

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**A PROPÓSITO DE UNA PRETENDIDA FUNCIÓN SOCIAL DE
LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO: UNA VISIÓN
ACTUAL BAJO EL PRISMA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL
DERECHO (AED)**

**FOR THE PURPOSE OF A PRETENDED SOCIAL FUNCTION
OF PROPERTY IN ROMAN LAW: A CURRENT VISION
UNDER THE PRISM OF THE ECONOMIC ANALYSIS
OF THE LAW (AED)**

Rafael Bernad
Catedrático de Derecho Romano
Universidad San Jorge de Zaragoza
rbernad@usj.es

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO: II.1. INTRODUCCION; II.2. LIMITACIONES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD: II.2.1. GENERALIDADES; II.2.2. LIMITACIONES LEGALES DE DERECHO PRIVADO; II.2.3. LIMITACIONES LEGALES DE DERECHO PUBLICO: II.2.3.1. EN GENERAL; II.2.3.2. EN ESPECIAL, LA EXPROPIACION POR CAUSA DE UTILIDAD PUBLICA Y EN INTERES DEL BIEN COMUN. III. LA NOCION DE UTILIDAD PUBLICA E INTERES COMUN EN ROMA: III.1. UTILIDAD PUBLICA E INTERES COMUN EN LA PROPIEDAD ROMANA; III.2. SOBRE UNA PRETENDIDA FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO; III.3. UTILIDAD PUBLICA, INTERES COMUN Y FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD ROMANA BAJO EL PRISMA ACTUAL DEL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO (AED). CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

I. PLANTEAMIENTO

Sabido es que una de las instituciones jurídicas por excelencia ha sido y lo sigue siendo la propiedad. Su importancia se constata a lo largo de los tiempos en la medida que incluso las civilizaciones más primitivas la conocieron y aplicaron, sea cual fuere su modalidad, o su distinto grado de desarrollo y evolución.

También es cierto, aunque no sin controversia¹, que las primeras expresiones de la propiedad en Roma tendrían un contorno colectivo² en el ámbito de la *gens* bajo el poder de los distintos *patres gentis*, y que el individualismo propio del derecho romano³ propiciaría la aparición de la propiedad individual, hasta que más adelante se produjo su definitiva consolidación.

En efecto, no podemos omitir el carácter de transitoriedad otorgado al condominio en Roma mediante la atribución a cada uno de los condóminos de una cuota ideal *-pars pro indiviso*⁴ como solución frente al escollo que representaba la máxima romana “no puede existir sobre la misma cosa el derecho exclusivo de dos propietarios”⁵, cuya consecuencia se traducía en la nulidad de todo pacto destinado a mantener una comunidad con visos de perpetuidad⁶.

¹ FUENTESECA DEGENEFEE, M. *La formación romana del concepto de propiedad (dominium, proprietas y causa possessionis)*. Dykinson. Madrid. 2004, pág. 19.

² KASER, M. *Derecho privado romano* (trad. Santa Cruz Teijeiro). Reus. Madrid. 1982, págs. 101 y 102.

³ Por ello se ha identificado el régimen jurídico clásico de la propiedad como “la más firme expresión del individualismo”. Al respecto, DE MARTINO, F. *Individualismo y Derecho Romano Privado* (trad. F. Hinestrosa). Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1978, pág. 40. Con relación a este carácter tan representativo del Derecho romano, IHERING, R.V. *El espíritu del derecho romano*. Marcial Pons. Madrid. 1977, pág. 286.

⁴ D. 13, 6, 5, 15 (“*totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*”, es decir, como si tuviera una parte del dominio de toda la cosa indivisa).

⁵ D. 13, 6, 5, 15.

Sin embargo, el pretendido carácter absoluto de la propiedad romana no permitía al *dominus* usar y disponer de la cosa ilimitadamente pues, aunque regía el principio “*qui suo iure utitur, neminem laedit*”, esto es, quien ejerce su derecho no perjudica a nadie, emergía en contraprestación y como antídoto la necesidad de respetar tanto los intereses generales, cuanto el de los terceros que pudieran resultar perjudicados. Por ello, paulatinamente, el *dominium* fue recortándose en aras de la conciliación y del equilibrio entre los intereses del *dominus* y los del *populus romanus* o de los terceros. A tal efecto, surgen las limitaciones legales del derecho de propiedad sobre esclavos y bienes inmuebles. Con relación a las de los bienes inmuebles, a su vez, se distinguió entre las del *ius publicum* y las del *ius privatum*⁶, según mediaran intereses sociales del *populus romanus*, o bien estuvieran presentes los intereses de los particulares como consecuencia de las relaciones de vecindad entre fundos limítrofes.

Haremos hincapié sobremanera en las limitaciones legales de derecho público, con una referencia especial a la expropiación por causa de utilidad pública y en interés del bien común, puesto que aporta un aspecto más que relevante y significativo en un derecho tan marcadamente iusprivatista como el derecho romano.

⁶ D. 10, 3, 14, 2.

Además, contemplaremos el derecho de propiedad al amparo de una visión moderna que entronca con su función social, reconocida generalmente en la mayoría de los textos constitucionales.

Con ello podremos constatar la superación del carácter absoluto de la propiedad romana impregnado en la codificación decimonónica, que presenta un derecho de corte liberal influido por el iusnaturalismo⁸, elevado a la categoría de derecho fundado en la dignidad humana y que, al rebujo del espíritu revolucionario francés, deviene un derecho subjetivo emanado de la voluntad del hombre. Por su través, el propietario se erige en titular absoluto solamente limitado por la sociedad y la ley, siendo estas limitaciones el germen de la función social de la propiedad, entendida no tanto como una verdadera limitación del derecho, sino más bien como un delineamiento del contorno de dicho derecho⁹, que dibuja las dos caras de una misma moneda, puesto que no solo otorga derechos, sino que también incluye deberes, hasta el punto de que la referida función social se torna inherente a su contenido.

Por otro lado, tomaremos en cuenta la perspectiva del Análisis Económico del Derecho (AED), porque la célebre teoría

⁷ D. 1, 1, 1, 2.

⁸ BERNAD MAINAR, R. *Manual de historia del derecho*. Publicaciones UCAB. Caracas. 2010, págs. 205 y ss.

de los juegos diseñada en su día¹⁰ coadyuva a reforzar la función social en el derecho y representa un nuevo marco para analizar la asignación de los derechos de propiedad.

A partir de tales premisas, se pretende realizar aquí un engarce histórico con el derecho romano con el fin de indagar los posibles atisbos de una pretendida función social en la propiedad romana, para lo cual se tendrán en consideración los postulados del AED con relación al derecho de propiedad individual y sus limitaciones en atención a los intereses generales de la comunidad.

II. LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO:

II.1. INTRODUCCION

Cualquier aproximación que se precie en torno al concepto y noción de la propiedad en la Roma arcaica debe partir de la vinculación manifiesta de esta figura con el grupo familiar primitivo¹¹, aunado ello con la atribución de la propiedad común de las *res Mancipi* al grupo familiar arcaico¹²,

⁹ BANDA, A. *Medio ambiente y función social del dominio*. Revista de Derecho nº especial. Valdivia. 1998, págs. 55 y ss.

¹⁰ COASE, R.H. *The problem of Social Cost*. Journal of Law and Economics nº 3. 1960, págs. 1 y ss.

¹¹ VOLTERRA, E. *Famiglia (dir. rom.)*. ED XVI. Milano. 1967, págs. 723 y ss.; IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1977, pág. 77.

¹² BONFANTE, P. *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana (Res Mancipi e nec Mancipi)*. Scritti giuridici varii II. Torino. 1926, págs. 281 y ss; *Corso di Diritto romano II: La proprietà*. Giuffrè. Milano, 1966.

por representar un interés gentilicio o familiar, frente a las *res nec mancipi* que se identificarían más con los bienes de interés individual. Así pues, fruto de esta interpretación¹³, se detecta en la Roma primitiva una propiedad social perteneciente al grupo, y otra propiedad individual.

Es cierto también que la conexión entre la familia romana primitiva -agnaticia- y la propiedad arcaica se ve envuelta y, de alguna manera salpicada, por la polémica suscitada en torno a la estructura del grupo familiar romano primitivo¹⁴, ya al admitir el carácter unitario y patriarcal de la familia de la época bajo el poder omnímodo del *paterfamilias*¹⁵, ya al sostener su estructuración comunitaria¹⁶ bajo el entendido de que las *res mancipi* constituían una comunidad de dominio¹⁷ -*res communes mancipium*-, tanto de vida, como de culto, y eran detentadas por los distintos *fratres (filii familias)* sujetos al poder del *paterfamilias* o, en su caso, al de un antepasado común.

La comunidad de culto del grupo familiar primitivo en Roma no solo incluía el culto público, sino también, con

¹³ ALBERTARIO, E. *L'opera di Pietro Bonfante*. RISG n° 9. 1934, págs. 3-19.

¹⁴ VOLTERRA, E. *Op. Cit.* 1967, pág. 723.

¹⁵ En este sentido, DE FRANCISCI, P. *Primordia civitatis*. Apollinaris. Roma. 1959, págs. 25 y ss.

¹⁶ KASER, M. *Eigentum und Besitz im älterem römischen Recht* 2. Auflage mit Nachträgen. Böhlau Verlag. Köln. 1956, págs. 3 y ss.

¹⁷ TORRENT, A. *Consortium ercto non cito*. AHDE n° 34. 1964, págs. 479 y ss.; *Notas sobre la relación entre communio y copropiedad*. Studi Grosso 2. Torino. 1968, págs. 95 y ss.

anterioridad, el privado o doméstico¹⁸. Este último, además de profesarse en un ámbito familiar, se proyecta al de los antepasados por línea paterna a través del parentesco agnaticio¹⁹, toda vez que la *domus* constituía la sede del culto, un recinto sagrado -*aedes*²⁰-, y sus moradores estaban consagrados a los dioses²¹, siendo el *paterfamilias* el jefe del culto familiar -*dominus*²²-, con la connotación de un poder dominical. De ahí que la *domus* constituya el embrión del poder familiar ejercido por el *paterfamilias*, tanto en el desempeño de una función religiosa, como en la titularidad de un poder dominical, razón que se esgrime para hallar en la *domus* un antecedente del vocablo tardo republicano *dominium* que designa la propiedad, de tal suerte que desde un plano eminentemente económico el poder dominical del *paterfamilias* (*patria potestas* o *potestas dominica, manus, mancipium*²³) se convertiría a finales de la época

¹⁸ DE MARCHI, A. *Il culto privato di Roma antica* I. Arno Press. New York. 1975, pág. 21.

¹⁹ BIONDI, B. *Obbieto de l'antica hereditas*. IURA n° 1. 1950, pág. 155.

²⁰ D. 1, 8, 9, 2.

²¹ M. SERVIUS HONORATUS (2, 469). *Commentary on the Aeneid of Vergil* Georgius Thilo, Ed., en <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.02.0053%3Abook%3D2%3Acommline%3D469> (consultado con fecha 15/02/2019).

²² M. CATON PRISCO. *De re rustica*, 143, en <http://fondosdigitales.us.es/media/books/4123/libri-de-re-rustica--120872-marci-catonis-prisci-de-re-rustica-liber.pdf> (consultado con fecha 15/02/2019).

²³ Sobre la consideración del *mancipium* como patrimonio común de la familia, FUENTESECA DEGENEFEE, M. *Op. Cit.* 2004, págs. 133 y ss.

republicana en *dominium*, con una significación equivalente a la de titularidad de bienes²⁴.

En la línea emprendida y, dada la estrecha conexión comprobada entre la familia y la propiedad, no podemos prescindir de la ligazón mantenida también entre la propiedad y la herencia en Roma, una consecuencia por otra parte lógica si partimos de la vinculación existente en la sociedad romana entra familia y sucesión, puesto que por medio de la segunda se aseguraba la continuidad de la primera²⁵. No olvidemos a respecto, porque no resulta caprichoso ni fruto del azar, tanto el orden de las materias, cuanto su secuenciación en la Ley de las XII Tablas²⁶ (la familia aparece regulada en la tabla IV, antecedendo en la tabla V a la herencia).

Con ello nos adherimos a la tesis según la cual no se puede acometer el estudio de la *hereditas* al margen de la familia romana y su evolución histórica –familia agnaticia²⁷ y

²⁴ MONIER, R. *La date d'apparition du dominium et la distinction juridique des res en corporales et incorporales*. Studi Solazzi. Napoli. 1949, pág. 357; DE VISSCHER, F. *Observations sur les origines du dominium romain*. Études du Droit Romain public et privé. Giuffrè. Milano. 1962, pág. 212.

²⁵ D'ORS, E. *Elementos de Derecho privado romano*. 6ª ed. Eunsa. Pamplona. 2016, pág. 135.

²⁶ BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho privado romano*. Publicaciones UCAB. Caracas. 2006, págs. 62 y 63.

²⁷ SCHERILLO, G. *Agnazione (dir. rom.)*. Novissimo Digesto Italiano. (NNDI) Tomo I. Torino. 1957, págs. 422 y ss.

cognaticia²⁸-, puesto que la interconexión recíproca entre ambas instituciones resulta ineludible. Y es que la familia, aun cuando partamos de una concepción unitaria bajo el poder del *paterfamilias*, requiere asegurar su continuidad económica²⁹ y de culto³⁰, lo cual se logra a través de la descendencia masculina, esto es, con descendientes del varón por línea paterna, ya se hubiera otorgado o no testamento: en su virtud, el *heres suus* constituye el continuador del poder dominical³¹ en la familia agnaticia traducido en aspectos patrimoniales y extrapatrimoniales, tales como el culto religioso, el *nomen* familiar y el patrimonio pecuniario (*pecunia*)³², del mismo modo que, en el caso de concurrir varios *heredes sui*, nacía un *consortium*³³, origen de un poder dominical en régimen de *condominium*.

²⁸ PEROZZI, S. *Circa il limite della cognatione in Roma*. Scritti giuridici III. Giuffrè. Milano. 1948, págs. 61 y ss.

²⁹ ARANGIO RUIZ, V. *Le genti e la città*. Annali Università. Messina. 1914, págs. 11 y ss.

³⁰ FUSTEL DE COULANGES, N.D. *La cité antique* II. Paris. 1905, págs. 39 y ss.

³¹ WESTRUP, C.W. *The patriarchal joint family II. Joint family and family property*. Copenhagen-London. 1934, pág. 67; SOLAZZI, S. *Diritto hereditario romano*. Jovene Editore. Napoli. 1932, pág. 166.

³² SOLAZZI, S. *Op. Cit.* 1932, pág. 154.

En contra, BIONDI, B., quien aboga por la exclusiva patrimonialidad de la antigua *hereditas* primitiva romana, en *Obbietto dell'antica hereditas*. IURA I. 1950, págs. 35 y ss.

³³ BRETONNE, M. *Consortium e communio*. LABEO n° 6. 1960, págs. 163 y ss.; DE FRANCISCI, P. *Op. Cit.* 1959, págs. 140 y ss.

Por este motivo podemos entroncar el concepto primitivo de propiedad en Roma con la noción de *heres*³⁴, en una familia concebida como grupo familiar con ciertos visos de comunidad, en el que se vislumbra una ligera distinción entre la noción de *familia*, que expresa una vida en comunidad –de culto y actividad económica-, y la noción de *pecunia*, más circunscrita al ámbito de ciertas actividades privadas que realizan sus miembros –en estrecha ligazón con los términos *pecus* y *peculium*-, muy en consonancia con la ya reseñada importancia de la clasificación *res Mancipi* y *res nec Mancipi*³⁵. Con estos antecedentes se asienta la concepción, siempre discutible, por la que la familia romana tendría un doble componente³⁶, real y personal.

No sería descabellado, por tanto, admitir la compatibilidad de estos dos componentes en la familia romana: el poder –*dominium*– ejercido por el *paterfamilias* –*dominus*– en el ámbito personal y religioso de la *domus*, que le dotaba de cohesión; y, a su vez, una suerte de comunidad patrimonial doméstica en el terreno económico relacionada con la explotación agrícola. Con ello asistiríamos a una aproximación entre la comunidad doméstica integradora y la concepción

³⁴ SEGRÈ, A. *Ricerche di diritto ereditario romano*. Foro It. Roma. 1930, pág. 26.

³⁵ D'ORS, E. *Op. Cit.* 2016, pág. 93.

³⁶ ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*. Annali Palermo XX. 1999, págs. 270 y ss.

unitaria del poder doméstico³⁷ para explicar la estructura socioeconómica y jurídica del grupo familiar romano primitivo bajo el poder omnímodo del jefe del grupo, que sería *paterfamilias* y *dominus* al mismo tiempo.

Aun así y, no obstante lo señalado con anterioridad, podemos afirmar que la configuración histórica de la propiedad en Roma arranca de la legislación decenviral romana³⁸. Sin embargo, aunque se articula como un poder dominical bajo el *ius quiritarium*, no se trata de un derecho real en puridad, tesis que se ratificaría por el hecho de no haber sido configurado como tal en la Ley de las XII Tablas.

En la época clásica con el crecimiento de la economía y del tráfico jurídico, merced a una actividad mercantil en auge, se desarrollarán y asentarán las nociones *obligatio*, *debitor* y *obligatus ex contractu* y *ex delicto*, que constituirán el caldo de cultivo imprescindible para el reconocimiento de un derecho real sobre la cosa, de manera que, además de la antigua *vindicatio in rem*, contará en su defensa también con *actiones in personam* (*condictiones*³⁹).

³⁷ FUENTESECA DEGENEFEE, M. *Op. Cit.* 2004, pág. 120.

³⁸ Tabla VI, 2. En torno a la interpretación de esta tabla, FUENTESECA DIAZ, P. *Transferimento della proprietà e auctoritas nella vendita romana. Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Convegno Pisa-Viareggio-Lucca. Milano. 1991, págs. 73 y ss.*

En efecto, si anteriormente no existió una voz equivalente a “*propiedad*”⁴⁰, a finales de la República aparece la expresión *dominium*, puesto que ya antes de la época clásica la *rei vindicatio* se inoculó como instrumento de defensa de toda clase de *res intra commercium*⁴¹, de tal modo que se configura un concepto general de propiedad que luego se denomina *dominium*.

Así pues, como ya hemos apuntado, la noción romana inicial de propiedad estaría relacionada con la tríada conformada⁴² por las voces *domus* (recinto sagrado de los dioses familiares), *dominus* (jefe de familia de dicho recinto), y *dominium* (poder ejercido por el *paterfamilias* en la *domus*).

Habrá que esperar a la época posclásica para que se consume la transformación del *dominium ex iure Quiritium*, poder dominical⁴³ que confiere derecho a ejercer la *rei vindicatio*, en un verdadero derecho real *-ius in re-*. Dicha conversión sería incluso compatible con un desarrollo ininterrumpido de la

³⁹ *Institutiones Gai* IV, 5.

⁴⁰ Como señala D’ORS, J.A. *Elementos de Derecho Privado Romano*. 6ª ed. EUNSA. Pamplona, 2016, pág. 97: “En la fórmula oral de la *vindicatio* se indica la propiedad por «*meum esse ex iure Quiritium*». El *mancipium* es el acto (*mancipatio*) y a la vez el poder que se adquiere con ese acto sobre las cosas (*res Mancipi*) y personas que integran la casa (*domus*); la reclamación de ellas se hace por *vindicatio*. Sobre las otras cosas (*res nec Mancipi*) no existía en un principio más que un poder de hecho, protegido por el magistrado, pero sin efecto civil”.

⁴¹ D’ORS, J.A. *Op. Cit.* 2016, pág. 97.

⁴² FUENTESECA DEGENEFEE, M. *Op. Cit.* 2004, págs. 209, 210.

