

Paolo Grossi, Ángel M. López y López Propiedad: otras perspectivas



43



Paolo Grossi
Ángel M. López y López

Propiedad: otras perspectivas



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

PAOLO GROSSI. Es Catedrático emérito de la Universidad de Florencia, fundador del *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Secretario del Instituto Agrario Internazionale e comparato (1966-83), miembro del Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte, Magistrado del Tribunal eclesiástico regional etrusco. Académico de la Accademia Nazionale dei Lincei, de la Toscana de Scienze e Lettere "La Colombina", de la Económico agraria dei Georgofili, de la delle Scienze di Torino, de la de Agricultura de Torino, della Crusca y honorario de la RAJL de Madrid.

Designado Jurista del año por European Law Studies Association en 2000 y fundador de los *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* (1972). Es Doctor Honoris Causa por varias universidades. Desde 2009 es Magistrado de la Corte Costituzionale.

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ. Es Doctor en Derecho por las Universidades de Sevilla y Bologna. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación. Consejero electivo del Consejo Consultivo de Andalucía. Abogado. Miembro de la Corte de Arbitraje de Sevilla. Ha sido Presidente del Parlamento de Andalucía.

Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Celestino Pardo

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Alfonso Candau Pérez

Carlos Carnicer

Luis Fernández del Pozo

Jesús González Pérez

Vicente Guilarte

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Fernando Pantaleón

Antonio Pau

Juan José Pretel

Encarnación Roca

Carmen Tomás-Valiente

Fernando Vallespín

Gerente

María Isabel de la Iglesia

Propiedad: otras perspectivas

Paolo Grossi
Ángel M. López y López

Propiedad: otras perspectivas



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

© 2013 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Paolo Grossi, Ángel M. López y López

I.S.B.N.: 978-84-616-6939-4

Depósito Legal: M-31400-2013

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

ÍNDICE

LOS BIENES: ITINERARIOS ENTRE LA “MODERNIDAD” Y LA “POSMODERNIDAD” (<i>Paolo Grossi</i>)	13
1. Algunas aclaraciones terminoló- gicas y conceptuales y, también, acerca de nuestro recorrido	13
2. El protagonismo del bien inmue- ble en el <i>Code Civil</i> napoleóni- co	16
3. El bien: una realidad neutra y pasiva a ojos del civilista en el individualismo jurídico moderno	18
4. Hacia la posmodernidad: normas y formas jurídicas en su rendi- ción de cuentas con la factua- lidad	24

5. Dentro de la posmodernidad: la nueva atención prestada al bien por su valor económico	28
6. Dentro de la posmodernidad: primacía del bien a causa de su valía estructural y económica	33
7. Los años Cuarenta del siglo XX: lo viejo y lo nuevo entre signos de discontinuidad	43
8. La curva finisecular: los bienes en la onda de la desmateriali- zación	48
9. La curva finisecular y las 'new Properties'	50
10. La curva finisecular: las nuevas valoraciones de las ordenaciones territoriales rústicas colectivas	53
11. Nuevas valoraciones de las ordenaciones territoriales rús- ticas colectivas: la Sentencia de las <i>Sezioni Unite Civili</i> <i>della Cassazione</i> del 14 de fe- brero de 2012	63

12. En defensa de un derecho de los
bienes comunes: una propuesta
para el futuro más próximo 64

UNA PÁGINA (TAL VEZ
DEMASIADO OLVIDADA)
DE ROSARIO NICOLÓ
(*Ángel M. López y López*) 69

1. El tránsito de la propiedad a la
empresa como institución central
del Derecho Privado 69
2. El intento de explicación de
Nicoló de la empresa en clave
propietaria 74
3. Nicoló revisited 75
4. Las críticas a Nicoló 78
5. Las aporías de la tesis 80
6. La imposibilidad de unitaria
traducción jurídica del fenómeno
económico empresa. Las tesis
"atomistas" 86
7. Un ambiguo intento: la "subjeti-
vidad de la empresa" en el pensa-
miento de Francesco Santoro
Passarelli 87

8. Una anticipación: la parábola de los "problemas de construcción" de la herencia yacente 90
9. La conexión entre propiedad privada y empresa como valencias constitucionales y su inutilidad técnica para una configuración "propietaria" de la empresa 92
10. Curiosidades del Derecho Comunitario: La función social de la propiedad como fundamento de la libre concurrencia 95
11. Propiedad y control de la riqueza. La desaparición de la propiedad como título para el gobierno de la gran corporación 102
12. Propiedad y control de la riqueza en la era de la globalización 110
13. Empresa y "nuevas propiedades": una historia de perplejidades 111
14. El problema de la construcción jurídica de la empresa se resuelve en su historia 117

15. El reencuentro con el Derecho
objetivo como único programa .. 119

LOS BIENES: ITINERARIOS ENTRE LA "MODERNIDAD" Y LA "POSMODERNIDAD"¹

Paolo GROSSI

1. El trabajo que conlleva la reflexión sobre la noción de "bien" en el sistema del vigente Código Civil italiano de 1942, no es en absoluto fácil para el civilista. Sucede así por dos motivos esenciales: en primer lugar, porque tanto el legislador como la doctrina y la jurisprudencia práctica utilizan los términos "bien" o "cosa" con la más amplia (y en ocasiones incoherente) desenvoltura polisémica². En segundo, porque, aunque otorga a la materia de los bienes un espacio más que considerable y a pesar de la definición que incorpora el artículo 810 –"Son bienes las cosas que pueden ser objeto de derechos"–, el Código italiano introduce una noción extremadamente lata. Existe ahí, en efecto, una

¹ Traducción de Clara Álvarez Alonso. Profesora Titular de Historia del Derecho de la UAM.

² Resultan a este respecto muy instructivas las observaciones de A. Gambaro, *I beni*. Milano, Giuffrè, 2012 pp. 1 ss.

casi identificación de bien con objeto de derechos³, pero aparece en un libro dedicado a la propiedad, en el que las situaciones de pertenencia acaparan prácticamente toda la atención.

Nuestra tarea, sin embargo, es diferente y más asequible. En especial porque, puesto que el tema de esta conferencia consiste precisamente en la reconstrucción de un itinerario y, por consiguiente, en la elaboración de un bosquejo comparativo, fijaremos nuestra atención, ante todo y especialmente, en la dirección del recorrido. Con la siguiente y necesaria observación previa: si la cosa puede agotarse en ser, simplemente, un fragmento del cosmos, el bien siempre es una entidad en relación con un sujeto y con sus intereses y necesidades. Es siempre –y necesariamente– una entidad relacional.

Desde esta perspectiva, el lugar que ocupa el bien dentro de un sistema positivo se convierte, por tanto, también en la respuesta que da una determinada civilización histórica a la dialéctica, dominante en la historia jurídica occidental, sujeto/objeto. Una dialéctica que ha vivido considerables alteraciones y, ciertamente, las más profundas transforma-

³ Art. 810 de Código Civil italiano: "Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti".

ciones en la transición de la "modernidad" a la "posmodernidad" durante el transcurso de ese siglo auténticamente posmoderno que, a mi parecer, es el Novecientos⁴.

Por lo demás, es suficiente prestar una mínima atención a cuanto acaba de exponerse en los párrafos precedentes acerca de la estructura y fundamentos del Libro Tercero del Código de 1942, para comprobar que la propia opción técnica de situar la propiedad como la base de todo ese Libro es, en sí misma, un ángulo de observación que privilegia al sujeto.

Esta conferencia, en consecuencia, se desarrollará a la luz de estas consideraciones elementales. Es decir, por un lado, estimar la posición central del bien como momento dialéctico entre el sujeto y el objeto y, por el otro, prestar atención a la prevalencia que, en diferentes momentos históricos, se concedió a uno u otro. Un enfoque como éste nos permitirá penetrar y descubrir que se esconde detrás de la técnica jurídica para llegar al terreno

⁴ Para quien esté interesado en comprobar los motivos sobre los que se apoya semejante calificación me remito a P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*. Roma/Bari, Laterza, 2012 (en especial el primer estudio, "Novecento Giuridico: un secolo pos-moderno", del que existe traducción española, *El Novecientos jurídico: un siglo posmoderno*. Madrid, Marcial Pons, 2011).

insondable de las ideologías, que las técnicas, por cierto, expresan y transmiten con fidelidad.

2. Parece pertinente, a este respecto, fijar en el *Code Civil* napoleónico el punto de partida de nuestra mirada retrospectiva. Fundamentalmente, por estas dos razones de peso: porque representa por sí mismo la quintaesencia, la más completa manifestación, de la modernidad jurídica, por una parte, y, por la otra, porque con él se concluyó –al menos en lo que respecta al régimen de los bienes y de la propiedad– un itinerario ininterrumpido cuya antigüedad se remontaba a dos milenios atrás. Porque, de hecho, el bien inmueble, el fundo –y, por encima de todos, el fundo rústico, que todavía continuaba siendo el verdadero protagonista de la sistematización napoleónica– no se diferenciaba del *fundus* cuyos sólidos rasgos había diseñado con tanta precisión Ulpiano. Parece, pues, que los casi dos mil años que separan la construcción del jurista romano y los artículos recogidos en el *Code*, no habían dejado huella, o lo que es lo mismo, habían transcurrido en vano.

Es de notar que en estos artículos no sólo no figura ninguna definición de bien, pues el artículo 516 únicamente se limita a exponer que "todos los bienes son muebles e

inmuebles", sino que es el patrimonio inmobiliario lo que, efectivamente, concentra la atención de los codificadores. Y es que, en realidad, el Código, el mismo que Napoleón quiso consumir aunque su reclamación ya se planteó en las primeras actuaciones de la Revolución de 1789, no era más que el propósito de hacer real la vieja aspiración del victorioso estamento burgués acerca de la libre propiedad de la tierra; una aspiración que, en gran parte, se había visto frustrada por los privilegios y los vínculos existentes durante el Antiguo Régimen.

Sin embargo, la estimación del problema de la pertenencia y la solución que entonces se adelantó, aparecen, ciertamente, viciadas por la unilateralidad. Desde luego, no eran la respuesta adecuada a las demandas que presentaba la economía francesa, las cuales, en los primeros años del siglo XIX, estaban muy lejos de satisfacerse desde, y en, una dimensión exclusivamente agraria. Esta ponderación económica inserta en el entramado de la codificación ya fue observada algunos años más tarde, en la década de los Treinta, por el perspicaz jurista y economista Pellegrino Rossi, que aprovechó aquella ocasión para censurar la evidente obsolescencia inherente a tales opciones⁵.

⁵ La referencia pertenece al célebre discurso pro-

El *Code civil*, por tanto, se presenta como el último eslabón de la larga cadena de continuidad que arranca de la antigüedad clásica. La discontinuidad, sin embargo, emergería y explosionaría en los dos siglos sucesivos. Y lo haría hasta tal extremo que, hoy, aquel 1804 se muestra a los ojos del historiador del derecho como un tiempo verdaderamente remoto, más vetusto incluso de lo que a los compiladores napoleónicos parecieron los textos del *Digesto*. Precisamente a este segundo y discontinuo itinerario dedicaremos a partir de ahora nuestra atención.

3. No obstante las limitaciones que se acaban de señalar, el Código napoleónico se presenta como el más vivo testimonio del individualismo propietario; esto es, de la marca de identidad más característica y típica de la modernidad jurídica⁶. No en vano la

nunciado por Pellegrino Rossi en la 'Académie de Sciences Morales' de París sobre el tema *Observations sur le droit civil français considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société*, en *Mélanges d'économie politique, de politique, d'histoire et de philosophie*. Paris, Guillaumin, 1867.

⁶ Debemos aclarar desde ya que por 'modernidad jurídica' se entiende aquella orientación que el derecho adquiere en la Europa Occidental continental desde el siglo XV, cuyas señas de identidad vienen conformadas por una visión estatal legalista y formalista. A partir de un ininterrumpido desarrollo iniciado en el siglo XIV, alcanzó su punto culminante con el estatismo jacobino

centralidad de la propiedad individual y la centralidad del contrato –concebido éste como el más apropiado instrumento para la eficaz circulación de aquella– son las dos instituciones a las que reconoce y concede valor constitucional la civilización que, de manera expeditiva aunque no incorrecta, calificaremos de burguesa. Una y otro, en efecto, aparecen como los arneses esenciales, insustituibles, para garantizar la libertad de acción del ciudadano terrateniente y rentista.

Erigida e impostada sobre y para la protección y tutela a ultranza del ciudadano propietario, la modernidad jurídica está completamente dominada por una exasperada concepción subjetiva de la propiedad privada, al ser ésta entendida como mucho más que un poder o un conspicuo haz de poderes. De hecho, se muestra como una dimensión del propio individuo, hasta el punto de que no sólo penetra en la celosa esfera de su intimidad, exactamente allí donde radican los valores morales y religiosos, sino que se impregna y se reviste de la naturaleza y el carácter absolutos que definen estos valores⁷. Pues ¿acaso no se afirma en el

y napoleónico, posteriormente respaldado por los diversos Estados europeos continentales a lo largo del siglo XIX.

⁷ Para quien esté interesado en una ampliación más detallada a este respecto, permítaseme la remisión a P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello*

artículo 17 de la *Déclaration des Droits*, el texto constitucional que supuso la solemne inauguración de la Revolución, que la propiedad es "un droit inviolable et sacré"?

En este sentido, la modernidad efectuó en ella una palingenesis profunda, todo un renacimiento respecto a las insolentes desacralizaciones que habían llevado a cabo los maestros medievales⁸. La dotó de individualidad, porque el privilegio de la relación propietaria únicamente competía al individuo, y de sacralidad, porque el sujeto particular es sagrado en una civilización individualista.

En todo caso, de todas estas palingenesis y reconstrucciones de los mismos cimientos, se deduce una consecuencia que reviste el mayor interés para nosotros. Y esta no es otra

storico (2^a edic. aumentada de la anterior 'Venti anni dopo'). Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, pp. 83 ss. Existe una edición de la primera versión en castellano, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*. Madrid, Civitas, 1992. Traduc. Ángel López.

⁸ Son desacralizaciones porque la ciencia jurídica medieval sometió a la propiedad –donde se consideraba una institución del derecho natural secundario; es decir, cuyo contenido se adaptaba a la variabilidad de los tiempos– a una especie de análisis histológico a través del cual se descompuso el tejido unitario del dominio romano para llegar a la presencia de dos dominios, el directo y el útil (Cfr. P. Grossi, *La proprietà e le proprietà*, pp. 63.ss).

que la total insignificancia otorgada a los bienes, los cuales ni siquiera pueden aspirar a desempeñar una función mayor que la que posee el pedestal de una estatua. Ciertamente se reconoce su existencia, pero ésta se limita a ser un simple punto de referencia, completamente pasivo e inerte. Por expresarlo con otras palabras: los bienes, si se quiere, no son más que la simple sombra del individuo propietario contemplado desde la perspectiva de las cosas.

Desde luego, una situación como la que acaba de describirse, está expresada con nitidez en el primer Código Civil unitario italiano de 1865. Un Código, por cierto, modelado según un riguroso y escrupuloso seguimiento del modelo napoleónico, hasta el extremo de que, en muchas ocasiones, se limita a ofrecer la traducción al italiano de sus preceptos. No obstante, nuestro Código, a diferencia del *Code Civil*, exhibe una definición de bien, que, por lo demás, expresa con fidelidad los rígidos presupuestos individualistas. He aquí el artículo 406: "todas las cosas, que pueden ser objeto de propiedad pública o privada, son bienes inmuebles o muebles" ("Tutte le cose, che possono formare oggetto di proprietà pubblica o privata, sono beni immobili o mobili"). El bien, por consiguiente, pertenece a la realidad externa, pero carece por completo de atributos estructurales, económicos y

sociales. No es más que una realidad neutra, amorfa, sin interés para el ordenamiento general, que se conforma con reconocer que su típico carácter jurídico procede exclusivamente de la proyección que sobre él ejerce la voluntad del propietario.

En resumen: al bien se le asigna la magra función de estar al servicio del propietario para comprobar y verificar el absolutismo de su poder de dominio y procurar su riqueza. O, por expresarlo en otras palabras: el bien es una realidad carente de calidad.

A lo largo del siglo XIX, la *Pandectística* alemana se empeñó en diseñar y elaborar una noción de propiedad que fuera congenial a la nueva función constitucional que se le había asignado; esto es, la que la ubicaba en el centro mismo del edificio de la civilización burguesa. Y, entonces, Bernhard Windscheid, el teórico más riguroso y el responsable del mejor análisis sistemático realizado por esa corriente, no tuvo la menor vacilación de expulsar la cosa fuera de los muros de la ciudadela del derecho formal. Con aquella elocuente expresión *ein Stück der vernunftloser Natur* (un fragmento de la naturaleza irracional), establecía una diferencia entre los muy humanos actos de voluntad, por una parte, y, por la otra, el mundo tosco de los fenómenos, de la "vernunftlose Natur"⁹, colocando a los

primeros dentro de la muralla, en tanto que los segundos permanecían inmersos en una factualidad no vivificada por la gran fuerza ordenadora de la "Vernunft" (razón).

En este sentido, el derecho civil abstracto patrocinado por la Pandectística contempló la "Eigentum" (propiedad) construyéndola como una síntesis de todos los hipotéticos poderes que el sujeto podía tener sobre la cosa, como un poder purísimo que no venía desde abajo y que, desde luego, no podía ser contaminado por la factualidad estructural y económica. Resulta, a este respecto, significativo que el propio Windscheid no se esforzara demasiado en definir la propiedad y, por el contrario, se contentara con adelantar una peculiar noción de la misma. Una definición que, aunque a cualquier observador superficial hasta le puede parecer completamente banal y tautológica, está, sin embargo, dirigida a preservar a la propiedad de cualquier inevitable corrupción procedente del contacto con fuerzas primordiales ajenas al microcosmos subjetivo.

Expone, en efecto, Windscheid: "Eigentum bezeichnet, dass jemandem eine körperliche Sache eigen ist" (La propiedad designa que

⁹ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, B. I. Aalen, Scientia, 1963 (edición facsimile de la de Frankfurt am Main, 1906), ep. 137.

una cosa corporal es propia de alguien)¹⁰. Desde luego, es obvio que no nos encontramos ante una definición trivial: se trata, muy al contrario, del más celoso mantenimiento de la esfera autoreferencial de la "Eigentum", cuya única señal de identidad procede, justamente, de la circunstancia de que una cosa corporal es *propia* de alguien¹¹. Lo importante, por consiguiente, aquí es únicamente el vínculo potestativo el cual, haciendo esa cosa *propia* de alguien, la convierte así en sombra del individuo propietario.

