado a cederle sus campos, tiene que pagarle como tasa el precio justo que haya sido fijado por peritos.

tra más alejado de la tenencia o la posesión en la respectiva cadena, un poder de disposición. Recuérdese aquí que el señor feudal, al menos, tiene la facultad de disponer del feudo cuando falta todo heredero (una vez que se ha evolucionado hacia el carácter hereditario del beneficio feudal), o bien de privar del feudo a un vasallo desleal —aunque ocasionalmente requiera autorización de la Iglesia para sentirse él mismo liberado de su parte del juramento—. Se le va a reconocer luego la facultad de atraer para sí una parte del beneficio feudal cuando lo requiere la *pública utilitates*; esto, en particular, tratándose del rey. Esta facultad, o haz de facultades, será denominada *dominium eminens*. Expuestas así las cosas, esta teoría permitió explicar una de las instituciones más propias del Derecho público moderno, como lo es la expropiación, en la medida en que el titular del *dominium eminens* aparece como un suprapropietario del fundo con respecto a sus vasallos, ejerciendo potestades de imperio, mas no derechos de propiedad propiamente tales. Así, le corresponde un derecho “predominante”, un *ius eminens* que justificaba su injerencia en la propiedad de aquellos. Era un derecho de majestad, pero no se podía ejercer de forma arbitraria y sin pagar la correspondiente indemnización. Cuando se hacía uso de la suprapropiedad (*ius o dominium eminens*) y se imponía una carga, ésta tenía que ser compensada con una indemnización. El principio o norma que se aplicaba era el del tratamiento equitativo del vasallo⁸⁴.

La integración de las relaciones posesorias agrarias en el Derecho común fue esencialmente obra de los juristas de la época de la Recepción. En Alemania se debe a los juristas de los siglos XV hasta XVIII. Estas bases se mantuvieron en lo sustancial, sin perjuicio de que se dieran algunas evoluciones particulares dentro de la doctrina. Dentro de ellas destaca la concepción que se impuso en Francia en el siglo XVIII, en donde se consideraba como verdadero propietario al titular del *dominium utile*, en lugar del titular del *dominium directum* como lo entendía el *ius commune*. Así lo afirma, por lo demás, Pothier⁸⁵, lo que era el preludio de la revolución que se experimentará a fines de dicho siglo y del sentido que se le dará a la propiedad.

La propiedad dividida, con su correspondiente teoría, sobrevivió hasta finales del siglo XVIII, cuando el Estado corporativo fue cuestionado en tiempos de la Ilustración y, como consecuencia de la abolición de los privilegios y el orden estamental, se termina por extinguir las cargas feudales sobre la propiedad, surgiendo un concepto unitario y absoluto, que viene a desplazar la concepción de la propiedad desdoblada⁸⁶. El concepto de “dominio eminente”, por su parte, fue

⁸⁴ La teoría de la pretensión de sacrificio (“Aufopferungsanspruch”) encontró su formulación ilustrada en los celebres §§ 74 y 75 del Título preliminar del *Allg. Landrecht* de Prusia, en los siguientes términos: § 74: “Los derechos y privilegios individuales de los miembros del Estado deben supeditarse a los derechos y deberes tendentes a la consecución del bien común cuando entre ambos exista una contradicción (colisión) real”; § 75: “Por el contrario, el Estado está obligado a resarcir a aquel que sea requerido a sacrificar sus derechos especiales y privilegios en bien de la comunidad”.

⁸⁵ Véase HATTENHAUER cit. (n. 80), p. 114.

⁸⁵ POTHIER. *Traité de la propriété*, en *Oeuvre* (Paris, 1848), IX, núm. 3.

⁸⁶ Este proceso se alcanzó en Francia con la revolución de 1789 y su nueva legislación, la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* y con el *Code Civil Napoléon*. En cambio,

reconducido al concepto de “soberanía” a partir del siglo XVII, en una visión en la que pesaba todavía la confusión entre potestades públicas y otras de naturaleza u origen patrimonial⁸⁷, sobre todo porque los príncipes y monarcas, además de las potestades que les correspondían en virtud del *ius o dominum eminens*, habían recuperado para sí, en muchos casos, el dominio directo de una serie de territorios. Por eso no es de extrañar que romanistas como Álvaro d’Ors relacionen el concepto de dominio eminente con un poder potencial de la comunidad sobre el territorio, derivada de su apropiación colectiva y originaria, y que le otorgaría el poder para expropiar, imponer tributos y para planificar urbanísticamente⁸⁸.

en Alemania esto se logra a través de los aportes de la doctrina, principalmente de Antón Justus Friedrich THIBAUT, quien en su disertación: *Ueber dominium directum und utile*, habría demostrado convincentemente que la teoría de la propiedad desdoblada había sido una falsa interpretación de los textos del *Corpus iuris*, la que calificó incluso de “lächärllich” (“risible” o “absurda”).

⁸⁷ Cabe recordar, por ejemplo, los señoríos ejercidos por los reyes en España (realengos), así como la concesión de derechos que otorgaban sobre los territorios reconquistados, e incluso todo régimen de concesiones sobre el *ager publicus* previsto en el Derecho romano.

