

## **TIERRA Y PROPIEDAD**

Land and property

Lurra eta jabetza

Alexandre ZABALZA  
Universidad de Burdeos (Francia)

La propiedad es la institución fundamental por la cual el hombre se vincula jurídicamente a la tierra. Esta relación ha ido evolucionando a lo largo de la historia, tanto en lo que se refiere a su estructura como a la forma, que ha ido pasando del individualismo hacia el colectivismo. El estudio de los documentos sobre la propiedad de la tierra demuestra cómo esta relación esencialmente patrimonial incluye asimismo una dimensión tanto política, que vincula al hombre con la tierra, como metafísica, de determinación identitaria y cultural de cada persona a su tierra.

Palabras clave: Propiedad. Tierra. Soberanía. Patrimonio. Colectivismo. Cultura.



Jabetza, gizakia lurrarekin juridikoki lotzen duen oinarrizko instituzioa dugu. Harreman honen egitura eta forma aldatzen joan dira historian zehar, eta, pixkanaka, indibidualismotik kolektibismora igaro gara. Lurraren gaineko jabetzari buruzko agiriak aditzera ematen duten bezala, harreman horretan presente daude, halaber, alderdi politikoa (gizakia lurrarekin lotzen duena) eta metafisikoa (gizakia lur jakin batekin identifikatzeak sortzen dituen kultura eta nortasuna).

Giltza hitzak: Jabetza. Lurra. Subiranotasuna. Ondarea. Kolektibismoa. Kultura.



Property is the fundamental institution by which mankind juridically connects itself to land. This relationship has evolved throughout history, both in terms of its structure and its form, which has evolved from individualism to collectivism. The study of documents on land property demonstrates how this essentially patrimonial relationship also includes both a political dimension, that connects man to land, and a metaphysical dimension, which has to do with the identity feelings and cultural determination of each person towards their land.

Key-words: Property. Land. Sovereignty. Patrimony. Collectivism. Culture.

## SUMARIO

I. EL MODELO DE LA PROPIEDAD DE LA TIERRA. 1. El modelo positivo. 1.1. *La propriété en soi o la propiedad en sí*. 1.2. La tierra o *le fonds* objeto de la propiedad. 2. La *modélisation* normativa. 2.1. La *modélisation* formal. 2.1.1. La propiedad pública. 2.1.2. La soberanía. 2.2. La *modélisation* sustancial. II. LOS MODOS DE LA PROPIEDAD DE LA TIERRA. 1. Los modos históricos de la propiedad de la tierra. 1.1. Exclusivismo y comunotarismo. 1.2. Las estructuras de la propiedad de la tierra. 2. Las modalidades culturales de la propiedad de la tierra. 2.1. La cultura de la naturaleza de las cosas. 2.2. La importancia de la concepción del hombre en el espacio.

Ante todo, y para introducir nuestro asunto sobre la tierra y la propiedad, cabe definir los términos del tema.

Por una parte, según el sentido común, la tierra se presenta como una evidencia. La tierra es lo que está ahí, bajo nuestros pies. Es una realidad tan familiar que es omnipresente en nuestro cotidiano, de modo que cada uno sabe lo que es la tierra, o más precisamente, cree saber lo que es la tierra...

El problema es que, apenas el pensamiento trata de definirla, parece disimularse detrás de varias significaciones que esconden su esencia. En efecto, como reunir bajo un mismo sentido la tierra-suelo, la tierra-materia, la tierra-planeta, la tierra-patria, la tierra familiar, la tierra-comunal, la tierra de los antepasados, la tierra-interior, y aún más..., sin correr el riesgo de perderse en sus numerosas significaciones, y de ya no saber lo que es la tierra<sup>1</sup>.

Por otra parte, la propiedad se puede definir primero como el atributo de lo propio de algo. En este sentido, la propiedad designaría una calidad contenida por un objeto, y la tierra este mismo objeto. En esta perspectiva, debemos entonces admitir, por vía de silogismo, que si la propiedad es la calidad específica del objeto, y que el objeto parece indefinible, entonces la propiedad que hace la calidad específica de la tierra es tan evanescente como la cosa que cabe definir.

Para salir de esta antinomía, que nos hace ya perder el equilibrio en una tierra movediza, tenemos que invertir la evidencia, o para parafrasear a un autor famoso, enfocar el asunto al revés. Mejor dicho, tenemos que considerar el derecho como el suelo de nuestro pensamiento, en vez de la tierra.

---

<sup>1</sup> Sobre las varias significaciones de la tierra, *vid.* mi tesis: *La terre et le droit, du droit civil à la philosophie du droit*. Bordeaux, 2001, n° 7 y ss.

En el sentido jurídico de la palabra, la propiedad es una institución tradicional que se arraiga en la historia del derecho desde la antigüedad hasta nuestros días. Según como la consideremos natural o artificial, la propiedad es una realidad institucional inscrita en la tradición jurídica romana, y que sigue encontrando hoy, en nuestro derecho positivo, un fundamento constitucional.

La propiedad consagrada en el artículo 544 del Código civil francés y en el artículo 348 del Código civil español, está considerada como uno de los *pilares* del derecho<sup>2</sup>. Se define tradicionalmente como un poder jurídico sobre un bien. La tierra de la que hablamos está entonces limitada por esta calificación. Es la que puede ser objeto de una apropiación, que sea individual o colectiva. Dentro del conjunto de las representaciones que podríamos establecer de la palabra tierra, sólo la tierra que llamamos en el derecho francés *fonds de terre*, y la tierra *materia* pueden ser el objeto de una propiedad.

El análisis de la propiedad de la tierra *materia* no presenta mucho interés con respecto al análisis de la apropiación de la tierra *fonds*<sup>3</sup>. En efecto, que sea por su valor o por su destino patrimonial, esta participa en la identidad política y jurídica de las personas jurídicas.