⁴³ FUENTESECA DIAZ, P. *Derecho privado romano*. Madrid. 1978, pág. 50.

historia de la propiedad en Roma⁴⁴, sin perjuicio de las importantes transformaciones posclásicas habidas como consecuencia de la distinción entre propiedad quiritaria, posesión y otras modalidades de señorío jurídico, amén de la ampliación del concepto de propiedad provincial⁴⁵, razones que, sumadas entre sí, permitieron acoger distintas situaciones de dominio, otrora ajenas a la categoría del *ius in re*. La referida transformación se debería principalmente a la indeterminación de la noción de propiedad, tanto con relación a la posesión⁴⁶, como a los derechos reales limitados⁴⁷, lo cual se traduce en la correspondiente confusión terminológica *-dominium, proprietas-*.

Precisamente, la incorporación de la *possessio* en el ámbito del *ius civile*, mediante una compraventa consensual como causa de la entrega *-traditio emptionis causa-*, propiciará el acercamiento entre *possessio* y *dominium ex iure Quiritium* gracias a la inestimable colaboración del pretor en este empeño⁴⁸. Una aproximación que se intensificará también con la *usucapio*⁴⁹, una nueva modalidad de transmisión de la propiedad *-possessio biennium-* que legitimará la *proprietas in bonis habere fructu* del

⁴⁴ CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Proprietà (dir. rom.)*. Enciclopedia del Diritto (ED) n° 37. Giuffrè. Milano. 1988, pág. 216.

⁴⁵ CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Op. Cit.* 1988, págs. 219 y 220.

⁴⁶ KASER, M. *Op. Cit.* 1982, págs. 94, 104, 279.

⁴⁷ KASER, M. *Op. Cit.* 1982, pág. 250.

⁴⁸ FUENTESECA DEGENEFEE, M. *Op. Cit.* 2004, págs. 183 y ss.

⁴⁹ JÖRS-KUNKEL, W. *Derecho privado romano*. Labor. Barcelona. 1937, pág. 193; FUENTESECA DIAZ, P. *Op. Cit.* 1991, págs. 108 y ss.

reconocimiento que le dispensa el pretor con la *actio Publiciana*⁵⁰ sobre la base de una *fictio possessionis biennium*⁵¹, una muestra más de la gran importancia del juego del *ius civile* y del *ius honorarium* en la evolución del derecho romano⁵².

Así pues, en el derecho arcaico los términos *usus* y *possessio* llegan a confundirse, de tal manera que será en la época clásica, a cuento de las servidumbres que son objeto de *usus* mas no de *possessio*, cuando la ambigüedad tiende a superarse⁵³. Ya con Justiniano la *possessio* se reputa una apariencia de titularidad de cualquier derecho, lo que la convierte propiamente en un derecho⁵⁴: será, pues, durante la época justiniana, en el afán de lograr un retorno a una noción estrecha de propiedad, cuando se produce el deslinde del binomio *dominium/proprietas* (ahora ya concebido bajo una sola voz), tanto con la *possessio*, como con los *iura in re aliena*, más aun desde el momento en que se desecha la tradicional pluralidad de propiedades (*ex iure Quiritium, in bonis habere, provincial*⁵⁵) y emerge un concepto unitario de propiedad⁵⁶.

⁵⁰ CARUSSI, E. *L'azione Publiciana in diritto romano*. L'Erma. Roma. 1967; WUBBE, F.B.J. *Quelques remarques sur la fonction et origine de l'action Publicienne*. RIDA nº 8. 1961, págs. 417 y ss.

⁵¹ DI LELLA, L. *Formulae ficticiae*. Jovene editore. Nápoles. 1984, pág. 98.

⁵² Al respecto, KASER, M. *Ius honorarium und ius civile*. ZSS nº 101. 1984, págs. 1 y ss.

⁵³ D'ORS, J.A. *Op. Cit.* 2016, pág. 98.

⁵⁴ D'ORS, J.A. *Op. Cit.* 2016, págs. 117 y 118.

⁵⁵ "Los inmuebles sitos en las provincias se consideran todos en el dominio eminente del Príncipe (o del Erario, en las provincias senatoriales); en consecuencia, están sometidos a tributo. Los particulares pueden tener una propiedad de hecho sobre estos fundos de provincias, defendida por la jurisdicción

II.2. LIMITACIONES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD:

II.2.1. GENERALIDADES

Hasta aquí podemos señalar que la propiedad en Roma se presenta en la época primitiva como un poder ilimitado, absoluto y exclusivo para el propietario, razón por la cual este puede disponer de la cosa como mejor lo considera, hasta el punto de que en esta etapa no estaría sujeta a servidumbres legales, puesto que, incluso las de paso y acueducto, requerirían de su consentimiento⁵⁷.

Aun así, el ejercicio del derecho de propiedad debía respetar la libertad de los demás y no generar inmisión alguna en la esfera jurídica ajena⁵⁸, porque, aunque no irrogara daño alguno por ello, tal conducta podría tacharse de ilícita en caso de conculcar los valores extrajurídicos informativos del derecho romano⁵⁹ *-pietas, humanitas, fides-*, lo que avalaría nuestra hipótesis de partida, según la cual, por mucho que se respetara en Roma el ejercicio de un derecho privado, siempre debería tener en cuenta, en última instancia, la atención y observancia

de los gobernadores, de modo que se puede hablar de una 'propiedad provincial', D'ORS, J.A. *Op. Cit.* 2016, pág. 142.

⁵⁶ KASER, M. *Op. Cit.* 1982, pág. 104.

⁵⁷ D. 8, 3, 1 y 8.

⁵⁸ IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1997, págs. 144, 161.

⁵⁹ BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, pág. 27.

del bien común⁶⁰ y del interés general⁶¹. Y es que, a medida que la sociedad evoluciona, se impone la necesidad de imponer límites a los derechos del propietario ante el reto de conciliar los respectivos derechos individuales para asegurar una convivencia armónica⁶² en sociedad.

En ese proceso evolutivo no se puede dejar de lado la influencia ejercida en la sociedad romana por el cristianismo y la filosofía estoica, que lograron inocular también en el derecho valores extrajurídicos, entre ellos la humanidad y la fraternidad (*humanitas, fraternitas*), como lo demuestra el hecho de que, por lo que al derecho de propiedad concierne, se va superando su carácter ilimitado en atención a una pretendida función social⁶³.

La propiedad romana no excluiría algunas limitaciones para el propietario, ya fueran voluntarias, ya legales⁶⁴. Incluso, entre las impuestas por el ordenamiento jurídico, las hubo que se asentaron en razones de interés público⁶⁵ (como la práctica de la expropiación), o bien en razones de interés privado,

⁶⁰ KASER, M. *Op. Cit.* 1982, pág. 105.

⁶¹ CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *La terra in Roma Antica, forme di proprietà e rapporti produttivi* I. La Sapienza. Roma. 1981, pág. 141.

⁶² GARCIA SANCHEZ, J. *Teoría de la immissio, caracteres de las relaciones de vecindad predial en Roma*. Madrid. 1975, pág. 9.

⁶³ BIONDI, B. *Il Diritto Romano*. Capelli. Bologna. 1957, pág. 377.

⁶⁴ La diferencia entre una y otra modalidad no estriba en la estructura de la relación jurídica entablada entre los interesados, sino en la distinta fuente que las origina, ya *ex lege*, ya por voluntad del hombre. En este sentido, FERNANDEZ BARREIRO, A.; PARICIO, J. *Fundamentos de Derecho Patrimonial Romano*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1991, pág. 285.

⁶⁵ SEGRE, G. *Corso di Diritto Romano*. III. Torino. 1929-1930, págs. 119 y ss.

derivadas del derecho privado como consecuencia de la existencia de una prohibición restrictiva, tal cual sucede con ciertas prohibiciones de enajenar. Otras fueron impuestas por los magistrados (entre ellas, la correspondiente al derribo de edificios)⁶⁶; otras emanaron de leyes, contrarias al lujo (*leges sumptuariae*)⁶⁷ y al exceso de manumisiones⁶⁸, o las que regularon el monto de las donaciones⁶⁹, y las condiciones de inhumación o incineración de cadáveres dentro de la ciudad o fuera de ella hasta una distancia de 60 pies de los edificios vecinos⁷⁰.

El derecho romano desconoció lo que en el derecho actual entendemos por servidumbre legal⁷¹, dado que las servidumbres existentes lo fueron siempre de carácter voluntario⁷². Y es que ni las más antiguas de paso y acueducto⁷³

⁶⁶ S.C. *Hosidianum* (44 d.C.) y *Volusianum* (56 d.C.). Al respecto, BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, págs. 252 y 253.

⁶⁷ CASINOS MORA, F.J. *La restricción del lujo en la Roma republicana. El lujo indumentario*. Dykinson, Madrid, 2015.

⁶⁸ *Leges Fufia Caninia* (2 a.C.) y *Aelia Sentia* (4 d.C.). Al respecto, BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, págs. 148, 149.

⁶⁹ *Lex Cincia* (204 a.C.), BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, págs. 655 y 656.

⁷⁰ Ley XII Tablas (X, 1 y ss.); CICERON, M.T. *De legibus* (II, 58); D. 47, 2, 3, 5 (Paulo). En caso de incineración, se prohíbe hacerlo sin el correspondiente permiso a menos de 60 pies del edificio más próximo, así como también se prohibió extraer del suelo un cadáver enterrado sin el debido permiso, debiendo mediar además para ello autorización previa de los pontífices. En este sentido, JIMENEZ SALCEDO, M.C. *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en Derecho romano*. CajaSur-Universidad de Córdoba. Córdoba. 1999, págs. 28 y 29.

⁷¹ En torno a la distinción entre límites legales del dominio y servidumbres, BIONDI, B. *Le servitù prediali nel Diritto Romano (Corso di Lezioni)*. 2ª ed. Giuffrè. Milano. 1954, pág. 63.

⁷² BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, págs. 304-306.

(*iter, vi, actus, rivus, specus, fistulae*), aun siendo estos servicios necesarios, ni tan siquiera las derivadas de la necesaria urbanización de las ciudades en el Bajo Imperio⁷⁴, modificaron su carácter voluntario⁷⁵. Por lo tanto, no todas limitaciones relativas al derecho de propiedad se englobaron bajo la noción de servidumbres legales en la época justiniana, sino solamente aquéllas que constituyeron una relación entre dos fincas y presentaron notas similares a las servidumbres voluntarias.

Aun así, hemos de subrayar que la corriente doctrinal que mantiene una línea ininterrumpida en la evolución histórica de la propiedad romana sostiene que, a fines de la época republicana, el poder prácticamente omnímodo y absoluto del *dominus* experimenta algunas reformulaciones⁷⁶, no solo merced al aumento de las limitaciones voluntarias y legales del derecho de propiedad (entre estas últimas las derivadas de las servidumbres prediales), sino también como consecuencia de una redefinición de su concepto⁷⁷, al incluir en su delimitación instituciones jurídicas –servidumbres rústicas, *pignus*,

⁷³ D. 8, 3, 1 y 8.

⁷⁴ Así sucedería, por ejemplo, en la ciudad de Constantinopla en lo que respecta a “*la prohibición de construir de manera que se impidiera la vista sobre el mar, y de alterar la forma ac status de las edificaciones en orden a luces*”, en D’ORS, J.A. *Op. Cit.* 2016, pág. 128.

⁷⁵ Aun así, algunas constituciones imperiales de Zenón (*Codex* 8, 10, 12) y Justiniano (*Codex* 8, 10, 13) se refieren con la voz servidumbre –*servitus*– a ciertas limitaciones impuestas al propietario por motivo de vecindad en cuestiones relacionadas con el régimen de las aguas o de la planificación urbanística. Al respecto, JIMENEZ SALCEDO, M.C. *Op. Cit.* 1999, pág. 25.

⁷⁶ CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Op. Cit.* 1988, pág. 216.

usufructus- que no se contemplaban con anterioridad en la propiedad arcaica.

Las referidas limitaciones se verán intensificadas posteriormente en época posclásica y justiniana fruto de las nuevas condiciones socioeconómicas reinantes en el Imperio Romano⁷⁸: en efecto, en el ámbito privado, tanto las relaciones de vecindad⁷⁹, como el surgimiento y consolidación de la copropiedad⁸⁰, reconfigurarán la noción de propiedad; y por lo que a las limitaciones legales del ámbito público se refiere, aspectos tales como la posición social y jurídica del propietario, junto al de la naturaleza de los bienes sobre los que recae, propiciarán la intervención del poder público en lo que a la potestad del propietario se refiere, en el intento de velar por el interés público.

Precisamente y, relacionado con lo anteriormente afirmado, debemos destacar una vez más la influencia del *Ius honorarium* en la evolución del Derecho romano, como lo demuestra, por ejemplo, lo atinente a la limitación a la que se

⁷⁷ CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Op. Cit.* 1988, págs. 217 y 218.

⁷⁸ FUENTESECA DEGENEFEE, M. *Op. Cit.* 2004, pág. 181.

⁷⁹ Aun siendo limitaciones del dominio, no son en puridad servidumbres, sino que más bien “*las servidumbres surgen cuando las obligaciones impuestas por razones de vecindad son modificadas, es decir, el acuerdo destruye la regla común y surge la servidumbre*”, según CARAVELLA, R. *Le limitazioni del dominio per ragioni di vicinanza in Diritto Romano*. Roma. 1971, pág. 13.

⁸⁰ Sobre el ensanchamiento de la noción del derecho en general y la inserción en ella de dos clases -derecho individual y derecho común-, IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1977, pág. 324.

verá sometido el pretor en el ejercicio de la *iurisdictio*, puesto que deberá actuar *propter utilitatem publicam* (D. 1, 1, 7, 1), de tal suerte que no solo decidirá conforme al *ius civile*, sino que deberá invocar también el *ius honorarium* en razón de la utilidad pública⁸¹, basada, a su vez, en el valor de la *aequitas*⁸².

II.2.2. LIMITACIONES LEGALES DE DERECHO PRIVADO

Si bien en la época clásica no se concebía una propiedad en Roma limitada temporalmente, la admisión en el Derecho romano posclásico de algunos *iura in re aliena* con grandes restricciones para el *dominus* (enfiteusis, superficie) supondrá una razón de peso para que, posteriormente, en la época justiniana se llegara a reconocer, por influencia del derecho romano posclásico o vulgar, una propiedad con carácter temporal⁸³.

Del mismo modo, ya iniciadas en el Principado e intensificadas en el Imperio, proliferan algunas prohibiciones a la facultad de disposición, no tanto por razones de interés público, sino de interés privado, entre las que se encuentran:

⁸¹ FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Derecho público romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*. 10ª ed. Thomson. Civitas. Pamplona. 2007, pág. 442.

⁸² Una referencia a la *aequitas* en el mundo jurídico romano en BERNAD MAINAR, R. *Ius Romanum pragmaticum versus aequitas romana: una versión anticipada del binomio eficiencia-equidad, emblema del análisis económico del derecho (AED)*. RIDROM nº 22. Abril 2019, págs. 55 y ss.

⁸³ *Codex* 8, 54, 2, cuyo contenido constituye la interpretación de una Constitución de Diocleciano (*Fragmenta Vaticana*, 283).

sobre cosas litigiosas⁸⁴, fondos dotales⁸⁵, inmuebles de los impúberes⁸⁶, bienes de la madre⁸⁷, cosas legadas⁸⁸. Una relación de supuestos que se vería incrementada en tiempos del emperador Justiniano⁸⁹ cuando se admite la validez de las prohibiciones de enajenar *ex contractu*, o *ex testamento*.

De relevante importancia entre las limitaciones legales de derecho privado son las derivadas de las relaciones de vecindad entre fundos contiguos⁹⁰, dentro de las cuales incluimos situaciones más que diversas relacionadas con las ramas del

⁸⁴ D'ORS, J.A. *Op. Cit.* 2016, págs. 76, 77.

⁸⁵ BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, págs. 556-558.

⁸⁶ Conforme a una *oratio Severi* (195 d.C.) se impuso a los tutores el deber de recabar el permiso del magistrado al enajenar o pignorar fincas rústicas o suburbanas del pupilo. En la época del emperador Constantino se aplica la misma regla a todo inmueble o mueble de gran valor a los fines de evitar la nulidad del negocio. En este sentido, D'ORS, J.A. *Op. Cit.* 2016, pág. 181.

⁸⁷ La propiedad de los bienes heredados de la madre (*bona materna*) se divide desde un punto de vista operativo: el *paterfamilias* mantiene sobre ellos un derecho de administración y disposición, en tanto que el *filiusfamilias* conserva una propiedad restringida al resto de funciones. Al respecto, *Codex Theodosianus* (C. Th.) 8, 18, 1, y ss.

⁸⁸ *Codex* 6, 43, 1, 1; 6, 43, 3, 2-4. Justiniano, además de otorgar a favor del legatario una hipoteca legal sobre todos los bienes adquiridos de la herencia por el heredero, le prohíbe a este la venta o hipoteca de los bienes legados, sin que pueda operar sobre estos el juego de la usucapión al declararlos imprescriptibles. En este sentido, BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, pág. 616.

⁸⁹ Por influencia oriental se atribuye un derecho de prelación a los originarios residentes en una aldea frente a los compradores foráneos sobre los bienes en ella radicados en el caso de ser vendidos. KASER, M. *Op. Cit.* 1982, pág. 107.

⁹⁰ JIMENEZ SALCEDO, M.C. *Op. Cit.* 1999, págs. 32 y ss.

árbol vecino⁹¹; los frutos proyectados sobre fundo ajeno⁹²; el paso a través del fundo vecino⁹³; la altura y las distancias en fundos rústicos y urbanos⁹⁴; los humos y emanaciones⁹⁵; la caída del agua en terrenos superpuestos⁹⁶; el abultamiento de muros⁹⁷;

⁹¹ El propietario del fundo sobre el que pendían ramas del árbol de un vecino podía obligar al vecino a la tala del árbol hasta una altura de quince pies y, de no hacerlo este, el perjudicado podía hacerlo por sí mismo y conservar la leña obtenida de la tala. A tal efecto contaba con la *actio de arboribus caedendis* y con posterioridad *un interdictum de arboribus caedendis*. En este sentido, Tabla VII, 8; D. 43, 27, 1.

⁹² El propietario del árbol podía penetrar en días alternos en el fundo vecino donde caían los frutos para retirarlos. Al respecto, Tabla VII, 9; D. 43, 28, 1.

⁹³ El dueño de un fundo debía conceder al vecino paso a través del fundo propio, si aquel careciera de acceso a camino público, o lo fuera de muy difícil acceso. Tal derecho se confiere administrativamente, ya que el único paso forzoso regulado es el camino al sepulcro *-iter ad sepulchrum-*, KASER, M. *Op. Cit.* 1982, pág. 107.

⁹⁴ En su virtud, los propietarios de los fundos debían respetar la altura y distancias entre las plantaciones y construcciones que realizaran (Tabla VII, 2; *Codex* 3, 34, 14, 1; D. 7, 1, 30; *Codex* 8, 10, 12, 4; D. 8, 5, 17).

⁹⁵ El vecino solo estaba obligado a permitir los humos y emanaciones del fundo vecino hasta los límites recomendados por la humana tolerancia (D. 8, 5, 8, 5-7; 43, 8, 2, 29; 47, 11, 44).

⁹⁶ Los propietarios de los fundos superiores no podían usar excesivamente ni disminuir artificialmente el flujo de las aguas que cayeran sobre los fundos inferiores, hasta el punto de que resultaran inundadas o sin riego. En este caso, el propietario afectado podría ejercer la *actio aquae pluviae arcendae* para lograr restablecer el curso normal de las aguas (Tabla VII, 8; D. 43, 8, 2, 43; 39, 3, 5). Con relación a esta acción, SARGENTI, M. *L'actio aquae pluviae arcendae. Contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel Diritto Romano*. Milano, 1940; BRANCA, G. *La responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza e il pensiero dei veteres*. Studi Albertario. Vol. I. Milano. 1953, págs. 339 y ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Ricerche sulla struttura delle servitù di aqua in Diritto Romano*. Giuffrè. Milano, 1966; SALERNO, F. *Aqua pluvia ed opus manu factum*. Labeo n° 27. 1981 págs. 218 y ss.; VARELA MATEOS, E. *Un ejemplo de pragmatismo romano: la actio aquae pluviae arcendae*. Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez. Civitas. Madrid. 1996, págs. 4213 y ss.