⁸⁸ Los antecedentes del pensamiento de Álvaro d’ORS se pueden encontrar en un breve comentario titulado *Ex-arrendamientos*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 21-22 (1951-1952), pp. 1278-1280. En ella ya comienza a vincular las fuentes de dominio útil con el dominio eminente con relación a las formas de concesión de *ager publicus* en el Derecho romano. Al respecto señala que: “El derecho de enfiteusis, al que el arrendamiento tiende a asemejarse, sólo puede concebir cabalmente como concesión de un dominio útil sobre una finca de propiedad pública o soberana. Tal proceso de “realización” de los derechos arrendaticios rústicos y urbanos, ¿no querrá decir que nos acercamos a una concepción según la cual el suelo es siempre del Estado? Si bien nos fijamos, la limitación que el nuevo Derecho de arrendamientos impone al propietario no tiene carácter privado, sino público. Es el Estado el que quiere decididamente proteger al que se halla en la “situación” de arrendatario. En el fondo se trata de una intromisión estatal para reducir la potencia de los propietarios soberanos. Y es que el dominio del territorio es fundamentalmente un rasgo de soberanía. La ocupación del suelo –“Landnahme”, según la terminología de Carl Schmitt– es el acto originario de toda la serie concatenada de situaciones y relaciones jurídicas que integran el sistema jurídico válido sobre aquel territorio [...] sobre el suelo todo título de propiedad privada es siempre derivativo, y tiene el carácter de una concesión que hace el poder soberano –llamémosle Estado– a unos particulares. En tanto se trata del terruño que el mismo propietario ocupa o trabaja, esa concesión puede tener un carácter más estable; pero cuando el concesionario se convierte a su vez en concedente de otros concesionarios inferiores –en forma de foro o arrendamiento– entonces se produce una subrogación de soberanía. El verdadero soberano puede, en estos casos, hacer dejación de su dominio originario y eminente, y así ocurre en la matizada gama de regímenes feudales; pero nunca se puede impedir que el soberano quiera recuperar su dominio. El signo por el que su dominio sigue señalándose es la contribución territorial. La contribución territorial es, en el fondo, la merced por la concesión, aunque la nueva ciencia fiscal le quiera dar otro carácter. En algunas propiedades especiales, como la de minas, ese dominio eminente del Estado resulta más visible, pero, en realidad, toda la propiedad inmobiliaria de explotación, es decir, destinada a la concesión arrendaticia, está bajo la espada de Damocles de recuperación dominical del Estado. Por ahora, el Estado no hace más que intervenir, imponiendo su *imperium* en forma de leyes autoritarias destinadas a la protección del arrendatario. Pero puede llegar en cualquier momento el acto más decisivo de una confiscación o expropiación forzosa, que viene a ser lo mismo”, de esta forma, todavía existiría un rasgo del antiguo Derecho romano: “En realidad, todo el suelo es “provincial” y

Todo este complejo sistema va a ser el principal objetivo de ataque tras el triunfo de las ideas individualistas. Las premisas ideológicas liberales, apoyadas por una evolución económica que así lo reclamaba, van a demandar la construcción de un derecho de propiedad de contenido ilimitado o absoluto, que chocaba derechamente con la realidad de un dominio desmembrado y su correspondiente tradición doctrinal. La construcción de este concepto unitario parte necesariamente de un desmantelamiento de la propiedad dividida, en donde cobra especial relevancia la desvinculación de las cargas feudales. Por su parte, la teoría de los *plura dominia*, la variedad de modalidades de aprovechamiento parcial, temporal sometido a cargas, etc., se abandona a partir de la integración de los *iura in re* en la propiedad, esto es, a partir de su construcción y definición por referencia a la propiedad. La propiedad se va a entender, a partir de este momento, como un derecho preexistente y conceptualmente constante, que contiene en sí facultades susceptibles de constituirse en *iura in re*.

5. La publicación del dominio eminente.

La propiedad desdoblada ha sido una de las construcciones jurídicas que mayor importancia ha tenido durante todo el período que va desde la recepción del Derecho romano hasta la conformación de la propiedad burguesa libre de toda carga. Quizás su construcción haya sido un poco artificiosa y errática a la luz de las fuentes justinianeanas, pero su rápida aceptación, así como su aptitud para explicar un sinnúmero de figuras jurídicas heredadas del Derecho feudal, hicieron de esta construcción uno de los vehículos más importantes de la recepción del Derecho romano.

La noción de dominio eminente condensaba un complejo de relaciones jurídicas que surgían de las instituciones feudales, relaciones que hoy llamaríamos tanto públicas como privadas. Por eso, no es de extrañar que ella haya servido para explicar tanto las modalidades propietarias sobre el suelo agrario, como también, posteriormente, la relación que tiene el Estado con los bienes del dominio público, con el objeto de descartar los títulos de naturaleza privada y reconducirla al concepto de soberanía o, más precisamente, a la obligación de mera administración y conservación de estos bienes. Esta es la idea que Víctor Proudhon formula en

en él, como dice Gai. 2,7: “*dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum vel usumfructum habere videmur*”. En un trabajo posterior este autor afirma que “la primera apropiación es siempre colectiva [...], es el pueblo como colectividad quien toma para sí un territorio, y sólo secundariamente puede repartir algunas parcelas, o muchas, en propiedad privada”. Para él el dominio eminente del territorio resulta que: “la propiedad del suelo que se halla atribuida a propietarios privados es secundaria, no-fundamental, y por eso mismo puede ser objeto de expropiación; la pertenencia fundamental del suelo es aquella otra originaria de que la propiedad más o menos deriva”. Cfr. D’ORS, Álvaro, *Autonomía de las personas y señorío del territorio*, en *Anuario de Derecho Foral* 2 (1976-1977), p. 14 [después, en EL MISMO, *Ensayos de Teoría Política* (Pamplona, 1979), pp. 241 ss.]. Por último, señala que “la comunidad conserva, pues, como dominio superior o eminente, aunque sólo sea ordinariamente potencial, sobre las parcelas atribuidas”, lo que se concreta en la imposición de tributos, en la expropiación y en las facultades que el Estado se arroga en la planificación urbanística. Véase D’ORS, Álvaro, *Una introducción al estudio del Derecho* (Madrid, 1987), pp. 72-73.

la primera mitad del siglo XIX, y que Colmeiro seguirá al sostener que los bienes públicos “[...] pertenecen al dominio eminente, se derivan del derecho de soberanía y comprenden todas las cosas que no son propiedad de los individuos ni de las Corporaciones”⁸⁹.