La propiedad del *fonds de terre*, fue a este respecto, en la mente de los fisiócratas como en la de los revolucionarios, uno de los modos de acceso a la libertad individual. El Código civil marca esta modelización jurídica que acabaría con la tradición del Antiguo régimen. Así la propiedad de la tierra parece depender de modos históricos cuyo contenido traduce una concepción política y filosófica de la relación del hombre a la tierra.

En resumidas cuentas, la tierra y la propiedad se encuentran hoy en día en nuestro derecho positivo a través de la institucionalización de un *modelo* (I), cuyo valor debemos relativizar, con respecto a las posibilidades históricas y a los presupuestos filosóficos y políticos que los *modos* de la propiedad sobrentienden (II).

## I. EL MODELO DE LA PROPIEDAD DE LA TIERRA

Similar al icono el modelo seduce, atrae como deslumbra. El modelo designa una *figura destinada a reproducirse*. La noción designa dos realidades complementarias. La primera es la figura colocada e instituida por la norma de derecho, es decir, el modelo positivo de la propiedad de la tierra (I.1.), la segunda es su efecto destinado a reproducirse, es decir, la modelización normativa (I.2.).

<sup>2</sup> CARBONNIER, Jean, *Flexible Droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9<sup>ème</sup> ed. Paris, 1998, pp. 309 y ss.

<sup>3</sup> Sin embargo el interés desarrollado por el derecho del ámbito y de la responsabilidad civil como materia contaminada o fuente de responsabilidad, vid *La Terre et le droit*, *ibid.*, n° 223 y ss.; Le TOURNEAU, Philippe et CADJET, Loïc, *Droit de la responsabilité civile et des contrats*, Paris: Dalloz, année, n° 2034 y ss.

## 1. El modelo positivo

El modelo positivo de la propiedad de la tierra es un modelo separado. Se compone de dos elementos : el derecho y su objeto. Portalis calificaba este modelo de *droit en soi* o de *derecho en sí*, por su valor positivo independiente de su objeto (I.1.1.). En cuanto al objeto, se identifica a la tierra que los instrumentos del derecho permiten singularizar (I.1.2.).

### 1.1. La *propriété en soi* o la propiedad en sí

La *propiedad en sí* designa tanto la idea como la esencia del derecho. El término aparece de facto más filosófico que jurídico. Por lo tanto esta imitación terminológica de la lengua de Sócrates no es sólo anecdótica. Nos muestra que la propiedad contenida en la regla del derecho no es sólo una institución fundamental que sostiene toda la perspectiva del sistema jurídico contemporáneo, sino también una institución autónoma que instruye por su vitalidad este mismo sistema. La institución no sería lo que es sin las fundaciones positivas que la sostienen.

Encuentra en el término del artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano su puesto como un derecho inviolable, y su trascendencia como derecho consagrado<sup>4</sup>. Así que, si las cosas públicas, literalmente las repúblicas pasan, la cosa privada, ella, permanece... El preámbulo de la Constitución de 1958, es la ocasión de reafirmar solemnemente el apego del pueblo francés a los Derechos del hombre –así como fueron definidos por la Declaración del 1789–, luego confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946. La propiedad integra hoy el bloque de Constitucionalidad, y la jurisprudencia del Consejo constitucional, como una libertad fundamental y pública<sup>5</sup>.

Pero su valor de principio de la república no dice nada a propósito de la fuerza de su autonomía que se infiere de la fuerza de su contenido. Así, aunque para eminentes autores<sup>6</sup>, el Código civil fue el código de la propiedad de la tierra, no aparece en ninguna parte como institución. Sin embargo, lo que está declarado en el artículo 544 del Código francés, son los caracteres y los atributos de la propiedad. Como si hubiera que presuponer una exégesis probando la independencia de la institución, y la autonomía de la noción. La propiedad se

<sup>4</sup> GARAUD, Marcel V. . *La révolution et la propriété foncière*, Paris: Sirey, 1959; ATIAS, Christian, *Destins du droit de propriété*, *Droits* 1985, p. 5 y ss.; MORANGE, Jean, *La déclaration et le droit de propriété*, *Droits*, 1988, pp. 101 y ss.; POUMARÈDE, Jacques, *De la difficulté de penser la propriété (1789-1793)*, in *Propriété et révolution*, in *Propriété et révolution, Actes du colloque de Toulouse, 12-14 octobre 1989*, Toulouse: éd. Centre National de la Recherche Juridique, 1990, pp. 27-42.

<sup>5</sup> FAVOREU, Louis, PHILIP, Loïc, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris: Sirey, 5<sup>e</sup> éd., pp. 462 y ss.

<sup>6</sup> TERRÉ, François. *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil*. *Droits*, 1985, pp. 33 y ss.

anuncia ya en la omnipotencia de su título. Aparece entonces como el derecho subjetivo más completo<sup>7</sup>.

Pero es un derecho doblemente aprehendido, por sus atributos procedentes del derecho romano y por sus caracteres más específicamente moderno<sup>8</sup>.

Por sus atributos la propiedad autoriza el uso, el goce y la disposición de la cosa apropiada. Sus caracteres muestran la intensidad de la institución. Así, la propiedad aparece por sus caracteres como absoluta, exclusiva y perpetua. El absolutismo mencionado en el Código francés (ignorado por el Código español) permite primero al propietario disponer de su bien de modo patrimonial, es decir por cesión, y luego, de modo real, es decir por su destrucción material. El exclusivismo atribuye luego al propietario el derecho de impedir a cualquier otra persona de hacer acto de propiedad en su bien. Por último, la perpetuidad confiere al propietario la eternidad de su poder mientras dure la cosa.

