COLECCIÓN CLÁSICOS DEL DERECHO

Directores:
JOAQUÍN ALMOGUERA CARRERES
GABRIEL GUILLÉN KALLE

FILOSOFÍA DEL DERECHO

GUSTAV RADBRUCH
Profesor de la Universidad de Heidelberg

Esta obra ha sido publicada con una subvención de la Dirección General del Libro, Archivos y Bibliotecas del Ministerio de Cultura para su préstamo público en Bibliotecas Públicas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37.2 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Editorial Reus, S. A., para la presente edición
Preciados, 23 - 28013 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 - (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 531 24 08
E-mail: reus@editorialreus.es
http://www.editorialreus.es

Traducida por José Medina Echavarría

Es propiedad.
Copyright by Editorial Revista de Derecho Privado

ISBN: 978-84-290-1485-3
Depósito Legal: Z. 4167-07
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación.

¡Que el hombre que la posea tenga
derecho a destrozar la Juno Ludovisi!
Federico Hebbel.

18 La Propiedad.

Aprioridad de este concepto. Teor as de la ocupaci n y de la es pecificaci n. Teor as i dividualistas de la propiedad (GOERDE, FICHTE). Teor as sociales. (Enc clica ˙Quadragesimo anno¨. Constituci n de Weimar).

La regulación de las relaciones entre los hombres en un mundo en el que la provisión de bienes es limitada, tiene que ser también una regulación de las relaciones de los hombres con las cosas, un reparto de las cosas que están al alcance del hombre. Con lo cual se muestra ya el derecho real como un concepto que ningún ordenamiento jurídico posible puede eludir. Es más, entre los derechos reales se nos aparece el concepto de propiedad como un concepto no fundado en la experiencia, es decir, como una categoría del pensar jurídico, anterior a toda experiencia del derecho (1). Es evidente que para repartir sin restos la multiplicidad de los posibles modos de relación para con la cosa en un número de derechos reales de contenido limitado, se requiere un derecho subjetivo que someta a la cosa al

---

(2) Diehl y Mombert, Ausgewählte Lesestücke zum Studium der politischen Ökonomie (Trozos de lectura escogidos para el estudio de la Economía política), vol. 14: La propiedad, 1924.

titular sin limitarla a un modo determinado de relación—un derecho a la «última palabra» sobre la cosa: la propiedad. Y puesto que en la propiedad queda autorizado el propietario para todos los modos de relación con la cosa, no pueden por eso surgir a su lado derechos reales de contenido limitado como derechos sobre la propia cosa, sino como derechos sobre cosa ajena. Tales derechos son creaciones de un ordenamiento jurídico determinado, pero nunca son conceptualmente necesarios; la propiedad por el contrario es un concepto indispensable para toda consideración jurídica. En todo orden jurídico cabe preguntar con plenitud de sentido en relación a cada cosa, quién sea su propietario. La respuesta a esta pregunta sólo puede provenir de la experiencia y está, por tanto, sometida a la crítica. La propiedad es una categoría jurídica a priori, no, empero, propiedad privada o propiedad común. Cuál sea la que rija, la propiedad privada o la propiedad común, sólo puede decírnoslo la experiencia jurídica; cuál de ellas deba regir, esto es ya cuestión de la Filosofía del Derecho. La Filosofía del Derecho de la propiedad privada tiene su expresión en las teorías sobre la propiedad (2).

Las más antiguas teorías sobre la propiedad, y todavía las más defendidas, son la teoría de la ocupación y la teoría de la especificación. La ocupación de las cosas sin dueño extiende el dominio del hombre sobre la naturaleza. Transforma un objeto de la naturaleza en un bien económico y cultural, crea de este modo un nuevo trozo de patrimonio nacional. De esta manera la ocupación sin variar nada en el objeto ocupado,se manifiesta al par como especificación, por ejemplo como «producción originaria». Para la teoría de la especifi-

cación en sentido estricto, o teoría del trabajo, no queda sometida plenamente la cosa al dominio humano por su apropiación, sino sólo luego de su transformación, de la elaboración de la materia bruta. Sólo el trabajo creador de bienes es, según eso, un título jurídico de la propiedad.