4. Es verdad que algo comienza a cambiar cuando, a finales del siglo XIX, el Estado monoclásista sufre en Italia su primera hendidura y se producen las primitivas concesiones ante las reivindicaciones de las luchas sociales que fermentan en el periodo de transición entre los siglos XIX y XX.

Para entonces, las clases proletarias habían comprendido una verdad elemental. Y esta no es otra que el atomismo social favorecía al poseyente a causa, precisamente, de la completa autonomía económica de la que éste

¹⁰ Ibi, ep. 167.

¹¹ Adviértase que, como precisa explícitamente el ep. 90 del BGB de 1900, "Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände" (las cosas, en sentido legal, son sólo objetos físicos). Se trata de una precisión que ha permanecido intacta en la reforma de 2002.

disfrutaba. Pero, al mismo tiempo, condenaba al que no poseía nada a ver sistemáticamente frustradas sus aspiraciones, hasta el extremo de que estos últimos únicamente podrían obtener algo a través de asociaciones colectivas. Unas asociaciones que cada vez fueran más amplias y que hicieran oír su voz con, también, cada vez más fuerza. Asistimos así a la puesta en marcha de ese lento y trabajoso proceso que trajo complejidad al panorama italiano durante la etapa a caballo entre los dos siglos, reavivado a partir de entonces por la presencia de virulentas formaciones sociales entre las que destacaban, ocupando los primeros lugares, los sindicatos y partidos políticos. Pausada y fatigosamente la vieja sociedad elitista, el sólido pilar sobre el que se asentaba la organización monoclasiista del Estado/aparato, se tiñe de pluralismo. Y, de hecho, no transcurriría mucho tiempo para que el reconocimiento del sufragio universal masculino permitiera al Estado asumir un aspecto que, en cierto modo, era ya pluriclasista.

Fue este un paso histórico de altísima importancia, cuyas repercusiones podemos rastrear tanto en el plano legislativo como en la reflexión científica de los juristas¹². En lo que a nuestro tema se refiere, sin embargo,

¹² P. Grossi, *L'Europa del Diritto*. Roma/Bari, Laterza, 2007, pp. 189 ss. (traduc. esp. *Europa y el Derecho*. Barcelona, Crítica, 2007).

el acontecimiento más corrosivo lo produjo, sobre todo, la Primera Guerra Mundial o, para ser más rigurosos, la legislación de excepción que el Parlamento y el Gobierno se vieron obligados a adoptar para hacer frente a las demandas que el colosal esfuerzo bélico exigía.

Porque la emergencia bélica fue, asimismo, emergencia económica, y el legislador del momento no tuvo más remedio que enfrentarse a una abrumadora realidad que ni se podía evitar ni alterar. Surgieron exigencias completamente desconocidas como, por ejemplo, los incentivos a determinadas producciones de carácter estratégico, así como la necesidad de imponer vínculos y reclamar comportamientos forzosos a la libertad del propietario. Así pues, en el paisaje estático que representaba el derecho civil codificado –estático por su abstracción– irrumpió con fuerza inusitada una dinámica que arrancaba desde la misma base de la sociedad, de sus más profundos estratos, que alteró las consolidadas geometrías y que relegó al desván principios que, hasta ese momento, se habían aceptado como dogmas¹³.

¹³ P. Grossi, *Scienza Giuridica italiana – Un profilo storico 1860-1950*. Milano, Giuffrè, 2000, pp. 71 ss.

En todo caso, ya fuera porque sus contenidos alteraban los principios generales del ordenamiento oficial, ya por su vinculación al evento –formidable y letal, pero al mismo tiempo circunscrito a un periodo de tiempo muy específico- de la guerra, esta legislación fue excepcional. Aquellos civilistas de entonces que se mostraron más sensibles y atentos se dieron, no obstante, cuenta que el esfuerzo bélico no sólo atenuaba muchísimo el control ejercido por la "oficialidad burguesa", sino que permitía la circulación de una factualidad que el régimen –aquel régimen que tan sólo había sido pseudodemocrático hasta 1913- había aplastado a su conveniencia. Reconocían, en fin, la existencia de la *factualidad* que, más allá y por encima del propio acontecimiento bélico, transmitía lo que, de verdad, hervía en la mismísima olla de la historia. Francesco Ferrara y Philippo Vassalli, dos competentes catedráticos de derecho civil, fueron las voces más autorizadas, y las más agudas, que, con plena consciencia, admitieron que se trataba de un fenómeno que portaba en sí mismo los signos de los tiempos¹⁴. El propio Vassalli no dudó en dejar constancia de

¹⁴ Resulta a este respecto extremadamente ilustrativa la pregunta que se formula Ferrara: "¿Son anomalías dictadas por la necesidad y oportunidad del momento o, por el contrario, fermentos de un nuevo derecho que madurarán en un porvenir lejano?" F. Ferrara, *Diritto de*

ello en una frase lapidaria que era, al mismo tiempo, una previsión: "una crisis del derecho privado. Quizá la mayor crisis del derecho privado"¹⁵.

Nos encontramos en el apogeo del Novecientos, un siglo posmoderno y, asimismo, un siglo caracterizado por el creciente retroceso del papel del Estado y el progresivo protagonismo del magma social. Es decir, por esos dos factores a través de los cuales los hechos económicos irrumpen sin filtros de ninguna clase y, plenos de vitalidad e incluso de virulencia, se adentran en los confines del ordenamiento jurídico desencadenando la crisis no sólo de aquellas certezas consolidadas que casi se consideraban imperecederas, sino incluso del propio sistema de jerarquía de fuentes.

5. Aunque las anteriores consideraciones históricas pueden parecer una digresión en lo que a nuestro tema concierne, nos sirven, sin embargo, para comprender el por qué algunas voces rupturistas florecieron en la primera posguerra mundial desde la atenta observación de las novedades que presentaba ese

guerra e diritto de pace (1918), ahora en, del mismo, *Scritti giuridici*, vol. I. Milano Giuffrè, pp. 70-71.

¹⁵ F. Vassalli, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1918), ahora en, del

preciso momento. Y también, para entender cual fue la proyección de tales novedades en una línea de mutación cuya consolidación requirió una larga duración.

Enrico Finzi, discípulo leal y heredero intelectual de aquel innovador civilista que fue Giacomo Venezian¹⁶, gustaba de observar más allá de la ventana de su despacho, de hacerse eco y registrar los signos de los tiempos y de intentar traducirlos y trasladarlos al orden jurídico. Un orden éste que, si en verdad quiere ser auténtico, no puede presentarse tan reseco ante la historia cual se tratara de una corteza carente de savia¹⁷. Las señales

mismo, *Studi giuridici*, vol. II. Milano, Giuffrè, 1960, p. 387.

¹⁶ Venezian se ocupó de los problemas más candentes para los civilistas de finales del siglo XIX. Así la responsabilidad civil, la causa en el negocio jurídico, las apariencias jurídicas. Sus trabajos siempre transmiten la impronta de un saber técnico, ilustrado por una particular apertura cultural. En su celebrado discurso de inauguración del curso de la Universidad de Camerino en 1887 deja constancia de ser uno de los primeros que, en Italia, estudió con atención y respeto lo que él mismo calificó de *Reliquie della proprietà collettiva in Italia*, ahora en G. Venezian, *Opere giuridiche*, vol. II. Roma, Athenaeum, 1930. Ahí ya adelantó algunas conclusiones que serían desarrolladas mucho más tarde por la jurisprudencia práctica.

¹⁷ Para quien quiera saber más acerca de la figura de este innovador genial Vid. P. Grossi, "Un giurista solitario: Enrico Finzi", en, del mismo, *Nobiltà del diritto – Profili di giuristi*. Milano, Giuffrè, 2008, pp. 19 ss.

más sugestivas que ante él se ofrecían a este respecto, y que las rápidas transformaciones encarnaban, procedían del que conforma el nudo central del todo el derecho occidental; esto es, la relación sujeto/cosa. Una relación, por lo demás, que, como sabemos, la modernidad jurídica había resuelto recluyéndola dentro de las mallas de una ideología extremadamente rígida.

Finzi, que ya en el primer año de la guerra (1915) había publicado investigaciones tan profundas como heterodoxas acerca del tema/problema de la posesión de derechos¹⁸, se ocupó de este asunto en los años inmediatamente posteriores al fin de la contienda, exactamente en 1922. El lugar elegido fue la apropiada tribuna de un discurso académico inaugural y, desde luego, la problemática intrínseca al objeto de estudio no sólo se subraya desde el comienzo a través del propio título – "Las transformaciones modernas del derecho de propiedad"¹⁹ – sino que se recuerda constantemente en el desarrollo de la obra. Porque ahí, en efecto, no se limita a deplorar el habitual comportamiento acrítico de los juristas exégetas, según el cual todo permane-

¹⁸ Era éste un tema ya muy conocido a causa del amplio tratamiento que le había otorgado Venezian.

¹⁹ E. Finzi, "Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà", en *Archivio Giuridico*, nº LXXXIX, 1923.

cía inalterado puesto que se mantenía intacta la vigencia del Código Civil de 1865, sino que, por el contrario, le contrapone la labor del jurista/intérprete y su percepción de las profundas erosiones que se estaban realizando. No se olvidó en su empeño de referirse a la legislación de excepción de guerra, además de incluir alusiones a las muchas y diversas instancias en que se estaba llevando a cabo la reforma, desde las patrocinadas por políticos profesionales y formaciones sociales a los hombres de ciencia (en especial, los economistas).

En esta línea, la primera, e inaplazable, operación técnico-metodológica que proponía consistía en liberarse de la falaz, y completamente moderna, idea de que la propiedad era "una relación jurídica pura"²⁰. Tal operación, que debía transcurrir en paralelo a la rápida recuperación de su irrenunciable historicidad, había de llevarse a cabo mediante el procedimiento de observar conjuntamente el individuo propietario con la cosa estimada en su validez intrínseca. Escribe Finzi: "el movimiento de reforma de la propiedad se dirige a controlar el empleo que el propietario hace de la cosa poseída y a obligarlo a usar la misma en correspondencia con el interés colectivo". Lo que, según este civilista, podía ocurrir –y

²⁰ Ibi, p. 59.

de facto ya estaba sucediendo- si se "reforma profundamente la utilización de la cosa; esto es, convirtiéndola en una fuente de auténticos y verdaderos deberes positivos. El deber social del propietario, que hasta ahora estaba esencialmente fundado en conceptos morales y tradicionales, se está convirtiendo en un deber jurídico, de tal modo que la propiedad quizá es hoy, más que un derecho, el centro de donde irradian deberes infinitos"²¹.

Bajo este perfil técnico-jurídico, resaltan algunos aspectos de no escasa importancia. Porque no sólo el panorama a observar era más complejo, sino que incluso había cambiado el mismo ángulo de observación. Por un lado, ya no es el individuo quien monopoliza el interés del observador porque, ahora, este interés abarca también la cosa, la cosa productiva y su uso, la cosa entendida desde su carácter de bien. Por el otro, el ángulo de observación ha descendido: parte de la cosa porque, ahora, lo que está en el centro es la utilidad de la cosa. Y es, precisamente, esta utilidad lo que funciona a la vez como límite de los poderes del propietario y como fuente de deberes específicos de éste.

²¹ Ibi, p. 58.

Desde la propia complejidad que presenta esta visión –es decir, la consideración no sólo del individuo sino del individuo en relación con el bien-, el derecho de propiedad, que hasta ese momento era extremadamente simple -no en vano ejemplificaba la individualidad del propietario-, se transformó en una realidad complicada en la que poderes y derechos se conjugan con situaciones de deber. Pero, como expone Finzi, debe tenerse en cuenta que no se trata de deberes morales y religiosos, sino de auténticos deberes jurídicos, que son inherentes a la nueva estructura adquirida por la institución propietaria.

6. En ese 1922, el jurista florentino se limitó a lanzar un jarro de agua fría sobre el adormilado corral de los juristas legalistas y formalistas. En ese año todavía no eran más que percepciones y aspectos dispersos; apenas algo más que, como acaba de subrayarse, una histología innovadora aplicada al tejido jurídico de la propiedad. El siguiente paso lo llevó a cabo en 1935, fecha en la que atacó frontalmente la relación individuo/bien y la respectiva situación de ambos en la misma. Fue entonces cuando presentó una propuesta corrosiva que trastornó por completo la importancia y la función que, tradicionalmente, se había atribuido al individuo.

Resulta, a este respecto, altamente ilustrativo que Finzi escogiera, para comunicar a los estudiosos la madurez de su pensamiento, la sede del *Primer Congreso Nacional de Derecho Agrario*. Sobre todo, porque el derecho agrario era una jovencísima disciplina, ya que su nacimiento se produjo en la inmediata posguerra mundial como una ruptura de la artificial unidad civilista, de rechazo de su abstracción. En suma, como el logrado intento autonómico realizado por una rama jurídica que se las veía directamente con el cultivo y la producción agrícola y que, por esta razón, encontraba la legitimidad de su autonomía en los específicos hechos estructurales, agronómicos y económicos de la agricultura. Ciertamente, aquel congreso celebrado, entre otros lugares, en la *Accademia Economico-agraria dei Georgofili* de Florencia era el ambiente más adecuado para quien quería trasladar el eje de la relación hombre/cosa a favor de la cosa. Como era igualmente adecuado el objeto que, desde el interior del universo "propiedad", concentraba toda la atención: "Derecho de propiedad y disciplina de la producción"²².

²² E. Finzi, "Diritto di proprietà e disciplina della produzione", en *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*. Firenze, tip. M. Ricci, 1935.

Las palabras iniciales de Finzi son claras y nítidas: "he tratado el tema de mi intervención contemplándolo sobre todo desde el perfil de las cosas (...) un perfil más bien insólito"²³. Es obvio que este civilista herético era plenamente consciente de su herejía y, además, se complacía de serlo. En efecto, abrigaba en él la insatisfacción producida por la indolencia de los civilistas, más proclives a discutir acerca de la *insula in flumine nata* que de la *factualidad* económica que les rodeaba, lo que llevaba consigo el funesto resultado de eludir la tarea de ordenar jurídicamente el magma factual. Finzi escribe exactamente: "el derecho privado patrimonial, tal y como se contempla por la doctrina dominante, no parece responder de una manera adecuada a la complejidad que presentan las concretas relaciones que pretende regular"²⁴.

Es incuestionable la insatisfacción, una insatisfacción que surge de la lúcida observación de todo lo que gira alrededor de los juristas. La causa, insiste Finzi, radica en que "el perfil esencialmente subjetivo, que es lo que realmente constituye su característica dogmática, se opone, según las nuevas directrices políticas, sociales y económicas, tanto a la conciencia jurídica común como a las

²³ Ibi, p. 159.

²⁴ Ibi.

exigencias técnicas de la disciplina de los bienes"²⁵.

Este civilista, que no es en absoluto fascista, coincide, sin embargo, con el movimiento corporativista en la valoración de los hechos de producción que éste propugnaba. En este sentido, el corporativismo, para Finzi, más que una consecuencia del régimen autoritario, lo era del siglo posmoderno, el mismo que había permitido el inmenso engrandecimiento de las formaciones sociales, el nacimiento del derecho del trabajo, del económico y del agrario como ramas que disfrutaban de una autonomía objetiva²⁶.

Prestar atención a la productividad de la cosa, así como al incremento y la tutela de la producción, tenía, para él, una importancia definitiva. Porque, desde su perspectiva, la cosa productiva –a la que consideraba el bien por excelencia– no era en modo alguno un objeto amorfo; todo lo contrario, se eleva y asume una primacía propia en la vida de la colectividad. De ahí que la conclusión vaya de

²⁵ Ibi.

²⁶ A este respecto vid las perspicaces observaciones de I. Stolzi, *L'ordine corporativo-Potere organizzato e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*. Milano, Giuffrè, 2007, passim y, en especial, pp. 392 ss.

suyo: "son los bienes los que se sitúan en primer lugar; es su utilización, su destino y su organización lo que conforma el objeto inmediato de la disciplina jurídica, hasta el extremo de que, lógicamente, se consideran un *prius* en relación al ciudadano al que pertenecen²⁷.

La atención, por consiguiente, se presta al bien en su condición de protagonista de la dinámica económica, en tanto que el propietario se identifica, ante todo, como productor y empresario. Lo verdaderamente relevante para el nuevo orden jurídico, que va arraigando a grandes pasos, no es, pues, la propiedad estática exaltada hasta la saciedad desde las filas iusnaturalistas, el alabado derecho abstracto de un sujeto asimismo abstracto que, a la postre, no era más que un presidio de su propia libertad. Es, ni más ni menos, la producción, la cosa activa y, en cuanto tal, destinada a crear riqueza.

Desde este punto de vista, la posición de Finzi se presenta como una revolución copernicana. Arranca con el hecho de contemplar la relación hombre/cosa desde abajo hacia arriba, consolidando la primacía del bien sobre el sujeto propietario, valorando la cosa en y desde su intrínseca naturaleza de

²⁷ Finzi, *Diritto di proprietà*, p. 160.

bien. O lo que es lo mismo, contemplándola en su especificidad y en su peculiaridad porque ambas se derivan de su propia diversidad estructural (un bosque, un pastizal, un campo, un terreno de montaña o de llanura, una colina, un charco, una cantera, una mina), de la que, a su vez, procedía también su específica y peculiar índole económica.

La cosa, por tanto, ha perdido aquí aquella neutralidad que le otorgaba su consideración como un fragmento mudo del cosmos. Ya nunca más será una especie de recipiente vacío sino que, por el contrario, se muestra repleta de contenidos económicos (es la *res frugífera* de la que tan diligentemente hablan los juristas agraristas) y, además, posee ese típico mensaje de imponerse a la voluntad de los individuos.

Las "Actas" del Congreso nos revelan que, durante las sesiones, Finzi estuvo prácticamente aislado y fue arduamente combatido durante las discusiones. La oposición vino de todos lados: de la parte fascista, cuya pretensión no era otra que la reafirmación del indisoluble vínculo existente entre propiedad e individuo –tal fue la posición de, por ejemplo, Fulvio Maroi-, en tanto que la confrontación dialéctica se llevó a cabo con el mismo Salvatore Pugliatti, a causa de su defensa de la visión subjetiva más tradicional. En aquella

ocasión, sin embargo, Finzi tenía a su favor la virtud suprema –suprema, en especial, para un científico- de haber sabido leer los signos de los tiempos porque, en definitiva, el mensaje que nos transmitió no era fascista ni antifascista sino que estaba escrito, antes que en las pinas de un libro, en una "horquilla histórica".