La llamada época clásica del Derecho natural o del racionalismo jurídico (siglos XVII y XVIII)⁹⁰, formuló la noción de dominio eminente como facultad pública derivada de la soberanía o sumo imperio del príncipe para poder disponer de los bienes de sus súbditos en caso de necesidad o utilidad pública. En este sentido, Hugo Grocio (1583-1643), considerado el padre de esta Escuela, desarrolla su pensamiento sobre el “dominio eminente” en su obra más notable e influyente *De iure belli ac pacis libri tres* (1625), haciendo una nueva adecuación con las formas que ha adoptado la organización política (Estado moderno) y la concepción del poder político de los monarcas absolutos como soberanía. Para Grocio, el *dominium eminens* es una facultad que pertenece al soberano, según lo expresa en el lib. I, cap. 1º, párr. 6: “*Sed haec facultas rursus duplex est: vulgaris scilicet, quae usus particularis causa comparata est; & eminens, quae superior est jure vulgari, utpote communitati competens in partes & res partium boni communis causa. Sic regia potestas sub se habet & patriam & dominicam potestatem; sic in res singulorum majus est dominium regis ad bonum commune, quam dominorum singularium; sic reipublicae quisque ad usus publicos magis obligatur, quam creditori*”⁹¹.

En lo que sería una mejor referencia al concepto de dominio eminente, se cita el lib. I, cap. 3º, párr. 6, 2, en donde trata del poder civil y las cosas sobre las que versa, distinguiendo si recae sobre las cosas generales o sobre las particulares: “*Singularia circa quae versatur, sunt aut directe publica, aut privata quidem, sed quatenus ad publicum ordinantur. Directe publica sunt actions, ut pacis, belli, foederum faciendorum; aut res, ut vectigalia, et si quae his sunt similia; in quibus comprehenditur et dominium eminens, quod civitas habet in cives, et res civium ad usum publicum*”⁹². La distinción entre la facultad o derecho ordinario (que se refiere

⁸⁹ COLMEIRO, Manuel. *Derecho administrativo español* (3ª edición, Madrid, 1865), p. 5.

⁹⁰ La delimitación temporal de esta época no es del todo pacífica. Muchos la hacen comenzar con Hugo Grocio. Otros señalan a la época comprendida entre los años 1661 y 1814, fechas de la fundación de la cátedra de Derecho natural de Pufendorf en Heidelberg y de la fundación de la Escuela Histórica por Savigny y Grimm. Sin embargo, para efecto de nuestra exposición la delimitación de esta época no tiene una importancia decisiva y podemos dejarla de lado.

⁹¹ GROCIO, Hugo, *De iure belli ac pacis*, (ed. De Kanter-van Hettinga Tromp, B. J. A., Lugduni Batavorum, Brill, 1939, reimpresión Aalen, Scientia, 1993), p. 32: “Pero esta facultad es doble: ordinaria, que se refiere a las cosas de uso privado, y eminente, que es superior por Derecho a la ordinaria, en cuanto compete a la comunidad sobre los miembros y las cosas de los miembros por razón del bien común. Así, la potestad regia tiene debajo de sí a la patria potestad y a la dominica potestad; así, sobre las cosas particulares, el dominio del rey es mayor para el bien común, que el de los dueños particulares; así, cada cual más se obliga a la república para las funciones públicas que al acreedor”.

⁹² GROCIO cit. (n. 91), p. 100: “Los asuntos particulares, acerca de los cuales se trata, o son directamente públicas, o bien privadas, pero en cuanto se ordenan al público. Directamente públicas son acciones, como la paz, la guerra y la celebración de tratados; o cosas, como los tributos, y otras semejantes; en las cuales se comprende asimismo el dominio eminente, que

a las cosas de uso privado) y la facultad o derecho eminente (*facultas eminens*), delinea en definitiva la relación que existe entre derecho subjetivo y el derecho de soberanía. La primera compete a toda persona como sujeto ordinario, mientras que la segunda se entiende atribuida al rey, como la más alta magistratura del Estado moderno que se acaba de consolidar.

El pensamiento de Grocio fue seguido por toda la doctrina iusnaturalista moderna, entre los que estaba Tomasio, Pufendorf, Vinnio, Crusius, Diescau, Boehmer, Bynkershoek, Huber, Vattel y Noodt⁹³. Dentro de este grupo de juristas cabe destacar el pensamiento de Emmerich de Vattel (1714-1767), que vincula el dominio eminente con la naturaleza del vínculo que tiene el soberano respecto de todo tipo de bienes, tanto públicos como privados. Al respecto sostiene que “el derecho que pertenece a la sociedad, o al soberano, de disponer en caso de necesidad y por la salud pública de todos los bienes contenidos en el Estado se llama “dominio eminente” [...] además del dominio eminente, la soberanía de un derecho de otra naturaleza sobre los bienes públicos, comunes y particulares, y es el derecho de mandar en todos los lugares del país que pertenecen a la nación”⁹⁴. Y, seguidamente, llega a sostener que “todo lo que es susceptible de propiedad se presume que pertenece a la nación [...], pero la nación no posee todos estos bienes de la misma manera. Los que no están divididos entre las comunidades particulares o los individuos de la Nación, se llaman “bienes públicos”; los unos están reservados para las necesidades del Estado, y hacen el dominio de la corona o de la república; los otros quedaron comunes a todos los ciudadanos, que se aprovechan de ellos, cada uno según las leyes que reglan su uso, y se llaman bienes comunes”⁹⁵.

Lo dicho explica la asociación constante, sobre todo en siglos posteriores, que se hace entre bienes públicos y dominio eminente. Sin embargo, esta vinculación fue desapareciendo. Ya en su tiempo Jean Domat (1625-1695) había utilizado la expresión soberanía para hablar del poder que tiene el príncipe sobre estos bienes⁹⁶;

la ciudad tiene sobre los ciudadanos y los bienes de los ciudadanos en orden al provecho público”.