Contra la teoría del trabajo, y como una variedad de ella la teoría de la ocupación, se objeta doblemente. Por una parte, es capaz de cumplir su tarea, es decir, justificar la propiedad privada, sólo bajo relaciones económicas muy determinadas, sólo en cuanto la producción de bienes es obra de los individuos con sus propios medios de trabajo, trabajo manual, trabajo agrícola y, muy particularmente, trabajo intelectual. Tan pronto como la producción se hace en fábricas y latifundios con medios de producción ajenos y con división del trabajo, ejecutándose en este sentido de un modo colectivo, la teoría del trabajo tiene que llevar inevitablemente a consecuencias socialistas, a la expropiación de los medios de producción al propietario que no participe en el trabajo, y a la propiedad común de los trabajadores. Si con arreglo a la teoría del trabajo el Código civil (alemán), determina (§ 950) que aquel que por reelaboración o transformación de una o varias materias produzca una nueva cosa mueble, adquiera la propiedad de esa cosa, la aplicación de este precepto a la situación económica actual significaría ya por sí el socialismo, si la interpretación no entendiera por transformador o especificante a aquel en cuyo nombre se realiza la transformación, en vez de calificar como tal

---

(3) Así JHERING, Zweck im Recht (El fin en el derecho), tomo I, 4, 3ª ed., 1904, p. 404 ss.

al que la realiza con sus propias manos. Así, en la Encíclica de Pío XI sobre el orden social (1931) al reconocimiento del trabajo como título de propiedad, se añade: «naturalmente» sólo aquel trabajo que el hombre ejerce en propio nombre, posee fuerza creadora de propiedad.

Contra las teorías del trabajo y de la ocupación, al lado de las anteriores reflexiones sobre su doble filo, se erige, además, una objeción metodológica: ambas justifican la adquisición de propiedad sobre el supuesto de la existente institución de la propiedad privada; pero para nada justifican la institución misma. Responden a esta pregunta: ¿quién debe ser propietario? Pero no a esta otra: ¿debe existir la propiedad privada? La contestación a esta pregunta sólo puede obtenerse de la concepción fundamental sobre los últimos fines del orden jurídico. Igual que con respecto al derecho en general, puede verse a la propiedad o bien al servicio del individuo, del propietario, o bien al servicio de la sociedad, y distinguir de esta manera la teoría individualista de la propiedad, de la social (3). La teoría individualista de la propiedad corresponde a la concepción del liberalismo y de la democracia, mientras que la concepción social de la propiedad se encuentra al par en el conservadurismo y en el socialismo. Ahora bien, distinguiéndose en seguida en estos dos últimos, porque en la concepción socialista la propiedad, en último extremo, está para servir de nuevo a los individuos, a la «sociedad» constituida por individuos, mientras que en la concepción conservadora, la propiedad encuentra su fin último en el todo social, en la «totalidad». A la concepción individualista corresponde el concepto romano, a la social-conservadora, el concepto

germano de la propiedad.

La teoría individualista de la propiedad, o, como también podríamos llamarla, la teoría de la personalidad de la propiedad, ha alcanzado en GOETHE su forma más noble. La había vivido y también aquí lo que él vivió, logró forma consciente y clara expresión. En vez de muchos pasajes, nos referiremos tan sólo a dos.

Epimeteo. —¿Cuánto es, pues, tuyo?

Prometeo. —El círculo que llena mi actividad, ni por encima ni por debajo nada más.

Fausto. —Lo que has heredado de tu padre gánalo por ti para que puedas poseerlo. Lo que no se utiliza es carga muy pesada, sólo puede utilizarse lo que en el momento se crea.

A la concepción estática de la propiedad, como fundada ya para siempre desde que se la adquiere, se opone aquí una concepción dinámica. La propiedad exige, para emplear la palabra de moda, una permanente integración. Debe ser objeto de continua actividad y de utilización permanente, en una continua y renovada creación y adquisición; debe ser obra de una renovada e incesante ocupación y especificación. No hay duda de que GOETHE, con esta doctrina de la propiedad, pensaba en la más querida de sus propiedades, en sus colecciones. Estas representan unas de sus grandes obras, y no de las de menor dimensión entre las suyas: en ellas vivió imprimiendo y obrando su personalidad, en ellas la propiedad alcanzó consciencia como proyección de una personalidad, como expresión y ensanchamiento de la personalidad. Semejante propiedad, subordinada a la personalidad y penetrada por ella, se transforma en un todo orgánico en el que cada objeto por la inserción en la serie de los objetos semejantes,