Es más, en aquella contribución, al igual que en otras sagacísimas aportaciones precedentes, Finzi consiguió articulaciones teóricas que revisten un interés menor para el tema que ahora nos ocupa, pero que fueron extremadamente influyentes para el ulterior desarrollo de la ciencia jurídica italiana. En este sentido, destacan, sobre todo, la utilización de esquemas ordenadores adoptados posteriormente por la ciencia iuspublicista –entre ellos, la descripción del poder del propietario como discrecional-. Y debe añadirse que de todo este instrumental, completamente novedoso entre los civilistas, destaca la noción ("función") que Finzi utilizó en relación con la propiedad, la cual obtendría en el futuro una increíble fortuna. De ello hablaremos más extensamente un poco más adelante.

Así pues, lectura de una "horquilla histórica". La confirmación de que es esto lo que, realmente, llevó a cabo, lo aporta el volumen colectivo publicado cuatro años más tarde

sobre el tema y con el título "La concepción fascista de la propiedad privada"²⁸. Se trata de una obra que, a través de la variedad y riqueza de las contribuciones que ahí se recogen, nos ofrece muchísimo más de lo que el título promete. Así lo pone de manifiesto Filippo Vassalli, quien desarrolló y sistematizó, en su muy reflexionada y profunda colaboración, los planteamientos efectuados por Finzi en la anteriormente mencionada Relación. Así lo demuestran las siguientes expresiones: "los diferentes estatutos de la propiedad se corresponden con la diversidad de bienes" o "no existe una única propiedad, más bien existen propiedades"²⁹. Se trata, por cierto, de conclusiones que haría suyas en 1952 Pugliatti al "repensar" sobre el tema, precisamente, en otro Congreso agrario –en este caso, el tercero– donde presentó su celeberrima "La propiedad y las Propiedades"³⁰.

El novísimo enfoque que Finzi había aplicado y recomendado para obtener una percepción correcta de la propiedad, aparecía final-

²⁸ *La concezione fascista della proprietà privata*. Roma, Confederazione Fascista Lavoratori Agricoli, 1939.

²⁹ F. Vassalli, "Per una definizione legislativa del diritto di proprietà", ahora en *Studi Giuridici*, Vol. I, p. 103.

³⁰ S. Pugliatti, "La proprietà e le proprietà", ahora en, del mismo, *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano, Giuffrè, 1954.

mente acogido y aceptado. Y, de esta manera, se pudo llegar a la única solución incontestable desde el punto de vista metodológico: existen tantas propiedades diferentes como diferentes son los estatutos de los bienes. El corolario, por consiguiente, sólo podía ser uno: es la calidad del bien lo que cuenta; pero esto, a su vez, implicaba la aceptación de sus significados agronómico y económico, en primer lugar, y, después, también el jurídico. El bien, por tanto, consigue impregnar de sí mismo la situación en que se encuentra el individuo que tiene una relación directa con ese bien, lo que conlleva, en consecuencia, la pérdida de una gran parte del viejo contenido dominativo/potestativo que caracterizaba hasta entonces esa relación.

Durante la modernidad jurídica, cuyo apogeo se produjo en el siglo de las grandes codificaciones civilistas, y que en sí misma es el reflejo de la ideología dominante del Estado monoclásista, la propiedad era completamente intolerante a las *funciones*. Ahora, sin embargo, en pleno siglo XX y su clima posmoderno, no sólo se enseña que la propiedad tiene funciones sino que es ella misma una función. Se trata, éste de función, de un término –y de un concepto– que, como se ha expuesto más arriba, nació y se perfeccionó entre y por los científicos pertenecientes al ámbito del derecho público, de ahí se incorpo-

ró al terreno iuscivilista donde arraigó profusamente. Tal y como nos indica quien quizá es el más grande cultivador italiano de derecho público del siglo XX, Santi Romano, en los "Fragmentos de un diccionario jurídico" que escribió en los últimos años de su vida³¹, función es un poder que no se ejerce en interés propio, o no exclusivamente propio, o por un interés objetivo. Si se admite esta acepción, se puede aplicar al nuevo propietario la sugerente imagen con la que, muchos años antes, el filósofo del derecho italiano Giuseppe Capograssi había descrito el débil Estado novecentesco: "un pobre gigante destronado"³². Porque la verdad es que aquel individuo, concebido y diseñado como perfectamente auto-referencial, va tirando ahora a duras penas, condicionado como está por dos fuerzas cada vez más gigantescas: el bien y la colectividad.

Resulta, a este respecto, ilustrativo establecer una comparación con lo que, sin salir de Italia y de la reflexión civilista, estaba aconteciendo paralelamente con el concepto

³¹ Santi Romano, voces "Poder" y "Potestad" en *Frammenti di un Dizionario giuridico*. Milano Giuffrè, 1947 (traduc. esp. *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Ediciones jurídicas Europa-América, 1954).

³² P. Capograssi, *Saggio sullo Stato* (1918), ahora en, del mismo, *Opere*, Vol. I. Milano, Giuffrè, 1959, p. 5.

de "negocio jurídico"³³. En 1943, aparecía, en efecto, la primera edición de la "Teoría general del negocio jurídico" de aquel gran historiador del derecho y civilista que fue Emilio Betti. En esa obra, profundamente innovadora frente a la tradición pandectística, se sitúa la "causa" como centro del negocio y se localiza en ella "la función de interés social de la autonomía privada", especificando también que los poderes de autonomía del sujeto deben ser ejercidos en conformidad a su función social. Como se advierte, incluso en este caso, el término y el concepto, deducidos por la reflexión iuspublicista, servían para abandonar "el dogma de la autonomía de la voluntad" que concebía el negocio como la más pura y simple expresión de la libertad del sujeto particular. En su lugar, se optaba por sumergirlo en una vida de relaciones así como por dirigir la voluntad individual hacia objetivos compartidos por toda la colectividad, ya que son congeniales a ella.

7. La década de los cuarenta fue, en lo que al derecho se refiere, un periodo de intenso entusiasmo a causa de las vicisitudes en la que se vio inmerso.

³³ Un extenso tratamiento, con especial incidencia en la polémica entre Emilio Betti y Giuseppe Stolfi, en P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, pp. 303-05.

Son aquellos los años de la promulgación del Código civil -el maduro, y digno de consideración, fruto de una larga y meritoria reflexión de los privatistas italianos-, en el que, casi en la fase final de su elaboración, se había optado por incorporar una visión unitaria que comprendía tanto el derecho civil como el mercantil. En este sentido, la distancia de esta codificación con la precedente, cuya antigüedad se remontaba a setenta años atrás aproximadamente, es, sin género de dudas, enorme.

Es, a este respecto, verdad que el estudioso de los bienes puede desilusionarse ante la lectura del artículo 810, cuyo texto reza: "Son bienes las cosas que pueden ser objeto de derecho". Sobre todo porque no sólo puede comprobar fácilmente la permanencia de una visión acentuadamente subjetiva de los bienes, sino también de la insatisfactoria identificación de éstos con una "cosa" como entidad genérica, neutra o, por seguir usando la imagen utilizada más arriba, con algo similar a un recipiente vacío.

Sin embargo, puede igualmente comprobarse que, aquí, el agua no había transcurrido vanamente bajo los puentes del Tíber, tal y como ponen de manifiesto los diferentes cotejos que se pueden llevar a cabo. De entrada, se insertan, entre los bienes muebles (reco-

gidos en el artículo 810), las "energías", lo que no sólo demuestra la evidente recepción de reflexivas observaciones acerca del porvenir económico y técnico, sino que, consiguientemente, se ampliaba la propia noción de "bien". Una ampliación de la noción de bien realizada en conformidad a las opiniones más audaces procedentes de la ciencia civilista hasta entrados los primeros años del siglo XX³⁴. Por otra parte, en el Libro III°, "De la propiedad", figura la Sección IIª del Título II°, dedicada a la "propiedad rural", donde la adjetivación va más allá de su significado rústico y nos indica con claridad que nos encontramos ante una visión que trasciende el viejo vicio iusnaturalista de la abstracción.

En el encabezamiento de muchos artículos posteriores se puede patentizar la prueba de cuanto se dice. Tales preceptos, en efecto, nos ofrecen los rasgos de un sujeto propietario que ya está condicionado por hechos estructurales y económicos muy específicos. Son los casos de las expresiones contenidas en los artículos 846, "Unidad de cultivo mínima"; del 850, "Asociaciones con la finalidad de recomposición territorial"; del 851, "Trans-

³⁴ Comenzando por los "Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici", aparecidos en 1913.

ferencias coactivas"; del 857 y siguientes, "Saneamiento integral"; del 866, "Vinculaciones con finalidad hidrogeológica" o del 867, "Instalación y reforestación de terrenos vinculados".

Desde una perspectiva más general, y dejando al margen la anteriormente aludida definición que sobrevuela todo el conjunto de normas, se puede igualmente encontrar una prueba confirmatoria en la concepción de las situaciones dominicales como, sobre todo, derechos sobre la dimensión útil de las cosas así como en la percepción del mismo bien, cuyo valor se contempla más como utilidad que como cosa. A ello debe añadirse que el artículo 811, suprimido apenas dos años más tarde (1944) por sus remisiones al ordenamiento corporativo, ya se refería expresamente a la función económica de los bienes³⁵.

En conclusión: durante los primeros años Cuarenta se presentaron consideraciones y se llevaron a cabo estimaciones fundamentales

³⁵ El artículo 811, derogado por el DL n° 287 de 14 de septiembre de 1944, rezaba así: "I beni sono sottoposti alla disciplina dell'ordinamento corporativo in relazione alla loro funzione economica e alle esigenze della produzione nazionale" (los bienes están sometidos a la disciplina impuesta por el ordenamiento corporativo en relación con su función económica y a las exigencias de la producción nacional).

para el posterior desarrollo y progreso de este tema. No por casualidad, poco después, en 1948, el artículo 42 de la Constitución asumiría una visión abiertamente funcionalista.

Con todo, y con el fin de completar este último párrafo, es asimismo obligatorio prestar atención a las tensiones y contradicciones existentes. Porque, al lado de las opciones elegidas por aquella parte de los civilistas atentos y sensibles a los signos de los tiempos y a la dimensión histórica de los problemas –dimensión que jamás debe ser abandonada o pasada por alto–, convivían los civilistas tradicionalistas. Es decir, los que continuaban conservando celosamente la característica visión de ‘propiedad’ y de ‘bien’ de la modernidad jurídica. En conjunto, formaban una compacta mayoría que, entre otras cosas, rechazaba, por ejemplo, entrar ni siquiera a considerar la despiadada valoración, tan propia del individualismo jurídico moderno, a la que se refiere el subtítulo del famosísimo libro de Stefano Rodotà sobre la propiedad: "El terrible derecho"³⁶.

³⁶ S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*. Bologna, Il Mulino, 1981 (Traduc. esp., *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*. Madrid, Civitas, 1986).

En este sentido, es obvio que en la ciencia civilista italiana permanecía viva "una concepción antihistoricista del derecho" a la que, ya en la lejana década de los Treinta, aquel mercantilista de geniales intuiciones, y también desoído profeta, que fue Tulio Ascarelli había identificado como el vicio petrificante de muchas, demasiadas, pinas jurídicas. Desde luego, no erraba en absoluto el brillante civilista historicista Antonio Iannarelli cuando, en 1993, aludía, en un lúcido estudio dedicado precisamente a la disciplina de los bienes, a "una larga ola conceptualista de cuño pandectista" que continuaba manteniéndose sosegada y tranquila³⁷.

8. Antes de iniciar el recorrido del último tramo de nuestro itinerario, es conveniente volver sobre los aspectos relevantes que venimos destacando desde el principio. En especial, porque nos son de utilidad para anticipar el trazado de todo el camino. Nos referíamos allí a continuidad y discontinuidad; es decir, mencionábamos, por una parte, la continuidad entre el *fundus* de Ulpiano y el fundo rústico que todavía constituía el centro del *Code Civil* napoleónico. Por la otra, la discontinuidad existente entre aquel Código proto-

³⁷ A. Iannarelli, "La disciplina dei beni tra proprietà e impresa nel Codice del 1942", en *Rivista critica del diritto privato*, XI, 1993, p. 28.

decimonónico y el trayecto posterior. Es importante, en mi opinión, insistir en esa diagnosis elemental, sobre todo, porque está confirmada por todo cuanto hasta ahora se ha señalado. Sin embargo, es asimismo necesario llevar a cabo una ulterior consideración que no es una corrección, sino que más bien nos resulta útil para integrar y precisar esos aspectos iniciales.

Es indudable que existe una discontinuidad entre el mensaje de los exégetas del *Code Civil* y los pandectistas, al igual que la hay entre Finzi, Vassalli y Pugliatti y el Código italiano de 1942. Sin embargo, se trata de una discontinuidad relativa. Porque por detrás de sus conclusiones, tan diferentes, existe un rasgo común que los une. Y éste no es otro que la circunstancia, compartida por todos ellos, de prestar atención a las cosas materiales (muebles e inmuebles) y de considerar la relación que vincula esas cosas con un individuo o una pluralidad de individuos.

En este sentido, donde la discontinuidad se erige como un foso profundísimo y se presenta en toda su crudeza es en el arco histórico más próximo a nosotros. Y en esa etapa, cuya amplitud no supera la cincuentena de años contando desde hoy hacia atrás, es exactamente en la que nos adentraremos a continuación.

Observada desde esa completa experiencia que nos aportan las percepciones de la propiedad y los bienes, son dos los signos de esta discontinuidad. El primero consiste en la desmaterialización, evidente, de la propiedad y los bienes y, el segundo, en su renacimiento bajo el lema de lo 'colectivo' y de lo 'común'. Se trata, en fin, de señales que, a su vez, son el resultado producido por la acción de las fuerzas éticas, culturales, económicas y técnicas a través de la corrosiva desvitalización que tales fuerzas han ejercido sobre una multisecular tradición del Occidente europeo continental.

9. Es cierto, a este respecto, que durante los años Veinte y Treinta del siglo XX ya habían aflorado rasgos de inmaterialidad en las discusiones, rebosantes de frescas intuiciones, que habían impulsado y reavivado la ciencia mercantil italiana³⁸. No obstante, también puede comprobarse que la más obvia y sugestiva des-materialización de la propiedad y los bienes se llevó a cabo en las décadas más recientes, alcanzando su manifestación eco-

³⁸ ¿Como no recordar, a este respecto, la idea de la *organizzazione* como una "cosa inmaterial pero en el fondo patrimonial" o la polémica entre Vivante y Carnelutti acerca de la propiedad de la *clientela*? Pueden ampliarse estos extremos en P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, pp. 204-05.

nómica más relevante en el actual marco financiero. En lo que a este concreto asunto se refiere, no cabe albergar la menor duda acerca del poderoso empuje que, a estos efectos, supuso la recepción, cada vez más invasora, de los modelos que circulaban en el área –hasta no hace mucho tiempo separada y apartada- del *Common Law*, en la que la propiedad se concibe como, simplemente, un haz de prerrogativas³⁹.

Uno de los ejemplos más típicos y elocuentes, a este respecto, lo ofrece el *Trust*, una institución difícilmente adaptable a los tradicionales y consolidados esquemas que la propiedad había adquirido en el Continente durante la modernidad. En realidad, no es más que una asignación de las diversas utilidades de un bien a uno o más sujetos, presentándose de este modo como el cómodo y satisfactorio producto ofrecido por una cultura que ha conseguido desmaterializar la noción de *Property*, a la que la doctrina del *Common Law* entendía como una parte del contrato.

³⁹ He profundizado sobre este tema en la introducción que con título "Venti anni dopo" escribí exactamente dos décadas más tarde, en 2006, para la reedición de una ponencia presentada en su día a un congreso con el título *La proprietà e le proprietà*. Vid, sobre todo, pp. 15/17.

A lo que acaba de exponerse debe añadirse la influencia –si bien todavía relativa en lo que a la ciencia jurídica italiana se refiere– del denominado "análisis económico del derecho". En especial porque, para éste, la función de la propiedad consiste en crear incentivos destinados a maximizar las inversiones productivas, lo que conlleva el beneficio social derivado de la puesta en valor de los recursos productivos⁴⁰.

Para finalizar, todo lo anterior ha de complementarse con la extraordinaria evolución técnica de los últimos decenios. Una evolución que posibilitó la emergencia de una serie de soluciones y mecanismos completamente desmaterializados como, entre otros, los códigos digitales, las inscripciones, los impulsos electrónicos y similares. El ejemplo por antonomasia a estos efectos procede del ámbito de los instrumentos financieros. Su reducción a una específica expresión simbólica produce, en efecto, una desmaterialización esencial porque, ahí, el documento representativo de un valor y de un derecho se sustituye por un sistema de inscripciones a través de mecanismos informáticos⁴¹.

⁴⁰ U. Mattei, *Regole sicure – Analisi economico-giuridica comparata per il notariato*. Milano, Giuffrè, 2006, p. 119.

⁴¹ P. Grossi, "La proprietà e le proprietà oggi", en G. Collura (a cura di), *Coordinamento dei dottorati di*

De esta manera, el bien se disocia de la cosa para convertirse en una entidad simbólica. Entretanto, el enlace entre teoría de los bienes y teoría de la propiedad se atenúa y se frustra. Porque el bien se disocia de la cosa para encarnar un valor por sí mismo, lo que da lugar a otro tipo de situaciones, unas situaciones no reales. De hecho, ya no se habla de bienes sino de *new Properties* y de informaciones como bienes, con la sugerente y rupturista consecuencia de que el bien se ha convertido en nada más que una expresión simbólica⁴².

10. Resultaría inútil intentar subrayar la radicalidad y destacar la profundidad de la brecha de discontinuidad que se ha abierto del modo que acabamos de describir. Pero, incluso contemplado desde otra perspectiva, el devenir, como exponíamos más arriba, se nos muestra profundamente discontinuo. Decíamos: palingenesia de la propiedad y de los bienes bajo la enseña de dos dimensiones –lo *colectivo* y lo *común*–, ambas sustancialmente extrañas a la tradición jurídica moderna.

ricerca in diritto privato. Atti del X° Incontro Nazionale. Firenze, 25/26 gennaio 2008. Milano, Giuffrè, 2009, pp. 16 ss.