⁹³ Véanse: NICOLINI, Ugo. *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia* (Milano, 1952), que es la obra que contiene las referencias más precisas sobre esta materia; CARRO, José Luis, *Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional*, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 29 (1981), pp. 287-305; VERGARA BLANCO, Alejandro. *Sobre Grocio, aquel gran inventor de conceptos jurídicos, y las aportas del dominio eminente en REP.*, 64 (1989), pp. 337-346; y BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Notas históricas sobre la noción de dominio eminente, en Ius publicum* 4 (Santiago de Chile, 2000), p. 41-53.

⁹⁴ VATTEL, Emer de. *El Derecho de gentes, o principios de la ley natural* (Madrid, Imprenta de D. León Amarita, 1834), traducción española de *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqué à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains* (1758), pp. 241-242, núms. 243-244.

⁹⁵ VATTEL, cit. (n. 94), p. 236, núm. 234.

⁹⁶ Según Domat, estas cosas no pueden ser objeto de apropiación y el príncipe (o soberano) no tiene un derecho sobre ellas, sino que, por el contrario, tiene un deber: “arreglar el uso de todas ellas”. Véase DOMAT, Jean, *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le Droit public et Legum delectus* (A Paris, chez Le Breton, 1756), arts. 1 y 2, sec. 2ª, tít. 3º, del Libro Preliminar.

Víctor Proudhon sigue el mismo camino, en la primera mitad del siglo XIX⁹⁷. No obstante, el término dominio eminente se seguirá utilizando, aunque como sinónimo de soberanía, como ocurre con la obra de Colmeiro, en el siglo XIX, y del jurista chileno Luis Claro Solar, a comienzos del siglo XX, especialmente frente a la falta de una sólida teoría de las potestades públicas.

En síntesis, la propiedad desdoblada, como expresión de la patrimonialización del poder y de la justificación de las diversas cargas feudales, desembocó en las categorías modernas de la soberanía, fundamento de la monarquía absoluta y reconvertida dentro de los principios del Estado liberal de Derecho, y de la propiedad liberal, libre de cargas feudales, unitaria, abstracta y absoluta.

V. EL RÉGIMEN LIBERAL Y LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD

La sociedad del Antiguo Régimen, así como su organización política y su Derecho, comenzó a ser desplazada en Europa a finales del siglo XVIII, como ocurrió con Francia, y a lo largo del siglo XIX, como fue el caso de España y sus antiguos territorios en América. La nueva sociedad burguesa eliminó los estamentos privilegiados, estableció la igualdad jurídica de los hombres, implantó la libre circulación de los bienes y suprimió las instituciones medievales desvinculando a la tierra de viejas cargas y lastres que dificultaban su circulación, y que eran herencia de un régimen de propiedad desmembrada o desdoblada. En lo político, las antiguas monarquías de cuño absoluto fueron dando paso al modelo del Estado liberal burgués de Derecho, mientras que en lo económico el régimen feudal fue desplazado por el emergente sistema de producción capitalista.

En el régimen francés este proceso, vivido con la intensidad y rapidez de los sucesos de la Revolución, se plasmó jurídicamente en dos textos básicos y a la vez fundamentales del nuevo sistema jurídico de corte individualistas: la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 16 de agosto de 1789 y el *Code Civil* de 1804. En este último cuerpo normativo se puso una especial atención a las cuestiones vinculadas a la propiedad inmobiliaria, debido no sólo a la importancia económica que tenía el suelo en dicho momento histórico, sino también con el objeto de suprimir definitivamente toda forma de Derecho feudal que pudiera existir sobre la tierra⁹⁸.

⁹⁷ PROUDHON, Jean-Baptiste Victor. *Traité du Domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement para rapport au domaine public* (1833). Para este autor el dominio público es el poder de regir y administrar las cosas que por ministerio de la ley están destinadas al uso de todos y cuya propiedad a nadie pertenece. El Estado no posee una titularidad, sino un poder de vigilancia, de policía; pero no la facultad de usar ni disponer.

⁹⁸ En este sentido autores como Albert Sorel sostienen: "*Par ce mot, il entend à peu près exclusivement l'immeuble, la maison et surtout la terre*". Véase Société d'Études Législatives, *Le Code Civil. 1804-1904* (edición facsimilar con "Introducción de Albert Sorel, Paris, E. Duchenin; Frankfurt, Sauer und Auvermann) I, p. xxxi. En el mismo sentido CARBONNIER, Jean. *Droit civil, III: Les biens: monnaie, immeubles, meubles* (19ª edición, Paris, 2000), p. 171, para quien los problemas fundamentales de la propiedad han sido debatidos hasta nuestra época en función de la propiedad inmobiliaria y, especialmente, de la propiedad rural.

El modelo de derecho de propiedad seguido en la Europa continental y que reproducen los pueblos americanos, fue el impuesto por el triunfo de la Revolución francesa de 1789 y que significó la asunción del poder por parte de la burguesía y el establecimiento de las bases políticas, económicas y sociales que permitieron configurar la propiedad como un derecho subjetivo fundamentado en la naturaleza de la persona humana.

Este hecho histórico, que marcará todo el siglo XIX y se proyectará en el siglo XX bajo una profunda revisión, encuentra su causa en el denominado “individualismo jurídico”, que es el resultado de tres movimientos confluyentes: i) el iusnaturalismo racionalista de los siglos XVI y XVII; ii) el movimiento e influencia de la visión económica por parte de los fisiócratas; y iii) las construcciones científicas realizadas por grandes juristas franceses de los siglos XVII y XVIII, destacando entre ellos Domat, Pothier y Portalis⁹⁹.