gana en valor propio y también en valor económico. Surge entonces una nueva unidad más valiosa que la suma de sus partes; por su misma existencia la propiedad deviene productiva. El espíritu coleccionista nos ofrece a menudo, químicamente puro, uno de los aspectos de la propiedad: el coleccionista goza no tanto por la cosa misma, como por su posesión vínica con exclusión de los demás. Empero, en GOETHE se encuentran el goce de la cosa y el goce de la posesión en hermoso equilibrio. «Me es necesaria la propiedad —decía al canciller von Müller— para poder alcanzar el concepto preciso del objeto. Libre de las ilusiones que el apetito pone por debajo de un objeto, la propiedad me permite un juicio tranquilo e imparcial. Y, por eso, amo la propiedad, no por la cosa poseída, sino en méritos de mi formación y porque me tranquiliza y me hace por eso más feliz.» ¡La propiedad de las cosas sólo para la plenitud de su goce! Ahora bien, el gozador de las cosas sólo alcanza su plenitud luego de dar participación a los demás. El coleccionista GOETHE es el que en los «Años de viaje» (W. Meister) ha dado con su fórmula de la teoría individualista de la propiedad, al par de un modo insuperable el tránsito a la teoría social: «Propiedad y bien público» —lo que significa: propiedad como bien común.

Para la teoría de la personalidad no es la propiedad el señorío del hombre sobre la cosa, sino una re-

---

(4) La concepción de la propiedad como un estar al «servicio del valor de la cosa», ha sido bellamente expuesta por BRUNSTAD, Das Eigentum und seine Ordnung (La propiedad y su ordenación). Homenaje a Binder, 1930.

(5). Cf. a DEECKE, Lübische Geschichten und Sagen (Historias y leyendas de Lübeck), 5ª ed., 1911, núm. 216.

lación entre hombre y cosa. No sólo el hombre tiene dignidad, sino que también la cosa tiene su dignidad. No solamente el hombre utiliza la cosa, ésta, a su vez, exige también algo del hombre, le exige ser gozada y utilizada, mantenida y cuidada con arreglo a su propio valor, le exige, en una palabra, amor. De tal modo, que la relación entre hombre y cosa viene a aproximarse a la relación entre hombre y hombre, no únicamente cuando estas cosas son animales domésticos, para los que el no jurista resiste el calificar como cosas, sino también cuando sean simples cosas inanimadas. El hombre religioso expresa esta relación recíproca de deber entre el hombre y la cosa, esta exigencia de la cosa de ser no sólo poseída sino tratada según sus propias leyes, con la frase: «donación de Dios». «Como regalo de Dios», participa «nuestro pan cotidiano» en la santidad del pan que en la Misa se transforma en cuerpo del Señor (4). Por eso la madre prohibe al niño jugar con el pan, y mantiene la leyenda el recuerdo del castigo de aquellos que se rebelaron contra este mandato (5) ¡y el mismo Mussolini participa de esta reverencia, cuando para el fomento de la economía agraria de su país exige un día de fiesta en honor del pan.

Estas reflexiones las hemos hecho justamente para mostrar el estrecho ámbito de aplicación de esta teoría de la personalidad. Sólo para muy pequeño círculo de cosas puede pensarse aquella actitud de afección que

---

(6) A la justicia relativa de las teorías de la propiedad, validas sólo para un círculo limitado de bienes económicos, alude Tönnies en su artículo Eigentum (Propiedad), en el Handwörterbuch der Soziologie.

(7) Cf. KARL RENNER, Die Rechtsinstitute des Privatsrechts und ihre soziale Funktion (Las instituciones del derecho privado y su función social), 1929.

la teoría de la personalidad de la propiedad supone: habitación y vestidos, libros y colecciones, instrumentos y objetos de arte. Corresponde, pues, a un mundo económico de artesanos y labradores, pero no se adapta al mundo de las fábricas, bancos y latifundios (6). En este mundo, las cosas que el hombre podría apreciar y amar por ellas mismas, se han transformado en mercancías que el hombre tiene, no para poseerlas continuamente, sino para desprenderse de ellas lo más pronto posible y «realizarlas» económicamente por su transformación en dinero. Si en la «propiedad» se subraya ese ser «propio para», la correspondencia cualitativa de la cosa con su propietario, ahora se concibe el conjunto de objetos como «patrimonio» sólo por su valor en dinero, únicamente por su poder cuantitativo en el mercado. En el patrimonio se desnaturaliza la propiedad: patrimonio equivale a valor en numerario y, principalmente, al dinero mismo. Ahora bien, el dinero ya no es propiamente una cosa más, sino una pretensión o posibilidad de cosas, semejante en eso al derecho de obligaciones y, por esto, en la situación económica actual, cosas, dinero y derechos de obligación se encierran en una nueva unidad de concepto, que ya no coincide con la vieja unidad conceptual de la propiedad, sino que la cruza. Esta falta de adecuación entre los conceptos de la ordenación jurídica de la propiedad y los conceptos del orden económico, así como la variación funcional que en la economía ha sufrido el concepto de propie-