⁴² A. Gambaro, "Dalla new Property alle new Properties", en V. Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*. Milano, Giuffrè, 2009, pp. 16 ss.

Colectivo-Común: he aquí las dos dimensiones diferentes rechazadas de plano por el individualismo moderno. Un rechazo, por lo demás, comprensible en la medida que suponían una amenaza para la unicidad del modelo de propiedad, concebido como el auténtico pilar sostenedor de la así llamada sociedad burguesa. Sin embargo, se entiende menos que ese rechazo, practicado más que teorizado, haya podido tener una prosecución sin obstáculos hasta ayer mismo. En este sentido, es probable que, a este respecto, al usual misoneísmo de los juristas se uniera una visceral adhesión al sistema burgués de propiedad.

Por sí mismo, el adjetivo ‘colectivo’, usado habitualmente en el ámbito del derecho civil⁴³, generaba un rechazo inmediato a causa

⁴³ Quienes, sin embargo, valoraron la dimensión colectiva fueron en Italia aquellos cultivadores del derecho mercantil que observaron con atención la dinámica económica y técnica del entorno, y lo hicieron a través de intuiciones auténticamente precursoras en los asuntos relacionados con la empresa. La misma nueva realidad que traía la empresa –tal y como nuestros juristas la recibieron de la formulación austriaco-alemana–, esto es, identificada como hecho organizativo y, por tanto, con una institución más que como relación o una serie de relaciones, se presentaba como una entidad, naturalmente, supraindividual, en la que los individuos que actuaban en su interior estaban condicionados por fuerzas e instancias de carácter técnico y económico. Cfr. P. Grossi,

de la evocación, por lo demás intrínseca al vocablo, de sofocación no natural de las libres energías individuales. Así lo confirma el siguiente dato: el siglo posmoderno, esto es, el Novecientos, se inauguró con la más pertinaz repulsa de lo que parecía ser la ganzúa corrosiva de las seguridades de la civilización burguesa. Con toda claridad e influenciado por la concepción meta-histórica que sus maestros intelectuales, los Pandectistas alemanes, poseían de los derechos romano y civil, lo manifestaba así en 1903 Alfredo Ascoli, un romanista/civilista poseedor de un excelente dominio de la técnica jurídica pero absoluta-

"Itinerarii dell'impresa", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 28, 1999, pp. 1015 ss. La empresa particular se veía además avocada a sostener una tensión natural con las coaliciones, uniones y acuerdos de diferente y muy amplio espectro (es el fenómeno organizativo de la dinámica económica sobre el que escribió profundas pinas, dignas de recordar, Tullio Ascarelli. Cfr. Grossi, loc. cit, p. 1022. Al comienzo de esta nota se señalaban las intuiciones pioneras procedentes del derecho mercantil; sin embargo, es asimismo obligatorio recordar las percepciones de similar naturaleza que realizó un civilista extremadamente atento a lo que sucedía con la realidad económica, Enrico Finzi, al que ya nos hemos referido. Este jurista, en efecto, no dejó de recabar reiteradamente la atención de los juristas italianos hacia lo que él denominaba "el fenómeno de la pluralidad unida" acerca del cual, ya en los años Treinta del siglo XX, predecía un desarrollo cada vez más intenso (Vid acerca de estas opiniones finzianas, Grossi, *Scienza giuridica*, p. 209).

mente indiferente –peor aún, ciego y sordo, abs-traído y dis-traído- a los signos de los tiempos, no por casualidad cuando se refería al reiteradamente suplicado intento de introducir en el ordenamiento positivo italiano la noción de ‘contrato colectivo’⁴⁴.

Desde esta perspectiva, resulta, por consiguiente, muy fácil comprender que la repugnancia por la dimensión colectiva se intensificara, paradójicamente, cuando afectaba y entraba en el celoso terreno de la propiedad. Porque lo cierto es que en los Códigos modernos, incluso en el vigente italiano, no se encuentran disposiciones sobre ordenaciones fundiarias colectivas, ni se alude a dominios colectivos ni a propiedad colectiva. Y ello no obstante existir constancia de la existencia de expedientes organizativos de este tipo –cuyo nacimiento, con seguridad, se remonta a épocas muy lejanas- desde que, en 1877, se publicó por el Parlamento una "pesquisa agraria y sobre las condiciones de la clase campesina". El ingente, fundamental y diligente trabajo realizado en aquel entonces en todos los lugares del Reino, no pudo dejar de cons-

⁴⁴ A. Ascoli, "Sul contratto collettivo di lavoro (a propósito de recenti tendenze)", en *Rivista del diritto commerciale*, I, 1903, pp. 95 ss. El estudio de Ascoli incorporaba el borrador del proyecto de ley de 26 de noviembre de 1902 sobre el contrato de trabajo auspiciado por los Ministros Cocco Ortu y Baccelli.

tatar del enorme número, la amplia difusión e, incluso, la productiva eficacia, de estas fincas. Al lado de la las propiedades individuales, casi siempre una macro-propiedad expandida en prominentes y mal cultivados latifundios, se situaban, a pesar de su aislamiento, estas anteriormente ignoradas y muy singulares criaturas⁴⁵.

Por esa época se creían una especie de escoria que volvía a emerger de la cloaca de la Historia, donde, sin embargo, habían sobrevivido en estado latente. Consideradas de este modo, en aquel entonces se estimó que no había más remedio que eliminarlas o, como se decía de manera oficial en toda una serie de actos legislativos, *liquidarlas*, no dudando en usar al efecto un término que las aberraciones nazis del siglo XX rehabilitarían, razón por la cual yo mismo me he permitido calificarlo de auschwitziano *ante litteram* en algunas estudios previos sobre el tema de usos cívicos. Y, ciertamente, liquidaciones y persecuciones en toda regla fueron las que se llevaron a cabo por el Estado Unitario italiano, incluso después de que éste se despojase de su vestimenta monoclasista. Así lo confirma el mayor experimento normativo de ámbito nacional cuyo

⁴⁵ Cfr. P. Grossi, 'Un altro modo di possedere' – *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*. Milano, Giuffrè, 1977.

objeto lo conformaba la ordenación de los dominios colectivos; esto es, la ley fascista de 1927, una ley posterior, cuyo fin no era otro que su identificación y proceder a su inmediata liquidación⁴⁶.

Puesto que el punto de partida lo constituía la premisa de que tales propiedades conformaban una minusvaloración socio-económico-jurídica, el camino a seguir para su correcta comprensión histórico-jurídica y la renovación de su legitimación en la sociedad civil italiana iba a ser, necesariamente, arduo y difícil. No obstante, dados los límites de tiempo y habida cuenta los fines que se propone esta conferencia, la exposición a este respecto debe ser, forzosamente, sumaria.

El primer paso importante en este camino hacia la comprensión –por otra parte, etapa necesaria para todo desarrollo positivo– se llevó a cabo en 1952 con la así denominada ‘primera ley sobre la montaña’. Su artículo 34, en efecto, recogía ampliamente las propuestas y formulaciones procedentes de un filón doctrinal que, desde el punto de vista cultural, era realmente aperturista. En este sentido, se presentaba, además, como un ejemplo raro, aunque muy revelador, de los exce-

⁴⁶ Así lo proclamó, con ostensible franqueza, el propio legislador.

lentes frutos que puede aportar el diálogo, entendido en términos de colaboración, entre la ciencia jurídica y el legislador⁴⁷.

La razón de este éxito estriba en que, en 1952, se podía contar con un autorizadísimo y eficaz auxilio de nuevo cuño y éste, precisamente, no era otro que el nuevo horizonte que representaba el Estado Social. Un Estado que se presentaba como comunidad de comunidades, y como tal aparecía diseñado en la Constitución aprobada apenas cuatro años antes. Es decir, el mismo texto constitucional en el que constaba la expresa valoración de las

⁴⁷ Ley 991 de 25 de julio de 1952, art. 34 (comunidad familiar): "nessuna innovazione è operata in fatto di comunioni familiari vigenti nei territori montani nell'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale; dette comunioni continuano a godere e ad amministrare i loro beni in conformità dei rispettivi statuti e consuetudini riconosciuti dal diritto anteriore" (no se produce ninguna innovación en las comunidades familiares vigentes en los terrenos de montaña en lo que respecta al ejercicio agrícola, silvestre y pastoril; dichas comunidades continúan disfrutando y administrando sus bienes en conformidad a sus respectivos estatutos y costumbres reconocidos por el derecho anterior). En realidad, el texto legislativo se limitó a incorporar una fórmula consignada por Giangastone Bolla, un perspicaz intérprete de la ordenación de las ordenaciones fundiarias colectivas (*assetti fondiarii collettivi*) de la zona alpina oriental. Vid la demostración en P. Grossi, "Assolutismo giuridico e proprietà collettive" (1990), ahora en, del mismo, *Il dominio e le cose - Percezioni medievale e moderne dei diritti reali*. Milano, Giuffrè, 1992, pp. 718-20.

formaciones sociales como el marco más adecuado para el desarrollo integral de la persona. Surgió así un cuadro completamente renovado, en el que el gesto de comprensión del legislador de 1952 sería posteriormente reiterado –si bien parcialmente– cuando en 1994 se promulgaron las relevantes "Nuevas disposiciones para las zonas montañosas" (en especial el artículo 3º), por más que ni siquiera de este modo se pudo sofocar la permanente actitud agresiva de Regiones y Comunes la cual, con demasiada frecuencia, tenía la inconfesable finalidad de apropiarse de grandes patrimonios rústicos.

En todo caso, la novedad sustancial que, en conformidad a la orientación que se ha seguido en esta exposición, me complace subrayar consiste en resaltar el hecho de la valoración de una realidad socio/económico/jurídica que había sido incomprendida y despreciada con anterioridad y a la que denominaré comunidad (*comunanza*); o lo que es lo mismo, una comunidad de hombres comprometidos con la gestión colectiva de tierras colectivas. La añeja repugnancia individualista cede aquí ante la contemplación serenamente objetiva de una antropología diferente, cuyos fundamentos son de índole exquisitamente colectivista⁴⁸. Una antropología que no pretende

⁴⁸ Cfr., como una de las últimas contribuciones al

hacer desaparecer la dominante y triunfadora antropología individualista, sino únicamente situarse a su lado.

Desde esta perspectiva, comenzamos a darnos cuenta que el variado mundo de las relaciones hombre/cosa puede inspirarse en valores diferentes, si acepta la confrontación con filones históricos también diferentes. Porque al lado de la propiedad individual puede existir otro modo de pensar, de vivir, de organizar esa relación. Incluso puede haber ‘otro modo de poseer’ –según la célebre frase acuñada por Carlo Cattaneo- que no se concibe como una criatura deforme de desechables sedimentaciones históricas, sino como el fruto de unas exigencias que merecen todo nuestro respeto. Tal y como con extraordinaria lucidez ya había advertido a mediados del siglo XIX el mencionado Cattaneo cuando se le encargó la valoración de algunas ordenaciones fundiarias colectivas en la parte alta del valle del río Ticino, situada en territorio suizo, "no se trata de abusos ni de privilegios ni de usurpaciones: es otro modo de poseer, una legislación diferente, un orden social diverso que ha llegado inadvertida-

respecto, P. Grossi, "Gli assetti fondiarii collettivi e le loro peculiari fondazioni antropologiche", en *Archivio Scialoja-Bolla*, año 2012, I.

mente desde remotísimos siglos hasta nosotros"⁴⁹.

Se trata, por tanto, de una verdadera conquista. Una conquista reforzada y complementada por una sentencia de la *Corte Costituzionale* –la número 46 de febrero de 1995–, cuyo magistrado relator fue Luigi Mengoni, uno de los más ilustres juristas italianos de la segunda mitad del siglo XX, civilista, laboralista y tan perspicaz como clarividente teórico general del derecho. Para la ocasión, Mengoni asumió las ideas lanzadas por Guido Cervati⁵⁰, uno de los más refinados estudiosos de la ordenación de las propiedades rústicas colectivas, e introdujo así una conexión nueva que vinculaba estas formas organizativas y la tutela del medio ambiente.

En Italia, ese vínculo ya había sido considerado diez años atrás y, desde entonces, disfrutaba de valoración orgánico-normativa a través de la denominada "ley Galasso"⁵¹. En la sentencia, la Corte reconoce la existencia

⁴⁹ C. Cattaneo, "Su la bonificazione del Piano di Magadino a nome della Società promotrice. Primo rapporto", en, del mismo, *Scritti economici* (a cura di A. Bertolino). Firenze, Le Monnier, 1956, vol. III, pp. 187-88.

⁵⁰ P. Grossi, "Gli assetti collettivi nella riflessione di Guido Cervati", ahora en *Nobiltà del diritto*, en especial p. 596.

de "un específico interés unitario de la comunidad nacional para la conservación de los usos cívicos, a causa y en la medida que concurren a determinar la forma del territorio en el que se ejercen", entendida ésta como el producto de "una integración entre hombre y ambiente cultural".

Esta postura fue decisivamente confirmada por otra sentencia posterior del mismo alto tribunal –la número 310 de 2006, siendo ponente Alfonso Quaranta-. En ella, además de insistir en el "interés de la colectividad general en la conservación de los usos cívicos" por su contribución a la salvaguarda del medio ambiente y del paisaje, se hace hincapié en "una estrecha conexión entre el interés de la colectividad en la conservación de los usos cívicos y el principio democrático de participación en las decisiones adoptadas por las entidades locales".

11. El renovado descubrimiento de la dimensión colectiva –esto es, identificada a través de sus típicas características y estimada por su capacidad para integrar el estéril

⁵¹ Se trata, como es obvio, del DL 312 de 27 de junio de 1985, que contiene disposiciones urgentes para la tutela de zonas de un particular interés medioambiental, más tarde transformado, con las pertinentes modificaciones, en Ley 431 de 8 de agosto de 1985.

encasillamiento que el Código aplica a la noción de ‘público’ en relación con los bienes-encontró, finalmente, su sistematización orgánica en la sentencia 3665 del 14 de febrero de 2011 de las *Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, cuyo relator fue Bruno Spagna Musso.

La despreciada noción de ‘colectivo’, aún más despreciada cuando se concertaba con la de la propiedad en la medida que la contaminaba y deformaba monstruosamente mediante las inadmisibles formas de dominio colectivo y de propiedad colectiva, se transforma, por tanto. Y lo hace a través de la combinación de su concepción histórica con los valores, ahora extremadamente sentidos y asumidos, del paisaje y el medio ambiente y con la realización de una exitosa armonización entre naturaleza física, colectividad y persona. El resultado es un esquema organizativo extraordinariamente ejemplar y capaz de encarnar un tercer modelo frente a los de pertenencia privada a un particular individual o de pertenencia al Estado o a un ente público.

12. En la actualidad, se habla ampliamente en Italia de ‘Bienes comunes’, e incluso se ha publicado pocos meses atrás un volumen colectivo⁵² dedicado al tema Bienes comunes. La situación es muy otra y nada tiene en común con aquella otra noción reseca que

ofrece el Código Civil, donde bien común es sinónimo de condominio y todo se resuelve en una propiedad individual por cuotas. Desde luego, todavía tiene menos en común con la idea de expandir lo ‘público’ a expensas de lo ‘privado’. Tampoco tiene nada en absoluto que ver con la ordenación de las propiedades rústicas colectivas a las que nos hemos referido en los párrafos inmediatamente precedentes.

Como muy bien expone Rodotà, expresidente de una Comisión encargada de elaborar un proyecto de ley delegada (*legge/delega*) para la modificación del Código Civil, precisamente, en lo concerniente al tema de bienes públicos⁵³, en el posfacio al libro ya citado con anterioridad, se trata, ante todo, de "ir más allá del esquema dualista, de superar la lógica binaria –propiedad pública o privada– dominante durante los dos últimos siglos en la reflexión occidental"⁵⁴. "Es la salida de una reflexión que ampara los ‘bienes primarios’,

⁵² Rosaria Maria Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato – Per un diritto dei beni comuni*. Verona, Ombre Corte, 2012. El libro lleva un posfacio de Stefano Rodotà.

⁵³ Puede consultarse la proposición del texto articulado en el volumen citado en la nota anterior, pp. 161 ss.

⁵⁴ S. Rodotà, "Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide" en *Oltre il pubblico e il privato*, pp. 312-13.

necesarios para garantizar a la persona el disfrute de sus derechos fundamentales"⁵⁵, y que no tiene más remedio que concretarse en la necesaria revisión tanto de las categorías propietarias como de las categorías de los bienes, con el fin de obtener un resultado ético y jurídicamente respetable. Tal resultado no es otro que el derecho del ciudadano a no ser excluido por los demás del disfrute de algunos bienes esenciales para su subsistencia, complementado con el poder de una multiplicidad de sujetos a participar en la toma de decisiones que afecten a determinadas categorías de bienes.

En sentido similar se pronuncia, en la introducción a su persuasivo librito/manifiesto, Ugo Mattei, un civilista colindante a Rodotà en este intento de renovación teórica, cuando afirma con lucidez: "interpretaré en esta obra los bienes comunes como una tipología de derechos fundamentales 'de última generación', desconectados, por fin, del paradigma dominical (individualista) y autoritario (Estado asistencial)"⁵⁶.

La premisa teórica fundamental a este respecto es que "la propiedad, ya sea pública o privada, no puede abarcar y agotar la comple-

⁵⁵ Ibi.

⁵⁶ U. Mattei, *Beni comuni – Un manifesto*. Roma/Bari, Laterza, 2011, p. VII.

alidad que reviste la relación persona/bienes. En la actualidad, todo un conjunto de relaciones se confía ya a lógicas no propietarias"⁵⁷.

Está, pues, claro que, en lo concerniente a los 'bienes colectivos' y a los 'bienes comunes', nos encontramos ante un itinerario en ciernes. Un itinerario pendiente en diversos planos: en el de la individualización y caracterización de normas adecuadas; en el de la propia praxis social y, sobre todo, en el de nuestro conocimiento, interiorizado y asumido, de juristas que plagian excesivamente las mitologías y sus consiguientes dogmáticas⁵⁸ y, en consecuencia, alteran, hasta inmovilizarla, nuestra aproximación cultural y técnico-jurídica⁵⁹. Como puede observarse, todavía quedan muchos pasos que avanzar en

⁵⁷ Rodotà, *Beni comuni*, p. 315.

