

# CONTESTACION AL DISCURSO DE RAIMUNDO CLAR GARAU

**RAFAEL GIL**

NOTARIO

Es para mí un honor que se me haya encomendado la respuesta al Discurso de Raimundo Clar Garau de ingreso en la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Baleares, no sólo por sus méritos, que ha puesto de relieve nuestro Presidente Miguel Coll Carreras, sino por la entrañable amistad que nos une a Raimundo y a mí desde hace tantos años.

\* \* \*

El primer mérito que hallo en el discurso del nuevo académico es su capacidad de síntesis. En efecto, el tema de la propiedad es tan amplio, ofrece tantas facetas y ha sido objeto de tantos estudios y comentarios, que resumir con claridad su evolución y problemática actual en tan breve espacio, ofreciendo, como hace este discurso, un claro análisis, exige unos amplios conocimientos y lecturas. El libro de Jacques Attali, citado por Raimundo Clar, tiene 448 páginas y en su bibliografía apunta 448 títulos. ¡Un libro por página! Esto da para mí la talla del discurso que nos ocupa.

Tras una breve introducción, se ocupa el nuevo académico de exponer la evolución histórica de la institución que inicia en el año 2000 antes de Cristo, en el mundo egipcio, y que se configura a partir de la antigua Grecia como un derecho absoluto que recoge Roma, si bien a partir del Cristianismo apunta ya numerosas referencias a la función social.

El reconocimiento de la propiedad privada como derecho esencial del hombre se sanciona en el Código Napoleónico y pasa a nuestro C.C. en el artículo 348, cuya declaración se mantiene vigente en nuestros días. Pero, como

señala el nuevo académico, surgen en torno de este concepto tantas y tantas limitaciones, graduaciones y reservas que cabe plantearse una doble pregunta:

- ¿Existe un derecho de propiedad unitario?
- ¿En el caso de que exista, cuál es su contenido mínimo?

En cuanto a lo primero no cabe duda de que la pregunta no es ociosa. Al lado de la idea tradicional de propiedad han surgido otros conceptos que justifican que un sector de la doctrina nos diga que no hay propiedad sino propiedades y que no es lo mismo la propiedad del suelo, de la tierra, de la empresa, que la propiedad del autor sobre su obra intelectual, del inventor sobre su invento, del consumidor sobre las cosas que consume o que utiliza de forma exclusiva.

Otro sector de la doctrina, a la que se apunta Raimundo Clar, considera que la naturaleza del derecho es la misma sin que obste a ello el hecho de que las facultades del propietario puedan ser limitadas, cercenadas y restringidas en aras de que la propiedad cumpla, en cada caso, la función social que le está encomendada. De esta forma en algunos casos las facultades de uso, goce y disposición que integran el dominio se mantienen plenamente en tanto que en otros estas facultades son limitadas hasta el punto que hacen difícil reconocer en aquel derecho a la propiedad.

Y aquí surge la segunda pregunta que se hace el nuevo académico: ¿Cuál ha de ser el contenido mínimo o esencial del derecho de propiedad? Y contesta: «El contenido mínimo de la propiedad está constituido por unos ciertos poderes de goce y disposición que constituyen en un momento dado y según LA CONCIENCIA SOCIAL, la forma natural y típica del ejercicio de este derecho».

O dicho de otra forma: La conciencia social de cada momento determina el contenido mínimo del derecho de propiedad y, en consecuencia, fija los límites que la configuran, justificando dichos límites en una llamada función social.

Al principio del discurso y al hilo del comentario de diversas sentencias, declaraciones y opiniones, indica Raimundo Clar la posible disparidad que existe entre por lo que función social entiende el propio autor del discurso y los de las sentencias y comentarios que apostilla.

Esta declaración me suscita la siguiente pregunta: ¿Existe también un concepto unitario de FUNCION SOCIAL o por el contrario habremos de estar al criterio, oportunidad o ideología de cada juzgador o legislador? ¿Dependerá así la función social, que delimita y condiciona el ejercicio de la propiedad, del criterio personal y variable de cada juzgador o legislador? Por el contrario el juzgador o el legislador ¿deben atender a un concepto unitario y abstracto de FUNCION SOCIAL extraído de la CONCIENCIA SOCIAL, de la opinión pública, con renuncia y sacrificio de la particular y propia opinión?

Entiendo que, si no se quiere caer en la arbitrariedad y la inseguridad, en la confusión permanente, habrá que intentar conectar con la realidad social del momento, habrá que profundizar en eso que Raimundo Clar llama CONCIENCIA SOCIAL, para extraer de ella un concepto abstracto y unitario de función social.