(8) Correspondiendo a esto TÖNNIES distingue entre propiedad como objeto de la voluntad de personalidad y la propiedad como objeto de la voluntad de poderío. Cf. Das Eigentum (Schriften der soziolog. Gesellschaft in Wien), 1926, p. 19.

dad, han sido descritas de un modo tan breve como penetrante (7). Aquí nos interesa sólo desde este punto de vista, que la propiedad, con excepción de un estrecho círculo de cosas, ha perdido el carácter de una relación de afección para convertirse simplemente en una relación de fin (8).

Contra la teoría de la personalidad puede presentarse todavía una segunda objeción. BECCARIA calificó en otro tiempo a la propiedad como un «derecho temible». La propiedad no sólo presenta el aspecto positivo del goce de una cosa, sino también el negativo de la exclusión de otro; y en su forma sociológica de capital, no sólo excluye a otro de la propiedad de un objeto determinado, sino de la propiedad en absoluto. El capital tiene como su correlato al proletariado; la propiedad en esta forma implica la existencia de hombres sin propiedad alguna. El desarrollo de la personalidad merced a la propiedad, se realiza así en unos pocos y esto a costa de los innumerables otros imposibilitados para ello. La teoría de la personalidad exige, pues, una transformación, si con la democracia quiere ofrecer a todos idéntica coyuntura y no contentarse, de acuerdo con el liberalismo, con ser sólo una posibilidad para los más fuertes. Debe poner junto al derecho de propiedad el derecho a la propiedad, es decir, el derecho al trabajo. Esto es lo que hizo FICHTE, y no como negación socialista del derecho de propiedad privada, sino como afirmación democrática de ese derecho. La propiedad privada excluye a uno del goce de la cosa que a otro garantiza. Desde el punto de vista de la igualdad democrática sólo se justifica, en tanto que aquel goce sea universal y la exclusión sea recíproca. Esta idea encuentra su expresión en el supuesto de un con-

trato ficticio de recíproca garantía existente entre los propietarios. De igual modo a como los individuos se garantizaron recíprocamente su libertad en el contrato social, se garantizan mutuamente su propiedad en este otro pacto. Ahora bien, este contrato sólo puede considerarse como concluso y válido entre propietarios: el carente de propiedad no tiene interés alguno en entrar en un contrato por el que se obliga únicamente al respeto de la propiedad ajena, sin obtener él una pretensión al respeto de sus propios bienes; por tanto, no puede ser fingido como tal contrayente en ese contrato. Por eso es por lo que aquel contrato de propiedad no puede obligar al que carece de ella. Cada cual sólo tiene su propiedad bajo la condición de que todos puedan vivir de su propiedad. Desde el momento en que hay alguien que padece miseria, deja de pertenecer a cada uno el trozo de su propiedad que es preciso para libertar al necesitado de su miseria. Aun cuando sólo sea un único individuo el excluido de la propiedad pierde ésta, no obstante, en la sociedad su razón de existencia.

Detrás de la ficción filosófico-jurídica del contrato de propietarios, se oculta un hecho sociológico: que, en efecto, el orden económico fundado sobre la propiedad privada estaba justificado y funcionaba sin quejas en un estado social en el cual pequeños propietarios se enfrentaban en una situación de igualdad muy

(9) Cf. PASCHÛKANIS, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus (Teoría general del derecho y marxismo), 1929, p. 102.

(10) La teoría social de la propiedad ha sido caracterizada de modo formalista y antiintuitivo como teoría legal. Esta caracterización quiere expresar que no es el Derecho Natural el que obliga a la Ley a una regulación determinada de la propiedad, sino que es la ley la que decide

aproximada. En la conservación de este estado social tenían todos sus participantes el mismo interés. Allí donde cada uno puede decir a otro: do, ut des, pueden también decirse mutuamente: habeas, quod habeo. La reciprocidad del mercado creó el reconocimiento recíproco de la propiedad. Durante todo el tiempo que en la economía doméstica cerrada cada unidad económica se bastó a sí misma, la propiedad fue más relación con una cosa que relación con otros hombres; pero luego que la cosa se convirtió en mercancía surgió la relación de la propia cosa con otros y de la cosa ajena con nosotros, apareció la pretensión al respeto recíproco de la propiedad y llegó a plena claridad de conciencia el derecho de propiedad como una relación entre hombres, para perder a seguida esta justificación por la reciprocidad, tan pronto como por evolución necesaria de aquella economía del mercado libre se llegó a la separación de propietarios y no propietarios y con ello a la aparición de una clase que, en adelante, ya no tiene ningún interés en el reconocimiento del derecho de propiedad (9).