⁵⁸ Me he permitido señalar, desde hace tiempo ya, como, durante la modernidad, se han formado y consolidado abrumadoras mitologías jurídicas. Sobre todo, como su impertérrito mantenimiento, incluso en nuestro ámbito histórico posmoderno, se ha convertido en fuente de gravosos y opresores condicionamientos que pesan sobre el desarrollo del actual orden jurídico. Cfr. P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*. Milano, Giuffrè, 2007, 3ª edición aumentada (Trad. española de la 1ª edic., *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid, Trotta, 2003).

⁵⁹ Es, a este respecto, necesario superar absolutamente esa postura, dominante hasta hoy, que tiende "a considerar lo común como *un lugar del no derecho* por excelencia". Vid Mattei, *Beni comuni*, p. XII.

este difícil momento; un momento en que la transición de la ‘modernidad’ a la ‘posmodernidad’ aún está en curso.

UNA PÁGINA (TAL VEZ DEMASIADO OLVIDADA) DE ROSARIO NICOLÓ

Ángel M. LÓPEZ y LÓPEZ

1. Como es bien conocido, la evolución del Derecho privado codificado a la modernidad viene marcada por el tránsito de la propiedad a la empresa como institución central de aquel Derecho de los particulares. Debemos a Natalino Irti una ilustración esencial de dicho proceso histórico¹, en la que se pone de manifiesto que el esquema propietario codificado en tanto como mera manifestación estática del *uti frui*, desvinculado de una organización productiva, no es relevante para las

¹ "Dal diritto civile al diritto agrario (Momenti di storia jurídica francese)", *Rivista di diritto agrario, passim*. En más amplia perspectiva, también de Irti, *Proprietà e impresa: con particolare riguardo al diritto agrario*, Napoli, 1965. Preciosas indicaciones en el arco histórico diseñado por P. Grossi, "Itinerari dell'impresa", en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXVIII, 1999, pp., 999 ss.

Esencial la aportación de F. Mazzarella para los arquetipos francés y alemán, *Percorsi storico-giuridici dell'impresa. Dall' "entreprise" all' "Unternehmen"*, Palermo, 2012.

nuevas estructuras económicas, queda al margen de éstas, marginalidad de la que ni siquiera se salva la propiedad agraria. Alrededor de este eje evolutivo de la propiedad a la empresa se agitan cuestiones que implican el papel de los Códigos civiles, de los Códigos de Comercio, sus relaciones, los temas de la autonomía científica y didáctica del Derecho mercantil y del Derecho agrario, y la necesidad de una nueva codificación unitaria, al menos parcialmente, de todo el Derecho privado. Empero, todas estas cuestiones son en buena medida epifenménicas, porque lo que resulta incuestionable es que la burguesía terrateniente como sujeto histórico de las relaciones sociales de producción ha sido sustituida por la burguesía empresarial. Ciertamente es que no son sujetos incommunicables o incommunicados, pero no es menos cierto que cuando entran en conflicto, este se zanja a favor del segundo. No es mera anécdota el tratamiento de la llamada propiedad "comercial" del arrendatario cuando se confronta con la propiedad del arrendador².

² Rigaud describe el fenómeno, al indicar el carácter expansivo, más allá de los confines del inquilinato, con la dispensa de protección a los que desempeñan una actividad comercial o industrial en régimen de arrendamiento. A poco que se piense no hay aquí un problema idéntico al de la vivienda. Otros son los intereses, otro es el conflicto. No lo hay entre propietarios y no propietarios, socialmente menesterosos. El conflicto esta

Este proceso disociativo de la propiedad y la empresa, requiere para su explicación lógico-jurídica de un concepto referencial de empresa. Aquí es donde vienen las dificultades, porque ese concepto, si ha de ser distinto al de propiedad no se puede construir con la "lógica del sujeto"³, inherente a un ordenamiento jurídico que se construye como un sistema de derechos subjetivos⁴, sino con la "lógica de la organización" encaminada a conseguir un determinado resultado económico (*lato sensu*, no siempre organización con

instaurado, como bien señala el autor francés, entre dos propietarios. Por decirlo con términos modernos, entre el propietario de la empresa y el propietario del inmueble, y la nueva sociedad emergente de los acelerados cambios sociales de principio de siglo acabará otorgando sus preferencias al primero: es la lógica de la imposición de la protección de la actividad frente a la tenencia, que primará un capitalismo más maduro que el incipiente al alba de la Codificación. Reporto la opinión de Rigaud del Prólogo a los *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Valencia, 1994, p. 8, escrito por mi llorada discípula Rosario Valpuesta.

³ La expresión es de V. Frosini, voz "Soggetto", en *Novissimo Digesto Italiano*, t. XII.

⁴ *Ad rem*, Orestano, "Diritti soggettivi e diritti senza oggetto", ahora en *Persona Azione Diritti*, Bologna, pp. 115 ss. No obstante, hay quien no considera ni siquiera existente el propio concepto de derecho subjetivo. Para un debate "canónico" sobre esta cuestión, séame permitido remitir a mi trabajo "Geny, Duguit y el derecho subjetivo. Evocación y nota sobre una polémica", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XX, 1991, pp. 161 ss.

ánimo de lucro, punto este además no poco controvertido⁵) que, en resumidas cuentas no es sino la destinación de bienes por el empresario, bienes que puede el empresario disfrutar por muy diversos títulos jurídicos, jurídico reales y jurídico obligacionales, y que empeña en una "actividad", que precisamente consiste en una suerte de serie de actos concatenados y homogéneos. Ahora bien, salir de la lógica propietaria, aunque pueda parecer el camino, no es nada fácil, porque el concepto de empresa es ambiguo, incluso cuando se define la figura del empresario como aquel sujeto que emplea una organización de bienes (que puede ostentar por diversos y singulares títulos jurídicos, entre ellos las creaciones del ingenio, en las diversas formas de *intelectual*

⁵ Nos referimos al debate sobre las relaciones entre la persona jurídica fundación nacida de las Codificaciones (que predica como nota esencial la falta de ánimo de lucro, por la aversión al proceso desamortizador) y empresa (de la que es paradigma la del Derecho del comercio, bien ejercida individualmente, bien en forma societaria, de la que se predica como esencial el ánimo de lucro, aunque esto también, en una suerte de rizo del rizo, es discutido). La literatura sobre este punto es muy numerosa y puede bastar a nuestro propósito la indicación de algunas referencias. Véase el exhaustivo tratamiento de P. Rescigno, en los ensayos contenidos dentro de la Parte quinta de *Persona e comunità*, Padova, 1988, II, pp. 1 ss. Para la doctrina española, buen tratamiento exegético e información bibliográfica útil, por Sotillo Martí, A., *Comentario a la Ley de Fundaciones*, Valencia, 2008, pp. 639 a 666.

properties), maneja unas relaciones de hecho (clientela), para ejercitar de modo profesional una actividad dirigida a un fin, todo lo cual le dota de específicas formas de protección, de las que aparecen especialmente significativas las dirigidas a salvaguardar su identidad en el mercado y evitar la competencia desleal. Incluso en ordenamientos que han intentado diseñar la empresa la ambigüedad no resultaba despejada, como certeramente señala P. Grossi⁶, aunque se señalase su alejamiento de los esquemas propietarios.

⁶ *...I giuristi si rendevano lucidamente conto che di creatura ambigua si trattava perfino nel disegno del legislatore che la proponeva come esercizio professionale di attività económica organizzata (ar. 2082) Ambigua intanto, perché se é facile inquadrare teóricamente un atto, é assai piú arduo farlo con una attività e per giunta organizzata; e poi perche quella dizione del Codice da un lato rimandava alla azione del soggetto, ma immediatamente evocava anche la dimensione organizzativa che é necessariamente dimensione oggettiva come coordinamento e gerarchizzazione di rapporti" (Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950, Milano, 2000, p. 308). El gran maestro florentino (ibídem, p. 309) señala el empeño de Mossa, Santoro-Passarelli e Irti, en resaltar el alejamiento de la empresa de las categorías conceptuales de la propiedad. Sin embargo, a nuestro juicio, cono se verá más adelante, la posición de Santoro-Passarelli es de una calculada ambigüedad.*

2. *Eppur...* En 1956 aparece un ensayo de Rosario Nicoló⁷ que comúnmente se entiende como un intento de explicar la empresa en clave propietaria, opinión común que se puede admitir, mas no sin alguna precisión o salvedad. Desde luego no se puede pensar que parta del férreo esquema romanista, aunque también hemos de decir que este esquema ha sido desde la modernidad fundamentalmente un expediente verbal para indicar el haz más intenso posible de facultades jurídico reales sobre una cosa, aunque ello no ha ocultado lo abigarrado de "las propiedades" históricamente existentes⁸. Sin perjuicio de que retomemos esta esencial problemática, convendría señalar las paradojas que acompañan al escrito de Nicoló. La primera es personal: un conspicuo contribuyente a la redacción del *Codice* de 1942 parece poner en cuestión la autonomía de una de las arquitecturas esenciales del mismo. La segunda es inherente al

⁷ "Riflessioni sul tema dell'impresa", en *Rivista del diritto commerciale*, 1956, I, pp. 181-195, reproducido en la colección de ensayos al cuidado de Stefano Rodotà, *Il diritto privato nella società moderna*, Milano, 1970, pp. 385-400.

⁸ En este terreno son esenciales el ensayo de Paolo Grossi "Tradizioni y modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* V-VI, 1976-1977, pp. 201 ss.; y su fulgurante recorrido "La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico", *ibidem*, XVII, 1988, pp. 359 ss.

propio trabajo: la configuración de un derecho subjetivo sobre la empresa ¿cómo ha de entenderse? ¿Como un obsequio a las viejas categorías propietarias, intentando encuadrar en ellas el fenómeno jurídico de la empresa? O bien, ¿se ha de entender que es precisamente la inadecuación de aquellas la que se pretende superar con la construcción de un derecho sobre la empresa que explique su configuración *jurídica*? Porque todo el problema de la empresa no es sino el articular dentro del Derecho una realidad económica de bien precisos perfiles en cuanto tal, y de difícil categorización jurídica.

3. Pero convendría no simplificar el pensamiento de Nicoló. En primer lugar su tarea parece ir encaminada principalmente a una renovación de la ciencia civilística, consistente en la revisión de sus categorías conceptuales generales del sujeto, del objeto, de las situaciones jurídicas, de los actos jurídicos bajo el aspecto formal, antes que sobre su contenido, el querido por los mercantilistas. Hay una cierta desconfianza con respecto a que esta tarea de reordenación formal pueda ser llevada a cabo por los cultivadores del Derecho del comercio⁹. El punto de partida

⁹ En sus palabras: "*Non si può negare che la figura dell'imprenditore, la nozione di impresa, la nozione di azienda,siano fenomeni di tale portata da richiedere*

del denso razonamiento de Nicoló es la inadecuación del concepto de *status* a la situación profesional del empresario, aunque sí se pueda adoptar para la pequeña empresa (donde la aportación de energías profesionales es decisiva¹⁰), pero no para estructuras organizativas más complejas o mayores¹¹. La construcción del concepto jurídico de empresa tiene que partir de una *fattispecie* compleja de actos conectados entre sí, conexión que da una relevancia unitaria al complejo de bienes, y crea un nexo funcional de derechos subjetivos (*universitas iurium*), que por sí solo no genera un poder jurídico estructuralmente autónomo hasta el momento del ejercicio de la actividad¹², que redundará en una posición jurídica

idonei strumenti e adeguate categorie per la loro elaborazione sul piano concettuale di una moderna dottrina generale del diritto. Questo compito, a mio parere, può y deve costituire l'oggetto della moderna scienza civilistica, la quale, studiando questi fenomeni sotto l'aspetto formale. Anziché sotto quello contenutistico, caro ai nostri commercialisti, potrà rivedere le sue categorie generali..." (p. 385. Citamos por la numeración del ensayo en *Il diritto privato nella società moderna*).

¹⁰ Con lo cual, nótese, pone de manifiesto la existencia en el propio *Codice* de una brecha conceptual en un supuesto concepto unitario de empresa, en función de criterios cuantitativos de dimensión, difícilmente objetivables en algunos casos (a pesar de la enumeración del *Codice*: art. 2083), lo que puede acarrear tal vez problemas de disciplina. Como es lógico, mayores reflexiones sobre el tema no caben en este trabajo.

¹¹ "Riflessioni", cit., p. 388.

específica, de tal modo que la organización de bienes se vuelve unitaria precisamente porque en la dinámica de esa actividad la sustitución de estos no la hace venir a menos como objeto unitario¹³, actividad que genera un interés a la gestión exclusiva de esa organización, que no se confunde con el que portan los concretos derechos subjetivos sobre cada uno de los bienes del complejo organizado; y precisamente por esa variedad es necesario la existencia de un poder jurídico nuevo que es el lesionado *in primis* cuando se lesionan los derechos concretos¹⁴. Este poder jurídico es un derecho subjetivo, próximo a los derechos reales de goce, lo que por otro lado resulta bastante indiferente, habida cuenta del contenido obligacional de estos¹⁵. En cuanto a las características de este derecho compendiosamente podemos decir que la nueva configuración conceptual propuesta por Nicoló es la de un empresa fundada sobre un específico derecho de empresa (*diritto d'impresa*), verdadero y propio derecho subjetivo como situación jurídica final (que permite al titular realizar su interés a través de su relación con el bien, bien que consistiría en el

¹² "Riflessioni", cit., ps. 390-391.

¹³ "Riflessioni", cit., p. 392.

¹⁴ "Riflessioni", cit., p. 393.

¹⁵ En este punto es esencial la reflexión de Domínguez Platas, Jesús, *Obligación y derecho real de goce*, Valencia, 1994.

conjunto de bienes dedicados a una actividad (*azienda*), y como contenido el poder de gestión (*potere de gestione*). Se trataría de un derecho absoluto, análogo al derecho de propiedad, y como este fraccionable en múltiples facultades por su estructura y contenido complejos¹⁶, adquirible sólo a título originario¹⁷, cuya fuente serían por un lado los actos de destinación de los bienes que constituyen el complejo patrimonial (la antes dicha *azienda*), verdaderos y propios negocios jurídicos, susceptibles de revocación, y por otro el inicio del desenvolvimiento de una actividad económica, como ya queda señalado.

4. La tesis de Nicoló ha merecido abundantes críticas, tanto conceptuales como técnicas. Las conceptuales se han basado en la en verdad anacrónica acumulación del *diritto d'impresa* a la propiedad¹⁸. Y es cierto es que la falta de aliento histórico no sólo hace viejas

¹⁶ "Riflessioni", cit., p. 395. Añade: "*Reimpresa, considerata come diritto suggestivo, diventa allora il ponte di coligamento tra il soggetto (imprenditore) e l'oggetto (azienda). L'imprenditore non é che il soggetto titolare del diritto di impresa...cosí como il proprietario é il soggetto titolare del diritto di proprietà. Il parallellismo così tra proprietà e impresa é perfetto: da un canto proprietario, proprietà, bene; dall'altro imprenditore, impresa azienda*", "Riflessioni", cit., pp. 395-396.

¹⁷ "Riflessioni", cit., p. 399.

¹⁸ Ya nos hemos hecho eco de ellas a través de las justísimas observaciones de Grossi, nota 6 anterior.

a las instituciones, sino también a los conceptos, y si la historia nos enseña algo en este punto es que los tiempos históricos institucionales y conceptuales de la propiedad y la empresa son distintos¹⁹. Las críticas desde el punto de vista técnico no son menos contundentes: la teoría es formalista, de una compleja inutilidad, con graves problemas de derecho positivo sobre cómo y cuando se inserta en la *fattispecie* el momento del ejercicio de la actividad para el nacimiento del derecho subjetivo, y la grave perplejidad de que de un acto de destinación *ex uno latere* pueda surgir un

¹⁹ Valga por todas la efectuada con ponderación por V. Panuccio en la voz "Impresa", *Enciclopedia del Diritto*, XX (1970), pp. 590-591, de donde tomamos las razones del texto. A estas razones hace frente, de modo poco convincente, O.T. Scozzava, en "Rosario Nicoló e il diritto d'impresa", en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, ahora en el volumen homenaje *Rosario Nicoló*, 847-870, desde el punto de vista de las objeciones técnicas que él reputa, en suma, meramente nominalistas (vid. pp. 869-871). Con independencia de que no creemos que ello sea así, si la controversia es meramente nominalista no se alcanzaría a ver la utilidad de la tesis de Nicoló, que ninguna solución técnica añade, y complica otras más simples. Además, su visión no se ajusta al propio propósito de Nicoló, de corte conceptual, declaradamente. Tampoco atendible resulta su observación de que "*é indiscutibile, infatti, che Nicoló, nel delineare la struttura della situazione che lega al imprenditore con l'azienda, ha cura di precisare che il suo contenuto, il suo acquisto, la sua perdita e la sua tutela nulla hanno de veder con il diritto di proprietà*". Sobre este punto volveremos en el texto.

derecho subjetivo, siempre, se le configure como se le configure, de una manera oponible a los terceros, y precisamente oponiéndole efectos favorables que un acto de tal tipo no puede auto- otorgar al que lo emite; a lo que se ha de añadir, que siendo esto así, la existencia de hecho de la actividad basta en los términos del Derecho italiano para que exista la empresa, careciendo de previsión legal sobre un acto programático de destinación (que no se puede entender comprendido dentro del artículo 2082), que de existir es irrelevante, y que de no existir no impide que el surgimiento de la actividad sea, por sí misma, el acta de nacimiento de la empresa.

5. Esto dicho, parece que debería concluir nuestra meditación de la página de Nicolás; pero la verdad sea dicha, aunque bastante olvidada, a nuestro juicio demasiado, su capacidad de seguir sugiriendo es muy importante en los tiempos de hoy. Por ello hay que revisitarla, lo que se conecta a una elemental razón, esta de corte metodológico, si hemos de ser congruentes con nuestras premisas: el antihistórico ejercicio conceptualista de Nicolás debe ser también contemplado en el tiempo, más allá de su concreta circunstancia, y de los inconvenientes técnicos que plantea. A esta luz, resplandecen valores del criticadísimo ensayo que no parecen irrelevantes para nuestros saberes.