Porque tan legítimo puede ser atribuir a la propiedad privada un carácter absoluto, si la conciencia social del momento así lo permite, como negar su existencia si esa conciencia social lo rechaza. No se trata así de legitimidad sino de oportunidad: La conciencia social contemporánea rechaza y reprueba la esclavitud pero esa conciencia social no se escandalizaba ante ella en el siglo XVIII, sino que la admitía como algo normal y corriente.

Para mí y aquí inicio mi respuesta al magnífico discurso de Raimundo Clar, el problema que tiene que resolver el jurista es intentar averiguar cuál es la realidad social que le circunda, en qué consiste la conciencia social, qué ideas y principios la conforman, qué factores concurren en su configuración, cuál es, en definitiva, la preponderante opinión pública. Y a partir de aquí no será difícil averiguar hasta dónde esa conciencia social va a admitir el ejercicio de la propiedad o hasta dónde va a permitir que se le pongan límites.

Cierto que el jurista honesto puede encontrarse con un resultado que no le agrade, que los factores que han moldeado la conciencia social que ha descubierto, no siempre inocentes ni limpios, sino con frecuencia fruto de la manipulación o de la propaganda, dan como resultado una opinión pública extraña a la propia conciencia, a las propias convicciones, al propio sentido de la vida. Pero no menos cierto que si antepone esa propia convicción, aunque sea la más justa y racional, a la convicción mayoritaria, su acción, juicio o conducta no prevalecerá.

Dicho lo anterior pretendo a partir de este momento reflexionar sobre aquellos factores que, en mi opinión, concurren a la formación de la conciencia social contemporánea y, consiguientemente, en la elaboración de ese concepto un tanto gaseoso que se llama función social.

Esos factores que creo que moldean actualmente la conciencia social, la opinión pública, son: la socialización, el pensamiento cristiano-marxista, la masificación y la reflexión ecológica.

## LA CONCIENCIA SOCIAL

En el año 1931 decía ORTEGA Y GASSET: «Desde hace sesenta años el más enérgico factor de la historia universal es el magnífico movimiento ascensional de las clases obreras. Se trata de una corriente tan profunda y sustancial que tiene la grandeza e incoercibilidad de los hechos geológicos. Toda política tendrá que ir, a la postre, inscrita dentro de ese formidable flujo, tiene

que contar con él y aceptarlo como se acepta el avance de nuestro sistema solar hacia la constelación de Hércules».

Años antes TOCQUEVILLE había vaticinado que el mundo marchaba presionado por un gran principio dinámico consistente en una progresiva nivelación de las condiciones de vida. Es indudable que se está promoviendo un imparable proceso hacia la igualdad que pone de manifiesto el siguiente párrafo de la *Pacem in Terris*: «En nuestro tiempo resulta ya vieja aquella mentalidad secular según la cual unas determinadas clases de hombres ocupaban un lugar inferior, mientras otras postulaban el primer puesto en virtud de una privilegiada situación económica y social, o del sexo o de la posición política». Este proceso es lento, está lleno de obstáculos, de retrocesos, de reticencias pero como ha dicho NAVARRO RUBIO «En la reflexión serena se puede contemplar el fenómeno social con toda justeza; se puede ver la dirección de su marcha; se puede presentar un escorzo exacto de los problemas más inmediatos que tiene planteados... y ver con lucidez el horizonte». Y añade: «Esta corriente hizo saltar las estructuras económicas y sociales de la esclavitud. Ha sido la fuerza que, unas veces por caminos de evolución y otras de choque, ha logrado hacer realidad puntos decisivos de la justicia social y ha movido el reconocimiento general de un cuadro de derechos de la persona humana como tal, al mismo tiempo que reclamaba su participación en toda clase de bienes económicos, culturales, sociales y políticos».

Y continúa «se podrá decir y con razón que no todo es positivo en la marcha de la corriente social. Que existe una clara propensión a presentar los avances como derechos, sin conceder la misma importancia a los deberes, que habrían de ser correlativos. Que esos pruritos de libertad, independencia y espontaneidad no están suficientemente cotrarrestados por un claro sentido de la responsabilidad y que hay una especie de impaciencia revisionista que quiere llevar un ritmo superior al que permiten las circunstancias. Pero esto no altera el planteamiento: la corriente social se nos sigue presentando como un fenómeno insoslayable e irreversible que exige, frecuentemente, un esfuerzo de adaptación, de comprensión y de indudable sacrificio de valores muy legítimos».