⁹⁷ D. 8, 5, 17 pr.

el peligro de derrumbamiento⁹⁸; los daños ocasionados por obras o construcciones ajenas⁹⁹; los trabajos efectuados clandestinamente o con violencia en un inmueble¹⁰⁰.

Al hilo de la materia, destaca la propuesta que trae a colación el principio de la necesidad social para justificar la

⁹⁸ D. 39, 2, 7 pr. Con relación a la *cautio damni infecti* como instrumento de protección jurídica ante los daños producidos por cualquier cosa inanimada (casa en ruina, árbol que amenaza su desplome), BETANCOURT, F. *Recursos supletorios de la cautio damni infecti*. AHDE Vol. XLV. 1975, págs. 7 y ss.; PARICIO, J. *Algunas notas sobre la cautio damni infecti*. Studi in onore de Cesare Sanfilippo II. Giuffrè. Milano. 1982, págs. 471 y ss.; MACCORMACK, G. *The cautio damni infecti: Buyer and Seller*. ZSS n° 88. 1971, págs. 300 y ss.

⁹⁹ D. 39, 1, 20 pr. y 9. Respecto de la *operis novi nuntiatio* como instrumento procesal con el que cuenta el propietario de un fundo para que se suspenda la obra comenzada en un fundo vecino ante la amenaza de sufrir un daño en el caso de continuar la obra, PARICIO, J. *La denuncia de obra nueva en el Derecho Romano Clásico*. Bosch. Barcelona, 1982; MASI, A. *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*. Enciclopedia del Diritto Vol. XII. Giuffrè. Milano. 1964, págs. 155 y ss.; ARIAS BONET, J.A. *Sobre la denuncia de obra nueva en el Derecho Romano Clásico*. AHDE n° XLII. 1972, págs. 291 y ss.; LOMBARDI, G. *Novi operis nuntiatio iuris publici tuendi gratia*. Studi nelle scienze giuridiche e social. XXXII. Pavia. 1951, págs. 149-236; CONSENTINI, C. *In tema di operis novi nuntiatio (Problemi di origine)*. Miscellanea Romanistica. Catania. 1956, págs. 120 y ss.; MELILLO, G. *Interdicta e operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*. Labeo n° 12. 1966, págs. 178 y ss.; MARTIN, O. *Quelques observations sur l'operis novi nuntiatio*. Études d'histoire juridique offertes à P.F. Girard par ses élèves. Geuthner. Paris. 1913, págs. 124 y ss.

¹⁰⁰ D. 43, 24, 1 pr.; 43, 24, 13, 7. En torno al *interdictum quod vi aut clam* que permite afrontar esta situación, DAVID, M. *Études sur l'interdit quod vi aut clam*. Sirey. Paris, 1947; MUSUMECI, F. *L'interdictum quod vi aut clam nella tutela della servitù e dell'usufrutto*. Studi in onore di Cesare Sanfilippo n° 7. 1987, págs. 487 y ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *L'interdetto quod vi aut clam e il suo ambito di applicazione*. INDEX n° 21. 1993, págs. 231 y ss.; BETANCOURT, F. *La construcción clandestina*. Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo. Vol 4. 1988, págs. 215 y ss.; BRANCA, G. *Carattere penale dell'interdetto quod vi aut clam*. Scritti Giuridici in onore di Scialoja, Vol IV. Bolonia. 1953, págs. 111 y ss.

obligación de tolerar las inmisiones procedentes de las actividades aprobadas comúnmente por todos los miembros de la sociedad, al ser entendidas justamente necesarias¹⁰¹. En su virtud, ha de superarse la concepción física o material de las perturbaciones molestas en los fundos vecinos para apoyarse más bien en una concepción de orden social, de tal manera que solo aquella perturbación que constituya una inmisión para la opinión común de la sociedad (como categoría social), será reputada invasión perturbadora de la propiedad¹⁰². Así pues, a los límites impuestos por la naturaleza, solo cabría añadir una verdadera necesidad social como justo límite al ejercicio del derecho de propiedad con miras a la satisfacción de las necesidades generales exigidas por la coexistencia social¹⁰³.

Las fuentes romanas que se traen a colación para sostener la tesis de Bonfante discurren desde lo general¹⁰⁴, hasta lo particular (la agricultura y ejercicio de la *actio aquae pluviae arcendae*¹⁰⁵, la luz como necesidad primordial¹⁰⁶, los frutos como

¹⁰¹ BONFANTE, P. *Las relaciones de vecindad* (trad. García Valdecasas, A.). Madrid. 1932, págs. 50 y ss.

¹⁰² BONFANTE, P. *Op. Cit.* 1932, pág. 58.

¹⁰³ BONFANTE, P. *Op. Cit.* 1932, págs. 67, 77.

¹⁰⁴ A partir de una exégesis del pensamiento de Ulpiano (D. 8, 5, 8, 5-7), resulta imposible considerar como inmisiones los usos necesarios y generales de la vida social. Al respecto, BONFANTE, P. *Op. Cit.* 1932, pág. 378.

¹⁰⁵ A partir del establecimiento como premisa indispensable para el reconocimiento de la *actio aquae pluviae arcendae* de la existencia de una obra fruto de la mano del hombre, la jurisprudencia clásica en aras de evitar una aplicación estricta de esta acción con graves perjuicios para el ejercicio de las labores agrícolas, dicta unas reglas excepcionales tendentes

bienes de primera necesidad¹⁰⁷, o el camino al sepulcro entendido como expresión de una verdadera necesidad social para honrar a los ancestros¹⁰⁸).

Tales situaciones compelen a precisar cuándo una actividad es socialmente necesaria¹⁰⁹ y, en tal sentido, debe ser absoluta y general, en función de las condiciones sociales dadas; además de, principalmente cotidiana y civil, no tanto industrial. Como regla general, la teoría de la necesidad social coincidirá en la práctica con el criterio del uso normal del derecho. Sin desmerecer esta propuesta ingeniosa y original,

a la exclusión de la mencionada acción en aquellos supuestos en los que las inmisiones de agua produjeran un grave perjuicio a los propietarios de fincas por causa de una obra realizada por el hombre –surcos, diques, pozos- (D. 39, 3, 1, 3-5, 7-8), supuestos todos ellos en los que, en circunstancias normales, la acción sería objeto de aplicación. Al respecto, JIMENEZ SALCEDO, M.C. *Op. Cit.* 1999, págs. 109-113.

¹⁰⁶ En Roma, la luz del día era tenida como una necesidad primordial y perentoria en función de su condición de necesidad social, razón por la cual la privación de luces causa un daño de carácter jurídico, argumento que permitiría justificar la limitación al ejercicio de un derecho (D. 39, 2, 25 y 26 en relación con D. 7, 1, 30 y D. 8, 2, 10). En tal sentido, JIMENEZ SALCEDO, M.C. *Op. Cit.* 1999, págs. 113-119.

¹⁰⁷ La propiedad pierde su carácter absoluto cuando el pretor otorga el *interdictum de glande legenda* al dueño de los frutos que caen en fundo ajeno para poder recogerlos en días alternos (D. 43, 28 pr., en relación argumental con la prohibición existente para el propietario de un fundo de construir en él edificaciones que obstaculizaran el viento en la era del vecino, en *Codex* 3, 34, 14, 1), toda vez que los frutos son considerados bienes absolutamente necesarios por satisfacer las necesidades alimentarias básicas. Sobre el particular, JIMENEZ SALCEDO, M.C. *Op. Cit.* 1999, págs. 119-123.

¹⁰⁸ La observancia del culto religioso en la sociedad romana justificaría esta limitación a la propiedad del fundo a través del cual se accedía al sepulcro del difunto (D. 11, 7, 12). Al respecto, JIMENEZ SALCEDO, M.C. *Op. Cit.* 1999, págs. 123-125.

que cuenta con el favor y disfavor de la doctrina¹¹⁰, según el caso, se cuestiona esta solución y se le objeta que ni cubre todos los supuestos posibles, ni puede aplicarse generalizadamente.

II.2.3. LIMITACIONES LEGALES DE DERECHO PUBLICO:

II.2.3.1. EN GENERAL

Cuando las limitaciones legales de la propiedad inmobiliaria en Roma estaban orientadas a la protección de los intereses sociales y no privados eran tipificadas como limitaciones de derecho público.

En este caso las limitaciones son impuestas por el ordenamiento jurídico en atención a razones de interés público o social¹¹¹, entre las que podemos referir algunos ejemplos bien

¹⁰⁹ BONFANTE, P. *Op. Cit.* 1932, págs. 66-68.

¹¹⁰ JIMENEZ SALCEDO, M.C. *Op. Cit.* 1999, págs. 106, 107.

¹¹¹ En algún caso, estas limitaciones cuentan con la supervisión de los censores, garantes de la conservación de la pureza de las costumbres. Así sucede, por ejemplo, con la intervención del magistrado en la enajenación de la posesión de tierras deficientemente cultivadas; las restricciones relativas a gastos irracionales y superfluos, lujos y suntuosidades afeminadas. Esta labor de vigilancia de la observancia de las buenas costumbres a cargo del censor fue perdiendo relevancia a partir de la época republicana tardía.

significativos: el impuesto fundiario¹¹²; las establecidas por motivos religiosos¹¹³; las concernientes al uso público de las orillas fluviales y riberas del mar¹¹⁴; la de vía pública¹¹⁵; la relativa a la explotación de las minas¹¹⁶; o las que afectaban a las

Con relación al primer supuesto señalado, el caso de las tierras improductivas, en la época posclásica se aplicará la cesión forzosa de dicha finca (ε π ι β ο λ η) a otros propietarios para que se tornen productivas y puedan contribuir mediante el pago de sus impuestos a los gastos del Imperio. En este sentido, KASER, M. *Op. Cit.* 1982, pág. 105.

¹¹² Inicialmente el propietario no pagaba impuestos por su propiedad; a finales de la época republicana las cargas y gravámenes de las tierras son compatibles con la propiedad de la misma; la contribución general sobre la propiedad de los inmuebles comenzó aplicándose a las fincas provinciales, dado que eran reputados como propiedad de Roma; ya en la época del Dominado, merced a las ingentes necesidades económicas del Imperio, quedaron sujetos a contribución territorial todos los bienes inmuebles. Al respecto, FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*. 10ª ed. Thomson Civitas. 2007, págs. 255, 256; BIONDI, B. *Istituzioni di Diritto Romano*. Giuffrè. Milano. 1972, pág. 268; BONFANTE, P. *Corso di Diritto Romano II*. Giuffrè. Milano. 1966, pág. 279-281; MUÑIZ COELLO, J. *El sistema fiscal en la España Romana (República y Alto Imperio)*. Colegio Universitario de la Rábida. Huelva. 1980, págs. 31 y 32.

¹¹³ El denominado camino al sepulcro *-iter ad sepulchrum-* constituye el único paso forzoso legalmente regulado (D. 11, 7; 12 pr.).

¹¹⁴ Los propietarios de los fundos ribereños de un curso de agua de carácter público estaban obligados a permitir el uso o paso por la orilla de dicho cauce de agua, bien para el ejercicio de la pesca, o de la navegación (D. 1, 8, 5).

¹¹⁵ El propietario de un fundo sito al lado de una vía pública debía permitir el paso por su finca si acaeciera algún daño en la vía, fruto de inundaciones, lluvias u otras circunstancias, de tal suerte que fuera intransitable el paso (D. 8, 6, 14, 1).

¹¹⁶ Mientras que en la época clásica las minas solo podían explotarse en terrenos públicos *-ager publicus-*, en período de Justiniano se amplía la explotación a los terrenos privados con un régimen jurídico similar al asignado por el hallazgo de un tesoro, en cuya virtud el explotador de la mina estaba obligado a pagar al fisco un 10% de la extracción, más otro 10% al dueño del terreno (D. 8, 4, 13, 1; C. Th. 10, 9, 10; *Codex* 11, 7, 3). Con el emperador Zenón se regulan más minuciosamente las explotaciones mineras privadas (*Codex* 8, 10, 12.). Al respecto, D'ORS, J.A. *Op. Cit.* 2016, pág. 106.

edificaciones, cada vez en mayor número para lograr la consecución de una convivencia ciudadana organizada y pacífica, en aras del bien común y, por ende, imponiendo el deber de conservación y estabilidad de los edificios¹¹⁷, el de respetar unos límites en cuanto a la altura de los edificios¹¹⁸, e, incluso, el de observar las distancias intermedias entre construcciones¹¹⁹.

¹¹⁷ Se prohíbe la separación o destrucción de las vigas de un edificio unidas a otro, con base en razones de seguridad. A su vez, por cuestiones de estética en el urbanismo de las ciudades, se prohíbe la demolición de edificios con fines meramente especulativos sobre los materiales demolidos: en este sentido, los S.C. *Hosidianum* y *Volusianum*, ya referidos anteriormente, a los que nos remitimos, así como también el S.C. *Acilianum* (122 d.C.), que prohíbe el legado de materiales unidos a un edificio. Al respecto, BERNAD MAINAR, R. *Los senadoconsultos en la formación del Derecho romano, especialmente en el ámbito del Ius privatum*. Revista General de Derecho Romano, nº 21. Diciembre 2013 (RI §413998).

¹¹⁸ Su razón de ser, no solo radicaba en el respeto a las luces y las vistas de las fincas ajenas, sino también en la necesidad de mantener la seguridad pública mediante construcciones estables y seguras, objetivo que se dificultaba, por razón de las leyes de la gravedad, cuanto mayor era la altura de un edificio. Diversos emperadores tomaron medidas sobre el asunto: Augusto fijó el límite máximo de 70 pies (aproximadamente, unos 20 metros); Nerón lo redujo a 60 pies (unos 18 metros); Trajano conservó los 60 pies; Constantino (*Codex* 8, 10, 12, 4) eleva el límite a los 100 pies (unos 30 metros); Zenón mantuvo definitivamente los 100 pies con exclusiva aplicación inicial a Constantinopla (*Codex* 8, 10, 12, 14); Justiniano extendería la medida a todas las ciudades del Imperio (*Codex* 8, 10, 13).

Sobre el particular, VARELA MATEOS, E. *El grave problema de la conservación de los edificios en la Roma clásica*. Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo. Vol. 4. 1988, págs. 850, 851.

¹¹⁹ En las XII Tablas (VII, 1) se prohibía la construcción de un edificio sobre los confines de otro, así como también las edificaciones con un muro común, de tal suerte que entre edificios debía mediar un espacio libre - *ambitus*- de 5 pies, 1,5 metros, a costa de ambos vecinos por igual. Esta medida pronto entró en desuso con el consiguiente adosamiento de las construcciones. Bajo el mandato del emperador Constantino se impuso la distancia de 100 pies (unos 30 metros) respecto de los almacenes públicos

II.2.3.2. EN ESPECIAL, LA EXPROPIACION POR CAUSA DE UTILIDAD PUBLICA Y EN INTERES DEL BIEN COMUN

Aun cuando valores extrajurídicos propios del Derecho romano (*libertas*, individualismo) nos informan que, como regla general, la administración de la República y del Imperio se contendrían escrupulosamente de interferir e invadir los derechos individuales¹²⁰, y que, por tanto, la expropiación en interés público apenas sería aplicada¹²¹ de no ser de forma puntual en las provincias o en situaciones muy excepcionales con carácter “*extremadamente parsimonioso*”¹²², lo cierto es que las fuentes históricas confirman la intervención por parte de los

para disminuir el riesgo de incendio. Por su parte, Justiniano fijó una distancia mínima para los edificios públicos (15 pies, 4,5 metros), y 12 pies (3,6 metros) para los privados.

En el caso de fundos rústicos el *iter limitare* era el equivalente al *ambitus* o espacio libre entre los edificios.

Con relación al *ambitus* y al *iter limitare*, SALAZAR REVUELTA, M. *Problemas jurídico urbanísticos derivados de las relaciones de copropiedad como consecuencia de la especulación inmobiliaria en Roma*. pág. 316, notas nº 6 y 7, en *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano II* (dir. Fernández de Buján, A.). Dykinson. Madrid, 2013.

¹²⁰ D. 1, 6, 2; IHERING, R.V. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*. Volume IV. Marescq. Paris. 1878, II § 67 (págs. 252 y ss.). En materia urbanística y en la construcción de acueductos se acudió a la compra del terreno, por lo menos hasta la época imperial, KASER, M. *Op. Cit.* 1982, pág. 106.

¹²¹ KASER, M. *Op. Cit.* 1982, pág. 106.

¹²² SCHULZ, F. *Principios del Derecho Romano*. Civitas. Madrid. 1990, págs. 183, 184, 271.

magistrados en el ejercicio de su *imperium*, lo que podría justificar la práctica de la expropiación por razón de utilidad pública¹²³, al margen incluso de una ley *ad hoc* que lo autorizara.

Y es que con arreglo a la mentalidad romana los individuos se asociaban para mejorar el funcionamiento del *populus Romanus*, toda vez que el individuo se magnifica por su contribución en la consecución del interés social, lo que justificaría que tanto el *civis*, como la familia y la *gens* hubieran de someterse a sacrificios impuestos por razones de *salus publica* y del *interest reipublicae*, así como de necesidad social¹²⁴. Esta concepción del *populus Romanus* explicará que los bienes inmuebles estuvieran bajo su dominio, incluido el *ager publicus*, en una especie de comunidad pública, y que posteriormente, mediante concesión del *populus Romanus*, se adjudicara en posesión o disfrute a las familias patricias¹²⁵. No se puede hablar en este momento histórico de un derecho a la expropiación por causa de utilidad pública del suelo público, puesto que no resultaba lógico ni posible que el *populus*

¹²³ BIONDI, B. *Romanità e Fascismo. Discorso Università di Catania*. 6/11/1928. Officina Moderna. Catania. 1929, pág. 38.

¹²⁴ BRUNS, C.G. *Fontes iuris romani antiqui*. Cap. II, Tab. IV, 1. Tubinga. 1909, pág. 22,
<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwj0yqnGjcrhAhURyoUKHfouBa4QFjAAegQIABAC&url=http%3A%2F%2Ffama2.us.es%2Fde%2Focr%2F2006%2FfontesIurisRomaniT1.pdf&usg=AOvVaw39sEDrIZRSsR9JjhjBKApw> (consultado con fecha 12/04/2019).

Romanus, verus dominus, pudiera expropiarse a sí mismo, ni expropiar al mero poseedor de los bienes inmuebles.

Es decir, será con posterioridad cuando de esta propiedad pública surgirá la propiedad individual¹²⁶, a través de las concesiones de tierras conquistadas al enemigo, del establecimiento de colonias y de permisos otorgados para ocupar el *ager publicus*. Aun así y por las razones señaladas, resultaría todavía precipitado hablar en esta época inicial de la República de un derecho a practicar la expropiación forzosa por causa de utilidad pública, en la medida que no se planteaba en aquel momento esta necesidad.

En efecto, el Derecho romano no llegó a conocer una teoría de la expropiación forzosa como tal¹²⁷, ni contó con una ley general que la regulara¹²⁸, lo cual no impediría su aplicación en la práctica, dada la gran relevancia de las obras públicas en el mundo romano, sobre todo bien avanzada la república¹²⁹,

¹²⁵ LOZANO CORBI, E. *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el Derecho romano*. Mira Editores. Zaragoza. 1994, págs. 38, 39.

¹²⁶ DE MARTINO, F. *Storia della Costituzione romana*. Vol I. Seconda Edizione. Jovene. Napoli. 1972, pág. 25.