## 1.2. La tierra o *le fonds* objeto de la propiedad

Como todo objeto de propiedad, el objeto de la propiedad de la tierra está calificada de bien. El objeto de la propiedad de la tierra no es una *cosa en sí*, está designado en el Código civil bajo la denominación de *fonds de terre*<sup>9</sup>.

El *fonds de terre* está inmediatamente calificado como bien inmueble por su naturaleza, sin por lo tanto hacer de esta calificación una definición. Su utilidad es tan grande como relativa. Por un lado, permite en efecto a la doctrina más autorizada exponer que el concepto así designado sirve de clasificación principal del conjunto de los bienes (oponiendo los bienes muebles a los inmuebles). Por otro lado, no impide confusiones de sentido que resultan de una ausencia de definición. *Le fonds de terre*, así está asociado a una sucesión de representaciones empíricas tales como el *suelo*, el *terreno*, el *edificio no edificado*, la *porción de terreno*, la *tierra cultivada*, una *parte limitada de la corteza terrestre*, una *porción definida del suelo*, una *parcela del territorio nacional*, el subsuelo, el interior del suelo.

Para impedir esta profusión de los significados ciertos autores propusieron dar de nuevo al *fonds de terre* una unidad conceptual. En Francia, René Savatier (que comprobó que la tierra había progresivamente estado reducido al suelo, es decir a una superficie plana, numerada en los ficheros del catastro), propuso abstraer esta misma tierra por una lógica espacial<sup>10</sup>. El *fonds de terre* fue por eso

<sup>7</sup> VAREILLES-SOMMIERES, Marquis de, La définition et la notion juridique de propriété, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1905, pp. 443 y ss.

<sup>8</sup> TRIGEAUD, Jean-Marc, Propriété, *Encyclopédie Philosophique Universelle, Les notions*, Paris: PUF, tomo 2, 1990.

<sup>9</sup> Cf. art. 518 C. civ.: *Les fonds de terre [...] sont immeubles par leur nature.*

<sup>10</sup> SAVATIER, René, *La propriété de l'espace*, Dalloz Chr. 1965, pp. 104 y ss.

designado por una abstracción geométrica, definida o identificada por sus límites exteriores y por su base al interior de la cual el propietario ejerce sus prerrogativas en el respeto de la ley.

## **2. La modélisation normativa**

La *modélisation* normativa designa el efecto del modelo positivo. Este efecto oculta el fenómeno normativo por el cual la propiedad inviste el derecho como modelo. Este fenómeno concierne tanto en un plano formal otros dominios de la regla de derecho (I.2.1), como en un plano más sustancial el destinatario del derecho (I.2.2).

### **2.1. La modélisation formal**

La modélisation formal designa la extensión de ciertas formas inducidas por la institución de propiedad en unos ámbitos que no eran suyos por su naturaleza. Así el modelo de la propiedad subjetiva, pudo servir de figura paradigmática de la propiedad pública, y de la noción más política de soberanía.

#### **2.1.1. La propiedad pública**

La propiedad pública no concierne el territorio que está más precisamente acercado por la noción de soberanía. Concierne los bienes de las colectividades públicas. Al principio, se consideró que la utilización de la noción misma de propiedad pública era un abuso de lenguaje<sup>11</sup>. Las relaciones de propiedad siendo calificadas de dominio público o privado según una combinación que afecta el carácter de la colectividad pública titular, o de la asignación. La idea distintiva opone la exclusividad de un informe privado al servicio o para el público. Por eso los caracteres de la propiedad privada no podrían transponerse en el dominio público. Pero progresivamente la institucionalización de un verdadero derecho público de propiedad se realizó. Que se trata de la tierra abandonada o sin dueño que entra directamente en el ámbito privado del Estado. O más seguramente aún algunos caracteres del derecho traducido en la domanialidad pública. La propiedad pública es exorbitante del derecho común, caracterizada por su inalienabilidad y su imprescriptibilidad.

#### **2.1.2. La soberanía**

La ejemplaridad del modelo de la propiedad de la tierra se encuentra por analogía en la construcción de la soberanía territorial. Por cierto, la soberanía no

<sup>11</sup> YOLKA, Philippe, *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, Paris: LGDJ, 1997.

puede ser totalmente analógica a la propiedad, ya que atañe tanto a las personas como a los bienes. Pero la elaboración progresiva de la noción en derecho internacional público y de su contenido no está muy lejos de la construcción del paradigma de la propiedad moderna.

El desarrollo concomitante al siglo XVI de las dos nociones en la historia del derecho lo muestra. La soberanía va progresivamente a aislarse como institución autónoma del poder<sup>12</sup>.

Al principio limitada por el conjunto de los derechos en la tierra, cuando cada barón era soberano en su baronía, incluso por la soberanía absuelta de Dios, la soberanía va primero a encarnarse en casa de los teóricos del *regnum* en la persona del monarca, antes de volver a ser bajo la influencia de Machiavelo de Bodin *el poder absoluto y perpetuo de una república que no sabría en razón de su naturaleza limitarse, ni en poder ni en carga ni en tiempo*<sup>13</sup>.

Aunque su autonomía conceptual se construye gracias a sus atributos, su relación a la *personalidad viva del monarca* la hace depender de la naturaleza de las cosas, trátese de la moral política o de la república. La soberanía se vuelve el atributo esencial y absoluto del poder del Estado en el pensamiento de Loyseau, muy cercano entonces del absolutismo del propietario terrateniente<sup>14</sup>. Ofrece a su titular la *summa potestas*, ilimitada e indivisible en sus caracteres, absoluta por su naturaleza.

## 2.2. La modélisación sustancial

La modélisación sustancial está provocada por el efecto del modelo positivo en el titular del derecho. Concierne el poder legítimo del propietario respecto al bien *fonds*. No se trata aquí de apreciar la actitud puramente subjetiva del propietario terrateniente, más cercana de la psicología que del derecho, sino de analizar el comportamiento modelo del propietario, a través de medios jurídicos que avalan la adquisición de la propiedad de la tierra.