Es indudable que esa corriente social hacia horizontes de igualdad y dignidad humana ha de encontrar y encuentra en su camino obstáculos y resistencias que la hacen parecer como paralizada o como acelerada hacia objetivos de resultado negativo. Ello es lógico por la acción de fuerzas conservadoras o por fuerzas revolucionarias que pretenden monopolizar el calificativo de sociales y que actúan en persecución de fines de poder y dominación. Y es también cierto que las fuerzas conservadoras de todos los países defenderán con firmeza el mantenimiento de sus viejas posiciones. Pero la corriente social está formada por un conjunto de aspiraciones que construyen un auténtico ambiente general, quizás no consciente ni organizado, pero que late en la con-

ciencia humana y frente al que nadie se atreve a manifestarse ya que ese espíritu se considera consubstancial con nuestro tiempo.

Todo ello conlleva a una progresiva participación en el ejercicio y disfrute de los derechos que impone su redefinición y su recorte, su restricción o incluso su expropiación para sus titulares tradicionales. Y entre ellos, lógicamente, como primero, el derecho de propiedad, de la tierra, de la vivienda, de la empresa, con la exigencia de un cambio de mentalidad abriendo el paso a la Historia.

## EL PENSAMIENTO CRISTIANO-MARXISTA

Otro de los factores formadores de esa conciencia social es el que constituye la doctrina social de la Iglesia que, de forma directa o indirecta, consciente o inconscientemente, ha penetrado claramente en el Occidente europeo gobernado predominantemente por partidos cristiano demócratas.

El pensamiento social de la Iglesia se expresa claramente en sus inicios con la Encíclica RERUM NOVARUM de León XIII, continúa en la Cuadragésimo Anno de Pío XI, en los discursos de Pío XII, la Pacem in Terris de Juan XXIII y se profundiza radicalmente en la Populorum Progressio de Pablo VI, cuya rotundidad ha dado pie a numerosas críticas y análisis.

La Populorum Progressio constituye, no cabe duda, un severo ataque al capitalismo liberal, con una parcialidad que ha sido criticada por los economistas que ponen de manifiesto su superficialidad y su utopismo.

Su rotundidad no tiene paliativos: Entre los principales obstáculos para que sea realizable una paz justa, promovida a través del armónico desarrollo de todos los pueblos, se cita textualmente: «la propiedad privada de los medios de producción y el principio de libre concurrencia».

Ya Juan XXIII en su Encíclica subrayó fuertemente la dimensión social de la propiedad privada. Sin embargo Juan XXIII sigue sosteniendo el principio de que la propiedad privada es de derecho natural, si bien en el sentido de que todo hombre tiene un derecho natural a la propiedad privada. La doctrina de Juan XXIII se formula con mayor radicalidad en la Populorum Progressio de Pablo VI al poner como piedra clave el principio de destinación universal de todos los bienes para todos los hombres. Por ello el primer obstáculo que es preciso superar para que la Encíclica pueda ser eficaz —dice RUIZ JIMENEZ— es revisar a fondo toda la temática de la propiedad privada: hay que poner el acento en la socialización de los medios de producción y si bien no se niega la propiedad privada ni para los bienes de consumo ni para algunos bienes de producción, se propugna la socialización de las fuentes de energía natural, de las tierras cultivables y de las empresas y servicios que entrañen una importante concentración de poder económico-social.

No es de extrañar que estos postulados conecten fácilmente con proposiciones marxistas que informan a una gran parte de la intelectualidad de los últimos decenios. Así EDUARDO CIERCO en sus comentarios sobre la Encíclica de Pablo VI trae a colación a los Santos Padres:

San Ambrosio: La naturaleza da todo en común a todos. Dios ha creado los bienes de la tierra para que los hombres los disfruten en común y para que sean propiedad común de todos.

San Agustín: No por virtud del derecho divino sino por virtud del derecho de los emperadores pueden algunos decir: ésta es mi casa, este servidor es mío.

Y tras ello pregunta directamente: «¿No tienen estas frases un sabor marxista?» Y contesta: «Pues no son de Marx, son de Santos Padres de la Iglesia».

El pensamiento cristiano conecta así con los intelectuales marxistas de la Europa Occidental produciéndose el siguiente fenómeno que apunta Raymond Aron en su «Defensa de la Libertad»: «El marxismo desempeña un papel opuesto en Oriente y en Occidente. Allá sirve para justificar el poder, aquí para criticarlo. Los unos la emprenden con la doctrina en nombre de la cual son oprimidos, los otros aprovechan tales o cuales elementos de la misma doctrina porque les parece la mejor denuncia del régimen capitalista».