El iusnaturalismo racionalista se encuentra relacionado con el más amplio movimiento intelectual y político de la Ilustración, que domina el pensamiento europeo del siglo XVII. Este movimiento adopta distintas formas en Inglaterra, Francia y Alemania, pero el elemento o tronco común está constituido por una actitud intelectual de crítica racional del orden social y jurídico de la época, propugnando su reforma en función de la idea de progreso. Crea una nueva metafísica del Derecho utilizando para ello la experiencia de su historicidad y los materiales del *Corpus iuris*, considerado como *ratio scripta*, para la formulación de un sistema de Derecho privado fundado racionalmente, lo que conduce a un planteamiento abstracto y atemporal del mismo¹⁰⁰.

A la luz de este sistema el hombre aparece como un ser libre por naturaleza y titular de un conjunto de derechos inherentes a su condición, lo que son ina-

⁹⁹ Sobre el individualismo moderno y el concepto de propiedad seguimos en este apartado a VILLEY, Michel. *Notas sobre el concepto de propiedad*, en *Revista de Derecho Público* 35-36 (Santiago, enero-diciembre, 1984), pp. 67-81.

¹⁰⁰ Las doctrinas iusnaturalistas presentan también notables diferencias en sus resultados, como consecuencia de los diversos supuestos ideológicos en el ámbito de la teoría de la organización social, lo que deriva, a su vez, de una diversa concepción acerca del Derecho y de la cuestión fundamental de la interpretación de la idea iusnaturalista de los derechos innatos de la persona. En el plano de la organización política-social se enfrentan las doctrinas a favor del sistema de base corporativa (Althusio) y del absolutismo político (Hobbes). En el campo estrictamente jurídico se desarrolla la creencia en una comunidad universal jurídicamente ordenada y la idea de un orden ético de validez general (Grocio), de lo cual se derivó un conjunto de derechos civiles y políticos entendidos como patrimonio jurídico propio de la persona individual y, por tanto, como límite de la potestad normativa y fundamento de la legitimidad de la organización jurídico-social. El pensamiento iusnaturalista adquiere un matiz distinto en la cultura germánica, en donde se adopta en las ideas de Hobbes en el plano político (absolutismo monárquico) y se orienta en el Derecho privado hacia una actitud científica-especulativa, alejándose del empirismo racionalista de Grocio. En este ámbito, aportó una renovación constructiva en el plano conceptual y en el de la ordenación general del Derecho (Pufendorf, Wolf), preparando las bases para la futura unificación del Derecho privado alemán, sobre todo por imprimir una actitud formalista en el pensamiento jurídico, alejado de la dimensión práctica y problemática del *ius commune*. Véanse: FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *La tradición romanística en la cultura jurídica europea* (Madrid, Ramón Areces, 1992), pp. 93 ss.; WESENBERG - WESENER, cit. (n. 79), pp. 221 ss.; HATTENHAUER, cit. (n. 80), pp. 111 ss.

alienables e imprescriptibles. La sociedad civil es la forma que adoptan los hombres para proteger sus derechos, los que pueden ser limitados o restringidos sólo en la medida que sea necesario para cumplir este fin.

Las consecuencias de estos postulados en el ámbito del derecho se producen a través de la articulación de un conjunto de instrumentos jurídicos que se estructuran sobre la base de los siguientes pilares: el derecho subjetivo, la autonomía de la voluntad, el contrato y la personalidad reconocida a cada individualidad.

El derecho de propiedad es concebido en función de un sujeto abstracto, formalmente igual, siempre idéntico, que dentro del supuesto de hecho de la norma aparece bajo la denominación del anónimo “el que” o “quien” al que se atribuyen las consecuencias jurídicas previstas en las proposiciones normativas codificadas. La “lógica del sujeto” en los códigos decimonónicos integra a la propiedad dentro de un sistema de derechos subjetivos a partir de la figura del “abstracto sujeto propietario”¹⁰¹. El derecho subjetivo es un poder que se atribuye a una voluntad para imponerse a una o varias voluntades, cuando quiere una cosa que no está prohibida por la Ley. Con esta noción se construye a su vez una concepción subjetiva del ordenamiento jurídico, el que aparece como unidad o constelación de derechos (poderes o facultades) subjetivos de todos los sujetos de derecho (personas privadas y del Estado). Por eso, no es de extrañar que la propiedad sea definida como una especie dentro del género derecho subjetivo, es decir, es un atributo de la persona; es una “facultad” o “poder” que tiene un individuo sobre una cosa, siendo, además un instrumento para el ejercicio de la libertad individual. Es por esto que los grandes idealistas alemanes (Kant, Fichte y Hegel) describirán la propiedad como una “esfera de acción libre”, realización exterior de la libertad del individuo¹⁰².

¹⁰¹ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel. *El derecho de propiedad. Una relectio*, en ADC. 51 (octubre-diciembre, 1998) 4., pp. 1643-1644.

¹⁰² Esta conjunción de la libertad del individuo con el derecho de propiedad ya estaba presente en la obra de John Locke y se remonta a los comienzos de la filosofía moderna (Gerson, Driedo, Occam y también Duns Scotto). Véase VILLEY, cit. (n. 99), p. 68. La identificación que se hace entre libertad y propiedad, presente en todas las corrientes individualistas de la Edad Moderna, ya estaba plenamente definida en las construcciones teológicas de los autores de la Segunda Escolástica. La libertad coincide con la propiedad que una persona tiene sobre sí mismo y de sus acciones, la existencia como sujeto libre consiste en una serie de comportamientos dominativos, en suma, en la propiedad que yo tengo de mí mismo. Como corolario, esta propiedad, este *dominium sui*, se traduce inmediatamente en la propiedad sobre las cosas corporales externas, en el *dominium rerum*. Véase LOBATO GÓMEZ, J. Miguel, *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar* (Madrid, Montecorvo, 1989), pp. 47-48. Por su parte GROSSI, Paolo, *La situación real en la experiencia jurídica medieval* (Padova, 1968), pp. 148-149, dice que: “la libertad del individuo es el presupuesto ineliminable de todo *dominium*, pero es el *dominium* en el aspecto dinámico mismo de la libertad, es la libertad en acción dentro de su más típico mecanismo protector: es, si queremos, la libertad misma en su realización posesiva de la naturaleza”. Lo expuesto aparece de manifiesto en las definiciones de dominio que ofrece este movimiento, como la de SOTO, Domingo de, *De iustitia et iure*, lib. IV, quaest. 1ª, artículo 1: “*est propria cuiusque facultas et ius rem quamlibet, quam in suum ipsius commodum usurpare potest quocumque usu lege permisso*” [ed. Salmanticae, 1566, reimpresión facsimilar Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968], p. 280]; o la de VITORIA *In Secundum Secundae, De iustitia*, ad quaest. 62ª, artículo 1, núm. 29 [en VITORIA, F., *De iustitia* (ed. V. Beltrán de