¹²⁷ La opinión doctrinal mayoritaria se pronuncia en contra de la existencia de la expropiación como institución jurídica autónoma con legislación propia de carácter general, JIMENEZ SALCEDO, M.C. *Op. Cit.* 1999, pág. 31. En este sentido, MEYER, P.M. *De iure expropriationis in imperio romano. Dissertatio inauguralis*. Marburg. 1857, pág. 622.

¹²⁸ FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 252.

¹²⁹ Los romanos someten a los pueblos vecinos y se adueñan de Italia, destruyen Cartago, y Roma acomete en la época republicana (IV a.C.) la conquista del mundo con el reto de lograr la unidad política, para cuyo fin la construcción de vías y calzadas resulta imprescindible. Sería este

circunstancia esta que generó incontables conflictos entre los intereses públicos y privados¹³⁰: los magistrados, con la autorización del *senatus*, contaban con la facultad de disponer de los bienes privados por causa de utilidad pública para atender las necesidades de la República¹³¹.

Así es, en las fuentes romanas literarias¹³² y jurídicas¹³³ detectamos actuaciones que podrían encuadrarse en el ámbito de la expropiación por razones de utilidad pública o interés social, primero respecto de los bienes muebles, sobre todo en los casos de esclavos (*res mobilis*, semovientes)¹³⁴, y más tarde con relación a los bienes inmuebles¹³⁵, como sucede por ejemplo en el supuesto emblemático de la construcción de acueductos¹³⁶,

momento y esta excusa el germen de la expropiación forzosa por causa de utilidad pública. Al respecto, LOZANO CORBI, E. *Op. Cit.* 1994, págs. 31, 32, 43, 44.

¹³⁰ FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 252.

¹³¹ D'ORS, J.A. *Op. Cit.* 2016, págs. 106, 107.

¹³² CICERÓN (*Oratio II ad legem agrariam* XXX; *De officiis* III, 16, 66); Suetonio (*Vitae duodecim caesarum* LVI, 2); TITO LIVIO (*Historia* II, 5).

¹³³ D. 8, 6, 14, 1; D. 19, 2, 33; D. 43, 8, 2, 21; D. 21, 2, 11; *Codex* 8, 12, 9 y 14; *Codex* 8, 11, 18; *Codex* 10, 27, 1; *Novellae* 7, 2 y 1; CTh. 25, 1, 39; CTh. 15, 1, 30, 50, 51, 53. Referencias obtenidas de LOZANO CORBI, E. *Op. Cit.* 1994, págs. 80 y ss.

¹³⁴ LIVIO, T. *Historia* II, 5; II, 15; XXII, 33; XXII, 57; XXVI, 27; XXXII, 26.

D. 40, 8, 107; 48, 8, 2; 48, 8, 5. *Codex* 7, 13, 2-4.

¹³⁵ CICERÓN, M.T. *De officiis* III, 16, 66; *Ad Atticum* IV, 16, 8; LIVIO, T. *Historia* XL, 51, 3. En este sentido, LOZANO CORBI, E. *Op. Cit.* 1994, pág. 163.

¹³⁶ S.C. *de aquaeductibus* (11 a.C.). Ver FRONTINUS, S.J. *De aquaeductibus urbis Romae*. Eucarius Silber. 1483-1490, c. 100, 104, 106 y ss., <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000135200&page=1> (consultado con fecha 10/04/2019); PEACHIN, M. *Frontinus and the curae of the curator aquarum*. Steiner. Stuttgart, 2004; RODRIGUEZ LOPEZ, R. *Las obligaciones*

pues se faculta al poder público, mediante la correspondiente indemnización, a adquirir materiales de los fundos privados que atraviesa un acueducto público, así como también a permitir el acceso a los mismos para su refacción y reparación.

En todo caso, algunos autores se pronuncian en el sentido de atribuir a la expropiación forzosa por causa de utilidad pública y en interés del bien común en Roma la consideración de una institución jurídica con autonomía plena y netamente delineada¹³⁷: basada inicialmente en la necesidad pública y posteriormente en la utilidad pública; sujeta a un procedimiento flexible, emanado de la praxis administrativa, al margen del *ius privatum*; ligada a una indemnización compensatoria y resarcitoria, en cada caso concreto, de la totalidad del daño sufrido, y no solo del valor del bien expropiado¹³⁸; extensible a todos los bienes privados; así como

indemnizatorias en el Derecho Público Romano. Universidad de Almería. Almería. 1996, pág. 251.

¹³⁷ FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 253, a partir de la obra de Lozano y Corbi.

¹³⁸ En los primeros tiempos en que se aplicó la expropiación forzosa la indemnización no representaría una compensación del daño sufrido por la pérdida del fundo, sino más bien del daño infligido a los que hubieran edificado sobre dicho terreno público. Sin embargo, en algún caso concreto las fuentes nos informan de que las construcciones erigidas en suelo público podían hacerse demoler sin asignar compensación alguna. Al respecto, LIVIO, T. *Historia de Roma desde su fundación* 39, 44, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&ved=2ahUKEwiekqnMmsrhAhWpxoUKHSvTDEQQFjAHegQIBxAC&url=http%3A%2F%2Fhistoriayverdad.org%2FRoma%2FHistoria-de-roma-desde-su-fundacion-tito-livio-xxxi-xlv.pdf&usq=AOvVaw1gwHdRHd1XAS8ZiS1LU3Hm> (consultado con fecha 12/04/2019).

perfeccionada por el consentimiento del *civis* expropiado a través de una venta forzosa, no espontánea *-emptio ab invito-*.

El título jurídico que justificaba la expropiación forzosa fue, inicialmente, la necesidad pública y, más adelante, la utilidad pública¹³⁹, conjugados los dos con caracteres típicos del Derecho romano, cuales son el máximo respeto a la propiedad privada y la observancia de la *libertas* individual. Su procedimiento emana del poder de los magistrados y son ellos los que decretaban y declaraban la utilidad pública del caso, siendo responsables de su decisión, no tanto sobre la necesidad o utilidad pública concurrentes, sino más bien en lo que al monto de la indemnización fijada concernía, de ser menor o mayor al valor real de la cosa expropiada, todo ello sin perjuicio del derecho que asistía al ciudadano expropiado para ejercer su defensa contra el magistrado decisor o contra el pueblo romano¹⁴⁰.

A los efectos de delimitar la figura analizada, no podemos confundir la expropiación forzosa por causa de utilidad pública con otras figuras: ya con la confiscación (*publicatio*)¹⁴¹, de naturaleza exclusivamente penal, por la cual el *populus Romanus*

Ver en este sentido también, LOZANO CORBI, E. *Origen de la propiedad romana y sus limitaciones*. Estudios de derecho romano en memoria de Benito M^a Reimundo Yanes (coord. Alfonso Murillo Villar; Benito Reimundo Yanes (hom.)), Vol. 1, 2000, págs. 569-578.

¹³⁹ FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 253.

¹⁴⁰ FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 254.

se incautaba de bienes de los particulares fruto de la imposición de una pena; ya con la expropiación por necesidad pública urgente¹⁴², pues esta se aplicaba en caso de urgencia y de manera forzosa en el caso de no bastar los medios persuasivos ejercidos por el poder público respecto de aquellos ciudadanos que se negaban a ceder voluntariamente sus bienes privados mediante la correspondiente compensación económica, al mediar una necesidad pública (ataques del enemigo, calamidades públicas), y no tanto por razón de utilidad pública.

III. LA NOCION DE UTILIDAD PUBLICA E INTERES COMUN EN ROMA:

Más aparente que real resulta la dualidad *ius publicum / ius privatum* en Roma, si partimos de una pretendida unidad del Derecho romano, argumento que estrecharía en la práctica la relación entre las normas de uno y otro ámbito¹⁴³.

Durante la época republicana la noción de utilidad pública (*utilitas publica*)¹⁴⁴ se identifica con la de utilidad común (*utilitas omnium*), que coincidiría con la utilidad de la república (*utilitas rei publicae*)¹⁴⁵, en una clara expresión de los valores

¹⁴¹ FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 251.

¹⁴² BONFANTE, P. *Corso di Diritto Romano II*. Sampaolesi. Roma. 1925-1928, pág. 239.

¹⁴³ SCHULZ, F. *Op. Cit.* 1990, págs. 47 y ss.

¹⁴⁴ GAUDEMET, J. *Utilitas publica*. RHD n° 29. 1951, págs. 473 y ss.

¹⁴⁵ En torno a la relación *utilitas publica - res publicae*, LONGO. *Utilitas publica*. LABEO n° 18. 1972, págs. 71 y ss.; JOSSA, G. *L' utilitas rei publicae nel pensiero imperiale dell'epoca classica*. Studi romani: rivista trimestrale

republicanos que debe observar y cumplir el *bonus civis Romanus*. Bajo esta concepción, Augusto abraza las nociones de *Res publica* y *populus Romanus*, lo que permite asimilar la utilidad republicana y la utilidad común.

Sin embargo, será con posterioridad a Augusto, ya avanzada la época clásica, cuando asistimos a un marcado punto de inflexión con relación a la acepción de los vocablos *utilitas publica*, *utilitas omnium*, *utilitas universorum*, trípode que encarna en términos generales la noción del interés público o común: en efecto, hasta dicho momento hay una coincidencia en el significado de todos ellos, sobre el entendido de que, ante una eventual colisión entre el interés público y el privado, prevalece el primero por ser atribuido al pueblo en su conjunto; sin embargo, tras el Principado, la noción de *Republica* es reemplazada por la de *Imperium*, lo que desembocará en la asunción de una *utilitas* propia del *Imperium* o, incluso, del *fiscus romanus*¹⁴⁶, predominante en todo caso, de tal suerte que el interés del *Imperium*, reputado a la postre interés común, preponderaría no solo ante todo interés privado, sino incluso frente al de la propia colectividad, motivo por el cual se produce una clara diferenciación entre *utilitas publica* y *utilitas*

dell'Istituto di Studi Romani. Vol. 11. Roma. 1963, págs. 387 y ss.; BRANCA, G. *Le cose extra patrimonium humani iuris*. Bologna. Zuffi. 1946, pág. 204.

¹⁴⁶ *Codex* 12, 57, 13; 10, 30, 2; 1, 32, 1, 1; 10, 71, 3, 1; 10, 71, 4; 12, 37, 15; 10, 32, 31; 10, 72, 14 pr.; CTh. 11, 16, 7; 5, 15, 17; 1, 15, 6; 7, 13, 7, 3; 7, 13, 12; 13,

omnium, un deslinde que en la época justiniana tiende a debilitarse para retomar la línea de su tradicional convergencia. Veamos este recorrido apuntado con mayor detalle.

En efecto, observamos la afinidad de las nociones *utilitas publica* y *utilitas omnium* hasta la época de los Severos, lo que se evidencia a menudo en la justificación de la actuación administrativa para dar satisfacción a la utilidad del *populus* en su conjunto, incluso con emperadores como Augusto¹⁴⁷, Adriano¹⁴⁸, Trajano¹⁴⁹ y Marco Aurelio¹⁵⁰, que tienden a identificar *res publica* y *populus Romanus* (tal como lo demuestra el acrónimo S.P.Q.R.) y, por ende, la *utilitas publica* con la *utilitas omnium*, dando pábulo con ello a la inserción de contenidos morales y jurídicos¹⁵¹ –*iustitia, aequitas, honestitas, ratio, libertas, officium, virtus, fraternitas, concordia*–¹⁵² en la idea de *utilitas*.

11, 11; 15, 5, 49; 6, 22, 3; 12, 1, 34; 16, 2, 11; 12, 1, 91; 12, 1, 109; 8, 4, 29; Nov.Th. 3, 6; 5, 3 pr. y 1.

¹⁴⁷ AUGUSTUS, O. *Res Gestae Divi Augusti*. 6, 1, en <https://www.unizar.es/hant/Fuentes/resgesta.HTML> (consultado con fecha 4/05/2019).

¹⁴⁸ *Hadrian and the Oracles of Antinous* (SHA, Hadr.) 8, 3.

¹⁴⁹ PLINIO SEGUNDO, C. *Panegírico del emperador Trajano* 67, 4, 8.

¹⁵⁰ DION CASIO. *Historia Romana* 71, 24, 4, en <https://es.scribd.com/doc/305992516/Historia-Romana-Libros-71-a-80-Dion-Casio> (consultado con fecha 5/05/2019).

¹⁵¹ HANKINS, J. *Rhetoric, history and ideology: the civic panegyrics* Leonardo Bruni, en *Renaissance Civic Humanism*. University of Cambridge. 2003, 257 y ss.; BERNAD SEGARRA, L.; BUIGUES, G. *Las ideas jurídico-políticas de Roma y la formación del pensamiento jurídico europeo*. Universitat de València. Valencia, 2008.

¹⁵² CICERON, M.T. *De Officiis* 3, 7; *De Legibus* 1, 15, 42.

Tal es la incardinación de la noción de la *utilitas* en la sociedad romana durante la época del Principado, que la mentalidad del pueblo de Roma reposa en la conexión que se desarrolla entre la conciencia popular *-consensus iuris-*¹⁵³ y la utilidad pública *-utilitas publica-*, de modo que los valores político-sociales romanos imperantes y tradicionales se erigen en los verdaderos baluartes de la *pax societatis* a través de la utilidad pública común¹⁵⁴. Difícilmente, pues, se puede entender en este momento histórico la conciencia popular romana sin una perspectiva filosófica griega estoica¹⁵⁵ teñida de realidad, merced a la noción de *utilitas publica*. Por ello, y no sin reservas¹⁵⁶, la *utilitas rei publicae* (no olvidemos que el Principado trata de mantener en apariencia la fachada republicana) se correspondería con la idea de *utilitas communis* y *utilitas omnium*, lo cual no resultaría en modo alguno contradictorio con la progresiva subordinación de los intereses particulares respecto de los intereses públicos.

Sin embargo, en la etapa clásica tardía y posclásica (Dominado, desde el asesinato del emperador Alejandro Severo hasta el siglo VI d.C.)¹⁵⁷, y con la llegada del absolutismo, la *utilitas publica*, entendida bajo la bandera del interés del

¹⁵³ CICERON, M.T. *De republica* 1, 25, 39.

¹⁵⁴ BETANCOUR, F. *Derecho Romano Clásico*. Universidad de Sevilla. Sevilla. 2007, págs. 61 y ss.

¹⁵⁵ STELLA MARANCA, F. *Seneca giureconsulto*. Roma. 1966, págs. 7 y ss.

¹⁵⁶ LONGO, G. *Op. Cit.* 1972, pág. 8

¹⁵⁷ LONGO, G. *Op. Cit.* 1972, pág. 10.

*Imperium*¹⁵⁸, aparece como un argumento siempre esgrimible en detrimento de la *communis utilitas*, que adquiere visos cada vez más extraordinarios¹⁵⁹.

Prueba de lo afirmado es incluso que, a pesar de los bien ilustrativos aforismos “*lo que place al príncipe tiene fuerza de ley*”¹⁶⁰, y “*el príncipe está desligado de la ley*”¹⁶¹, en cuya virtud el emperador no solo se presenta como el único y verdadero legislador por recibir su autoridad de los dioses, sino que, además, él no se encuentra vinculado por la ley, lo cierto es que tanto él como su burocracia asumen el *officium* de salvaguardar el bien común y el interés público, razón por la cual cuentan con el deber de lograr el justo equilibrio entre el ejercicio de todas sus amplias atribuciones, por un lado, y el mero arbitrio como fuente despótica del abuso¹⁶², por otro, lo que de alguna forma alimentaría la necesidad de lograr la coexistencia entre el interés público y el privado¹⁶³. Es decir que, no obstante las

¹⁵⁸ ROSTOVZEV, M. *Histoire économique et sociale de l'Empire romain* (trad. Italia). Firenze. 1976, págs. 431 y ss.; SCEVOLA, R. *Utilitas publica. L'arte del Diritto* n° 23. Vol. 1. Padova. 2012, págs. 90 y ss.; LEVY, E. *West roman vulgar law. Dominium and public interest*. American Philosophical Society. Filadelfia. 1951, págs. 100 y ss.

¹⁵⁹ GAUDEMET, J. *Op. Cit.* 1951, pág. 480.

¹⁶⁰ D. 1, 4, 1; *Institutiones* 1, 2, 6.

¹⁶¹ *Codex* 1, 14, 12, 1.

¹⁶² BAUMAN, R.A. *Crime and punishment in ancient Rome*. London-New York. 2005, págs. 27 y ss.

¹⁶³ NAVARRA, M.L. *Utilitas publica-utilitas singulorum tra IV e V sec. d.C., Alcune osservazioni*. SHDI n° 63. 1997, págs. 269 y ss.; GIGLIO, S. *Il tardo impero d'Occidente e il suo senato: privilegi fiscali, patrocinio, giurisdizione penale*. Edizioni Scientifiche Italiane. Università degli Studi di Perugia. Perugia. 1990, págs. 245 y ss.

amplias facultades que atesora y reúne el emperador en esta época del Bajo Imperio al amparo del paraguas de una omnicomprendensiva *utilitas publica* recipiendaria de los intereses del Imperio encarnados en su persona, la eventual arbitrariedad en el ejercicio del poder contaría con el antídoto de la *utilitas communis*, una noción que se erige en estandarte, baluarte y fiel depositaria de los valores tradicionales romanos (*iustitia, utilitas*).

Más adelante, con la llegada de Justiniano al poder, se producirá un retorno a la versión republicana, sobre todo merced a la influencia del cristianismo en la sociedad y en el derecho romano¹⁶⁴. Por su través, los intereses privados de los particulares vuelven a contar especialmente y, en consecuencia, la *utilitas communis* se asimila con la *utilitas publica* impregnada de los valores esenciales romanos (incluidos la *aequitas* y *humanitas*)¹⁶⁵. Esta tendencia ya había sido apuntada por otros emperadores (Trajano, Valentiniano, Teodosio I, Juliano), e incluso por Diocleciano, conocido enemigo del cristianismo¹⁶⁶.

Así pues, como colofón, podemos señalar que, a pesar de la versatilidad y fluctuación del término analizado *-utilitas*

¹⁶⁴ BUENO, J.A. *La legislación religiosa en la compilación justiniana*. Dykinson. Madrid. 2015, págs. 33 y ss.; GAUDEMET, J. *Op. Cit.* 1951, págs. 497 y ss.

¹⁶⁵ STEINWENTER, A. *Utilitas publica-utilitas singulorum*, en *Essays in honor of Paul Koschaker*. Vol. I. Weimar. 1939, págs. 84 y ss.

¹⁶⁶ GAUDEMET, J. *Op. Cit.* 1951, págs. 473 y ss.

publica- en las distintas etapas históricas, lo que permitiría en ocasiones acoger actos injustos bajo el manto acomodaticio de una etérea noción de utilidad común (*utilitas communis*)¹⁶⁷, sin embargo y más importante a nuestro juicio, concluimos que en todas ellas (desde la época republicana hasta la justiniana) se detecta una suerte de núcleo duro invariable e inherente, que consiste en su clara conexión con principios originarios que acompañaron al pueblo de Roma en la progresiva consolidación de la paz y del consenso social, coincidentes con la esencia republicana y clásica del vocablo, reflejados en valores como *iustitia*, *utilitas*, *aequitas*, todos ellos indispensables para la consecución del bien común¹⁶⁸.

III.1. UTILIDAD PUBLICA E INTERES COMUN EN LA PROPIEDAD ROMANA

A continuación, analizaremos algunos casos en particular a propósito de la práctica de la expropiación forzosa en Roma por causa de la utilidad pública y del interés común.

Así, por ejemplo, el supuesto protagonizado por el censor Emilio Lépidio con motivo de la construcción de un muelle en la ciudad de Terracina¹⁶⁹ erigido en tierras de su propiedad – *ingratum opus*- , sobre la base de la existencia de un interés

¹⁶⁷ CICERON, M.T. *De Officiis* 3, 47.

¹⁶⁸ CICERON, M.T. *De Officiis* 3, 6, 28; 2, 53, 160.