Indudablemente la realidad se ha encargado de poner de manifiesto que las utopías y los sistemas políticos que de ellas emanan, no hacen a los hombres ni más felices, ni más libres y que la alternativa a la propiedad privada y al mercado no puede ser el colectivismo y la planificación burocrática. Por eso dice ARON «si el marxismo puede pasar por algo vivo y Marx por contemporáneo nuestro ello es debido a Occidente», donde nunca se aplicó el sistema comunista, pero donde la labor de los intelectuales de izquierda, la gran mayoría en la Europa de los últimos treinta años, ha impregnado de doctrina marxista muchas de las instituciones que constituyen el soporte de la sociedad abierta y liberal donde viven. Esto lo escribía ARON en los años setenta. Cuál no hubiera sido su asombro si hubiera podido conocer la caída estentórea de los regímenes comunistas poniendo al descubierto los fracasos en la práctica de esas bellas utopías de igualdad y propiedad común, compartidas por los Santos Padres y los utópicos del marxismo.

Pero si la praxis ha resultado un fracaso y la apertura del Este hacia la propiedad privada y el mercado un revulsivo para las tesis colectivistas, es lo cierto que desde Occidente el reconocimiento de este hecho se hace siempre a regañadientes, a disgusto y que las ideas contrarias a la propiedad privada y al mercado palpitan fuertemente en diversos medios de opinión capaces de influir en la formación de la conciencia social. En definitiva parece que no queda más remedio que aceptar que la economía funciona mejor cuando se funda en principios liberales, pero se repugna de ello y no se desaprovecha



ocasión de postular lo contrario creando una idea confusa en la opinión pública que quiere vivir en el confort del capitalismo pero sin propiedad privada ni capitalistas.

## LA MASIFICACION

Otro de los factores configuradores de la conciencia social es la masificación que puede entenderse en el sentido en que lo hace FERRATER MORA, es decir, como «el fenómeno de la elevación del mayor número de seres humanos a las posiciones que durante centurias habían sido reservadas a unos pocos» sin que esto signifique que esa sociedad sea un conglomerado amorfo. Pero existe además un concepto de masa que corresponde a «proceso de masificación» que produce, como dice RECASENS SICHES, «un nuevo tipo de hombre, el hombre masa, caracterizado por su apetencia de disfrute, unida a la falta de sentido de responsabilidad». Masa —dice ORTEGA Y GASSET— es el hombre medio... es la cualidad común, es lo mostrenco social, el hombre en cuanto no se diferencia de otro hombre, sino que repite en sí un tipo genérico».

JUAN VALLET DE GOYTISOLO estudia en su trabajo sobre el Derecho y la Sociedad de Masas, las causas de la masificación y señala como tales:

– EL DESARRAIGO RELIGIOSO, que BRUNNER considera como la causa más profunda de la masificación. Sucede —dice este escritor— que la apatridia religiosa arranca al hombre de la estructura metafísica. «El desarraigo religioso tiene lugar —dice VALLET— tanto o más que por la pérdida del sentido trascendente de la religión, por el paso del teocentrismo al antropocentrismo, mediante el cual el hombre se adora a sí mismo y al adorar su mediocridad, adora la masa amorfa, que en sentido abstracto denomina Humanidad, y sus obras, que llama Progreso».

– LA FORMACION DE LAS GRANDES CIUDADES INDUSTRIALES MODERNAS. Ya TOCQUEVILLE había dicho premonitoriamente, a mediados del siglo XIX: «Los hombres sienten en sociedades constituidas de esta forma, irresistible inclinación a no preocuparse sino de sus intereses particulares, a no pensar más que en sí mismos y a retraerse en un individualismo estrecho que mata las virtudes públicas». Y añade: «El deseo de enriquecerse a toda costa, la pasión por los negocios, el afán de lucro, el logro del bienestar y de los goces materiales, son las pasiones más comunes en estas sociedades».

– LA PROPAGANDA que no sólo es un instrumento del mercado sino que es aplicada también a la política. El universo político no es un universo real, sino psicológico creado a fuerza de «slogans» e imágenes en blanco y negro, de palabras clave como «pueblo», «proletariado», «trabajo», «concertación», «libertad», «lucha», «beneficio», «explotador», «alienación», «marginación», «consumo», etc., que cierran el paso a la aceptación de cualquier suge-

rencia, de cualquier matización. «El lector de un periódico —dice DE CORTE—, el oyente de la radio, el espectador de televisión, creen conservar su libertad de juicio, pero se engañan. No pueden discernir lo verdadero de lo falso en la masa de noticias que cada día surgen y cooperan, queriéndolo o no, con la civilización artificial que condenan». «El hombre —dice AYALA— pierde la libertad e independencia en el pensar, en el sentir, en el querer y recibe sus opiniones y juicios de fuera, de la prensa, de la radio, de los lemas y consignas que estos medios de propaganda le proporcionan.