El iusnaturalismo cultivó con detenimiento la noción de propiedad, con el fin de conducirla a su mayor plenitud, para desgajarla en primer lugar de las cargas feudales y para exaltarla después como un poder independiente no sólo respecto de los particulares sino que también respecto del Estado. Con esta finalidad se desarrollaron doctrinas previas que hablaban de “fuentes naturales de la propiedad” y de “modos *originarios* de adquisición”. Con ello, el individuo propietario, titular de un derecho subjetivo, no debía nada al Estado en relación con su amplia e ilimitada facultad de obrar sobre las cosas. Sin embargo, esta afirmación sólo se comprende adecuadamente si se tiene en cuenta que el impulso liberador va dirigido, en este momento histórico, a las concepciones que se trata de superar, esto es, no se debe nada al Estado en cuanto la propiedad no se tiene de él, no emana del Estado (como antes pudo tenerse la propiedad del rey, o emanar de alguna concesión del mismo). De lo que se trata, entonces, es de justificar la propiedad en un acto que no tenga su fuente en algún tipo de propiedad anterior¹⁰³.

Paradigma y modelo de este derecho, como se ha dicho, son la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 16 de agosto de 1789 y el *Code civil* de 1804. En el primero de estos cuerpos normativos se reconoce al derecho de propiedad como un derecho natural del hombre, sagrado e inviolable, de acuerdo a lo prescrito en sus artículos 2 y 17. Dice el primero: “*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression*”. El artículo 17 expresa: “*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être, privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*”.

En el *Code civil* la propiedad se va a consolidar como un derecho subjetivo, que tiene las características de ser absoluto, exclusivo y perpetuo, según la opinión generalmente compartida por los primeros comentaristas¹⁰⁴. Su célebre artículo

Heredia, Madrid, 1934), I, p. 82]: “*facultas ad utendum re pro arbitrio suo*”. Otras referencias se pueden consultar en la obra de LOBATO GÓMEZ, cit. *ib.*, pp. 48-49.

¹⁰³ Para que la propiedad no estuviera sujeta a los peligros del poder público, los iusnaturalistas modernos “echan mano a todo tipo de mitos: mito de la primera *ocupación*, o del derecho del primer ocupante”, muy utilizada por Grocio y otros teóricos del racionalismo jurídico. Los moralistas hicieron su aporte fundándola en un precepto bíblico o de la moral estoica que prohíbe el robo; “si me está prohibido tocar la posesión de otro, no cabe sino concluir que él tiene derecho sobre la cosa que ha ocupado”. Hume propondrá más tarde la explicación psicológica de la conversión natural de la situación del poseedor en propiedad. En torno a Locke se desarrolla la doctrina de la adquisición de la propiedad por el *trabajo*, que tomaron los fisiocráticos y a la que los economistas agregarán la apología de los beneficios, cuyas consecuencias son atacadas por MARX, quien dirá “el Derecho de obligaciones y el principio de libertad contractual propician la explotación, mientras que el Derecho de cosas y la obligatoriedad de sus tipos aseguran el botín”. Wolff y Kant justifican la propiedad como una condición necesaria para la perfección de la naturaleza del individuo o de su libertad moral. Cfr. VILLEY, cit. (n. 99), p. 69. Todos llegan en definitiva a la misma conclusión: la propiedad es un derecho natural del hombre.

¹⁰⁴ Cuando se utiliza el adjetivo “absoluto” se hace referencia a que su titular tiene un poder ilimitado sobre la cosa (*plena in re potestas*) y se expresa en todas las posibilidades de hacer (*ius utendi, ius fruendi, ius abutendi*) que se pueden concebir, tanto material como jurídicamente.

544 reza: “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”.

El *Código* pone una especial atención en las cuestiones vinculadas a la propiedad inmueble o del suelo, lo que hace no solamente por la importancia económica que tiene en aquel momento histórico, sino también con la finalidad de insistir en su plan o política inmediata, que es la de ratificar la abolición definitiva de cualquier derecho feudal sobre la tierra y legitimar las transferencias de propiedad que se habían producido entre los años 1789 y 1804.

La forma y características que adopta el derecho de propiedad en las fuentes francesas es el resultado de la asunción del modelo liberal-burgués, el que necesitaba de una propiedad libre de cargas, es decir, despojada de los esquemas propietarios propios del mundo feudal. Con este importante proceso de desvinculación se unifica la propiedad como instituto jurídico, se atribuye la plenitud de su disposición a su titular, y se pone freno así al poder que ejercían durante el Antiguo Régimen los monarcas y los nobles¹⁰⁵. La propiedad liberal transforma a su titular en un soberano respecto de los bienes, ya que queda entregada a su libre voluntad la determinación de los usos que se le darán, como el destino económico a que pueden ser aplicados. No tiene respecto de ellas ninguna obligación que cumplir, ya que está plenamente facultado para no hacer uso de ellas, dejarlas estériles, improductivas e incluso destruirlas. Esto justifica en todo su alcance el adagio: “*À l'Etat la souveraineté, au citoyen la propriété*”¹⁰⁶.