Este comportamiento aparece alrededor de las fuentes del derecho, sea un acto o un hecho jurídico. Cuando la propiedad hipotecaria procede de un acto jurídico, es la voluntad del cediendo y del cesionario la que debe tomarse en cuenta. Pero en realidad, que el acto sea una venta, una donación entre vivos, o incluso una sucesión por vía testamentaria, es la voluntad del cediendo la que se encuentra al origen de la cesión.

Esta voluntad erigida en principio general del derecho, esta totalmente garantizada por el contenido del título. Este contenido da al propietario un poder

<sup>12</sup> TRUYOL-SERRA, Antonio, *Souveraineté*, in *Archives de Philosophie du droit*, 1990, pp. 314 y ss.

<sup>13</sup> BODIN, Jean, *Les six livres de la République*, 1576. Paris, vol. I, cap. 2.

<sup>14</sup> LOYSEAU, Charles, *Traité des seigneuries*, 1609, pp. 12 y ss.

exclusivo y perpetuo de gastar e incluso de abusar de su bien, con tal de que no lo haga en un uso prohibido por la ley<sup>15</sup>.

El absolutismo de la voluntarista del contenido de este derecho es total. La única limita a la voluntad absoluta del propietario es la voluntad general. Así pasamos de una privación del uso, que puede ser como mínimo el no gastar el bien o como máximo la destrucción del bien. La propiedad moderna da al propietario un poder de disposición absoluta en el bien que sea puramente patrimonial o material. La disposición patrimonial implica una disposición puramente civil de la cosa (es decir, el poder de alienar el bien del patrimonio del titular hacia otro patrimonio o de disociar su derecho en desmembramientos. La disposición material de la cosa significa que el propietario, más allá de las prerrogativas de uso o de percepción material de los frutos, puede transformar la cosa incluso destruirla<sup>16</sup>.

Sin embargo, es en el ámbito de la adquisición por hecho jurídico donde el análisis del comportamiento modelo del propietario se hace más persuasivo. La posesión suministra al derecho un medio de apreciar la actitud típica del poseedor-propietario, puesto que es de su actitud usando del bien que depende el título o la investidura.

Asistimos entonces en la institución posesoria a una despersonalización progresiva, de tipo moderna, de la relación jurídica del poseedor a la tierra. Este fenómeno se realizó a través de la evolución de las dos componentes de la posesión que son, desde el derecho romano, el *corpus* y el *animus*<sup>17</sup>.

El *corpus* como elemento material, corresponde al ejercicio de hecho de la institución, por el cual el poseedor ejercita las prerrogativas correspondientes al derecho. El *animus* como elemento moral designa la intención del poseedor en el ejercicio del derecho. Los criterios que presiden a la apreciación del concepto van progresivamente legitimar una posesión esencialmente *mental*, privilegiando el *animus* sobre el *corpus*. Como observó Jhering<sup>18</sup>, la posesión romana se hubiera desmaterializada poco a poco para depender de una visión subjetivista moderna.

Así, al *corpus* clásico y romano fue sustituido una adquisición únicamente como una posibilidad efectiva de actuar, es decir de manera potencial y mental. Así mismo, el *animus*, que se puede considerar como la conciencia del movi-

<sup>15</sup> RIPERT, Georges. *De l'exercice du droit de propriété*, Paris: Rousseau, 1902.

<sup>16</sup> ZENATI, Frédéric, *La nature du droit de propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, Lyon, 1981.

<sup>17</sup> PAUL, *Digeste*, I, XLI, 2, §1.

<sup>18</sup> Criticando la interpretación romanista de SAVIGNY en *Théories de la possession en droit romain*, trad. Staedler, Paris: Durand-Pédone-Lauriel, 1870; vid. JHERING, *Du rôle de la volonté dans la possession. Critique de la méthode juridique régnante*, Paris: Marescq, 1891.

miento del espíritu del sujeto hacia el objeto, va a sufrir modificaciones<sup>19</sup>. Pero a la intención no se sustituye otra forma de intención. Aquí el *animus* se enriquece gracias al añadido de una concepción nueva a una concepción antigua insuficiente.

Así al *animus* clásico traduciendo tanto la afección como la intención del poseedor en la cosa, se añade un *animus* finalista y voluntario, que se presenta como *la convicción de un poder ilimitado de disponer físicamente de la cosa*. Este encuentra su perfecta expresión en el *animus domini*, que es la voluntad de volverse propietario. De modo que al final, lo que caracteriza el *animus subjektivista*, no es la intención de comportarse como propietario con respecto a la cosa, sino la intención de adquirir el título.

Así se produce un deslizamiento del *bien-fonds* o de la tierra apropiada y de lo concreto hacia el título. Finalmente lo esencial del contenido de la posesión moderna se construye en el poder de la voluntad individual, y luego en la adecuación de esta intención respecto al título.

La importancia normativa de la propiedad de la tierra se establece en referencia a una modelización del título. Resto que el modelo hecho en de los modos que permiten comprender el por qué del cómo.

## II. LOS MODOS DE LA PROPIEDAD DE LA TIERRA

Los modos son las maneras de ser de algo. Los modos de la propiedad de la tierra designan las maneras de ser de la propiedad de la misma. Estos modos inducen en primer lugar que la propiedad no se combina sobre un único modelo a través de la historia (II.1.), luego que debido a esta diversidad propia, la propiedad traduce una relación propia del hombre a la tierra, a su vez legitimando y legitimada por una concepción del hombre a su medio (II.2.).