¹⁶⁹ LIVIO, T. *Historia de Roma* 40, 51 3.

público¹⁷⁰ para la satisfacción del bien común, de la comunidad, del *populus Romanus* y de la *utilitas publica civium Romanorum*.

Otro caso bien significativo se revela cuando un ciudadano es titular de una vivienda cuya altura obstaculiza la labor de los augures a la hora de escrutar el cielo e interpretar el vuelo de las aves, razón que habría justificado la decisión de aquellos ordenando demoler la construcción¹⁷¹ ¹⁷². Aquí, el hipotético beneficio del Colegio de los augures fungiría como interés religioso de la comunidad o del *populus Romanus* y justificaría la destrucción del edificio¹⁷³.

El ensanche del Foro llevado a cabo en Roma por Julio César con el consiguiente derribo de varias viviendas privadas a cambio de la correspondiente indemnización debe su razón de ser a una necesidad pública¹⁷⁴, dada la gran importancia

¹⁷⁰ LOZANO CORBI, E. *Op. Cit.* 1994, pág. 67.

¹⁷¹ CICERÓN, M.T. *De Officiis* III, 16, 66.

¹⁷² Caso similar en FESTO, S.P. *De verborum significatione (summissiore)* 17, 20, 15, 17-20, en <https://archive.org/details/deverborumsigni00fest/page/344> (consultado con fecha 07/05/2019).

¹⁷³ SCIALOJA. *Lezioni sulla proprietà*. 1908-1909, págs. 279 y ss.; *Teoria della proprietà nel diritto romano*. Volo. II, 1. Sampaolesi. Roma. 1926, pág. 318.

¹⁷⁴ CICERÓN, M.T. *Ad Atticum* IV, 16, 8; SÜETONIO, C. *Los doce césares (Iulius Caesar)* XXVI, en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKEwijn_mg3YniAhXLAGMBHTVnDdMQFjABegQIBxAC&url=https%3A%2F%2Fuhphistoria.files.wordpress.com%2F2011%2F02%2Fgaio-suetonio-los-doce-cesares.pdf&usq=AOvVaw2Vnjh7YaPvAmRhII4bYeqs (consultado con fecha 07/05/2019).

asumida por este espacio público en un momento coincidente con la gran expansión urbanística en la capital del Imperio.

El suministro de agua a las ciudades propició la construcción de acueductos, circunstancia que, en ocasiones, exigió la ocupación e intervención de terrenos de los particulares para acometer las obras por causa de utilidad pública y en aras del bien común y de la comunidad romana. Ejemplo paradigmático de lo afirmado lo representa la *Lex coloniae Genitivae Iuliae sive Ursonensis* (cap. 99)¹⁷⁵ con motivo de la fundación de la ciudad hispana de Urso¹⁷⁶.

Tras la batalla de Ancio¹⁷⁷, el emperador Augusto recompensa a los veteranos de guerra mediante la adjudicación de tierras particulares de las colonias, obtenidas a cambio de una indemnización, sin posibilidad por parte de sus dueños de oponerse a la decisión, dada la necesidad pública y política existente¹⁷⁸, cual era satisfacer el interés del pueblo romano premiando a los soldados eméritos, por haber dedicado y

¹⁷⁵ *Corpus Inscriptionum Latinarum (CIL)*, Vol. II: Inscriptiones Hispaniae, n° 5439.

¹⁷⁶ D'ORS, A. *Epigrafía jurídica de la España Romana*, Madrid 1953, págs. 167-286; GALBA, A. *Reflessioni sulla Coloniae Genitivae Iuliae*, en ARCE, J.; GONZÁLEZ, J. (eds.), *Estudios sobre la Taula Siarensis, Anejos AEspA* 1978, págs. 157-168; CHAVES, F. (ed.). *Urso. A la búsqueda de su pasado*. Osuna, 2002; CHIC, G. *Una visión de Urso a través de las fuentes literarias antiguas*, págs. 187-213.

¹⁷⁷ *Monumentum Ancyranum (CIL III, 1, 22-28)*.

¹⁷⁸ SÜETONIO. *Op. Cit. Augusto* 17; DION CASSIO. *Op. Cit.* LI, 3, 4; LIV, 23.

entregado sus vidas en la defensa y consecución de la mayor gloria de Roma.

A propósito de los acueductos públicos, el Senado debe tomar la decisión de salvaguardar sus terrenos aledaños a los fines de evitar la erección de construcciones y plantaciones que pudieran entorpecer su debido uso y empleo¹⁷⁹, imponiendo multas a los infractores bajo el control de los *curatores aquorum*. Todo ello sobre el entendido de la *utilitas rei publicae* y el interés público que estas obras hidráulicas prestaban al pueblo de Roma, un argumento que justificaría la prohibición impuesta y que los emperadores posteriores mantendrían¹⁸⁰ mediante recompensas consistentes, en algunas ocasiones, en exenciones de tasas o compensaciones en especie¹⁸¹.

Idéntico criterio se puede sostener en el caso de los terrenos contiguos a las vías públicas¹⁸², puesto que en razón del interés del pueblo de Roma deben soportar, tanto el paso temporal (si se produjeran reparaciones o restauraciones en la vía pública), como el definitivo (si la vía pública hubiera sufrido un daño irreparable).

¹⁷⁹ FRONTINUS. *Op. Cit.*, cap. 128, 129., *S.C. de aquaeductibus* (11 a.C.) y *Lex Quinctia de aquaeductibus* (9 a.C.), respectivamente.

¹⁸⁰ CTh. 15, 2, 1; *Codex* 11, 43, 1, 3; 11, 43, 6, 1.

¹⁸¹ CTh. 2, 2, 1; *Codex* 11, 11, 41, 1.

¹⁸² D. 8, 6, 14, 1.

Finalmente haremos mención de un matiz especial de la *utilitas publica* en Roma en supuestos derivados del contexto procesal interdictal con motivo de la defensa de la propiedad pública (vías públicas, ríos públicos, lugares públicos)¹⁸³, hasta el punto de que, como tendremos ocasión de comprobar, la *utilitas publica* emerge como un punto intermedio entre la satisfacción del interés público y del privado. Veamos un ejemplo sobre el particular cuando revisamos en detalle el denominado *interdictum de loco publico fruendo*¹⁸⁴, a cuyo estudio nos aprestamos.

En efecto, por su través se protegen los arriendos o concesiones de lugares públicos cuando el pretor establece la prohibición de entorpecer con violencia al arrendatario o a su socio en el ejercicio de su arrendamiento, todo ello por causa de utilidad pública (*ex causa utilitatis publicae*) para hacer prevalecer el uso público¹⁸⁵. Por tanto y, no obstante el carácter público del lugar, no procede la aplicación del interdicto contra quien hubiera obtenido una concesión o arriendo sobre dicho lugar (*ex lege locationis*)^{186 187}.

Aflora aquí la *utilitas publica* como argumento de fondo para justificar el disfrute económico de un bien de uso público,

¹⁸³ D. 43, 1, 2, 1; 43, 1, 1.

¹⁸⁴ D. 43, 9, 1, pr. y 1 y 2.

¹⁸⁵ D. 43, 8, 2 pr.

¹⁸⁶ D. 43, 9, 1, 3.

¹⁸⁷ ZOZ, M.G. *Riflessioni in tema di res publica*. Torino. Giappichelli. 1999, págs. 180 y ss.

ya sea, a modo de ejemplo, en un caso de enfiteusis¹⁸⁸, o de superficie¹⁸⁹ ¹⁹⁰: en su virtud, la *utilitas publica* se traduce en los intereses tributarios públicos, que aseguran la obtención de ingresos públicos, y permiten alcanzar un ideal equilibrio entre el interés particular, en este caso de la comunidad ciudadana, y el interés público¹⁹¹, una práctica que también se admitió en tiempo de los emperadores Arcadio y Honorio, y que corroboraría una vez más el vasto concepto de la noción *utilitas publica* para los romanos¹⁹², toda vez que mientras que, por lo general, el pretor intensificó la protección interdictal en lo que concierne al uso general de las cosas públicas, en el caso aquí analizado la noción *utilitas publica* ampara más bien el derecho a disfrutar legítimamente de las cosas públicas por algunos ciudadanos¹⁹³.

A título de inventario, pues, podemos precisar con relación a la utilidad pública e interés común en la propiedad romana lo siguiente¹⁹⁴: por un lado, nos encontramos con referencias a una normativa expresa o genérica justificativa de comportamientos individuales o de diferentes actos en general;

¹⁸⁸ D. 43, 8, 2, 2.

¹⁸⁹ D. 43, 8, 2, 17.

¹⁹⁰ *Codex* 11, 70 3 y 4.

¹⁹¹ ALBURQUERQUE, J.M. *La interrelación de interés público, interés común e interés privado en la noción de utilitas publica*. RGDR. Iustel. 2015, págs. 1-25.

¹⁹² CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *La struttura della proprietà e la formazione del iura praediorum nell'età repubblicana*. Giuffrè. Milano. 1969, pág. 4.

¹⁹³ ALBURQUERQUE, J.M. *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público*. Dykinson. Madrid. 2002, págs. 180 y ss.

¹⁹⁴ LONGO, G. *Op. Cit.* 1972, págs. 17 y ss.

por otro, con textos concernientes a instituciones jurídicas privadas; en otras ocasiones, detectamos asertos proclives al mantenimiento del *statu quo* y la consecución de intereses propios; o, por fin, con un marco estrictamente procesal¹⁹⁵ que, no obstante el carácter plurisémico de la expresión *utilitas publica*, justificaría la aplicación de la protección interdictal¹⁹⁶ en general, o de alguna categoría de interdicto en particular, sobre todo cuando se trata de interdictos vinculados a cosas públicas en los que la noción *utilitas publica* adquiere verdadera carta de naturaleza.

III.2. SOBRE UNA PRETENDIDA FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO

Una de las consecuencias que traerá consigo la superación del Estado liberal a lo largo del siglo XX es su reconducción progresiva hacia un Estado con un corte más social¹⁹⁷, en el que los intereses individuales van cediendo y se subordinan a los de la comunidad.

En el plano jurídico ese cambio se traducirá en la concepción misma de los derechos de los ciudadanos que, más que facultades que confieren un poder, están diseñados para la consecución de una función en el marco de la sociedad en la

¹⁹⁵ D. 43, 1, 1; 43, 1, 2, 1.

¹⁹⁶ FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2007, págs. 538 y ss.

¹⁹⁷ BIAGINI, H.E. *En torno a la crisis del liberalismo*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) nº 30, noviembre-diciembre. 1982, págs. 143 y ss.

que se desarrollan¹⁹⁸. Por ello, el derecho subjetivo se torna una verdadera función social¹⁹⁹, y no es sino conforme a esta que aquel adquiere sentido.

Una expresión clarividente de esta nueva concepción del derecho-función queda reflejada concretamente cuando se aborda el derecho de propiedad, que pasa de ser un derecho absoluto a transformarse en una *conditio sine qua non* de la prosperidad y progreso de las sociedades²⁰⁰, de tal suerte que, al mismo tiempo que el propietario cuenta con el poder-deber de usar y disfrutar de la cosa para satisfacer sus necesidades individuales, añade el poder-deber de hacerlo también para satisfacer las necesidades comunes de la colectividad a la que pertenece, a los fines de lograr así mantener e incrementar la interdependencia social²⁰¹.

No obstante la abundante crítica a la concepción de la propiedad planteada por Duguit²⁰², lo cierto es que se va

¹⁹⁸ DUGUIT, L. *Las transformaciones del Derecho público y privado* (trad. de A.G. Posada, R. Jaén y C.G. Posada). Heliasta. Buenos Aires. 1975, pág. 174.

¹⁹⁹ DUGUIT, L. *Manual de Derecho constitucional* (trad. J.G. Acuña, 2.^a ed. esp.). Fco. Beltrán. Madrid. 1926, pág. 285.

²⁰⁰ DUGUIT, L. *Op. Cit.* 1975, pág. 174.

²⁰¹ DUGUIT, L. *Op. Cit.* 1975, pág. 340.

²⁰² PICAR, M., en *Tratado práctico del derecho Civil francés* de M. Planiol y G. Ripert. La Habana. 1946, pág. 20; PUGLIATI, S. *La proprietà del nuovo diritto*. Giuffrè. Milano. 1908, pág. 148; BARASSI, C. *La proprietà nel nuovo Codice Civile*. Giuffrè. Milano. 1943, pág. 47; MESSINEO, F. *Manual de Derecho civil y Comercial, Vol. III* (trad. Sentís Melendo). EJE A. Buenos Aires. 1971, págs. 141, 254.

asumiendo paulatinamente que la función social de la propiedad constituye un verdadero complemento de su otra función personal²⁰³, de manera tal que esta institución jurídica ha de concebirse no solo para la satisfacción de necesidades individuales, sino también colectivas, en un intento de conciliar e integrar la función social como esencia propia del derecho subjetivo de propiedad²⁰⁴.

Eso sí, una de las dificultades con las que se encuentra la consideración de la función social de la propiedad estriba en su delineación indeterminada –concepto jurídico indeterminado²⁰⁵–, aun cuando se pretenda concretar en la necesidad de subordinar los intereses individuales a los generales. Hasta tal

LACRUZ BERDEJO, J.L. descarta que la función social de la propiedad incida directamente en la configuración del dominio, y por ello niega que este derecho constituya una función social en la medida que las facultades del dueño se orientan a ejercer un interés privado y propio, esto es, que no es ajeno ni público (*Elementos de Derecho civil III, 1*. Dykinson. Madrid. 2003, págs. 245 y 246).

GALGANO, F. sitúa esta función social en el campo de los límites y controles, más en el ámbito de los contra-derechos, es decir, los derechos que ostentan los que no son propietarios sobre la cosa perteneciente a otras personas. (*Immagini della proprietà*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Anno XXXVI. 1982, págs. 812 y ss.).

²⁰³ COSTE-FLORET, P. *La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil*. Sirey. Paris. 1935, págs. 235, 236.

²⁰⁴ MORIN, G. *L'oeuvre de Duguit et le Droit privé*, en AA.VV. *L'oeuvre de Duguit*. Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique. Paris. 1932, pág. 158; MESTRE, A. *Remarques sur la notion de propriété d'après Duguit*, en AA.VV. *Op. Cit.* 1932, pág. 1965.

²⁰⁵ No obstante la relación existente entre la función social y el contenido esencial de la propiedad, ni deben confundirse ambos términos, ni tampoco puede desconocerse su conexión, tal como señala MONTES, V.L. *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo*. Civitas. Madrid. 1980, págs. 205 y ss.

punto ha arraigado esta concepción en la propiedad actual, que ya supera su tinte de mera limitación externa del derecho, para convertirse así en un gen estructural que aporta identidad social a un derecho otrora absoluto, en la línea ya sostenida por nuestra jurisprudencia constitucional cuando le atribuye una doble garantía, tanto individual, como institucional²⁰⁶, un reconocimiento que no hace sino quebrar la noción unitaria de la propiedad²⁰⁷, torneando que no modificando la esencia interna misma de este derecho²⁰⁸, desde un plano principalmente económico²⁰⁹, merced a la idea de utilidad pública e interés social determinados por la ley²¹⁰, entendiéndose con ello que será la norma legal la que legitimará la función social del derecho²¹¹ a través de la fijación de cuáles son los intereses generales que, al sobrepasar el interés del propietario²¹², imponen límites y deberes positivos al contenido del dominio²¹³.

²⁰⁶ STC, 111/1983, de 2 de diciembre (RJA).

²⁰⁷ RODOTA, S. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*. Il Mulino. Bologna, 1981; LASARTE ALVAREZ, C. *Propiedad privada e intervencionismo administrativo*. RGLJ. 1975 núm. 71 y 72, págs. 148 y ss.

²⁰⁸ RODOTA, S. *Note critiche in tema di proprietà*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile nº XIV. 1960, págs. 1252 y ss., especialmente 1296, 1297, 1312; MONTES, V.L. *Op. Cit.* 1980, págs. 196 y ss.

²⁰⁹ MONTES, V.L. *Op. Cit.* 1980, págs. 154-160, 208-211.

²¹⁰ RODOTA, S. *Op. Cit.* 1981, 203 y ss.

²¹¹ Con relación a la mejor consideración de la función social de los bienes, que no de la propiedad, PUGLIATI, S. *Beni e cose in senso giuridico*. Giuffrè. Milano. 1962, pág. 27.

²¹² TARELLO, G. *La disciplina costituzionale della proprietà*. ECIG. Génova. 1973, pág. 27.

²¹³ LASARTE ALVAREZ, C. *Op. Cit.* 1975, pág. 228.

Desde un punto de vista constitucional y, a raíz del artículo 33 de nuestra Carta Magna, la función social del derecho de propiedad constituiría un punto de equilibrio entre el juego de los intereses individuales y los colectivos, un *desideratum* que justificaría las limitaciones establecidas sobre los bienes objeto de propiedad, solamente en atención al cumplimiento de dicha función social.

A partir de lo expuesto, surge la reflexión de hallar algún atisbo de conexión entre los valores del bien común y de la utilidad común en los límites impuestos a la propiedad romana, y las limitaciones a las que queda sujeto el derecho de propiedad en la actualidad merced a la función social que le acompaña. Es decir, tratamos de establecer un hilo argumental que conecte, por una parte, la utilidad pública y el bien común como límite al derecho de propiedad en Roma; y, por otra, la función social a la que está sujeta el derecho de propiedad en nuestros días.

Todo ello con el objetivo de poner en valor una vez más la imperecedera huella del Derecho romano, incluso en determinados aspectos en los que, no obstante las modificaciones habidas y una primera impresión de falta de hilazón entre algunos temas, podemos seguir obteniendo enseñanzas y la orientación debida: esta afirmación, evidentemente, no significa en modo alguno que el derecho

romano pueda erigirse en pilar del derecho administrativo que se construyó a partir de los principios constitucionales tras la Revolución Francesa²¹⁴; sin embargo y, sin ánimo de confundir términos y nociones, ni tampoco de realizar saltos en el tiempo al vacío, lo que pretendemos es poner en relación y hallar puntos de encuentro entre algunas instituciones jurídicas romanas y actuales, como sucede en el caso de los límites del derecho de propiedad a través del juego concurrente de los intereses individuales y comunes.

Al hilo de ello, no resulta necesario plantearnos categóricamente la continuidad o discontinuidad histórica entre la solución romana y la actual, ni tampoco parece lo más conveniente realizar una labor de encaje forzoso de las instituciones romanas en el seno del derecho actual²¹⁵; ni mucho menos, a nuestro juicio, reeditar la experiencia de la pandectística alemana mediante la confección de un proceso de actualización del derecho romano²¹⁶.

Abogamos, más bien, por el análisis del derecho al modo y manera de un ser vivo en constante evolución, un verdadero

²¹⁴ GARCIA DE ENTERRIA, E. *La Revolución Francesa y la emergencia histórica de la administración contemporánea*. AA.VV. Estudios Homenaje a Nicolás Pérez Serrano. Vol. 2. Madrid. 1959, págs. 202 y ss.

²¹⁵ FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Hacia un tratado de derecho administrativo*. Revista de Derecho UNED nº 6. 2010, pág. 206

²¹⁶ BERNAD MAINAR, R. *La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno*". Número 17. Octubre, 2016,

producto histórico, dotado en consecuencia de un carácter historicista²¹⁷, lo que nos permite argüir que, si bien la ciencia del derecho administrativo surge a partir del siglo XIX, según lo atestigua, por ejemplo, la propia noción de la función social inherente a la propiedad, podemos detectar visos de conexión entre los valores y principios informadores de las instituciones jurídicas romanas y de aspectos actuales relacionados sobre la materia.

Desde esta perspectiva y con la acotación hecha anteriormente, sirva de ejemplo y traigamos a colación la potencial continuidad histórica que se produce con los principios informadores de ciertas instituciones administrativas romanas y del derecho actual, tal como sucede con la idea del interés público o común, tan impregnada en nociones romanas como *utilitas publica, utilitas omnium y utilitas universorum*²¹⁸.