La consagración del absolutismo propietario expresado en la frase “*de la manière plus absolue*” del artículo 544 del *Code* daba a entender que el poder del propietario no estaba sujeto a limitaciones, y así fue interpretado por los miembros de la corriente de la exégesis en sus primeros comentarios¹⁰⁷. Sin embargo, como se ha intentado demostrar en el presente estudio, la expresión tiene un sentido

Su carácter de exclusivo permite sostener que sólo su titular puede aprovechar y disponer del objeto de su propiedad, por lo que tiene la facultad de impedir que otras personas gocen de él sin su venia o autorización. Por último, su carácter perpetuo significa que el derecho de propiedad dura tanto cuanto dure la cosa sobre la cual recae, y la circunstancia de no darle ningún uso no hace que este derecho se extinga, salvo empero la posibilidad que un tercero pueda usucapirla, pero en este caso estamos ante un supuesto que es distinto a la mera desidia o inactividad de su titular.

¹⁰⁵ Lo que se pretendía era crear un poder absoluto (propiedad) que tuviera la capacidad de hacer contrapeso y limitar el otro poder que detentaba el soberano. Véase RODOTÀ, Stefano, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (trad. cast. Madrid, 1986.), p.101.

¹⁰⁶ BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel - CHEVEAU, M., *Traité théorique et pratique de Droit civil. Des Biens* (3ª edición, Paris, 1905), p. 124.

¹⁰⁷ BONNECASE, Julien, *l'École de l'Exégèse en Droit civil: Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants* (2ª edición, Paris, De Boccard, 1924), p. 230, dice que: “[...] así impregnados de individualismo, privados de iniciativa, servidores de la ley, los exegetas olvidan el alcance social del derecho de propiedad”, lo que hacen en un proceso totalmente alejado de la realidad, como lo dice VIDAL, Michel. *La propriété dans l'École de l'Exégèse*, en AA. VV., *Itinerari moderni della proprietà* (Milano, Giuffrè, 1978), I, p. 39: “nutriéndose de deducciones de textos y combinaciones entre ellos, sin lazos con la realidad histórica o realidad social, sin contacto estrecho con los hechos [...]”.

de acuerdo con la función que cumple el artículo 544 en el contexto histórico, ya que en su redacción se quiere dejar de manifiesto la ruptura con el sistema de propiedades del feudalismo y la consagración de un nuevo modelo. Podría pensarse que la expresión “del modo más absoluto” es fruto de la euforia y el entusiasmo como consecuencia del radical cambio que se está produciendo por el triunfo de la revolución y el final del Antiguo Régimen, pero tiene un verdadero sentido jurídico: aludir a un conjunto de facultades reunidas en manos del titular propietario pleno de una cosa, que no podrán ser obstaculizadas o entorpecidas por otros estatutos propietarios sobre la misma cosa, a menos que el mismo, como parte de sus facultades dominicales, consienta en desprenderse de alguna de ellas bajo la modalidades de derechos reales distintos a la propiedad. La utilización de la expresión “del modo más absoluto” puede parecer a primera vista impropia desde un punto de vista gramatical, ya que en principio algo, o es relativo, o es absoluto, sin que pueda predicarse un grado superior a lo absoluto. Sin embargo, tiene sentido en esta disposición del *Code* si se piensa que lo que se pretende enfatizar es un carácter absoluto, no sólo respecto de otros titulares, sino que también respecto de las facultades a ejercerse. En este sentido, el uso de la expresión “del modo más absoluto” no resulta impropio, ya que no es un superlativo, sino que se refiere a las distintas posibilidades de una disposición de las cosas; de manera absoluta respecto de otros, de manera absoluta respecto de lo que se puede hacer con la cosa. O sea: de la manera más absoluta¹⁰⁸.

Esta conclusión permite comprender como este carácter absoluto de la propiedad tiene un profundo sentido histórico y no se opone de ningún modo a una intervención legislativa en su configuración. Cuestión que por lo demás es obvia, ya que la ausencia de límites dominicales resulta imposible dentro de la vida en sociedad, que demanda la imposición de reglas y de límites para que se garantice una armónica convivencia entre sus miembros. La sociedad no puede tolerar, ni ha tolerado nunca, tal configuración de la propiedad. Y tratándose de este derecho –como lo expresa Rudolf von Ihering–, la idea de la propiedad no puede conllevar algo que esté en oposición con la idea de sociedad¹⁰⁹. Estas conclusiones encuentran respaldo en los propios antecedentes del *Code Civil*. Robespierre afirmó que la propiedad no podía ser establecida con un carácter más absoluto que la propia libertad y postulaba su limitación para respetar y permitir el ejercicio de los derechos de propiedad ajenos¹¹⁰, idea compartida por Portalis, para quien era necesario que las leyes pudiesen dirigir las acciones relativas al uso de los bienes.

¹⁰⁸ En contra, resaltando el carácter retórico de la expresión, GROSSI, cit. (n. 60), pp. 124-125; PESET, cit. (n. 50), p. 150; y DE LOS MOZOS, José Luis, s.v. *Propiedad*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* (Barcelona, 1993), XX; El mismo, *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica* (Madrid, 1993), p. 101.

¹⁰⁹ IHERING, Rudolf von, *El fin del Derecho* (trad. cast., Buenos Aires, 1978), pp. 252 ss.

¹¹⁰ Robespierre hizo esta propuesta en el discurso de la Convención, pronunciado el 3 de abril de 1793. Véanse: RODOTÀ, Stefano, *Poteri dei privati e disciplina della proprietà*, en *Il Diritto privato nella società moderna. Saggi a cura di S. Rodotà* (Bologna, Zanichelli, 1982), pp. 360; EL MISMO, *El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada* (traducción de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1986), pp.93-94.