Las teorías individuales de la propiedad no fueron nunca, sin embargo, puramente individualistas. Se fundaron sobre el supuesto de una armonía preestablecida entre el goce individualista y el bienestar general. Las teorías sociales de la propiedad se distinguen de ellas por el conocimiento de que esta armonía es una ilusión, de que la función social de la propiedad no está

---

autónomamente sobre esta regulación. Ahora bien, en cuanto aquel Derecho Natural contra el que la teoría legal se dirige es de impronta individualista, sólo puede ser entendida la teoría legal en el sentido de la teoría social de la propiedad.

unida indisolublemente con la individual, sino que más bien hay necesidad de fomentarla y asegurarla de un modo muy particular (10). La teoría social de la propiedad ha logrado hace poco una manifestación de gran autoridad en la Encíclica «Quadragesimo anno» (1931), anteriormente citada. En ella se distingue entre derecho de propiedad y disfrute o uso de la propiedad. En el derecho de propiedad aparece el aspecto individual relacionado con el bienestar del individuo, empero, en el uso de esa propiedad, surge el aspecto de la propiedad que se vuelve hacia el bienestar general. La función individual del derecho de propiedad pertenece al derecho natural, en cambio, la función social, a la que se subordina el uso de la propiedad, pertenece a la Etica; por consiguiente, no puede ser ésta objeto de demanda si el legislador no introdujo este deber social ético del propietario en su legislación positiva. Empero, el legislador debe y puede regular con mayor exactitud el uso de la propiedad de acuerdo con las exigencias del bienestar general, y hasta le está permitido (lo cual está declarado en lugar poco visible de la Encíclica) «reservar determinadas clases de bienes al poder público, porque la fuerza enorme que a ellos va unida, no puede ser abandonada en manos privadas sin daño del bienestar público». De esta manera, y con notable parecido con las prescripciones sobre la propiedad en la constitución de Weimar, llegan entre sí a una especie de compromiso el derecho natural individualista de la propiedad, la ética social de ésta y la posibilidad de regulación jurídico-positiva, tanto de su uso, atenido a fines sociales, como de su expropiación por causa social. También en el art. 153 de la constitución del Reich se garantiza ante todo la propiedad individualista, pero

uniendo a esta garantía el deber ético de un uso social. «La propiedad obliga. Su uso ha de constituir, al mismo tiempo, un servicio para el bien común.» «Este precepto liga al ciudadano sólo moralmente, al juez como regla interpretativa, y al legislador como precepto jurídico director.» (GIESE). La ley guiada por puntos de vista sociales aparece, pues, como el tercer poder jurídicamente determinante de la propiedad: «Su contenido y sus límites derivan de la ley.» La legislación está fa-

cultada para elevar del plano moral de vigencia al jurídico, la «hipoteca social de la propiedad». Con ello alcanza la función social, todavía en manos de la Etica, un camino para transformarse en deber jurídico. Ciertamente, los deberes sociales de la propiedad no están bajo la sanción de una ley vigente, sino más bien bajo la sanción de una ley posible; es decir, está permitida la posibilidad de estas sanciones. Así pues, también para la consideración jurídica aparece hoy la propiedad privada como un espacio libre para la iniciativa particular, confiado al individuo por la comunidad, pero confiado sólo en expectativa de un uso social y, por tanto, retirable, siempre que dicha expectativa no se cumpla; es decir, se trata de un derecho limitado y condicionado y no de un derecho «sagrado e inviolable», ilimitado y justificado por sí mismo.

Hasta qué punto la función social de la propiedad puede conciliarse con su función individual y en qué medida los inevitables abusos individuales pueden llevar a la compulsión en beneficio de la función social de la propiedad y a entregar determinados objetos —minas, tierras y medios de producción— a la comunidad, todos estos son problemas de la ciencia de hechos de la Economía y no de la ciencia de valores de la Filosofía jurídica; es decir, problemas, no del fin, sino de la posibilidad de su logro, problemas a los que justamente por eso ha de responderse de un modo unívoco, pero cuya respuesta no es objeto de nuestra profesión.