En tal cometido y, según nuestro parecer, debemos partir del carácter pragmático del Derecho romano, uno de sus signos distintivos por antonomasia²¹⁹, puesto que invocar la

págs. 1-80. RIDROM [on line]. 17-2017. ISSN 1989-1970, págs. 1-80. <<http://www.ridrom.uclm.es>>.

²¹⁷ BISCARDI, A. *El Derecho y la Ciencia del Derecho en los umbrales del año 2000* (trad. J. Paricio). Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. UCM. Madrid. 1989, pág. 21.

²¹⁸ FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2010, pág. 209.

²¹⁹ BERNAD MAINAR, R. *Ius Romanum pragmaticum versus aequitas romana: una versión anticipada del binomio eficiencia-equidad, emblema del análisis económico del derecho (AED)*. RIDROM nº 22. Abril 2019, págs. 55 y ss.

observancia y respeto del bien común a la hora de enarbolar la utilidad pública como razón de ser en los límites del derecho de propiedad, no se concibe sin el fundamento del pragmatismo que permite empoderar el interés superior en menoscabo de los intereses individuales.

De ahí que si entendemos la utilidad pública y el bien común como un antídoto frente al abrumador individualismo y el ejercicio absoluto de los derechos, en consonancia con la noción republicana clásica de *iustitia*²²⁰, al modo y manera de un ideal intermedio entre lo particular y lo colectivo en la consecución de la paz social²²¹, podríamos invocar y traer a colación la noción de función social ínsita al derecho de propiedad actual, puesto que esta tiende también a erigirse en un punto de equilibrio entre los intereses individuales y colectivos, ideal que permite justificar en nuestros días las limitaciones que recaen sobre la propiedad por mor de la utilidad pública y del interés social.

Evidentemente retrotraer la noción de función social a la época romana supone un ejercicio extremo de voluntarismo, más aun cuando el Derecho romano no se llegó a configurar como un sistema de derechos²²², por lo que la atribución en

²²⁰ CICERON, M.T. *De Officiis*, 3, 6, 28; 2, 53, 160.

²²¹ CICERON, M.T. *De republica* I, 25, 39.

²²² ROBLEDA, O. *La idea de derecho subjetivo en el ordenamiento romano clásico*. BIRD nº 80. 1977, págs. 23 y ss.

Roma de una función de naturaleza colectiva al derecho de propiedad resulta, a nuestro juicio, más que arriesgada, por no decir difícil de sostener.

Sin embargo, si tenemos en cuenta que la idea de función social del derecho se orienta rumbo a la subordinación de los intereses individuales respecto de los generales, ahí sí que podemos atisbar un punto de encuentro entre el derecho romano y el derecho actual en lo que al ejercicio de los derechos se refiere. En ayuda de lo afirmado, no podemos omitir tampoco que otro de los caracteres más significativos impregnados en el Derecho de los romanos es el ejercicio de la libertad individual²²³, un principio que actúa como antídoto frente a la excesiva intervención del poder público romano en las relaciones privadas entre los individuos, y que se traduce, *mutatis mutandis*, en una suerte de precedente liberal en lo económico²²⁴, tal como lo acreditaría, por ejemplo, el escaso uso de la expropiación en Roma²²⁵, o el hecho de que la libertad contractual y testamentaria²²⁶ constituyeran elementos

²²³ IGLESIAS-REDONDO, J. *En torno a la libertas*. Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias, II. Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvarez. Universidad Complutense. Madrid. 1988, págs. 1441 y ss.; SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 169 y ss.

²²⁴ DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 169.

²²⁵ LOZANO Y CORBI, E. *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el derecho romano*. Mira Editores. Zaragoza, 1994.

²²⁶ SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 178, 179.

inherentes al derecho romano²²⁷, a lo que podríamos sumar su exacerbado individualismo, una cualidad netamente inoculada y gen indentitario que se ha impregnado también en la familia romanística del derecho²²⁸.

Aun así y, no obstante lo señalado, la vida en sociedad impone unas exigencias emanadas de los intereses de la comunidad –interés común–, lo que permite poner en evidencia que el ordenamiento jurídico de los romanos, prototipo individualista donde los haya, es reputado también como el derecho propio del “egoísmo disciplinado”²²⁹; en efecto, del mismo modo que estamos en presencia de un ordenamiento jurídico plagado de individualismo, se halla regido por el interés de la comunidad, habiendo logrado alcanzar la virtud, no exenta de genialidad, de conjugar dicho egoísmo con el justo aderezo de ingredientes tales como racionalidad, objetividad y organización²³⁰.

A mayor abundamiento y, con un argumento similar al que hemos hecho valer para demostrar la relación entre nociones dispares y distantes en el tiempo por lo que al derecho

²²⁷ IHERING, C.R.v. *Geits des römischen Rechts*, videndum SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, pág. 41.

²²⁸ DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 169.

²²⁹ BETANCOURT SERNA, F. *El espíritu del Derecho romano*. Anuario de Historia del Derecho español n^o 53, 1983, pág. 559, en <file:///C:/Users/a/AppData/Local/Temp/Dialnet-ElEspirituDelDerechoRomano-134436-1.pdf> (consultado con fecha 10/06/2018).

²³⁰ IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1997, pág. 106.

de propiedad concierne (utilidad pública–bien común, y función social), observamos un posible punto de conexión entre las nociones de necesidad social²³¹ y función social²³² con el telón de fondo que representa la *proprietas* romana, puesto que ambos términos ponen énfasis, cada uno a su manera y por este orden sucesivo, en la atenuación del carácter absoluto del *dominium* en Roma, y en la proyección e incidencia en el derecho de propiedad actual. En virtud de esta pretendida conexión podemos justificar el deber de tolerar las inmisiones procedentes de aquellas actividades que resultan aceptadas y autorizadas comúnmente por la sociedad en general, en la medida que en justicia son consideradas como necesarias: por su través se invoca una concepción basada en el orden social que considera invasión perturbadora de la propiedad²³³ solamente la que represente una inmisión para la opinión común de la sociedad en su conjunto, de tal manera que solo la necesidad social constituiría el justo límite en el ejercicio del derecho de propiedad para garantizar la convivencia social armónica²³⁴. Es decir, una actividad será entendida socialmente necesaria²³⁵ solo cuando cumpla una serie de premisas, tal como se ha señalado, habida cuenta las condiciones sociales dadas. En razón de ello, la teoría de la necesidad social coincide en la

²³¹ BONFANTE, P. *Op. Cit.* 1932, págs. 50 y ss.

²³² RODOTA, S. *Op. Cit.*, 1981.

²³³ BONFANTE, P. *Op. Cit.* 1932, pág. 58.

²³⁴ BONFANTE, P. *Op. Cit.* 1932, págs. 67, 77.

²³⁵ BONFANTE, P. *Op. Cit.* 1932, págs. 66-68.

práctica con el criterio del uso normal del derecho de propiedad.

Aun cuando el pretendido argumento de la necesidad social arbitra las relaciones entre los particulares por lo que al ejercicio del derecho de propiedad se refiere, sin embargo está claramente imbuido de un ingrediente comunitario, social, puesto que tiende a preservar la convivencia social, un objetivo que también aflora y subyace en la noción de función social por lo que al derecho de propiedad concierne, en cuya virtud se legitima el debilitamiento del interés individual que ostenta el propietario, ya mediante el establecimiento de límites al uso egoísta de sus bienes, ya por la imposición de una serie de deberes en el ejercicio de su derecho²³⁶, cónsonos con el interés de la comunidad.

Y es que no podemos obviar que, no obstante la versatilidad que arroja la noción de *utilitas publica* en Roma a lo largo de sus distintas etapas históricas, lo que nos permitiría encuadrarla en un espacio acorde con el de utilidad común (*utilitas communis*)²³⁷, podemos afirmar que detectamos en su seno un mínimo común denominador desde la República hasta Justiniano, que converge y se identifica con principios y valores originarios de Roma, que fueron protagonistas en la consecución de la paz social y compendio de la esencia

²³⁶ ZATTI, P. *Diritto privato* (Diritto civile). Cedam. Padova. 1983, pág. 99.

republicana, entre los que incluimos principalmente *iustitia*, *utilitas*, *aequitas*, todos ellos ineludibles en la consecución del bien común²³⁸.

III.3. UTILIDAD PUBLICA, INTERES COMUN Y FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD ROMANA BAJO EL PRISMA ACTUAL DEL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO (AED)

Como ya hemos señalado, el Derecho romano confería al ciudadano romano atribuciones para defender su propiedad y posesión, así como para administrar y disponer de sus bienes de forma exclusiva y excluyente según su arbitrio (*ad libitum*). Sin embargo, un escenario tan individualista no significó que las facultades del *dominus* fueran absolutas²³⁹, pues, de haberlo sido así, se prescindiría de los costes externos –externalidades–, por ende, el ejercicio del derecho de propiedad habría producido un menoscabo de la propiedad ajena, con una consiguiente pérdida de valor del mencionado derecho²⁴⁰.

Vemos, pues, que ya en el Derecho romano atisbamos la limitación al derecho de propiedad ante la necesidad de tener

²³⁷ CICERON, M.T. *De Officiis* 3, 47.

²³⁸ CICERON, M.T. *De Officiis* 3, 6, 28; 2, 53, 160.

²³⁹ MATTEI, U. *Comparative Law and Economics*. University of Michigan Press. Ann Arbor. 1997, págs. 27-67.

²⁴⁰ IHERING, R.V. *Der Besitwille*. Scientia-Verlag. Aalen, 1968.

en cuenta ciertas externalidades²⁴¹, sin con ello dejar de maximizar el valor de este derecho, en la medida que se reducen las externalidades del dominio a determinados casos fácticos, mayormente predecibles, de tal manera que las partes pueden incluso anticipar sus necesidades y negociar el contenido del derecho.

En efecto, mientras que el Derecho romano limita los costes externos del derecho de propiedad al ámbito del derecho de bienes, tanto el *civil law*, como el *common law* traspasan el derecho de cosas y establecen límites al derecho de propiedad, recurriendo respectivamente, a la teoría del abuso de derecho²⁴² o de la *nuisance*²⁴³.

En esa misma línea romana, los ordenamientos jurídicos del *civil law* se muestran reticentes a las situaciones de comunidad, entre ellas la copropiedad, bajo la consideración de que tanto la cotitularidad de la propiedad como la desmembración de sus facultades resta eficiencia²⁴⁴ por dificultar la complementación mutua de las distintas atribuciones que otorga el *dominium*, en la medida que la deficiente coordinación de conductas incide en que la

²⁴¹ D. 8, 5, 8, 5.

²⁴² BERNAD MAINAR, R. *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo II. FCJP. Caracas. 2006, págs. 435 y ss.

²⁴³ CABALLERO, F. *Essai sur la notion juridique de nuisance*. LGDJ. Paris, 1981.

cooperación requerida entre los comuneros se torna harto difícil, con la consiguiente merma en el uso racional del bien objeto de propiedad, ya por sobreexplotación²⁴⁵, o subexplotación, al elevar excesivamente el costo de acceso al bien²⁴⁶.

La propiedad romana trata de superar estas dos situaciones previamente señaladas y evitar así la necesidad de coordinar el ejercicio del derecho de propiedad: en la medida que este derecho está configurado de una manera en la que su titular cuenta con facultades de uso, goce y disposición, amén de conferirle un sello de exclusividad, le imbuye también de un carácter excluyente, que le permite asumir y decidir en torno a los beneficios que puede obtener del ejercicio de su derecho, así como de la gestión del recurso y consiguiente tasación de sus facultades (carácter *erga omnes*). De ahí que en un supuesto de propiedad desmembrada tan emblemático como es el caso del usufructo, se impone al usufructuario la obligación de prestar la caución usufructuaria a los fines de garantizar la administración eficiente de la nuda propiedad, tomando para

²⁴⁴ COLOMA, G. *Análisis Económico del Derecho*. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2001, págs. 94-96.

²⁴⁵ DEMSETZ, H. *Toward a theory of property rights*. *American Economic Review* n° 57. 1967, págs. 347-359.

²⁴⁶ HELLER, M. *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*. *Harvard Law Review* n° 111. 1998, págs. 621-688.

ello como referencia el arquetipo del comportamiento observado por el *bonus paterfamilias*²⁴⁷.

Por otra parte, solo los intercambios voluntarios de bienes son efectivos cuando existe un derecho de propiedad sobre ellos²⁴⁸, toda vez que, de no ser así, la asimetría de información entre los meros poseedores no hace sino dificultar el intercambio de bienes y, sin la existencia del derecho de propiedad, el mercado resultaría gravemente perjudicado.

Además, el Derecho romano propició mecanismos tendentes a la conservación de la propiedad, lo que incidiría en una gestión eficiente de recursos en supuestos tales como la *accessio*, especificación, *confusio*, *conmixtio*, *usucapio*, o *praescriptio longi temporis*.

En efecto, estos mecanismos tratan de evitar en la medida de lo posible situaciones de comunidad: así sucede en la *accessio*, donde se sortea el régimen de la comunidad a través de la aplicación del principio "*accessorium sequitur principale*" en las más diversas situaciones²⁴⁹; en el supuesto de la especificación mediante la atribución del producto elaborado al especificador,

²⁴⁷ D. 7, 17, 19, 1, con traslado en concordancia a nuestro derecho vigente en el artículo 497 del Código civil.

²⁴⁸ DEL GRANADO, J.J. *La genialidad del Derecho romano, una perspectiva desde el análisis económico del derecho* (trad. Marzetti, M.). Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre nº 63. 2009, pág. 75.

a no ser que se puedan restituir los materiales utilizados a su estado original²⁵⁰; en la *confusio vel conmixtio* (salvo accidente o voluntad de los implicados), cuando los propietarios, de ser los componentes de la nueva cosa inseparables, contaban con la facultad de solicitar judicialmente la división de la cosa común en proporción al valor que las distintas cosas, ahora unidas, tenían por separado²⁵¹; o la *usucapio* y la *praescriptio longi temporis*, en cuya virtud el poseedor ve colmada su expectativa y se torna en propietario por el paso del tiempo²⁵², logrando con ello, no solo concentrar la propiedad del bien en manos del poseedor que cumple lo preceptuado por la ley, sino también una gestión eficiente de los recursos.

Por lo tanto, con arreglo a lo señalado anteriormente y, en aras de la certeza jurídica al tratar de eludir situaciones de asimetría de la información, podemos concluir que el Derecho romano tipifica y delinea taxativamente el derecho de propiedad, ya evitando en lo posible situaciones de *condominium*, ya transformando la posesión en propiedad por el paso del tiempo (*usucapio, praescriptio longi temporis*). Aun así, hay que reconocer que en su seno, excepcionalmente, surgen situaciones inevitables de copropiedad, tal cual sucede con la institución jurídica de la comunidad incidental (*communio*

²⁴⁹ D. 41, 1, 7, 1; 41, 1, 12; 41, 1, 26, 2; *Institutiones Gai* 2, 72; 2, 77; *Institutiones* 2, 1, 26; 2, 1, 32.

²⁵⁰ “*Si ea species ad materiam reduci possit*” (*Institutiones* 2, 1, 12).

²⁵¹ D. 6, 1, 5, 1.

incidens), que Roma tipifica como un cuasicontrato²⁵³ y que, por su propia naturaleza de copropiedad, establece un instrumento de gestión coordinada.

A partir de lo afirmado, traemos a colación una perspectiva económica del problema y para ello invocamos la propuesta efectuada por el Análisis Económico del Derecho, lo cual resulta posible porque el AED encuentra el caldo de cultivo propicio en el tema que nos ocupa desde el momento que en el ámbito del derecho privado²⁵⁴, tanto la intervención estatal, como la vocación socializante de sus normas, concurren en el desarrollo y aplicación de las economías de mercado. En virtud de esta visión, las relaciones entre el derecho de propiedad y la economía se invierten, puesto que la versión tradicional según la cual la propiedad constituye una piedra angular de la economía²⁵⁵ resulta superada por otra distinta que pone en valor el criterio de la eficiencia, hasta el punto de determinar y legitimar la propiedad²⁵⁶, de tal suerte que bajo la perspectiva normativa más conocida de la Escuela²⁵⁷ emerge

²⁵² D. 41, 3, 3; 44, 3, 3.

²⁵³ *Institutiones* 3, 27, 3-4; D. 10, 2, 25, 16.

²⁵⁴ COASE, R. *The Nature of the Firm*. *Economica* n° 4. 1937, págs. 386-405.

²⁵⁵ STORDEUR, E. *Los derechos de propiedad y la eficiencia: un problema para el análisis económico del derecho normativo*. *Opinión Jurídica* Vol. 4 n° 7. Facultad de Derecho. Medellín, pág. 139.

²⁵⁶ BLOCK, W. *Ethics Efficiency, Coasia Property Rights, and Psychic Income: A Reply to Demsetz*. *Review of Austrian Economics* Vol. 8 n° 2. 1995, pág. 62.

²⁵⁷ BERNAD MAINAR, R. *Retrospectiva histórica del análisis económico del derecho (II): desde el viejo al nuevo análisis económico del derecho*". *Revista*

como referencia el concepto de maximización de la riqueza social -MRS- a los fines de entender y justificar los derechos²⁵⁸, incluido el de propiedad, sobre la base de una noción global del derecho como un conjunto de reglas tendentes a optimizar y maximizar la riqueza social.

Con ello el derecho adopta la consideración de un instrumento dirigido a la gestión de los recursos escasos con el fin de maximizar la riqueza social²⁵⁹, una perspectiva estrechamente vinculada con la eficiencia, que desemboca por lo que al derecho de propiedad respecta en la asignación, atribución o tenencia de los bienes o recursos en manos de quienes pueden asegurar un uso eficiente, a través de la reducción del costo de las interacciones humanas y, por ende, del consiguiente incremento de sus beneficios, en una reproducción del mercado perfecto²⁶⁰ pergeñado por el viejo AED: se trata de alcanzar el estado de competencia perfecta con unos costos nulos de transacción²⁶¹ que se conviertan en parte

ICADE. Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad Pontificia de Comillas. N° 106 enero - abril 2019.

²⁵⁸ DWORKIN, R. *¿Es la riqueza un valor?* Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 1 n° 1. Palermo. Abril 1996, págs. 13 y ss., lo podemos revisar en http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n1N1-Abril1996/011Juridica03.pdf (consultado con fecha 14/02/2018).

²⁵⁹ POSNER, R.A. *Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho*. Estudios Políticos n° 69. Santiago de Chile. 1998, págs. 207 y ss.

²⁶⁰ STIGLER, G.J. *The Theory of Price*. Macmillan Library Reference. New York. 1952, pág. 105.

²⁶¹ KLUGER, V. et al. *Análisis económico del derecho*. Heliasta. Buenos Aires. 2006, págs. 60-62.

esencial de la causa del derecho a la vez que factor determinante que justifique su existencia.

Bajo esta perspectiva llegaríamos al estado utópico de los contratos perfectos²⁶², carentes de costos de transacción²⁶³, lo que representaría, por ejemplo, la inexistencia del derecho de daños ante la previa negociación contractual reguladora de las indemnizaciones derivadas de los accidentes²⁶⁴; o, incluso, en sede de propiedad, la neutralización de los litigios²⁶⁵ ante la conveniencia para las partes implicadas de alcanzar un acuerdo satisfactorio según sus intereses.

Vemos, pues, que, ante lo ilusorio del caso, el AED normativo podrá efectuar recomendaciones y sugerencias en torno a la configuración del derecho de propiedad, pero contará con mayores dificultades a la hora de dar carta de naturaleza a una determinada estructura de este derecho: en efecto, si bajo esta perspectiva los mercados son eficientes y hay que recurrir a la ficción de mercados hipotéticos²⁶⁶ mediante la suposición de derechos de propiedad establecidos y la ausencia de costos de transacción en la resolución de los conflictos que se planteen, se

²⁶² NICOLAU, N.L. *El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato*, GARRIDO CORDOBERA, L.M.R.; KLUGER, V. (Coords.). Tratado de la buena fe en el derecho. La Ley. Buenos Aires. 2004, págs. 75-99.