Antes de entrar en esta operación intelectual debemos despejar algunas cuestiones previas.

a) La primera es, hasta cierto punto obvia, pero esencial para valorar el esfuerzo de Nicoló. El recorrido histórico del Derecho privado de las primitivas codificaciones al de las de la segunda oleada (unas marcadas por el *Code*, otra por el *BGB*) es el acta del tránsito de las instituciones del capitalismo primitivo, basadas en la propiedad de la tierra y en la ausencia de una verdadera regulación jurídica del trabajo subordinado a las del capitalismo maduro, de componente industrial y financiero, en la que la explosión de la "cuestión social" genera esa cantera fértil de soluciones para el civilista que es el Derecho del Trabajo²⁰, y que plasma en el *Codice* de 1942, donde significativamente la regulación codificada

²⁰ Por cierto bastante ignoradas sin mediar razón científica alguna (tal vez debida a la razón académica de que los primitivos encargos de las disciplinas iuslaboralistas se hicieron a los administrativistas), en lugar de a los civilistas; pero fue así para los italianos, y basta para ello evocar los nombres ilustres de Barassi y Santoro-Passarelli, entre muchos. Una valoración del influjo del primero en *La nascita del diritto del lavoro: "il contratto di lavoro" di Lodovico Barassi cent'anni dopo: novità, influssi, distanze*, a cura di Mario Napoli, Milano, 2003. En cuanto al segundo, baste recordar que en 1994 sus *Nozioni di diritto del lavoro* alcanzaron la 35ª edición.

plasma dentro de un Libro, expresivamente titulado "*Del lavoro*": el capítulo "*Della impresa in generale*" aparece bajo un título rubricado "*Del lavoro nell'impresa*". En este nuevo contexto desaparece el protagonismo del propietario fundiario, y comienza a ser de relieve el del empresario, al que se le atribuye dentro de su actividad el "poder de dirección"; pero, y esto es lo verdaderamente relevante para nuestro discurso, el nuevo protagonista de la apropiación privada de los bienes no está bajo el esquema de aquel propietario. Ello es absolutamente determinante desde el punto de vista de la arquitectura jurídica: todas las notas del *dominium* (incluso las del dominio dividido²¹), están pensadas para la propiedad fundiaria²², y por ello resultan inadecuadas para explicar la compleja relación entre el empresario y la empresa. Pero, al tiempo es claro que hay un *continuum* en el terreno de la apropiación privada de los

²¹ Sin ir más lejos, recuérdese la tradicional concepción de la acción reivindicatoria al enfiteuta.

²² Incluso la propiedad mueble corporal huye en muchas ocasiones de ese esquema, y bastará aquí recordar la tormentosa historia de la regla "*possession vaut titre*". Aún hoy resulta imprescindible para el tema el clásico de Raymond Saleilles, *De la possession des meubles (Etudes de droit allemand et français)*, París, 1903. Sobre tan singular jurista, deben verse las páginas de P. Grossi, "Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico de Raymond Saleilles", en *Nobiltà del diritto*, Milano, 2008, pp. 269 ss.

bienes entre la propiedad y la empresa, diríase que un *continuum* que marca una suerte (hablamos con deliberado conocimiento de la inexactitud técnica) de *successio in locum et in ius* de la propiedad por la empresa, y una suerte de matrimonio indisoluble, pero mal avenido, entre ambas, en el campo de la garantía constitucional, de lo que nos ocuparemos más adelante.

b) Por ello, antes de enjuiciar la validez del esquema propietario para encuadrar la relación entre el empresario y la empresa, habría que clarificar de qué hablamos cuando se trata de propiedad. A mi modo de ver, las posibilidades son tres: propiedad como paradigma dogmático, propiedad como régimen jurídico diferenciado, propiedad como paradigma político constitucional. Todas ellas se mueven en planos distintos y sustentan relaciones diversas con la figura de la empresa.

Si nos fijamos en la primera, las notas de ese paradigma como tradicionalmente se configura son absolutamente incompatibles con la relación entre empresario y empresa. No es del todo ajeno Nicolás a dicha incompatibilidad, y uno de los defensores de su tesis llega a afirmar que el *diritto d'impresa* que diseña el maestro romano "*non ha nulla da veder con*

il diritto di proprietà"²³. Pero son demasiado reiterativas las alusiones de la analogía del *diritto d'impresa* con la propiedad hechas por Nicoló, en un ensayo esencialmente teórico, para poder concordar fácilmente con Scozzafava. El punto central de la construcción de Nicoló es el denominado *potere de gestione* y su definición como poder bajo los esquemas propietarios es inequívoco²⁴. Claro es que estamos hablando de uno de los grandes civilistas italianos del siglo XX y de un formidable abogado, y tiene claro que su *diritto d'impresa* mantiene singularidades de régimen jurídico, como la intransmisibilidad del mismo tanto *inter vivos* como *mortis causa*, y que se ha de apoyar en una idea de que existe un interés del goce de la empresa como objeto unitario, y que este interés encuentra su tutela básicamente en las normas de la competencia desleal. Pero precisamente el reconocimiento de estas singularidades, sobre todo la última, conllevan que pese a su intento, no logre construir un paradigma propietario aceptable desde el punto de vista dogmático. En efecto, aunque se acepte que la protección de las normas sobre competencia

²³ O.T. Scozzafava, op. cit., p. 869.

²⁴ Las nada equívocas palabras de Nicoló ("Riflessioni", cit, pp. 392 y 398, entre otras) hacen totalmente incierta la afirmación de Scozzafava de que los efectos de la situación descrita por Nicoló "*nulla hanno de veder con il diritto di proprietà*".

desleal puedan ser entendidas como protectoras de la actividad empresarial (y no sólo de la clientela), y que su protección sea equiparable a la que se otorga a un derecho absoluto, en nada se asemejan a la tutela de la propiedad, porque esta pretende conseguir que nada obstaculice a las facultades de la misma, mientras que las normas de competencia desleal no garantizan ningún contenido del supuesto *diritto d'impresa*, sino que la empresa misma se mueva en el mercado en condiciones iguales que no resulten alteradas por ninguna posición dominante. Y lo mismo cabe decir de la tutela acordada a los signos distintivos, o a la utilización exclusiva de las obras del ingenio.

El fracaso de la construcción de un paradigma dogmático de propiedad para la relación entre empresario y empresa, ineludiblemente trae el fracaso de la construcción de un paradigma que señale una nueva frontera del derecho de propiedad desde el punto de vista del objeto, como ha sido la tendencia evolutiva del "terrible derecho", y nos traiga un nuevo régimen jurídico. Acabamos de ver como las singularidades de régimen jurídico de la empresa no son una nueva frontera del antiguo *dominium*, provocada por el emerger de la función social, que en última instancia no es sino una reconsideración del objeto en su particular concreción. Es más, no es eso lo que pretende Nicoló: es justamente lo contra-

rio, reducir la complejidad de un conjunto de bienes, que ya traen consigo una específica tutela, a un objeto unitario que prescinda de aquella complejidad. El *diritto d'impresa* sería una suerte de título abstracto que evocaría las abstractas definiciones de la propiedad, indiferentes al sujeto, al interés y las peculiaridades del objeto. En lugar de ser algo nuevo el *diritto d'impresa* sería viejísima cosa.

6. Tras todas estas aporías de la tesis de Nicoló, y a decir verdad detrás de todas las teorías sobre la empresa, lo que late es la imposibilidad de traducir el fenómeno económico en que consiste y que como tal es unitario, a una construcción jurídica unitaria. Esta es la profunda razón de las llamadas "tesis atomistas" que, aunque sea sólo pensando desde el punto de vista organizativo, no ven posible una construcción de tal tipo, por la variedad de títulos que ostenta el empresario sobre el conjunto de medios destinados a ser instrumento de su actividad: derechos reales de todo tipo, créditos y deudas de todo tipo, activos inmateriales de difícil traducción jurídica, "nuevas" propiedades (bajo la rúbrica común de "propiedad intelectual"), mecanismos de protección de sus signos distintivos, derechos a promover no la exclusividad de la propia actividad sino la libre concurrencia en el mercado, relaciones de mero hecho como la clientela, etc.

7. No obstante, no es posible, desde un cierto punto, y quizá es lo que está en el fondo del problema, la constante afirmación de la subjetividad de la empresa, y si hemos de partir de ella, mejor y más elegante explicación que la de Nicoló no encontraremos, por más que no se quiera una absoluta admisión de la misma. Veámoslo. Se ha dicho por voz autorizadísima, la de Francesco Santoro-Pasarelli, que en términos jurídicos la empresa no solamente no es mera actividad profesionalmente organizada y ni siquiera solamente la misma organización estable de factores de la producción que es la noción económica. Y la proyección de la organización en el orden jurídico y en la medida en la que el orden jurídico registra esta proyección, la misma da necesariamente lugar al fenómeno de subjetivación porque la empresa por así decirlo va de la mano del empresario, titular de las relaciones jurídicas, organizadas en la empresa. Subjetivación y por consiguiente subjetividad, lo que no significa personalidad jurídica de la empresa. La verdad es que la subjetividad jurídica de la organización esta variadamente graduada por el ordenamiento, en relación a efectos más o menos amplios ;pero ella no es más que un instrumento con el fin de determinar la incidencia de los efectos considerados y por consiguiente la imputación de las normas que la contemplan.

Ello, continúa nuestro autor, no significa negar que la empresa sea también y principalmente un organismo como se suele decir vivo. Pero al jurista no puede bastarle la noción económica de la empresa como organismo. El jurista, al asumir la función que le es propia, debe establecer cómo este organismo se coloca dentro del orden jurídico y entonces, no puede dejar de advertir que el aspecto jurídico del fenómeno de la empresa en una determinación formal de la posición de la empresa respecto al empresario, correspondientes a la realidad económica, se presenta precisamente como aquel de la subjetividad de la empresa. Ciertamente que para justificar esta conclusión conviene aceptar una noción crítica y prudentemente diferenciada de la subjetividad jurídica y por otra parte debe admitirse que esta subjetividad para determinados efectos está contenida en los límites en los cuales la ley la toma en consideración y viene coordinada con la titularidad del empresario.

La configuración de la empresa como institución no es nada más que una versión sociológica de su realidad como centro de imputación de normas, como término autónomo de relaciones jurídicas, y por consiguientes a estos efectos como sujeto que deriva en una protección de la individualidad de la empresa y que debe reconducirse a la tutela jurídica absoluta de la misma que la ley actúa

con las normas sobre la firma, sobre la marca, sobre la competencia desleal, tutela por otros vista bajo la especie de un derecho subjetivo del empresario²⁵. Aunque no se le mencione expresamente, esta tutela vista por otros como derecho subjetivo, obviamente se refiere a la tesis de Nicoló. La opinión de Santoro Passarelli la rehúye, al afirmar la dimensión organizativa como la principal en la empresa, frente a esa cierta subjetividad, ese centro de imputación de normas y tutela absoluta que a ella se reconoce; pero pese al claro rehusé deja en pie el problema, porque desde el instante en que habla de una subjetividad de la empresa, aunque no sea reconducible ni al empresario persona física ni persona jurídica, y si se quiere, ni siquiera al derecho de propiedad, conduce fatalmente a predicar la posible existencia de un derecho subjetivo. La cuestión, y toda la problemática del concepto jurídico de empresa es que su singularidad consiste en el objeto, y somos incapaces de escapar de la "lógica del sujeto"; es el drama de todo derecho subjetivo, y por consiguiente el de la propiedad, que es el arquetipo histórico del mismo: debemos predicarlo como un poder jurídico y unitario, incluso sobre bienes o

²⁵ Santoro – Passarelli, "Soggettività del 'impresa", en *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, 1977, pp. 246 y 248.

conjunto de ellos que no pueden tener una disciplina unitaria.

8. Sin embargo, hay un modo de huir radicalmente de estas contradicciones y ambigüedades, pero para ello no basta huir del concepto de derecho subjetivo (precipitado abstracto del derecho de propiedad): hay que huir de cualquier planteamiento subjetivista. El problema y su solución no son nuevos. Es especular de las viejas discusiones sobre la construcción jurídica de la herencia yacente, también un conjunto patrimonial de diversísimo contenido. Orestano nos pone de manifiesto que la herencia yacente en la ciencia jurídica alemana del del siglo XIX no era otra cosa sino la personificación de un patrimonio de los que se venían llamando *universitas bonorum* o *universitas rerum*^{26/27}. Esta idea tiene un formidable opositor, Savigny, que niega tal personificación, porque estaríamos ante un sujeto de derecho, sin poder de voluntad²⁸, lo que abre el camino a la tesis de Windscheid de que la herencia yacente es un conjunto de derechos sin sujeto, lo que merece el inmediato rechazo porque si son derechos subjetivos,

²⁶ R. Orestano, "Diritti soggettivi e diritti senza soggetto", cit., p. 114-115.

²⁷ Lo que ya era tomar partido sobre la configuración de las universalidades patrimoniales, hartamente discutida. Vid. Barbero, *L'universalità patrimoniali*, Milano, 1936.

²⁸ Orestano, op. cit., p. 123.

la existencia del sujeto es una exigencia lógica²⁹. Con los condicionamientos históricos e ideológicos de la dogmática jurídica, y aunque se intente una visión objetivista (derecho subjetivo no es el poder del individuo, sino el que le atribuye la norma para realizar un interés digno de su protección por ella), e incluso bajo las tesis kelsenianas negadoras del derecho subjetivo, siempre hay una cierta dualidad entre centro de imputación y efectos imputados³⁰. Pero no cabe la menor duda que en un redescubrimiento del ordenamiento jurídico, y siempre que no partamos de prejuicios ideológicos y de la tendencia clasificatoria, se encuentran numerosas situaciones en las que, sin que encontremos un verdadero sujeto de derecho, existen normas destinadas a regularlas y protegerlas; y entre ellas se comprenden objetos jurídicos complejos en orden a los cuales se individualizan formas de reglamentación referidas a las situaciones mismas, asumidas en sí mismas y prescindiendo del todo de su encuadrabilidad dentro de los sujetos de derecho, con la consecuencia lógica de que si este no existe, carece de todo sentido hablar de derechos subjetivos³¹. En conclusión, la propuesta del historiador, y precisamente porque lo es, resulta absoluta-

²⁹ Orestano, op. cit., p. 128.

³⁰ Orestano, op. cit., p. 163.

³¹ Orestano, op. cit., p. 184.

mente tajante: sólo si se prescinde de la perspectiva del sujeto y se parte de situaciones objetivas, y su efectiva regulación, saldremos de la angustiosa inutilidad de intentar embridar un fenómeno económico complejo en un concepto jurídico unitario, y que tome como base la imputación de las normas a un único sujeto. Cosa distinta es que esa imputación se haga a sujetos privados, en formas de titularidad muy diversas, según necesite la pluralidad del complejo organizado sobre el que se proyecten, y siempre en función de esa complejidad. Pero obsérvese que hablamos de titularidades diversas, no reconducibles necesariamente al esquema propietario, y mucho menos a un esquema unitario.

9. La última afirmación se explica fácilmente desde el instante en que resulta indiscutible una conexión entre propiedad privada y empresa como valencias constitucionales. Ello resulta de la íntima conexión de normas constitucionales como son los artículos 33 y 38 de la Constitución española³² y de los artículos 41, 42 y 43 de la Constitución italiana³³.

³² López y López, "La constitución económica entre Derecho público y Derecho privado: crónica de una dualidad", en *Homenaje al Profesor Gregorio Peces Barba*, I, Madrid, 2008, pp. 811 ss.

³³ Por todos Galgano, F, "La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali", en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico*

Desde el instante en que la pieza esencial del sistema económico es la libre iniciativa, su premisa inexcusable es la propiedad privada. Pero inmediatamente se ha de decir que esta evidente correspondencia de propiedad y empresa como valencias constitucionales no suministra dato alguno para sustentar una construcción del empresario como titular de un específico derecho, y mucho menos calcado sobre el derecho subjetivo por excelencia, el derecho de propiedad. La razón es simple: en realidad cuando hablamos de propiedad y empresa en la Constitución estamos hablando no de de derechos sino de libertades: de la libre apropiación de bienes como fundamento imprescindible de la libre iniciativa económica. Por ello, basta con señalar el concepto de "propiedad constitucional garantizada" para ver su inutilidad como término de referencia para una posible y única titularidad sobre la empresa. Y es que existen dificultades considerables para establecer un concepto unitario de propiedad, válido para todos los objetos de la misma; inadecuación, aun aceptado el pluralismo de las propiedades, de alguna de sus notas técnicas para abarcar todo el conjunto de los poderes de los particulares sobre los bienes económicos que la norma suprema del ordenamiento ha querido garantizar. La Cons-

dell'economia, I, La costituzione economica, Padova, 1977, pp. 99 ss.

titución ha querido, sin duda, bajo las palabras "propiedad privada" indicar algo que visualiza como poseedor de notas comunes. La hipótesis que nos parece más plausible no es otra sino la de que el reconocimiento constitucional parte de una idea amplia suficiente a su finalidad particular, idea que se corresponde a todas las situaciones propietarias descritas en su multiplicidad. Parece innegable, si recurrimos al sentido político de la norma, que su finalidad no es otra sino preservar para los particulares de modo necesario un ámbito de poder sobre los bienes económicos. A este ámbito económico, más correctamente a los poderes de diverso tipo y contenido que se ejercen dentro de él, es a lo que llama la Constitución "propiedad privada", resumiendo, en la que tradicionalmente se ha visualizado como la más intensa y típica de las posibles titularidades sobre los bienes, toda su carga de protección de los poderes económicos confiados al individuo. Es toda titularidad privada, bajo todas sus formas y modalidades incluso con eventuales contenidos no uniformes, lo que es el objeto del reconocimiento constitucional. Son todos los títulos jurídico privados de apropiación, gestión y transmisión de los bienes económicos lo que resultan reconocidos y simbolizados en la fórmula abstracta y unificadora, propiedad privada, con indiferencia de cuál sea su contenido. La propiedad privada viene en este

contexto entendida no como manifestación de un singular y típico poder concreto sobre las cosas, sino en su significado de institución alrededor de la cual gira la apropiación y gestión privada de los bienes³⁴.

10. Que existe este vínculo, y que desempeña un cierto grado de operatividad en la relación entre propiedad y empresa, tiene una manifestación si no sorprendente, al menos curiosa, en el Derecho de la Unión Europea, y que conduce finalmente a una perspectiva que no se puede considerar metodológicamente correcta, porque acaba mezclando el mundo de los derechos subjetivos concretos y sus limitaciones con el mundo de las libertades que los sustentan³⁵. En efecto, el artículo 17³⁶ de la Carta de los Derechos Fundamentales de

³⁴ Permítaseme invocar mi propio análisis en López y López, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid 1988, pp. 41-42.

³⁵ Traigo estas ideas también de un trabajo mío, "Comentario al artículo 17", en *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, dirección y coordinación de Cristina Monereo Atienza y José Luis Monereo Pérez, Granada, 2012, pp. 401 ss.