Debe haber libertad con las leyes, no contra las leyes¹¹¹. Y este es el plan seguido en el *Code Civil*. El artículo 544 reconoce en primer lugar la libertad más absoluta del propietario en el goce y disposición de las cosas que le pertenecen, pero inmediatamente acota esta libertad subordinando la facultad de usar las cosas al pleno respeto de las prohibiciones que se puedan establecer por ley o reglamento. Resulta así que no hay contraposición entre las ideas de una propiedad con este carácter absoluto y la intervención legislativa en su regulación.

La técnica utilizada es la de concebir un derecho lo más amplio y absoluto posible –cuyo sentido original está en la naturaleza humana, que es su fuente– y dejar *a posteriori* su configuración al legislador, quien le dará la forma que garantice el ejercicio de todos los derechos de propiedad, sin que alguno impida el ejercicio de otros. Además, acorde con la concepción liberal, las limitaciones son entendidas como deberes negativos de no hacer establecidos en razón del interés privado, es decir, se ocupan de resolver los conflictos entre particulares, desentendiéndose del interés social de la comunidad¹¹². Por esto constituye una paradoja, sino que es plenamente concordante con esta comprensión de la regulación propietaria, la aparente contradicción que se suele hacer entre una propiedad como facultad “absoluta”, entendida como ilimitada, y una realidad legislativa llena de limitaciones¹¹³.

En todo caso, debemos tener presente que bajo este modelo de derecho de propiedad no es posible definir con claridad sus contornos. Su conceptualización es tan abierta y expansiva que hace muy difícil, cuando no imposible, poder distinguir entre el ejercicio de las facultades que derivan de la propiedad y del ejercicio de la libertad inherente a toda persona, especialmente en el ámbito económico. De hecho, la propiedad, al menos en cuanto dominio, esto es, sobre bienes corporales, no viene a ser otra cosa sino una libertad para actuar sobre una parte del mundo físico, revestida por el derecho de un carácter de exclusividad legítima. Por tal razón los comentaristas no encuentran otro marco o límite del derecho de propiedad que el contenido en las ya mencionadas “leyes o reglamentos” (los códigos posteriores sólo harán referencia a las leyes), que es, por lo demás, el mismo marco que se establece para el ejercicio del derecho de libertad. Y por lo mismo, en este modelo, y al menos teóricamente, las facultades reguladoras del Estado son las mismas que las que tiene para regular el ejercicio de toda libertad, de modo tal que el ejercicio de la facultad de uso y disposición de la propiedad no tiene otros límites que aquellos que aseguren a los demás miembros de la sociedad el goce de

¹¹¹ PORTALIS, Jean Etienne Marie, *L'âme universelle de la législation*, en EWALD, François (compilador), *Naissance du Code Civil. La raison du législateur: Travaux préparatoires du Code Civil rassemblés par P. A. Fenet* (Paris, Flammarion, 1989), p. 276.

¹¹² Véase COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978* (Zaragoza, Bosch, 1997), pp.94-97.

¹¹³ Con posterioridad en Alemania, Antón Menger (1841-1906) da cuenta de esta situación diciendo: “La verdad es que estas restricciones de la propiedad privada encuentran expresión únicamente en manuales, y al margen de los compendios de Derecho civil [...] pero ¿no sería ya hora de derribar de una vez por todas esa débil pared e incluir en las definiciones del *Código Civil* la lamentable situación del propietario actual?” [citado por HATTENAUER, cit. (n. 80), p. 121].

los mismos derechos (artículo 4° de la *Déclaration*), pudiendo prohibirse, si, su ejercicio cuando es nocivo para la sociedad (artículo 5 de la *Déclaration*).

VI. CONCLUSIÓN

De este modo, y a la luz de su evolución histórica, la comprensión del modelo de derecho de propiedad que subyace al constitucionalismo debe ser modificada radicalmente. El concepto de propiedad no permanece inalterado, y aquél que encontramos presente en las codificaciones decimonónicas corresponde a una idea de propiedad elaborada como respuesta a ciertas premisas filosóficas y desarrollos económicos, en contraposición a la situación del período histórico precedente: no se trata, por tanto, de ningún modo, y aun cuando contenga alguno de sus elementos, del concepto tradicional presente en el Derecho romano. El carácter absoluto de la propiedad que consagra el *Code* marca la ruptura con el orden previo de una propiedad plural, desmembrada y lastrada de cargas reales, herencia del régimen feudal, limitada tanto respecto de múltiples titulares como en relación con las acotadas facultades que otorgaba. Se trata ahora de una propiedad absoluta-absoluta, o, si se quiere, la más absoluta: no relativa a otros propietarios, poseedores o detentadores, y que concentra la totalidad de las facultades de aprovechamiento, frente a otros derechos limitados y que, en esta dimensión, son relativos y emanan de la propiedad, como actos de disposición de su titular. Pero este elemento definitorio de la propiedad, su carácter absoluto (respecto de otros titulares y respecto de todas las facultades), no se enfrenta ni se opone al segundo elemento, la posibilidad de someter a dichas facultades de uso y disposición a regulación legislativa, donde, en conformidad con las doctrinas iusracionalistas de la época que ven en la propiedad una manifestación de la libertad individual, la autoridad queda sometida a los requisitos generales de la regulación de la libertad individual. Y es en este punto donde va a aparecer la idea de función social de la propiedad, extendiendo las potestades reguladoras a un ámbito que va más allá del choque de derechos entre particulares y de la prohibición de actos nocivos para la sociedad, permitiendo disponer límites a la propiedad en vistas a la consecución de fines colectivos de carácter positivo (y no de mera protección frente a actos nocivos).

[Recibido 25 de julio de 2006 y aceptado el 14 de agosto de 2008].