²⁶³ POSNER, R.A. *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica. México. 2013, págs. 855 y ss.

²⁶⁴ POSNER, R.A. *Op. Cit.* 2013, págs. 322 y ss.

²⁶⁵ POSNER, R.A. *Op. Cit.* 2013, págs. 72 y ss.

torna harto complicado radicar el derecho de propiedad en el parámetro correspondiente a la maximización de la riqueza social²⁶⁷.

Ello, no obstante, todo intento de justificar la existencia del mercado sin precio en las transacciones, y de concebir las propias transacciones sin el derecho de propiedad resulta más que ilusorio²⁶⁸: la riqueza presupone la existencia de derechos, y el objeto del mercado consiste, precisamente, en el intercambio de derechos sobre recursos limitados²⁶⁹. Así pues, los derechos de propiedad generan intercambios de derechos²⁷⁰, de los que surgen los precios, verdadera esencia y razón de ser del mercado.

De ahí la importancia que reviste para el AED normativo el derecho de propiedad individual²⁷¹, a pesar de las dificultades con las que cuenta para hallar un fundamento, sobre todo en los casos de ineficiencia propia de los monopolios, situación ante la que se recomienda la distribución

²⁶⁶ GONZALEZ NIEVES, I.C. *Estudios de derecho y economía*. Heliasta. Buenos Aires. 2008, págs. 14 y ss.

²⁶⁷ POSNER, R.A. *Op. Cit.* 2013, págs. 40, 43, 45, 60.

²⁶⁸ GONZALEZ NIEVES, I.C. *Op. Cit.* 2008, pág. 30.

²⁶⁹ HOPPE, H-H. *The Economics and ethics of Private property: Studies in Political Economy and Philosophy*. Kluwer. Boston. 1993, págs. 206, 207.

²⁷⁰ SHAVELL, S. *Fundamentos del análisis económico del derecho*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid. 2016, págs. 18-20.

²⁷¹ POSNER, R.A. *Op. Cit.* 2013, págs. 67 y ss.

de los derechos entre varios titulares como antídoto para atajar la ineficiencia²⁷².

Por ello destacamos la conveniencia de hacer valer el AED, pues, por su través, se puede invocar la economía en la explicación de toda institución legal, a partir de sus incentivos y con relación a sus posibles consecuencias jurídicas y efectos²⁷³. En su virtud obtendremos una finalidad normativa de primer orden, dado que lograremos enlazar la base del derecho con nociones tales como son la maximización de la riqueza social y la eficiencia²⁷⁴, columnas vertebrales del AED, bajo el entendido de un pretendido ideal normativo que busca y se afana en la consecución de reglas justas que, además, por eficientes, promuevan el progreso.

En esta línea argumentativa, la puesta en práctica por los poderes públicos de la facultad de limitar el ejercicio de los derechos individuales, en este caso el de propiedad, resultará justificada cuando reporte un incremento neto del bienestar social para el conjunto de la ciudadanía²⁷⁵. Dichas medidas pueden ir acompañadas de la correspondiente indemnización, o

²⁷² POSNER, R.A. *Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho*. Estudios Políticos nº 69. Santiago de Chile.1998, pág. 236.

²⁷³ QUEROL ARAGON, N. *Análisis económico del Derecho*. Dykinson. Madrid. 2014, pág. 19.

²⁷⁴ QUEROL ARAGON, N. *Op. Cit.* 2014, pág. 18.

²⁷⁵ SHAVELL, S. *Op. Cit.* 2016, págs. 2 y 3.

no, según el caso²⁷⁶. En el primer supuesto nos situamos ante la expropiación, mientras que en el segundo se trata de delimitaciones del dominio sin la correspondiente compensación económica. Por ello el deslinde entre una categoría y otra resulta de especial interés a los efectos de determinar si, según el caso, el perjudicado cuenta o no con el derecho a obtener una compensación económica.

Son muy variados los criterios tenidos en cuenta a los fines de diferenciar los términos en juego: así, por ejemplo, la naturaleza singular de la privación o regulación de índole general de la misma, por afectar, respectivamente, a una o varias personas determinadas, o a una pluralidad indeterminada de sujetos²⁷⁷; la intensidad del sacrificio, de tal suerte que media expropiación cuando se desconoce y lesiona el contenido esencial del derecho afectado²⁷⁸; el carácter especial del sacrificio, combinando así los criterios tanto de la

²⁷⁶ SHAVELL, S. *Op. Cit.* 2016, págs. 136 y ss.

²⁷⁷ Un cuestionamiento de este criterio en DOMENECH PASCUAL, G. *Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable*. Indret. Barcelona. 1/2012, 60 págs.

²⁷⁸ STC 227/1988, de 29 de noviembre; 170/1989, de 19 de octubre; 204/2004, de 18 de noviembre; 112/2006, de 5 de abril. Con relación al criterio del contenido esencial del derecho, PONS CANOVAS, F. *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de propiedad*. Marcial Pons. Madrid, 2004. Una crítica al mismo, MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Civitas. Madrid, 2002, págs. 110, 111; RODRIGUEZ DE SANTIAGO, J.M. *Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española*. Revista de Administración Pública nº 177. 2008, pág. 185.

Una crítica a esta interpretación, PRIETO SANCHIS, L. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate. Madrid. 1990, pág. 144.; DOMENECH PASCUAL, G. *Op. Cit.* 1/2012.

singularidad, como de la magnitud del sacrificio, de manera que se reputa expropiación toda privación que afecta muy intensamente a un escaso círculo de afectados²⁷⁹; la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, reputando expropiación el sacrificio que constituye una diferencia discriminatoria e injustificada por adolecer de objetividad y razonabilidad²⁸⁰, pues no todos los sacrificios impuestos por los poderes públicos a un individuo o a un grupo de personas resultan indemnizables; la distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas, no entendiéndose indemnizables estas por no tratarse de un derecho actual consolidado²⁸¹; la necesidad de existencia de un beneficio para alguien, ya mediante la atribución directa e inmediata de alguna utilidad -lucro emergente-, ya por la cesación o erradicación de una situación dañosa -*damnum cessans*-, toda vez que en el caso de no haber enriquecimiento a favor de un beneficiario en un acto de la administración, no hablaríamos de expropiación, sino más bien de un mero acto de poder que no acarrea el deber de

²⁷⁹ SANCHEZ MORON, M. *Derecho administrativo. Parte general*. Tecnos. Madrid. 2005, pág. 701.

²⁸⁰ SSTC 76/1990, de 26 de abril; 253/2004, de 22 de diciembre; 38/2007, de 15 de febrero; STEDH de 12 de marzo de 2009.

²⁸¹ El TC en ocasiones se pronuncia en tal sentido en SSTC 108/1986, de 29 de julio; 99/1987, de 11 de junio; 129/1987, de 16 de julio; 70/1988, de 19 de abril; 178/1989, de 2 de noviembre; 41 y 42/1990, de 15 de marzo; 65, 66 y 67/1990, de 5 de abril. Sin embargo, otras veces prescinde de este criterio invocando el carácter huidizo de la teoría de los derechos adquiridos (SSTC 27/1981, de 20 de julio; 108/1986, de 29 de julio).

indemnizar²⁸²; la vulneración del principio de protección de la confianza con sacrificio especial indemnizable²⁸³; o, por fin, el carácter nocivo de la actividad limitada con arreglo a los valores sociales generalmente aceptados, lo que daría lugar a no calificar como indemnizable una privación de actividades nocivas para la comunidad²⁸⁴.

Se trata de una variedad tan amplia de criterios que, lejos de clarificar, no hace sino arrojar dudas más que razonables al respecto, rayanas al “eclecticismo descorazonador”²⁸⁵ y a una preocupante inseguridad jurídica²⁸⁶, lo cual no obsta para que podamos destacar que toda la nómina de criterios reseñada descansa en el basamento de la racionalidad económica²⁸⁷ a los fines de deslindar debidamente las nociones de expropiación y delimitación del dominio.

Abordemos, por tanto, a continuación los beneficios sociales que desde una perspectiva estrictamente económica

²⁸² MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*. Tomo IV. Iustel. Madrid. 2011, págs. 838 y ss.

En este sentido, STS 14/03/2006 (RJ 2006/1637).

Una crítica a este criterio en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Principios de Derecho administrativo general*. Tomo II. Iustel. Madrid. 2004, pág. 445.

²⁸³ TS, 29/04/2010 (RJ 2010/4750); 22/06/2010 (RJ 2010/7064); 22/11/2011 (RJ 2011/5529); 13/02/1997 (RJ 1997/978).

²⁸⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Op. Cit.* 2004, pág. 445.

²⁸⁵ CARRILLO DONAIRE, J.A. *Las servidumbres administrativas*. Lex Nova. Valladolid. 2003, pág. 96.

²⁸⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Op. Cit.* 2004, págs. 444, 445.

conlleva la obligación de indemnizar en la práctica de la expropiación²⁸⁸, sobre todo si lo cotejamos frente a un supuesto de delimitación de la propiedad en el que no existe el correspondiente deber de compensar económicamente. Hemos de tener en cuenta que, por correlatividad, los beneficios sociales derivados de la indemnización expropiatoria constituirían costes añadidos de no producirse la compensación.

Por su través y, en aras del criterio de la racionalidad económica, el punto que cuenta como referencia en la actuación de la administración pública es adoptar la opción que mejor se oriente hacia una maximización en lo que a la satisfacción de intereses se refiere²⁸⁹: de ahí que, conforme a estos parámetros, resulte requisito imprescindible en la práctica de la expropiación que los beneficios sociales obtenidos como consecuencia de la indemnización compensatoria resulten superiores al monto de los costes sociales que genere²⁹⁰, es decir, que los costes sociales acarreados para la comunidad de no pagar el justiprecio en la expropiación excedan del beneficio que representaría el ahorro de los mismos, puesto que, de no ser así, no resultaría procedente la expropiación desde el plano

²⁸⁷ ZYWICKI, T.J. *The Rise and Fall of Efficiency in the Common Law. A Supply-Side Analysis*. Northwestern University Law Review. Vol. 97, nº 4. 2003, págs. 1551 y ss.

²⁸⁸ COLOMA, G. *Op. Cit.* 2001, págs. 108, 109.

²⁸⁹ DOMENECH PASCUAL, G. *Op. Cit.* 1/2012.

²⁹⁰ SHAVELL, S. *Op. Cit.* 2016, pág. 142.

de la racionalidad económica y, por argumento en contrario, sería más oportuno establecer una delimitación de la propiedad sin indemnización alguna a cambio.

Además, en la medida que la seguridad jurídica se incluye entre las funciones características más emblemáticas del derecho de propiedad, la privación por parte del Estado de ciertos bienes o derechos representa un riesgo para el propietario²⁹¹, razón por la cual el deber del Estado de indemnizar se convierte en un antídoto frente al riesgo de tales privaciones²⁹², aun cuando su efecto difuso entre la ciudadanía permite a la Administración expropiante asumirlo de una manera más eficaz y neutral de la que lo harían los propietarios afectados, una razón más que justificable por la que se mostrarán más aversos o reticentes al riesgo²⁹³.

²⁹¹ SHAVELL, S. *Op. Cit.* 2016, págs. 20, 21.

²⁹² BLUME, L.; RUBINFELD, D.L.; SHAPIRO, P. *The Taking of Land: when Should Compensation Be Paid?* Quarterly Journal of Economics. Vol. 99, nº 1. 1984, págs. 71 y ss.

²⁹³ La neutralidad al riesgo se identifica con la indiferencia en la disyuntiva entre una renta segura y otra incierta, dado que el valor esperado es idéntico.

La aversión al riesgo propiciará la preferencia de una renta segura sobre otra incierta aun teniendo el mismo valor esperado, de tal manera que cuanto mayor resulte la aversión al riesgo, más costoso será su asunción y, por ende, mayor será la disposición a pagar por evitarlo, teniendo en cuenta que el aumento de la aversión al riesgo será proporcional a la riqueza que se arriesga.

Una relación entre riqueza y aversión al riesgo en ARROW, K.J. *Essays in the Theory of Risk Bearing*. North-Holland Publishing Company. Amsterdam, 1971; LEVY, H. *Absolute and Relative Risk Aversion: An Experimental Study*. Journal of Risk and Uncertainty vol. 8, nº 3. 1994, págs. 289 y ss.

De asumir el criterio de la intensidad del sacrificio, cuanto más intensa resulte la privación de un derecho, mayor probabilidad existirá de que se trate de una expropiación, toda vez que, si no se compensara económicamente mediante una indemnización, mayores serían los costes, tanto para el propietario, como para la comunidad. Por ello se afirma la conveniencia de calibrar medidas transitorias y de compensación²⁹⁴ a la hora de paliar la dimensión del sacrificio y del riesgo que soportan los afectados.

A su vez, la existencia de una justa indemnización como moneda de cambio ante la expropiación se alinea con la función social del derecho de propiedad, puesto que incentiva al propietario a adquirir bienes fruto de la laboriosidad, conservarlos e invertir en ellos, actitud que concuerda plenamente y se adecúa con la noción de bienestar social²⁹⁵. Por argumento en contrario, actuaciones expropiatorias que no llevan aparejada indemnización constituyen un desincentivo al ejercicio del derecho de propiedad conforme a la función social que le es inherente²⁹⁶, amén de los efectos disuasorios en materia de inversión, cuya magnitud del perjuicio dependerá, entre otras razones, de la magnitud del sacrificio sufrido por el ciudadano afectado en relación con la riqueza de la que dispone, reputándose expropiación por tanto cuando la

²⁹⁴ STS 13/02/1997 (RJ 1997/978).

²⁹⁵ SHAVELL, S. *Op. Cit.* 2016, págs. 11 y ss.

²⁹⁶ SHAVELL, S. *Op. Cit.* 2016, pág. 146.

actuación administrativa representa una porción significativa del patrimonio global del individuo²⁹⁷, un criterio este poco observado por la jurisprudencia, que se muestra más proclive a aplicar en tal consideración la minusvalía que sufre el bien con motivo de la decisión del poder público, ante el riesgo de originar una fuente de discriminación para las personas más pudientes²⁹⁸ en el caso de que, dada su condición económica, resultaran ser estos los sujetos pasivos de una práctica expropiatoria y existiese el riesgo de no mediar indemnización, lo que constituiría no solo una discriminación por razón de su capacidad económica, sino también una notoria situación de ineficiencia.

En todo caso, habrá que analizar cuál es la actividad desincentivada con motivo de la expropiación, puesto que, en ocasiones, el desincentivo puede resultar más que recomendable, como sucede por ejemplo cuando se trata de conductas nocivas de las que derivan externalidades negativas; distinto resultaría el caso en el que se originan externalidades positivas, en el que el desincentivo ocasionado es perjudicial y, por ende, no deseable. De seguir este argumento a cabalidad, podría defenderse²⁹⁹ que las privaciones correctivas de un

²⁹⁷ TREANOR, W.M. *The Armtrong Principle, the Narratives of the Takings, and Compenastion Statutes*. William and Mary Law Review vol. 38, nº 3. 1997, págs. 1151 y ss.

²⁹⁸ COLOMA, G. *Op. Cit.* 2001, págs. 109-112.

²⁹⁹ STEDH 23/10/1997 (21449, 21675/1993); 30/06/2005 (46720/99, 72203 y 72552/01). Al respecto, DIEZ-PICAZO, L.M. *¿Hay que indemnizar las*

resultado que genera enriquecimiento injusto no deberían producir indemnización alguna.

Por otro lado, constreñir la función del justiprecio expropiatorio al mero aseguramiento y aliento de inversiones frente al riesgo de sufrir una privación por causa del interés público, podría hacer cuestionar incluso su misma existencia desde el momento que los seguros privados pueden satisfacer dicha función incluso con un coste menor, argumento que pudiera dar pie a sostener el deber de compensar por parte del Estado en el caso de privaciones de bienes debidamente impuestas, haciendo valer con ello la afirmación de que el sector privado puede resultar más eficiente a la hora de asegurar el riesgo de estas medidas privativas³⁰⁰, una aseveración que genera no poca discusión³⁰¹, más aun cuando no es habitual en este ámbito un verdadero mercado de seguros, tanto por la dificultad que entraña la estimación del riesgo consistente en que la administración pública prive de su patrimonio al ciudadano por razón de utilidad pública o del interés social, como por los problemas derivados de la

privaciones generales de propiedad? (En torno a la sentencia Jahn y otros c. Alemania de 22 de enero de 2004). Revista Española de Derecho Europeo n° 12, págs. 597 y ss.

³⁰⁰ KAPLOV, L. *An Economic Analysis of Legal Transitions*. Harvard Law Review Vol. 99, n° 3. 1986, págs. 538 y ss.; CALANDRILLO, S.P. *Eminent Domain Economics: Should 'Just Compensation' Be Abolished, and Would 'Takings Insurance' Work Instead?* Ohio State Journal Vol. 64 n° 2. 2003, págs. 451 y ss.

³⁰¹ MASUR, J.S.; NASH, J.R. *The Institutional Dynamics of transitional Relief*. New York University Law Review. Vol. 85, n° 2. 2010, págs. 406 y ss.

indeterminación que pesa sobre los potenciales afectados por la medida adoptada, o bien por su indefinida magnitud económica ante la afección multitudinaria y simultánea de perjudicados.

Por tal motivo y, desde una perspectiva económica, una expropiación en la que media la correspondiente indemnización contribuye, entre otros aspectos, a desalentar la tentación por parte de los ciudadanos de desarrollar actividades socialmente perjudiciales para poder eludir así la privación de sus derechos³⁰²; a morigerar el uso de la confiscación como amenaza³⁰³; a reducir el riesgo de adopción de medidas privativas por los poderes públicos carentes de eficiencia, a la vez que nocivas para el interés general³⁰⁴, de tal manera que, aun siendo catalogadas como socialmente ineficientes por exceder sus costes sociales los beneficios obtenidos, al mediar una indemnización compensatoria, resultan igualmente adoptadas aunque su rentabilidad social resulte negativa³⁰⁵, un proceder que dista mucho de lo que ocurre en una empresa privada, donde solo se realizan aquellas actuaciones que resultan provechosas.

³⁰² LUECK, D.; MICHAEL, J.A. *Preemptive Habitat Destruction Under the Endangered Species Act*. Journal of Law and Economics. Vol. 46 nº 1. 2003, págs. 27 y ss.

³⁰³ BELL, A.; PARCHOMOVSKY, G. *The Hidden Function of Takings Compensation*. Virginia Law Review Vol. 96, nº 7. 2010, pág. 1695.

³⁰⁴ POSNER, R.A. *Op. Cit.* 2007, págs. 58, 59.

³⁰⁵ BEEN, V.; BEAUVAIS, J.C. *The global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International Regulatory Takings Doctrine*. New York University Law Review. Vol. 78, nº 1. 2003, págs. 88 y ss.

De ahí que el pago de una justa indemnización expropiatoria puede servir como muro de contención y prevención ante la tentación de actuaciones abusivas por el poder público, toda vez que, como procede el previo pago de la indemnización, se logra evitar con ello el endoso por los gobernantes actuales sobre los futuros de la mayor parte de los costos emanados, descartando así el potencial incremento del riesgo que supone aprobar proyectos socialmente ineficientes³⁰⁶ bajo el socorrido paraguas de que los afectados por el acto expropiatorio ejercerán escasa resistencia a su ejecución.

Sin embargo, persiste el riesgo al ejercicio abusivo e ineficiente de la potestad expropiatoria por parte de la autoridad al abrigo de una pretendida utilidad pública, de tal suerte que la toma de dichas medidas, a la postre, resultan mucho más costosas que provechosas para la ciudadanía. Precisamente por ello, bajo la fachada del interés público se puede pretender justificar una medida expropiatoria nacida de una acción discrecional carente de raciocinio alguno³⁰⁷, de manera que, a mayor discrecionalidad, fruto de un escaso

³⁰⁶ FARBER, D.A. *Public Choice and Just Compensation*. Constitutional Commentary Vol. 9 n° 2. 1992, págs. 291 y ss.; *Economic Analysis and Just Compensation*. International Review of Law and Economics. Vol. 12 n° 2. 1992, págs. 131, 132.