### 1. Los modos históricos de la propiedad de la tierra

Los modos de la apropiación de propiedad de la tierra varían en la historia entre exclusivismo y comunotarismo (II.1.1.). Al interior de estos dos referentes se construyen las distintas estructuras jurídicas de la propiedad (II.1.2.).

---

<sup>19</sup> Sobre el planteamiento de este tema *vid.* TRIGEAUD, Jean-Marc, *La possession des biens immobiliers, nature et fondement*, Paris II, 1979; y del mismo autor art. Possession. En *Encyclopédie Philosophique Universelle. Les notions*, Paris: PUF, tomo 2.

### 1.1. Exclusivismo y comunotarismo

La historia<sup>20</sup>, la antropología<sup>21</sup>, como la sociología jurídica<sup>22</sup>, muestran la coexistencia de las relaciones a la tierra. Cada ciencia expone la importancia constitutiva de la apropiación colectiva y de la apropiación individual de la tierra.

Según la perspectiva más o menos dogmática de los observadores, la naturaleza originaria de la propiedad cambia de una concepción a otra, en función del progreso social de la humanidad. Por un lado, los autores desarrollan la tesis del comunismo originario cediendo progresivamente al individualismo moderno<sup>23</sup>. Por otro lado, sus adversarios reconstruyen la historia a través de la evolución de una ocupación individual hacia una aproximación colectiva<sup>24</sup>. Este debate esta hoy día casi terminado. La imagen de una tierra común se asocia al funcionamiento de un derecho primitivo o ideológico. Sin embargo, las problemáticas planteadas por el derecho ambiental, y relacionadas con el agotamiento progresivo de los recursos naturales, podrían encontrar aquí la ocasión de una vivificación de las categorías jurídicas tradicionales del derecho de los bienes<sup>25</sup>.

En cualquier caso, las tesis en presencia, explican más que los simples modos de la propiedad de la tierra. Presuponen la adaptación de la propiedad a

<sup>20</sup> MONIER, Raymond, *Manuel élémentaire de droit romain*, tomo 1, 6<sup>ème</sup> ed., Paris: Domat, 1947, n° 246 y ss.; OURLIAC, Paul, MALAFOSSÉ, Jehan de, *Les biens*, tomo 2, 2<sup>ème</sup> ed. Paris: PUF, 1971, n° 15, 18 *sq* 33; PATAULT, Anne-Marie, *Introduction historique au droit des biens*, Paris: PUF, 1989, n° 84 y ss.

<sup>21</sup> ROULAND, Norbert, *Pour une lecture anthropologique et interculturelle des systèmes fonciers*, *Droits*, 1985, pp. 73-90; *Le droit de propriété des esquimaux et son intégration aux structures juridiques occidentales: problèmes d'acculturation juridique* - *vid. Actes du XLII<sup>e</sup> congrès international des Américanistes*, Paris, 1976, pp. 135 y ss.; LE ROY, Étienne, L'appropriation de la terre en Afrique noire, in *Droit et environnement*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, pp. 63-88; KOUASSIGAN, Guy Adjété, *L'homme et la terre: contribution à l'étude des droits fonciers coutumiers de leur transformation en droit de propriété en Afrique occidentale*, thèse droit, Toulouse, 1962.

<sup>22</sup> DURKHEIM, Emile, *Leçons de sociologie. Physique et mœurs du droit*, Paris: PUF, 1950, p. 180 *sq.* y 190 *sq.*; TERRÉ, François, *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil*, *ibid.*, p. 34.

<sup>23</sup> LAVELEYE, Emile (de), *De la propriété et de ses formes primitives*, 4<sup>ème</sup> ed., Paris: Felix Alcan, 1891; ENGELS, Frederick, *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat*, 1884; FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis, *Le problème des origines de la propriété dans les questions historiques*, Paris, 1893, p. 17; du même auteur, *La cité antique*, Paris: Flammarion, 1984, vol. 2, cap. 6; LABOULAYE, Edouard, *Histoire de la propriété foncière en occident*, Paris, 1839; WESTRUP, W., Quelques remarques sur la propriété primitive devant l'histoire comparative, *Revue Histoire du Droit* 1935, p. 223; VERDIER, Raymond, *Essai d'ethnosociologie juridique dans les rapports fonciers dans la pensée négro-africaine*, thèse, Paris, 1960; FOYER, Jean, in *La maîtrise du sol. Travaux de l'Association Henri Capitant*, tomo XLI, 1990.

<sup>24</sup> TARDE, Gabriel, *Les transformations du droit. Etude sociologique*, Paris: F. Alcan, 1893, réimp. Berg international ed., 1994, p. 79 y ss.

<sup>25</sup> MALAFOSSÉ, Jehan (de), *Le droit à la nature aménagement et protection*, Paris: Montchrestien, 1973; BALLESTEROS, Jesús, *Ecologismo personalista*, Madrid: Tecnos, 1995.

la tierra, privilegiando sea lo dado común (es decir la relación de la colectividad a la tierra), o sea lo dado propio (es decir la emancipación patrimonial e identitaria del individuo en la colectividad).

Las estructuras de la propiedad se construyen dentro de esta variación de los dos grandes sistemas mayores de enfoque de la propiedad de la tierra.

## 1.2. Las estructuras de la propiedad de la tierra

Las estructuras de propiedad varían según una tipología que se puede determinar según una dialéctica marcada por tres grandes épocas en que se suceden: la propiedad romana, la propiedad medieval y la propiedad moderna.

Cada uno sabe que la propiedad moderna fue construida en contra de la propiedad medieval y en referencia a la propiedad romana. Sin embargo y a pesar de las apariencias formales, la propiedad moderna no es la propiedad romana.