³⁶ "1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá

la Unión Europea corresponde a un concepto de propiedad acuñado en la vida de las sociedades occidentales, y desde luego, de la europea, como consecuencia de una evolución histórica en la que han confluído las ideas de la inviolabilidad y la sacralidad de la propiedad, de la que es especial manifestación la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, por una parte; y por otro, la idea de que la propiedad obliga, tiene sus cargas (*Eigentum verpflichtet*), de la Constitución de Weimar (artículo 153). Al lado de estos esenciales documentos constitucionales ha convivido toda la doctrina de los Códigos civiles, aunque por razones históricas más inclinadas a la concepción liberal del Estado que no a la concepción social del mismo. Como es sabido, la convivencia de tan diversas corrientes ideológicas en el concepto de propiedad ha provocado agudos problemas de compatibilidad entre ellas, y disputas ideológicas sobre el alcance de la denominada función social, sus técnicas y su relación con la garantía expropiatoria. La inserción del derecho a la propiedad en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea supone, en lo que se refiere al Derecho Comunitario, una cierta involución ideológica en el Derecho

regularse por la ley en la medida que resulte necesario para el interés general.

2. *Se protege la propiedad intelectual."*

Europeo de origen internacional, que no ha conocido hasta el Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 1) una garantía del derecho de propiedad, aunque quedaba perfectamente claro que este formaba parte de la "Constitución en sentido material", pues el dicho del artículo 295 del Tratado de la Comunidad Europea (hoy artículo 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) "no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad de los Estados miembros", no podía suponer la posibilidad de un planteamiento colectivista del dominio, a la vista de la primaria finalidad de conseguir un mercado basado en la libre circulación de personas y mercancías. Tal vez no se puede hablar de involución ideológica, superado el temor a las potencias socialistas del este de Europa tras su derrumbamiento, sino más bien de constatar que en la construcción del Derecho europeo ha prevalecido largamente la tradición liberal sobre la socialista democrática. Visto este planteamiento con ojos puramente científicos y alejados de la disputa política cotidiana, quizá no sea ni tan extraño ni tan dramático si nos apercibimos de que, incluso en las Constituciones de los Estados miembros que responden al esquema del Estado Social y Democrático de Derecho, las formulaciones jurídico- privadas son muy débiles con respecto a su originario patrón

liberal³⁷. Tan cierto es esto que, de no ser así, la convivencia entre Constituciones sociales y Códigos decimonónicos o equivalentes habría resultado del todo imposible.

La Carta es, además, absolutamente congruente, cuando consagra en el artículo 16, inmediatamente anterior al que se comenta, la libertad de empresa, que, por cierto, era tan desconocida en los Tratados anteriores como formulación jurídica expresa quizá por considerarla inmanente a la "Constitución en sentido material"³⁸ antes indicada. De todo lo anterior resulta la posibilidad de identificar en la Carta de los Derechos Fundamentales una suerte de Constitución económica basada en el dúo libertad de empresa- propiedad privada. La Carta levanta acta de la evolución del capitalismo maduro en el cual la empresa, que no la propiedad, es la figura príncipe. De esta forma, lo que sea el derecho de propiedad en la Carta de los Derechos Fundamentales hay que entenderlo en función de una global "Constitución Económica" en la que el elemento de referencia esencial es la libertad de empresa.

³⁷ López y López, "Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25, 1996, p. 453.

³⁸ La expresión y su significado son, como es conocido, de C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, ahora reimpressa en la *Collana dei Quaderni fiorentini*, Milano, 1998, con prefacio de G. Zagrebelsky.

Conviene, sin embargo, señalar una cierta paradoja en virtud de la cual las relaciones entre propiedad y libertad de empresa se comportan en el Derecho de la Unión de una forma distinta a como lo hacen en los ordenamientos internos, y entre ellos el español y el italiano, que se fundamentan en la misma dualidad propiedad- empresa.

En efecto, el reconocimiento de la función social de la propiedad en el Derecho interno solo puede venir atenuado por un entendimiento expansivo de la libertad de empresa, sobre todo en su manifestación de libertad contractual³⁹. En pocas palabras, en el Derecho interno de los Estados, y desde luego en el nuestro (y también en el italiano), la libertad de empresa diluye el mandato de una hipotética función social de la misma, mientras que en el Derecho de la Unión y como se tendrá ocasión de abundar en ello, el único modo de imponer límites a la propiedad es el recurso a la libertad de empresa. Allí donde el Derecho interno, por referirnos a un elemento esencial del régimen jurídico del mercado, el Derecho de la competencia, es un factor de fragilización de la función social de la propie-

³⁹ De nuevo me permito remitir a un ensayo mío, "La disciplina constitucional del contrato: consideraciones de principio", en *Estudios jurídicos en homenaje a V.L. Montés*, Valencia, 2011, I, pp. 1393 ss.

dad, en el Derecho europeo aparece como uno de los esenciales mecanismos para lograr la dicha función. Empero, la paradoja es solo aparente, porque el resultado final es siempre el mismo, la prevalencia de los mecanismos de circulación de los bienes, sobre los mecanismos de tenencia de los mismos, aunque la diferencia de perspectiva pueda ayudar a entender problemas de carácter práctico, sobre todo los relacionados con la garantía reina de la propiedad privada, la institución de la expropiación forzosa, cuestión en la que la economía de este trabajo no permite detenerse.

Lo abstracto de la argumentación anterior puede venir iluminado de una manera descriptiva: el estatuto de la propiedad en el Derecho de la Unión es una derivada de los mecanismos de protección de la libertad de mercado y de los derechos que emergen dentro de él, la defensa de la competencia, la libertad profesional y la tutela de los consumidores. Es más, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no aparece un claro deslinde entre lo que significa el derecho de propiedad y la misma libertad de empresa: véase la sentencia *SAM Schiffahrt* (17 de julio de 1997). No obstante, y prescindiendo de que toda decisión jurisprudencial, y sea cual sea la posición de la jurisprudencia en el sistema de fuentes, resuelve un caso concreto, no deja de

existir una relación dialéctica entre propiedad y empresa, sobre todo en las manifestaciones príncipes de la regulación de ésta, que son la defensa de la competencia y la protección de los consumidores. En algún supuesto, da la sensación de que el derecho de propiedad no es protegido en el Derecho de la Unión, en cuanto colisiona con las normas comunitarias del mercado único. Sin embargo tampoco podemos establecer una doctrina general tan contundente como la que da a entender la anterior afirmación, dado que la protección del derecho de propiedad, sobre todo cuando está asociado al ejercicio de una actividad empresarial, puede ser un elemento decisivo para no consagrar desventajas competitivas a favor de otras empresas y lograr un mejor trato de los consumidores. Lo que se está diciendo, en suma, es que la perspectiva del Tribunal de Justicia de no considerar separadamente, y en posible confrontación, la propiedad con la libertad de empresa [llevada hasta la consecuencia de una práctica identificación de la garantía de una y otra en *BookAquamaster*, 10 de julio de 2003] es una posición metodológicamente equivocada, ya que ambas libertades tienen su ámbito propio y pueden colisionar, que hay que reconducir con el uso de los principios de racionalidad, adecuación, necesidad, y proporcionalidad, sobre todo si no se quiere llevar a la nada el

mandato del artículo 345 Tratado de Funcionamiento de la UE.

11. Aclarado (así creemos) en los anteriores párrafos por qué no podemos considerar la relación entre empresario y empresa como un derecho subjetivo unitario, de alguna forma calco del derecho de propiedad, y aclarado también como la consideración de valencias constitucionalmente recíprocas de la garantía de la propiedad privada y la de la empresa no puede ser un elemento de engarce que favoreciera aquella construcción técnica, nos queda ver tan sólo como una tal construcción, en el mejor de los casos, sería un mecanismo jurídico absolutamente inexacto para describir la relación entre sujeto propietario y empresa, sencillamente porque aparte de una dimensión formal, tal propiedad no existe en muchos casos, ni siquiera de acuerdo con nuestros esquemas tradicionales, salvo que nos queramos ocultar bajo un férreo manto de formalismo.

En efecto, el fenómeno de la pequeña empresa o si se quiere del pequeño empresario es declarado por el propio Nicolás como ajeno a su construcción, y explicable más en términos de *status* que de propiedad. Lo que sucede entonces es que, sobrepasada dichas dimensiones de la pequeña empresa, el problema de la relación entre el empresario y la empresa se

pone en otros términos, con frecuencia casi absoluta, porque en estos casos la empresa está configurada jurídicamente como sociedad por acciones, o con más dudas, como fundación⁴⁰, es decir como empresa con personalidad jurídica. Se nos podrá decir que ello no cambia sustancialmente el problema del que nos ocupamos, habida cuenta de que siempre quedaría subsistente la cuestión de si el vínculo entre la persona jurídica societaria o fundacional y la empresa es un vínculo asimilable al derecho de propiedad. Sin embargo, esta es una objeción poco legítima formalmente, desde el instante en que se tenga el concepto que se tenga de persona jurídica, esta es un instrumento de solución de problemas organizativos y problemas organizativos complejos a través del concepto de patrimonio, apto para comprender relaciones jurídicas con títulos diversos⁴¹. Pero a pesar de que no sea admisible tal objeción, esto es, dando por hecho de que el problema de la relación jurídica entre la empresa sociedad o la empresa fundación no es distinto al de cualquier otra persona, intermediando la figura del patrimonio, es decir, dando incluso por buena la argumentación formal en la que declaramos resuelto el problema de las relaciones entre

⁴⁰ Ya nos hemos hecho eco antes de esta problemática. *Vid.* nota 5.

⁴¹ Véase nota siguiente.

propiedad y empresa sustituyéndolas por las relaciones entre personalidad jurídica y patrimonio, no podemos sino decir que eso significa permanecer en la superficie de las cosas, por dos razones. La primera es que se debe atender a la corriente cada vez más intensa en materia de sociedades⁴², que no las ve tanto como sujetos o por lo menos no sólo como sujetos, sino como organizaciones, y esta es perspectiva determinada por la presencia de un *input* tecnológico cada vez más amplio, que se refleja en concretos problemas y soluciones de disciplina jurídico-positiva; con este nuevo encuadre podemos decir, en pocas palabras, que estamos cambiando, al menos parcialmente, el punto de vista, yendo desde la “lógica del sujeto” a la “lógica del objeto”. La segunda razón es que al margen de su bondad como construcción conceptual, la tesis de Nicoló, y todas las tesis subjetivistas que quieran construir una relación del tipo que sea entre propietario y empresario nacen en un contexto en el que se empieza a producir en Europa, o mejor diríamos a consumir en Europa⁴³, lo que desde los años veinte del

⁴² Sobre la progresiva implantación de esta visión orgánica-teleológica de las sociedades, y de la persona jurídica en general, *vid.* Paz-Ares, C., La responsabilidad del socio colectivo, Madrid, 1993, pp. 23-25, y bibliografía *ibi*.

⁴³ Aunque se discute si el modelo europeo responde aún a un esquema distinto del gobierno managerial, al

siglo pasado, se ha puesto de manifiesto como fenómeno en la sociedad norteamericana (generando incluso alguna obra que puede ser considerada de culto en aquellas latitudes y de rebote, aunque tardíamente en las nuestras⁴⁴),

incorporar a través del Derecho europeo, y algunos nacionales, la presencia sindical y de los pequeños accionistas. En cualquier caso, el fenómeno del gobierno a través del paquete de control es predominante, y la incorporación de pequeños accionistas y trabajadores por políticas regionales o nacionales, resulta bastante deshilachada por el hecho de que en el mundo de la globalización la capacidad de gobierno empresarial "doméstico", está hartamente limitada. Vid F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, pp. 205-212.

⁴⁴ Nos referimos a la conocidísima obra de Berle y Means, *The modern Corporation and Private Property*, 1932, los cuales manifiestan que la propiedad de la riqueza se ha separado del control de ella, que una y otra han seguido destinos diversos; que la propiedad en un tiempo concentrada en las manos de pocos es ahora dominio de muchos. Al control de la riqueza están destinados managers que no son propietarios y para los cuales el control no es el ejercicio de un derecho, sino el cumplimiento de un servicio a la comunidad, asumiendo aquellos managers la fuerza espiritual del propietario. El libro de Berle y Means es una especie de Evangelio ideológico del que se dice que destruye la base de originaria del análisis social marxista, cuando precisamente el más potente análisis del fenómeno como contradicción esencial del capitalismo aparece en el propio Marx. En efecto, nos habla de la... "*transformación del capitalista realmente en activo en un simple gerente administrador de capital ajeno y de los propietarios de capital en simples propietarios en simples capitalistas de dinero.... Aun cuando los dividendos que perciben inclu-*

y no es otra cosa sino la disociación entre la propiedad y el control de la riqueza. En

yan el interés o el beneficio del empresario, es decir la ganancia total, solo se percibe ahora en forma de interés, es decir, como simple remuneración de la propiedad del capital, separada por entero de la función que desempeña en el proceso real de producción, lo mismo que esta función se halla separada en la persona del gerente de la propiedad del capital. La ganancia aparece así como simple apropiación de trabajo ajeno sobrante, emanada de la transformación de los medios de producción en capital, es decir de su enajenación al verdadero producto, de su antagonismo como propiedad ajena frente a todos los individuos que intervienen realmente en la producción desde el gerente hasta el último jornalero. Esto equivale a la supresión del régimen de producción capitalista dentro del propio régimen de producción capitalista y por tanto a una contradicción que se anula a sí misma. Produce una nueva aristocracia financiera, una nueva clase de parásitos en formas de proyectistas fundadores de sociedades y directores puramente nominales: todo un sistema de especulación y de fraude con respecto a las fundaciones de sociedades y a la emisión y al tráfico de acciones. Es una especie de producción privada, pero sin el control de la propiedad privada. Dentro del sistema capitalista esta expropiación se presenta bajo una forma antagónica, como la apropiación de la propiedad social por unos cuantos, y el crédito da a estos pocos individuos el carácter cada vez más marcados de simples aventureros. La propiedad existe aquí bajo forma de acciones, cuyo movimiento y cuya transferencia son por tanto simple resultados del juego de la Bolsa donde los peces chicos son devorados por los tiburones y las ovejas por los lobos bursátiles, y el sistema de las acciones entraña ya la antítesis de la forma tradicional en que los medios sociales de producción aparecen como propiedad individual; pero al revestir la forma de la acción siguen encuadrados dentro del marco capitalista;

efecto, las grandes compañías se ven nutridas de capitales de pequeños ahorradores, que aunque en teoría estén en posesión de un título propietario, el que acompaña a la acción, nada pueden hacer valer frente a los managers titulares del paquete dominante, o de control (siempre una parte del capital social, una que no otorga mayoría, parte incluso ínfima), o managers ni siquiera propietario, pero situados al frente de la compañía si por los titulares de aquel paquete. De esta forma, el poder económico aparece entonces disociado de la propiedad y no ya legitimado por ésta; el capital se fracciona en una multitud de pequeños accionistas que son propietarios ausentes de la gestión de la empresa de la que sólo pueden esperar un rédito que ellos no determinan, con lo cual su posición jurídica es más la de un prestamista-obligacionista que la de un

por consiguiente este sistema en vez de superar el antagonismo entre el carácter de la riqueza como riqueza social y como riqueza privada, se limita a imprimir una nueva forma. Dualidad que da a los principales portavoces del crédito, esa agradable fisionomía mixta de estafadores y profetas." No nos hemos resistido a transcribir la vívida pinta en los terribles momentos actuales del mundo, que parece haber retratado en parte hace más de casi siglo y cuarto. Sobre todas estas cuestiones agudo análisis de F. Galgano, "Proprietà e controllo della ricchezza. Storia di un problema", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6, II, 1976-1977, pp. 681 ss.

propietario-accionista⁴⁵; o dicho capital pertenece (y esto es fenómeno más moderno) a inversores profesionales: fondos de inversión, fondos de pensiones, fondos inmobiliarios... etc., interesados solo en la rentabilidad de la inversión, que controlan a través de mecanismos bursátiles o similares, pero sin participar en la gestión, que solo controla indirectamente con la amenaza de retirada de confianza, y de los capitales invertidos de tal modo que la democracia de los accionistas no es solo una contradicción en los términos sino que el gobierno de una empresa por parte de los accionistas es un mito. Por eso no resulta extraño el pensamiento de quienes afirman que cuando la empresa privada atraviesa ciertos límites no sea una empresa pública. No otra idea late detrás de quienes ven en la gran sociedad por acciones un organismo privado pero de estructura organicista que evoca lo público⁴⁶. No deja de ser significativo que uno de los problemas del gobierno interno de las

⁴⁵ Nótese que de acuerdo con lo dicho, este "propietario" estaría en relación con la empresa, y razonando en términos de derechos subjetivos, en la posición de un titular de un derecho de crédito, y no de un derecho real, y recuérdese que para Nicolás el *diritto d'impresa* era un derecho real.

⁴⁶ En este sentido véanse las interesantes reflexiones de Paz Ares, C., " Reflexiones sobre la distribución de poderes en la moderna sociedad anónima", *Revista de Derecho Mercantil*, 1977, pp. 563 ss.

sociedades sea la defensa de los pequeños accionistas, y que consiste precisamente en que sus títulos propietarios puedan incidir en alguna manera en la marcha de la sociedad o al menos no ser totalmente desconocidos, y que ello finalmente redunde en una dimensión organicista y iuspublicista de la protección del pequeño accionista es esencial; lo demuestra el hecho de que se quieran aplicar como técnicas fundamentales los derechos públicos subjetivos a través de los subrogados de este que latén bajo el nombre de *Drittwirkung der Grundrechte*⁴⁷. En estas condiciones resulta difícil reconocer en la moderna propiedad de las acciones el poder de gestión de la propiedad privada, careciendo de todo sentido ninguna construcción que se funde en derecho subjetivo alguno, haciendo del todo irreal la construcción de Nicoló.

⁴⁷ La literatura sobre esta es vastísima desde las primeras y conocidísimas aportaciones de Nipperdey ("Die Würde des Menschen", en NEUMANN-SCHEUNER-NIPPERDEY, *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, II, 1954) y Leisner (*Grundrechte und Privatrecht*, 1960). Para el punto concreto vid L. Raiser, "Il principio de eguaglianza nel diritto privato", pp. 15-16, ensayo contenido en la traducción italiana de Graziadei, y al cuidado de C. M. Mazzoni, Milano, 1990, de un conjunto de trabajos agrupados bajo el título *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni* (*Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat und Wirtschaftsrechts aus drei Jahrzehnten*, 1977).