Surge así la masa que, como ha dicho ORTEGA Y GASSET, «se encuentra con un paisaje lleno de posibilidades puesto a su disposición, sin depender de su propio esfuerzo, y que es lo suficientemente poco inteligente como para creer que esa organización material y social, puesta a su disposición, como el aire, le pertenece a cambio de nada. No le preocupa más que su bienestar y al mismo tiempo es insolidaria de las causas de ese bienestar».

De este fenómeno de la masificación deriva necesariamente un Derecho de Masas que —como observa Vallet— suele estar exento de una visión social plena y de una perspectiva orientada hacia el futuro, y partiendo de un ideal abstracto de igualdad sólo acaba intentando resolver empíricamente las necesidades urgentes y apremiantes. Por eso no es raro que al solucionar un problema nos cree otro nuevo. Este Derecho suele ser un Derecho coercitivo que obedece a un orden planificado. Lo característico del mismo es la publicación como medio de hacer el Derecho Social. La penetración del Derecho Público en la esfera privada. No es necesario insistir mucho para comprender de qué forma ese fenómeno masificador ha de influir en la configuración moderna de la propiedad privada.

## LA REFLEXION ECOLOGICA

Un factor de creciente influencia en la conciencia social es el convencimiento de que el desarrollismo de los países industrializados está poniendo en peligro la supervivencia del hombre en un medio cada día más contaminado, más destruido. Como ha dicho Aurelio Pecei en su «Testimonio sobre el futuro», «los recursos vivos del planeta decrecen al mismo tiempo que la población aumenta. Las tierras cultivables y los bosques están disminuyendo a un ritmo acelerado. La diversidad genética de las plantas y de los animales disminuye, empobreciendo el patrimonio cultural de la humanidad».

Hasta 1950 las áreas cultivables aumentaron al mismo ritmo que la población mundial. De 1950 a 1975 el crecimiento de aquéllas fue inferior y las previsiones para el último cuarto de siglo señalan una progresiva disminución.

Los grandes mantos forestales están igualmente condenados o en peligro. La sustitución de la naturaleza por el cemento, la eclosión de las urbanizacio-



nes, la destrucción del paisaje y de los recursos está levantando un estado de opinión tanto desde la izquierda como desde la derecha. Empieza a formarse una conciencia social conservadora del medio ambiente y de la naturaleza que necesariamente ha de influir en la concepción de la propiedad privada y en el ejercicio de las facultades de los propietarios. Cada día que pasa las medidas proteccionistas, limitativas de los derechos de propiedad, cuentan con mayor apoyo social.

Como ha dicho RAMON TAMAMES, en su obra *Ecología y Desarrollo*: «Vivimos en el único planeta azul del sistema solar. El único en que hay atmósfera y agua, el único en el que hay vida. Un fenómeno tan singular como la vida depende de que se mantenga el conjunto de ecosistemas que le sirve de soporte, de que se conserven los equilibrios básicos de la naturaleza».

Las medidas que habrán de ser tomadas para evitar que sigan saqueándose hoy los recursos del mañana han de suponer, no cabe duda, una fuente constante y progresiva de limitaciones de la propiedad privada y de su ejercicio.

## CONCLUSION

En fin y para concluir, estos cuatro agentes: socialización, pensamiento cristiano-marxista, masificación y ecología, configuran y moldean la conciencia social de la que deriva el espíritu que informa las Leyes y las decisiones de los juzgadores. El resultado a que se llega por la concurrencia de estos factores, frecuentemente confusos e incluso contradictorios, puede agradar o no. Yo me he limitado a una exposición aséptica para la que he utilizado con frecuencia voces ajenas de un valor muy superior a la mía.

Creo que el descubrimiento de esa conciencia social contemporánea ayudará a conocer cuál puede ser en cada momento el contenido de la propiedad privada. El alejamiento de aquélla, por exceso, en planteamientos «progresistas» impuestos a fortiori, o por defecto, en defensas conservadoras anacrónicas, nos puede llevar a un total divorcio entre el Derecho y la realidad social a la que debe servir.

Y con ello concluyo.

Querido Raimundo, gracias por tu discurso y bienvenido a la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Baleares.