Por cierto la propiedad romana es absolutista, individualista y exclusiva. Pero el absolutismo romano aparente, parecerse en el régimen de la acción en reivindicación, está limitado tanto por la naturaleza del derecho como por la clasificación de la tierra. Desde su origen, el mayor derecho que es el *dominium ex jure quiritum*, está reservado a los ciudadanos romanos, y concierne el único suelo romano<sup>26</sup>. Por último, el poder de disposición está limitado por muchas reglas acostumbradas, o sociales que impiden al titular disponer absolutamente y libremente de su bien. Este derecho no es dado para todas las tierras. Las *Institutes* operan una clasificación de las cosas, y la propiedad más absoluta sólo podrá ejercitarse para las tierras romanas primero, y luego las itálicas<sup>27</sup>. La propiedad romana es una propiedad deber que da a su poseedor ciertas prerrogativas, pero cuyas características dependen de la naturaleza jurídica de la tierra considerada. Así, las tierras se clasifican según su naturaleza: itálicas, consagradas, municipios, privadas... Dicho de otro modo, la propiedad romana no es una propiedad sistematizada como lo puede ser la propiedad moderna.

Bajo la influencia de la concepción franca de la apropiación de la tierra, la propiedad feudal cambia totalmente de estructura. La relación franca traduce una concepción comunal de la tierra. La oposición de dominios útiles y eminentes marca ya el rechazo de una apropiación exclusiva. El dominio eminente depende del poder señorial después real en la tierra. El dominio útil concierne las utilidades privativas de la tierra dejadas al interés de los particulares. Esta oposición prepara un encabestramiento de los derechos sobre la tierra al interior de los cua-

<sup>26</sup> PATAULT, Anne-Marie, Réflexions sur les limitations du droit de propriété à Rome jusqu'à la fin de la République, in *Revue Historique de droit Français et étranger* 1977, pp. 239 y ss.

<sup>27</sup> VILLEY, Michel, Les institutes de Gaius et l'idée du droit subjectif. En *Revue Historique du droit français et étranger*, 1946, pp. 201 y ss.

les cada uno puede tirar una utilidad. La *saisine* franca, como institución, traduce esta originalidad de la propiedad acostumbrada. Por su origen, designa la *mise en possession*, cerca de la investidura romana, que dará la palabra *tenure*<sup>28</sup>. La propiedad de la tierra se vuelve progresivamente un conjunto de dominio adaptado a las utilidades infinitas de la tierra. Aquí la tierra no se considera en su unicidad, sino en sus utilidades. Más allá de las oposiciones de formas entre las dos concepciones romanas exclusivas y medievales colectivas de la propiedad, se puede sin embargo identificar una misma perspectiva<sup>29</sup>.

De la Antigüedad al Renacimiento la tierra, se considera como una fuente de derecho. Que sea al nivel formal cuando la tierra ordena ciertas formas de territorialidad<sup>30</sup>, o al nivel sustancial, cuando la tierra integra la constitución patrimonial del derecho. Con la propiedad moderna, y a pesar de las semejanzas con la propiedad romana, las relaciones de la tierra y del derecho moderno cambian de perspectiva<sup>31</sup>.

De un modo general, la tierra ya no está considerada como fuente de derecho, o de cargas, se vuelve objeto de derecho. La propiedad moderna invierte la visión romana y medieval. Este cambio profundo se nota en dos niveles: sobre la tierra objeto del derecho, y sobre el sujeto titular del derecho.

Del lado del objeto, la tierra es ahora una cosa privada de sus antiguas cualidades. La tierra es tomada por el espíritu como por el derecho por las propiedades de la extensión. Progresivamente, las leyes del derecho se ordenan respecto a las leyes físicas. El *fonds de terre* es un espacio de materia delimitado en superficie, profundidad y altura. Lo que contiene designa los productos y los frutos naturales e industriales extraídas de la tierra. La lógica de la extensión superpone el *fonds* en el territorio: lo que es verdad para uno es verdad para otro. Del lado del sujeto, el propietario se convierte en el único dueño del *fonds*, como el soberano lo es de su territorio. Tiene derecho absoluto tanto en las rentas de las cosas como en sus accesorios. Su derecho se prolonga en una perspectiva espacial, es propietario de la parte inferior como de la parte superior.

Ahora bien, la propiedad se presenta como el derecho subjetivo, probablemente el más revelador de la modernidad. No cabe duda de que sus atributos son directamente prestados al derecho romano, pero sus caracteres son más específicamente modernos. Sin embargo son estos caracteres (exclusividad, absolutismo, perpetuidad) los que garantizan al propietario la plena expansión política y liberal.

<sup>28</sup> PATAULT, Anne-Marie, *Introduction historique au droit des biens*, Paris: PUF, 1989, pp. 17 y ss.

<sup>29</sup> VILLEY, Michel, Les origines de la notion de droit subjectif. En *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris: Dalloz, 2002, 2<sup>ème</sup> ed., pp. 222 y ss.

<sup>30</sup> LÉVY-BRUHL, Henri, *Sociologie du droit*, Paris: PUF, 7<sup>e</sup> ed., 1990, pp. 46 y ss.

<sup>31</sup> *La terre et le droit. Du droit civil à la philosophie du droit*, *ibid.*, n°359.

En realidad los modos de la propiedad de la tierra dependen de modalidades metapositivas y que el derecho refleja como por impresión. Estas modalidades las llamamos culturales.

## 2. Las modalidades culturales de la propiedad de la tierra

Las modalidades culturales de la propiedad de la tierra designan, en el sentido literal, la dependencia cultural del hombre a la tierra. Aquí la concepción de la relación del hombre a la tierra, en un tiempo fijado y en una sociedad tipo, funde el establecimiento de una estructura de propiedad. Estas modalidades culturales son unos espacios referentes del conocimiento que se entrevé originalmente detrás del concepto de naturaleza de las cosas (II.2.1.), y más probablemente detrás de la representación del informe del hombre al cosmos (II.2.2.).