12. Todos estos trazos aparecen fuertemente acentuados en la nueva dimensión de la globalización, donde la empresa se inserta en la economía post- industrial, con el uso de nuevas tecnologías de ámbito geográfico ilimitado, soportada por creaciones financieras, donde el *holding* industrial queda sometido y al albur del *holding* financiero, en una suerte de expansión planetaria de la organización productiva, en la que florecen las empresas multinacionales, generadoras de contradicciones entre sus dimensiones planetarias y el carácter nacional de los sistemas jurídicos, que finalmente redundan en el declive del derecho estatal y el auge de la *lex mercatoria*. En este entorno hablar de propiedad de las empresas resulta casi banal, porque el poder financiero, poder real, universal y anónimo, verdadero "dueño" de las empresas no sólo está lejos de los esquemas propietarios, sino hasta de mecanismos jurídicos de control de la riqueza que están unidos a la búsqueda de los mecanismos de *corporate governance* y a la potenciación de los mecanismos de control externos e internos en las empresas que sean adecuados para conseguirles la confianza del mercado, contra las maniobras especulativas y los conflictos de los intereses de los dirigentes⁴⁸.

⁴⁸ Como acertadamente expresa F. Galgano, *La globalizzazione*, cit., p. 205.

13. La empresa como es conocido es hoy el vivero y explotación de las llamadas nuevas formas de propiedad. La historia jurídica de de estas formas, la de la propiedad intelectual⁴⁹, es una historia de perplejidades, como las propias referencias normativas demuestran desde su vieja formulación como regalía, a caballo entre el control ideológico y el ingreso fiscal, cercana al Derecho público (en la medida en que en la época se puede hablar de tal distinción), a la propiedad intelectual liberal basada en la libre expresión y la comercialización de las creaciones del ingenio, articulada en leyes especiales, anticipando, no por casualidad, el fenómeno de la descodificación. La evolución culmina en la propiedad intelectual como forma propietaria adherida al instrumento económico de la organización compleja para la producción de actos en masa, es decir la empresa. La razón no es otra sino la singularidad de su objeto, hasta tal punto de que se llega a afirmar que la propiedad intelectual no es propiedad, por la inmaterialidad de aquel. El príncipe de los pandectistas, Windscheid, afirma rotundamen-

⁴⁹ Adoptamos esta terminología, derivada del predominio, cada vez más aceptado, del término *intelectual property* para englobar la propiedad intelectual y la propiedad comercial, según ha sido la dualidad de uso en nuestra doctrina.

te que no hay propiedad incorporal⁵⁰. A bien decir, los problemas de la construcción dogmática de la propiedad inmaterial tienen una honda raíz filosófica, que va a gobernar todas las polémicas sobre su encuadramiento dogmático, y que se remonta a la contraposición de la visión de Kant con la de Bentham en relación con aquella propiedad. Para el primero la propiedad intelectual refleja la indisolubilidad del objeto y el sujeto, ya que no existe un objeto del mundo exterior dado que la creación del ingenio no es sino una manifestación de la esfera personal. El segundo se plantea algo bien distinto: si el producto del ingenio es útil el producto del ingenio puede ser infinitamente reproducido y por consiguiente puede ser vendido con lo que la creación del intelecto se disocia como objeto de sus sujeto creador, y puede entrar fácilmente en el derecho de propiedad, y no en las categorías de los derechos de la personalidad. Estas dos visiones insalvables se han pretendido conciliar como es notorio con la dicotomía derecho moral de autor – derecho patrimonial de autor y sus difíciles soluciones⁵¹.

⁵⁰ Como pone de manifiesto P. Grossi, "La proprietà e le proprietà", cit., p. 421, nota 30.

⁵¹ Sobre todas estas cuestiones, desde la perspectiva filosófica a la constitucional, y a la de los problemas generales del Derecho ordinario, es esencial, en la doctrina española, el libro de Pizarro Moreno, Eugenio, *La*

De todos estos planteamientos ha derivado una ciertamente curiosa cuestión de legitimación en virtud de la cual, existe una hiperprotección de la propiedad tangible, o corporal (que puede haber llegado al patrimonio del sujeto sin esfuerzo personal de este) frente a la infraprotección de la propiedad intelectual, que es la única fundada en el trabajo. Precisamente este curioso mecanismo de legitimación de la protección es una de las razones del difícil equilibrio entre la posición kantiana y la posición benthamiana. El análisis marxista nos diría otra cosa: la propiedad de la tierra es el signo del status de la clase dominante, y la empresa es el corazón de las relaciones sociales de producción capitalista en su versión más evolucionada; frente al propietario y al empresario el autor es un proletario más, al que se le expropia mediante la plusvalía su esfuerzo intelectual, lo mismo que a un bracero se le expropia su fuerza corporal. No obstante en esta minusvaloración de la propiedad intelectual hay también una actitud cultural, hartamente extendida, sin razón alguna que la justifique⁵².

disciplina constitucional de la propiedad intelectual, Valencia, 2011.

⁵² Valga el ejemplo para expresar la idea en que la inmensa mayoría rechaza la usurpación de un inmueble por un grupo de *okupas*, y sin embargo estará en contra del canon digital, que es uno de los pocos mecanismos

A todas las anteriores perplejidades, de cuño y tratamiento clásico⁵³ hay que añadir la perplejidad tecnológica provocada por el fenómeno internet⁵⁴. Obsérvese que las creaciones intelectuales contenidas en la red no son un objeto intangible *estático*, sino que son un objeto intangible, de *carácter dinámico* y fruto de una determinada combinación tecnológica de las mínimas unidades que conocemos con el nombre de bytes. La posibilidades de acceso ilimitado e incontrolado a este objeto dinámico intangible aumentan extraordinariamente las perplejidades que nos provocaba la vieja propiedad intelectual, porque en el ciberespacio es bastante difícil concebir el derecho de propiedad tal como lo conocemos, hasta tal punto que Etham Kattsh habla que en el ciberespacio los objetos en realidad no existen, sino lo que existen son procesos⁵⁵. Y

para atribuir a un trabajador intelectual un rendimiento de su esfuerzo.

⁵³ No queda sino remitirse a Ascarelli, en pinas en gran parte insuperadas: *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960.

⁵⁴ Bellísimo catálogo de preguntas y sugerencias en M.J. Radin, "Proprietá y ciberspazio", *Rivista critica del diritto privato*, XV-1, 1997 (número monográfico dedicado a *Le nuove frontiere del diritto di proprietá*), pp. 89 ss.

⁵⁵ "¿Y si la verdadera naturaleza de la información electrónica fuese su dinamismo y su mutabilidad? ¿Y si no consistiese en la naturaleza del medio tangible sobre la cual se ha conservado, sino que dependiese del modo del que viene utilizada? ¿Y si no existieran ya obras con

es que los tres principios económicos básicos sobre la propiedad y que justifican su defensa resultan extraordinariamente vulnerados en la propiedad en el ciberespacio. No hay escasez por la multiplicada oferta, no es asumible el coste de su defensa, ante la imposible encriptación o cifrado de manera absoluta y al mismo y paradójico tiempo en que los demandantes acceden sin precio al producto, se puede producir la quiebra del mercado porque aquella multiplicada oferta lo será solo desde el punto de vista cuantitativo, no en su variedad; en efecto las externalidades⁵⁶ del trabajo en la red y el fenómeno del lock-in,

confines definidos? ¿Y si las letras sobre la pantalla fuesen una ilusión y debiésemos pensar en ellas, no como un texto, sino como música, arte o algo completamente nuevo? Dado que la información digital es fungible y apretando un botón se puede transformar un texto en un sonido o un sonido en una imagen ¿podemos creer en la validez de los cuadros de referencia tradicional? La materia del derecho de autor de encuentra en un momento difícil no solo por la extendida utilización indebida y por la dificultad de sancionar un tal comportamiento, sino sobre todo porque la naturaleza de nuestra relación con la información electrónica es profundamente diversa de nuestra relación con el texto impreso". Law in a Digital World, 1995, pp. 218-219, citado por M.J. Radin, op. cit., pp. 93-94.

⁵⁶ Entendido este término como lo hace el "análisis económico del Derecho": costes sociales positivos o negativos de una actividad privada. El concepto (aunque no la terminología *externalities*, adoptada después) se encuentra en el ensayo "piedra fundadora" de tal análisis, de Ronald H. Coase, "The problem of social cost", en

derivarán no tanto en un poder de exclusión típicamente propietario del programa o producto ofrecido sino en una monopolización del ciberespacio, donde finalmente las aplicaciones y las interfaces aumentan rápidamente de valor al mismo tiempo que van perdiendo valor sus contenidos, muchas veces obtenidos a través de mecanismos que vulneran los derechos de autor⁵⁷. Con independencia de que esto se pueda evitar o no, de que sea legítimo o no, lo que queda claro es que nuestras categorías tradicionales sobre la propiedad no sirven para explicar de ninguna manera estos fenómenos.

Journal of Law and Economics, vol. 3. (Oct., 1960), pp. 1-44.

⁵⁷ El ejemplo típico (además de antipático) es el de Wikipedia. Como es sabido, la Enciclopedia en red está elaborada mediante la redacción de temas por colaboradores voluntarios no retribuidos, y abiertos a la colaboración colectiva. Pero es evidente que en esas aportaciones voluntarias se hace una utilización personal, y por consiguiente legítima del colaborador voluntario, pero quien finalmente acaba generando un uso social no retribuido de derechos de autor ajenos es el llamado "buscador". Si, por ejemplo, yo redacto un artículo para Wikipedia sobre un autor, del que utilizo sus textos, el resultado final no es un artículo para mi uso, sino para que lo difunda el "buscador" correspondiente obteniendo beneficios económicos que no paga al colaborador voluntario ni al titular del derecho de autor.

14. En conclusión, el problema de la construcción jurídica de la empresa se resuelve en la historia. Todavía en 1893 Krüger ponía al día el *Cursus der Institutionen* de Puchta, y lo hacía con la conciencia de que la obra de éste era la piedra básica sobre la que se asentaba toda la lógica del Derecho Privado del mundo capitalista, al haber establecido como concepto angular el "*Recht des Personlichkeit*", indicando que el entramado del Derecho privado era un entramado de derechos con un sujeto, es decir un entramado de derechos subjetivos, como ya hemos tenido ocasión de observar en los problemas de configuración de la herencia yacente. Es de nuevo preciso resaltar que este orden sistemático era congenial a las necesidades políticas y económicas del liberalismo naciente, al tiempo que recogía todos los esfuerzos de la pandectística destinados a convertir la *prudentia iuris en scientia iuris*. Este modo de ver las cosas ha determinado artificiosamente hasta nuestros días la manera de entender todos los fenómenos del Derecho Privado. El derecho subjetivo necesita ineludiblemente un *sujeto pleno*, y este no puede ser más que la persona física o la jurídica, y un objeto sobre el que ejercitar un señorío pleno, en cuanto sometido al albedrío del titular, *objeto que deber ser simple y no compuesto para que ese señorío sea unitario en su contenido*. Ni que decir tiene que tras de esta manera de entender latén como aplicacio-

nes paradigmáticas, y ello es consonante al tráfico económico de la época, la titularidad dominical sobre inmuebles y la titularidad crediticia sobre cosa determinada; son arquetipos, dado que únicamente ellos son exactamente realizables en su configuración original, uno por la plenitud de la propiedad, sólo rodeada por el deber general de abstención, el otro por la posibilidad de la ejecución en forma específica del acreedor de cosa determinada. Por cierto, el que a éste, en alguna literatura se le llame "acreedor de dominio", indica la estrecha parentela. Pero el esquema resulta muy angosto, y los puntos de fuga empiezan a revelarse muy pronto, y se mal solucionan casi siempre las cuestiones de configuración que escapan directamente de ellas porque se quiere hacer funcionar al arquetipo correspondiente como una suerte de lecho de Procusto jurídico. Mal camino para muchos supuestos: las situaciones de cotitularidad, la teoría del patrimonio y la justificación de patrimonios separados, los fondos de inversión inmobiliaria, la comunidad legal entre los cónyuges, los distintos estatutos propietarios, la propiedad comunal, etc., donde es la lógica del objeto, su propio fin, la predominante⁵⁸.

⁵⁸ Como señala desde su alto magisterio P. Grossi *"la crisi que ha investito lo **abstrakte Eigentum** dei pandettisti fin dalla riflessione civilistica fra le due guerre e che*

15. El único programa claro es el reencuentro con el Derecho objetivo. La verdad es que los civilistas "nos llevamos mal" con el Derecho objetivo; nuestra capacidad histórica de construir soluciones estaba ligada a algo que olvidamos con frecuencia: nuestro saber era profundamente casuístico, y estaba ligado a la razonabilidad de la argumentación, y esa razonabilidad nos la suministraba el Derecho Romano, sin vigor de ley. Fue sólo con la Codificación cuando dimos el salto del caso a la ley, por cierto para reivindicar el caso como método, y la tradición, sobre todo la pandectística, para la llamada "construcción" jurídica. No quiero discurrir por este camino lateral, ciertamente interesante, y que podía explicar muchas cosas; `por ahora y hoy solo deseo poner de manifiesto que el Derecho objetivo hay que considerarlo el mecanismo principal de resolución de problemas; da la sensación de que nuestro punto de partida ha de ser siempre la autonomía de los particulares, lo cual es cierto desde el punto de vista jurídico-político, pero que lleva a desviaciones metodológicas, si olvidamos que sin el Derecho objetivo la autonomía privada

inizia con la reimmersione della proprietà in mezzo alle cose e la riscoperta de le proprietà, é un itinerario che giunge ininterrotto fino a noi, che stiamo ancora vivendo e che sentiamo bruciare sulla nostra pelle" ("La proprietà e le proprietà", cit. p. 421).

es un gran vacío; dicho con menos exageración, sin sus límites no hay forma de delimitarla, y he empleado con toda intención la redundancia. Nada extraño entonces es que cuando nos encontramos con un objeto complejo, cuando descubrimos la complejidad de lo real, fracasen los esquemas simplistas y unitarios. Debemos entonces tener la suficiente humildad para descender a ese terreno de lo real, y hacer las cuentas con la multiplicidad del ordenamiento, abandonando la pesada caja de herramientas de los conceptos de un tiempo ido, del cual es un ejemplo refinadísimo la (por otra parte) óptima página de Nicoló, pero que no debemos olvidar por su capacidad de sugerir otros modos de ver. Este mérito lo ostentan pocas, muy pocas, aportaciones a nuestra ciencia.

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

LIBROS PUBLICADOS

1. R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*
2. L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. A. Ruiz Miguel, R. Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución*
4. P. Costa, B. Aláez Corral, *Nacionalidad y ciudadanía*
5. V. Ferreres, J. A. Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. R. Romboli, M. Carrillo, *Los consejos de garantía estatutaria*
8. P. Salazar Ugarte, J. Aguiló Regla, M. A. Presno Linera, *Garantismo espurio*
9. E. Bulygin, M. Atienza, J. C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. P. Lucas Murillo de la Cueva, J. L. Piñar Mañas, *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. F. J. Laporta, J. Ruiz Manero, M. A. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*
12. I. Shapiro, P. de Lora Deltoro, C. Tomás-Valiente Lanuza, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*
13. J. F. Malem Seña, F. J. Ezquiaga Ganuzas, P. Andrés Ibáñez, *El error judicial. La formación de los jueces*

14. M. C. Redondo, J. M^a Sauca, P. Andrés Ibáñez, *Estado de Derecho y decisiones judiciales*
15. S. Huster, A. Pau, M^a J. Roca, *Estado y cultura*
16. P. Comanducci, M^a A. Ahumada, D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*
17. E. Barros Bourie, M^a P. García Rubio, A. M. Morales Moreno, *Derecho de daños*
18. A. Aarnio, M. Atienza, F. J. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*
19. A. Squella, N. López Calera, *Derechos humanos, ¿invento o descubrimiento?*
20. S. Huster, F. Molina, E. Garzón Valdés, *Terrorismo y Derechos Fundamentales*
21. M. T. Soler Roch, J. M. Tejerizo López, F. Serrano Antón, *Los defensores del contribuyente*
22. R. Vázquez, A. Ruiz Miguel, J. M^a Vilajosana Rubio, *Democracia, religión y Constitución*
23. C. Venturini, M. Fuenteseca Degeneffe, *El Juez en Roma: Funciones y responsabilidad*
24. E. Roca Trías, V. Guilarte Gutiérrez, *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*
25. J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís, J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*
26. J. Delgado Echeverría, J. Rams Albesa, *Retos de la dogmática civil española*
27. A. Pace, P. Andrés Ibáñez, *Inmunidad del poder en Italia*
28. C. Peña, H. Omar Seleme, F. Vallespín, *Estudios sobre Rawls*
29. M. Baurmann, J. L. Martí, P. de Lora, *Los desafíos de la democracia*
30. A. F. Franco, C. Álvarez Alonso, *La cuestión cubana en las Cortes de Cádiz*
31. J. A. Xiol Ríos, F. J. Bastida Freijedo, *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*
32. A. Ollero, J. A. García Amado, C. Hermida del Llano, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*

33. E. Garzón Valdés, P. Sala Sánchez, Fco. Rubio Llorente, M. Lorente Sariñena, Fco. Laporta, Elías Díaz, V. Ferreres Comella, *Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*

34. C. Rogel Vide, E. Serrano Gómez, *Tensiones y conflictos sobre derecho de autor en el siglo XXI. Materiales para una reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*

35. M. Carrillo, R. Romboli, *La reforma del recurso de amparo*

36. P. Schiera, B. Clavero, *Del poder legal a los poderes globales. Legitimidad y medida en política*

37. J. Esteve Pardo, J. Tejada Palacios, *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes*

38. J.M. Naredo, Carlos Taibo, *De la burbuja inmobiliaria al decrecimiento: causas, efectos y perspectivas de la crisis*

39. M. Stolleis, A. Paulus, I. Gutiérrez, *El Derecho constitucional de la globalización*

40. J. Varela Suanzes-Carpegna, S. Muñoz Machado, *La organización territorial del Estado en España. Del fracaso de la I República a la crisis del Estado autonómico (1873-2013)*

41. Ph. Frumer, I. Villaverde Menéndez, *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas*

42. A.-E. Pérez Luño, F. de Carreras, T. Limberger, R. González-Tablas Sastre, *Construcción Europea y Teledemocracia*

43. P. Grossi, Á.M. López y López, *Propiedad: otras perspectivas*