### 2.1. La cultura de la naturaleza de las cosas

La comprensión del concepto de naturaleza de las cosas en la expresión general del conocimiento dicta las distintas revoluciones del derecho, y encuentra en la propiedad de la tierra una traducción jurídica original<sup>32</sup>.

El concepto de naturaleza de las cosas se transpone del *nomos kata phusis* griego, transportado en Roma en el de *Natura rerum*, que establece inmediatamente una relación analógica entre el derecho y el orden extraído de la naturaleza<sup>33</sup>.

El conocimiento se construye por el estudio de las leyes sacado de la *phusis* que traducimos entre *física* y *natura*. Este concepto requiere al espíritu humano el conocimiento de las leyes de la física del mundo. Estas primeras leyes permiten identificar primero las distintas cosas que participan del orden del mundo, luego disponerlas en el orden del espacio de la representación, según su misma disposición natural. Este trabajo supone una virtud analógica que permite al hombre construir las leyes de la ciudad por transcripción de las leyes del mundo<sup>34</sup>.

Al mismo tiempo, las cosas nombradas en el universo del derecho se clasificarán según las mismas normas que regulan el orden de las cosas naturales. Las tierras están calificadas en función de su naturaleza o de su destino. Se colocarán según el caso en el comercio de las cosas o fuera del comercio. La determi-

<sup>32</sup> Vid. nuestro art. La terre, le monde et le regard du droit, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 2002, pp. 212 y ss.

<sup>33</sup> TRIGEAUD, Jean-Marc, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Bordeaux: Bière, 1985, pp. 27 y ss.

<sup>34</sup> TARDE, Gabriel, *Les lois d'imitations*, *ibid.*

nación de las calidades contenidas en la tierra designa *el jure* que el propietario o el usuario debe respetar<sup>35</sup>.

La cultura cristiana cambia el contenido de esta naturaleza de las cosas, y por incidencia, el espacio mental de la sociedad occidental. Para la parte fundamental, si la perspectiva creacionista se sustituye al genericismo antiguo, el finalismo de la naturaleza de las cosas querido por Dios impone una analogía de comportamiento en la ciudad humana. El derecho toma, a través de la ley, una perspectiva esencialmente moral. La relación del hombre a la tierra es una relación consustancial: el hombre, a la imagen de Adáma, es una criatura nacida de la gleba y regresará a la gleba. En su destino, tiene la libertad como regalo de Dios. Esta libertad impone observar la tierra como una cosa común cuyas utilidades pueden ser de uso privativo<sup>36</sup>.

La revolución galileo-cartesiana inaugura la modernidad<sup>37</sup>. Si, al principio, afecta sólo la ciencia astronómica<sup>38</sup>, su onda de choque va a consternar el conocimiento establecido, incluso el conocimiento político garantizado por el derecho<sup>39</sup>. A partir de la experiencia de la duda, Descartes separa de manera absoluta la cosa que piensa y la cosa extensa. A medida que la cosa que piensa se afirma, la naturaleza está destituida en una simple amplitud reconocible por las leyes de la física y controlable por las leyes del derecho.

La traducción jurídica es general, respecto a las leyes del derecho que ya no se sacarán de un orden de las cosas, sino del orden humano. Este fenómeno invierte la relación del hombre a la tierra: que sea en un plano propiamente jurídico, a través de la institución de la propiedad que se convierte en un accesorio de la voluntad, o por repercusión, al nivel más político, a través del concepto de soberanía y la afirmación de la plenipotencia del Estado moderno.

Este fenómeno, que consagra la destitución *du fonds* por la extensión, puede observarse directamente a través de la exégesis del artículo 518 del Código civil así formulado: *el fondo es inmueble por naturaleza*<sup>40</sup>. Se nota así que si el inmueble no se define en el Código, puede acercarse por informe a los muebles<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> THOMAS, Yan, Res, chose et patrimoine (note sur le rapport sujet-objet en droit romain, *Archives de Philosophie du droit*), 1980, Paris: Sirey, pp. 413 y ss.

<sup>36</sup> RENOUX-ZAGAMÉ, Marie-France, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Genève: Droz, 1984, pp. 9 y ss.

<sup>37</sup> GUSDORF, Georges, *La révolution galiléenne, Les sciences humaines et la pensée occidentale*, Paris: Payot, 1969.

<sup>38</sup> KOYRÉ, Alexandre, *Du monde clos à l'univers infini*, Paris: Gallimard, 1988.

<sup>39</sup> *La terre et le droit. Du droit civil à la philosophie du droit*, *ibid.* n° 348 y ss.

<sup>40</sup> *Vid.* nuestro art.: Recherche sur le sens métaphysique et sur la portée métajuridique de la formule husserlienne: la terre ne se meut pas. En *Archives de Philosophie du Droit*, 2002. Paris: Dalloz, pp. 379 y ss.

<sup>41</sup> Article 528 du Code civil.

En efecto, si el mueble es una cosa que se puede transportar de un lugar a otro, el inmueble es precisamente lo que no se puede transportar. Aparece entonces como una realidad corporal y sensible que tiene una situación fija. Se habla de *fijación*, de adherencia al suelo, para designar las propiedades jurídicas del edificio. Ahora bien, la fijeza, que parece ser el criterio jurídico de la definición del inmueble por su naturaleza, es una determinación esencialmente física.

El problema es que esta representación puramente material resulta insatisfactoria<sup>42</sup>. La fijeza inicial se abstrae en el espacio. Así pues, al término de la lógica jurídica, la inmovilización aparece como una parcela del espacio que la superficie del suelo viene a definir, y que el espacio geométrico termina por cubrir. En ambos casos, el criterio de la inmovilización sale de la generalidad empírica del edificio para abstraerse en la geometrización en el espacio: el edificio se percibe como una porción de suelo. Pasa pues, a través de la interpretación de la formulación del Código, de una perspectiva concreta a una perspectiva más espacial, reduciendo la tierra al suelo, luego a sus accesorios.

## 2.2. La importancia de la concepción del hombre en el espacio

El modo metapositivo o cultural que sostiene la apropiación de la tierra es capital porque predispone las estructuras de la propiedad de la tierra.

Así, la comprensión de la naturaleza de las cosas dicta una representación jurídica de la representación del hombre a la tierra<sup>43</sup>. Es decir que estas formas epistemológicas están suspendidas a una representación cultural más fundamental: la representación que el hombre en una época determinada, se hace del lugar en su espacio, no sólo respecto a su destino histórico sino también respecto a su destino cosmológico. O sea, las representaciones cosmogónicas aparecen en el origen de la concepción de la naturaleza de las cosas.

En efecto, detrás de la cosa aislada en el universo de la representación, el *nomos kata phusis* designa al principio una comprensión cosmológica de la cosa y del hombre en el mundo. El *nomos* griego se hubiera dictado por analogía a las leyes del *cosmos*<sup>44</sup>. Pues, esta representación combinada con la hipótesis cristiana que coloca el hombre en el centro de la creación y del universo, autoriza un enfoque jurídico colectivo de la tierra. Es aún la revolución de Copérnico que alivia al hombre del centro del universo y que inaugura un nuevo programa de control absoluto de la naturaleza, y entonces de la tierra, por los medios del derecho.

---

<sup>42</sup> SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui. Approfondissement d'un droit renouvelé*, 3<sup>ème</sup> série, Paris: Dalloz, 1959, n° 443, p. 115.

<sup>43</sup> Recherche sur le sens métaphysique..., *ibid.*

<sup>44</sup> JAEGER, Werner, *Paedeia, La formation de l'homme grec*, Paris: Gallimard, 1964.

Más cerca de nosotros, la relatividad de Einstein relativiza el espacio y los posibles. Esta otra revolución científica alivia también el derecho y la propiedad moderna sobre las otras estructuras<sup>45</sup>.

Por fin, la incidencia jurídica y política de nuestro informe cultural en la naturaleza es total. El deslizamiento del conocimiento de la propiedad de las cosas a las representaciones de la tierra se encuentra en la propiedad de la tierra, y también, en el control de esta propiedad. El absolutismo de la propiedad es una victoria del hombre y del derecho sobre la naturaleza. Es una victoria también política del querer sobre el deber, del individuo sobre la comunidad, de la libertad sobre la igualdad. La nueva propiedad de la tierra absorbe un nuevo proyecto político creado en valor absoluto como indicio de libertad. Pero lo que es verdadero por una parte, lo es también por otra, cuando la nueva propiedad radicaliza una nueva política, destruye una política antigua, y se opone abiertamente a las singularidades de las concepciones tradicionales de la tierra.

Por consiguiente, inaugura una resistencia más o menos fuerte, símbolo de una representación del hombre en su medio. Por lo tanto, la relación individual y colectiva al suelo integra una dimensión tanto moral como social, precediendo el enfoque propiamente jurídico. Este enfoque significa mucho más que la representación de una extensión. La tierra, a través del derecho, participa de la constitución patrimonial e identitaria del individuo y de la colectividad.

La propiedad aparece como la institución original que traduce, al nivel fundamental, la relación participativa y coconstructiva del hombre a la tierra, que sea en un plano jurídico, político o psicológico<sup>46</sup>.

Al nivel general, la concepción de la propiedad de la tierra recuerda que existen, detrás del modelo moderno, otras representaciones culturales. Que estas representaciones culturales no son unos simples vestigios arqueológicos que el historiador del derecho tendría por carga de exhumar como simples curiosidades sino como verdaderos modelos. Es decir como *modelos* que condicionan la actitud del hombre hacia la tierra, también hacia el grupo que vive en esta tierra y de la tierra. Las *estructuras* de la propiedad de la tierra ponen de manifiesto que existe una verdadera relación *patrimonial e identitaria* entre el valor de la tierra y la concepción jurídica y política del hombre en esta tierra. Esta concepción del individuo en el grupo respecto a la tierra, implica una representación política de la sociedad, como una representación cosmológica o consagrada del hombre hacia su medio.

Al nivel particular, la *propiedad de Vasconia* pone de relieve la misma problemática. Se trata pues, al principio, de proceder a un trabajo de *definición* de la

<sup>45</sup> *La terre et le droit*, *ibid.*, n° 365 y ss.

<sup>46</sup> TRIGEAUD. Jean-Marc. *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, Bordeaux: Bière, pp. 291 y ss.

institución de la propiedad vasca bajo sus formas particulares. Se trata, a continuación, de mostrar el alcance de la *institución* y la *variabilidad* de su contenido, es decir, de sus *modos*. No se trata de encontrar una *justa medida*, o un *justo medio* en una concepción de la propiedad, sino de mostrar la amplitud de sus concepciones extremas para incluir la originalidad de las concepciones medianas. Este trabajo, que debe servir para mostrar su riqueza, o al contrario su pobreza, debe también permitir fijar, según el caso, la propiedad vasca en el *folclore* de la historia del derecho, o al contrario, en el *fundamento* jurídico de su historia. No viene a ser lo mismo, ya que allí se encuentra uno de los puntos esenciales del término de tal estudio, que coloca la evolución de esta propiedad lejos de lo anecdótico, o del simple debate de los especialistas, para abrir un debate público, en el sentido antiguo y jurídico del término.

Tal es uno de los juicios de este Simposio: demostrar la originalidad de la propiedad en Vasconia, fuente *patrimonial* y *jurídica* de una forma de *identidad personal* y *colectiva* de toda *una cultura en su tierra*.