³⁰⁷ ESCUIN PALOP, V. *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*. Civitas. Madrid. 2008, págs. 203 y ss.; 246 y ss.

control judicial, mayor será el riesgo de que se consume la práctica del abuso.

El otro lado de la moneda viene representado por los beneficios que acarrea la no compensación de los daños infligidos, es decir, el coste social que implica la decisión de indemnizarlos, puesto que las expropiaciones llevan consigo una serie de costes para la sociedad, entre los que podemos destacar los siguientes:

a) el incremento de la presión fiscal, que puede acarrear un aumento de recursos personales y materiales dentro de la administración tributaria y de justicia, lo que implicará que no podrán ser destinados a satisfacer otro tipo de intereses públicos;

b) la asunción de los costes emanados de la determinación del justiprecio, en tiempo y dinero, lo que suele desembocar en procedimientos contencioso-administrativos destinados al efecto³⁰⁸;

c) los costes, principalmente litigiosos, correspondientes a la calificación de una medida como expropiatoria o no, que se

³⁰⁸ Sobre la relación entre el monto del justiprecio expropiatorio y gastos adicionales en los procedimientos colaterales necesarios, CORDES, J.J.; WEISBROD, B.A. *When Government Programs Create Inequities: A Guide to*

reducirán o aumentarán, respectivamente, en función de si el legislador establece o no una normativa clara y precisa al catalogar las premisas y requisitos de la expropiación;

d) el riesgo moral existente del peligro de sobreinversión ante la previsibilidad de una medida privativa que necesariamente habrá de generar el deber de indemnizar³⁰⁹;

e) el riesgo de propiciar actividades privadas nocivas, anormalmente peligrosas, ante el incentivo que supone la obtención de una indemnización compensatoria en respuesta a la expropiación practicada, circunstancia que, a la postre, logra abaratar la realización de tales actividades³¹⁰, a diferencia de lo que sucedería en el caso de no mediar indemnización, situación que produciría un encarecimiento, con la consiguiente mengua de la actividad.

Compensationj Policies. Journal of Policy Analisis and Management Vol. 4, nº 2. 1985, págs. 178 y ss.

³⁰⁹ BLUME, L.; RUBINFELD, D.L.; SHAPIRO, P. *Op. Cit.* 1984, págs. 71 y ss. Aun así, dicho riesgo de sobreinversión puede reducirse mediante un ajuste del justiprecio, indemnizando solamente las inversiones eficientes anticipadamente. Al respecto, BLUME, L.; RUBINFELD, D.L. *Compensation for Takings: An Economic Analysis*. California Law Review Vol. 72 nº 4. 1984, págs. 618 y ss.; BELL *Not just Compensation*. Journal of Contemporary Legal Issues Vol. 13 nº 1. 2003, págs. 29 y ss.; TIDEMAN, T.N.; PLASSMANN, F. *Fair and Efficient Compensation for Taking Property under Uncertainty*. Journal of Public Economic Theory Vol. 7 nº 3. 2005, págs. 471 y ss.

³¹⁰ DOMENECH PASCUAL, G. *Op. Cit.* 1/2012.

En contrapunto a lo dicho anteriormente surge el riesgo de que los poderes públicos concedan mayor valor a los intereses de los propietarios potencialmente perjudicados por un acto expropiatorio, así como a los de los contribuyentes paganos de los costes de la operación, que a los intereses de los potencialmente beneficiarios³¹¹, más aún si, en este caso, estos últimos constituyen un grupo políticamente débil, sin capacidad de ejercer una presión significativa

A los fines de resolver el problema de deslinde planteado (expropiación versus delimitaciones de la propiedad) comprobamos la gran utilidad del AED, pues nos facilita la explicación racional de la diferencia entre una y otra categoría, con lo que ello implica en materia de interpretación jurídica, en cuyo menester el recurso a los principios jurídicos generales del derecho insertos en los textos constitucionales resulta más que esclarecedor, tal como sucede con la eficiencia y economía en el gasto público del artículo 31,2 de la CE, el derecho a la propiedad privada previsto en el artículo 33, 1 de la CE, la seguridad jurídica consagrada en el artículo 9,3 de la CE, el uso racional de los recursos naturales de conformidad al artículo 45 de la CE, así como la conservación y promoción del patrimonio histórico, cultural y artístico, a tenor del artículo 46 de nuestro texto constitucional.

³¹¹ GONZALEZ NIEVES, I.C. *Op. Cit.* 2008, pág. 34.

En la valoración y ponderación de todos estos principios emerge la necesidad de optimizar los recursos por parte del poder público mediante un análisis de los costes y beneficios sociales que, en lo que al tema que nos ocupa se refiere³¹², radicará en la conveniencia o no de compensar las restricciones establecidas al derecho de propiedad, abogando por la indemnización, en principio, de todas aquellas restricciones establecidas por razón del interés general, sin perjuicio del análisis particularizado en cada caso concreto de la debida ponderación de los costes y beneficios de la medida adoptada³¹³, criterio que el legislador deberá tener en cuenta *de lege ferenda*, así como los tribunales a la hora de juzgar, con miras a lograr el justo y óptimo equilibrio de los intereses legítimos en juego, volviendo a aflorar aquí la necesidad de encajar y engranar el binomio representado por la eficiencia y la equidad³¹⁴, columna vertebral del AED.

Conforme a lo señalado con anterioridad y por las razones expuestas, podemos colegir la ventaja que representa para el Estado la facultad de expropiar bienes y, con ello, hacer valer la potestad de dominio eminente³¹⁵, en lugar de tener que acudir necesariamente a su compra, previa negociación con los

³¹² ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Shurkamp. Frankfurt am Main, 1994; BOROWSKI, M. *Grundrechte als Prinzipien*. Nomos. Baden-Baden, 2007.

³¹³ SSTEDH 23/11/2000 (25701/94); 30/06/2005 (46720/99, 72203 y 72552/01). Al respecto, LASAGABASTER HERRARTE, I. *Protección de la propiedad*, en Lasagabaster Herrarte, I. (dir). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. Civitas. Madrid. 2009, 763 y ss.; BARCELONA LLOP, J. *Op. Cit.* 2011, págs. 49 y ss.

³¹⁴ BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2019, págs. 55 y ss.

afectados, con la consiguiente dilación y retraso en el proceso, sin descartar tampoco en este supuesto la posible negativa de aquellos a realizar la venta.

Incluso es posible que los costos de transacción puedan ser inferiores en el caso de expropiación que en el de compra, a pesar de los costos que la tramitación del expediente de expropiación implique (concretamente, los gastos relativos a la tasación e indemnización)³¹⁶. Aun así, el hecho de que el Estado cuente con la potestad de dominio eminente ni debe desvirtuarse, ni tornarse en una excusa para que los poderes públicos se apropien de bienes, incluso el supuesto de que su adquisición no resultara socialmente conveniente. Por ello, el poder sortear los problemas que toda negociación conlleva, amén de una más que probable reducción de costes, aporta una serie de ventajas que superan con creces el riesgo de que el poder público, en ejercicio de la potestad de dominio eminente, pueda hacer un uso desmedido y erróneo de la facultad expropiatoria mediante un incremento injustificado de su práctica.

Precisamente y según prescribe el artículo 33, 3 de nuestra CE, una de las razones por las cuales *“nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o*

³¹⁵ SHAVELL, S. *Op. Cit.* 2016, págs. 138, 139.

³¹⁶ MICELI, J.; SEGERSON, K. *Regulatory Takings: When Should Compensation Be Paid?* Journal of Legal Studies nº 23. 1994, págs. 749 y ss.

interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes"³¹⁷, radica no sólo en cuestiones de justicia y equidad, sino también y, más importante con relación al punto que estamos abordando, para erradicar toda tentación de los poderes públicos de ejercer su potestad de dominio eminente conforme a un motivo inadecuado e innecesario³¹⁸.

Más discutible resulta a nuestro juicio, sin embargo, que la expropiación deba satisfacer la totalidad del daño ocasionado cuando el ciudadano potencialmente afectado, en previsión de una eventual expropiación futura, haya realizado obras de mejora en su propiedad con el fin de revalorizar su valor – incentivos para mejorar inadecuadamente la propiedad³¹⁹, sobre todo si el poder público carece de la información necesaria para poder hacer valer su derecho a pagar exclusivamente el valor de la propiedad expropiada sin incluir en ella las mejoras efectuadas.

³¹⁷ En términos similares, el artículo 17, 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE; el artículo 1 del Protocolo adicional nº 1 del convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 20/03/1952 (una interpretación de este precepto a cargo del TEDH en STEDH 8/07/1986, 23/11/2000, 24/10/1986,). Al respecto, FISCHBORN, B.I. *Enteignung ohne Entschädigung nach der EMRK?* Mohr Siebeck. Tübingen, 2010; BARCELONA LLOP, J. *Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio de Derechos Humanos*. Revista de Administración Pública nº 185. 2011, págs. 49 y ss.

³¹⁸ FARBER, D.A. *Economic Analysis and Just Compensation*. International Review of Law and Economics nº 12. 1992, págs. 125-138.; KAPLOW, L. *An Economic Analysis of Legal Transitions*. Harvard Law Review nº 99. 1986, págs. 509-617.

En otras ocasiones, aunque el Estado no lleva a cabo una expropiación, efectúa actuaciones que inciden directamente en el valor de la propiedad de los particulares, como sucede cuando se construye un centro deportivo al lado de una zona residencial: tal actuación, del mismo modo que puede suponer un incremento del valor de las propiedades contiguas y hacer más atractiva la zona, puede también, por el contrario, disminuir su valor, como consecuencia del ruido y de la aglomeración que un servicio de esta naturaleza genera, ya por la gran afluencia humana que acarrea, ya por la pérdida de vistas y luces que la nueva construcción origina a las edificaciones existentes. En estos casos, si bien no hay una expropiación de bienes propiamente dicha, sí la hay de manera implícita, aunque sin indemnización, situación que podría aconsejar la necesidad de contemplar una indemnización en el supuesto de concurrir circunstancias determinadas, por mucho que pudiera estimarse racional y deseable la intervención del poder público³²⁰.

CONCLUSIONES

1.- Por mucho que se respetara en Roma el ejercicio de un derecho privado, siempre debía tener en cuenta, en última

³¹⁹ SHAVELL, S. *Op. Cit.* 2016, págs. 144-147.

³²⁰ STOEBUCK, W.B.; WHITMAN, D.A. *The Law of Property*. 3ª ed. West Group. St. Paul, Minnesota. 2000, págs. 524-545.

instancia, la atención y observancia del bien común y del interés general. De ahí que el carácter absoluto de la propiedad romana no permitiera al *dominus* usar y disponer de la cosa ilimitadamente ante la necesidad de respetar los intereses generales y el interés de los terceros.

Por ello, paulatinamente, el *dominium* fue recortándose en Roma para lograr el equilibrio entre los intereses del *dominus* y los del *populus romanus*, dada la influencia ejercida por el cristianismo y la filosofía estoica en la sociedad romana, al inocular en el derecho valores extrajurídicos como la humanidad y la fraternidad (*humanitas, fraternitas*) que, por lo que al derecho de propiedad concierne, incidirán en la observancia y respeto de los intereses de la comunidad. Prueba de ello es el incremento de las limitaciones al derecho de propiedad durante la época posclásica y justiniana merced a las nuevas condiciones socioeconómicas del Imperio Romano, tanto en el ámbito del derecho privado, como en el del derecho público.

2.- A pesar de la versatilidad del término *utilitas publica* en las distintas etapas históricas de Roma, podemos señalar que en todas ellas se detecta un mínimo común invariable e inherente a él, que conecta con principios originarios que acompañaron al pueblo romano en la progresiva consolidación de la paz y del

consenso social, reflejados en los valores de *iustitia*, *utilitas*, *aequitas*, indispensables para la consecución del bien común.

3.- Si bien el Derecho romano no llegó a conocer una teoría de la expropiación forzosa, ni contó con una ley general que la regulara, las fuentes romanas literarias y jurídicas nos muestran actuaciones que podrían encuadrarse en el ámbito de la expropiación por razones de utilidad pública o interés social, lo permite sostener su aplicación en la práctica, dada la gran relevancia de las obras públicas en el mundo romano, sobre todo bien avanzada la época republicana.

4.- La superación del Estado liberal supone un viraje progresivo hacia el Estado social, en el que los intereses individuales van cediendo y se subordinan a los de la comunidad. En el plano jurídico este cambio se traduce en la concepción misma de los derechos que están diseñados para la consecución de una función en el marco de la sociedad en la que se desarrollan. El derecho subjetivo se torna, así, una función social, como sucede con el derecho de propiedad, que pasa de ser un derecho absoluto a constituir un poder-deber destinado a satisfacer las necesidades comunes de la colectividad.

5.- Podemos establecer un hilo argumental entre las nociones de utilidad pública y bien común, ambas como límites

al derecho de propiedad en Roma, y la noción de función social a la que está sujeta la propiedad en nuestros días: los primeros vocablos constituyen en Roma un antídoto frente al individualismo y el ejercicio absoluto de los derechos en la consecución de la paz social; la noción de función social ínsita en el derecho de propiedad actual pretende erigirse en un punto de equilibrio entre los intereses individuales y colectivos, un ideal que permite justificar las limitaciones sobre la propiedad por causa de la utilidad pública y del interés social. Si partimos de la idea de que la función social del derecho guarda relación con la subordinación de los intereses individuales respecto de los generales, podemos atisbar aquí un punto de encuentro más entre el derecho romano y el actual por lo que al ejercicio de los derechos se refiere.

6.- Desde una perspectiva económica (la del Análisis Económico del Derecho), podemos efectuar un planteamiento razonable si consideramos que, en el ámbito del derecho privado, tanto la intervención estatal, como la vocación socializante de sus normas, concurren en el desarrollo y aplicación de las economías de mercado. Emerge aquí el concepto de maximización de la riqueza social para comprender y justificar los derechos, y en ese sentido el derecho es entendido como un conjunto de reglas tendentes a optimizar y maximizar la riqueza social, de modo que todo intento de justificar la existencia del mercado sin precio en las

transacciones, y de concebir dichas transacciones sin el derecho de propiedad resulta más que ilusorio, hasta el punto de que la riqueza presupone la existencia de derechos, y el objeto del mercado consiste, precisamente, en el intercambio de derechos sobre recursos limitados. Y es que los derechos de propiedad generan intercambios de derechos, de los que surgen los precios, esencia y razón misma del mercado.

7.- Según la visión aportada por el Análisis Económico del Derecho (AED), las relaciones que median entre el derecho de propiedad y la economía se invierten: la versión tradicional en cuya virtud la propiedad representa una piedra angular de la economía se ve matizada por otra distinta que pone en valor el criterio de la eficiencia, hasta un punto que determina y legitima su contenido y funciones.

Así las cosas, el derecho se considera un instrumento que gestiona recursos escasos y maximiza la riqueza social, en una perspectiva estrechamente vinculada con la eficiencia, lo que se traduce por lo que al derecho de propiedad respecta en la asignación, atribución o tenencia de los bienes o recursos en manos de quienes pueden asegurar un uso eficiente con reducción del costo de las interacciones humanas, con el consiguiente incremento de sus beneficios, en un reflejo del mercado perfecto pergeñado por el viejo AED en su búsqueda del estado de competencia perfecta, con costos nulos de

transacción, un criterio que se torna en factor determinante de la existencia misma del derecho, de tal manera que solamente deberá reputarse expropiatoria la privación o restricción de un derecho cuando los beneficios sociales derivados de la indemnización superen los costes que tal medida represente para la comunidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*. Annali Palermo XX. 1949, págs. 127 y ss.

ALBERTARIO, E. *L'opera di Pietro Bonfante*. RISG nº 9. 1934, págs. 3-19.

ALBURQUERQUE, J.M. *Notas acerca de la utilitas publica*. Revista General de Derecho Romano (www.iustel.com), nº 5, diciembre, 2005.

La interrelación de interés público, interés común e interés privado en la noción de utilitas publica. RGDR. Iustel. 2015, págs. 1-25.

La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público. Dykinson. Madrid. 2002, págs. 180 y ss.

ALCHIAN, A.A.; DEMSETZ, H. *El paradigma de los derechos de apropiación*. Revista Hacienda Pública Española nº 68. 1981, págs. 266-285.

ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Shurkamp. Frankfurt am Main, 1994.

ARANGIO RUIZ, V. *Le genti e la città*. Annali Università. Messina, 1914.

ARIAS BONET, J.A. *Sobre la denuncia de obra nueva en el Derecho Romano Clásico*. AHDE nº XLII. 1972, págs. 291 y ss.

Dominio y utilidad pública en derecho romano. Homenaje a N. Pérez Serrano. Tomo I. 1959, págs. 30 y ss.

ARROW, K.J. *Essays in the Theory of Risk Bearing*. North-Holland Publishing Company. Amsterdam, 1971.

AUGUSTUS, O. *Res Gestae Divi Augusti*. 6, 1, en <https://www.unizar.es/hant/Fuentes/resgesta.HTML> (consultado con fecha 4/05/2019).

BANDA, A. *Medio ambiente y función social del dominio*. Revista de Derecho n° especial. Valdivia. 1998, págs. 55 y ss.

BARASSI, C. *La proprietà nel nuovo Codice Civile*. Giuffrè. Milano, 1943.

BARCELONA LLOP, J. *Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio de Derechos Humanos*. Revista de Administración Pública n° 185. 2011, págs. 49 y ss.

BAUMAN, R.A. *Crime and punishment in ancient Rome*. London-New York, 2005.

BEEN, V.; BEAUVAIS, J.C. *The global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International Regulatory Takings Doctrine*. New York University Law Review. Vol. 78, n° 1. 2003, págs. 30 y ss.

BELL, A. *Not just Compensation*. Journal of Contemporary Legal Issues Vol. 13 n° 1. 2003, págs. 29 y ss.

BELL, A.; PARCHOMOVSKY, G. *The Hidden Function of Takings Compensation*. Virginia Law Review Vol. 96, n° 7. 2010, págs. 1673 y ss.

BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho privado romano*. Publicaciones UCAB. Caracas, 2006.

***Los senadoconsultos en la formación del Derecho romano, especialmente en el ámbito del Ius privatum*. Revista General de Derecho Romano, n° 21. Diciembre 2013 (RI §413998).**

Ius Romanum pragmaticum versus aequitas romana: una versión anticipada del binomio eficiencia-equidad, emblema del análisis económico del derecho (AED). RIDROM n° 22. Abril 2019, págs. 55 y ss.

Retrospectiva histórica del análisis económico del derecho (II): desde el viejo al nuevo análisis económico del derecho". Revista ICADE. Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad Pontificia de Comillas. N° 106 enero - abril 2019, <https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/8886/10791> (consultado con fecha 14/06/2019).

BERNAD SEGARRA, L.; BUIGUES, G. *Las ideas jurídico-políticas de Roma y la formación del pensamiento jurídico europeo*. Universitat de València. Valencia, 2008.

BETANCOURT SERNA, F. *La construcción clandestina*. Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo. Vol. 4. 1988, págs. 215 y ss.

Recursos supletorios de la cautio damni infecti. AHDE Vol. XLV. 1975, págs. 7 y ss.

El espíritu del Derecho romano. Anuario de Historia del Derecho español n° 53, 1983, pág. 559, en <file:///C:/Users/a/AppData/Local/Temp/Dialnet-ElEspirituDelDerechoRomano-134436-1.pdf> (consultado con fecha 10/06/2018).

Derecho Romano Clásico. Universidad de Sevilla. Sevilla, 2007.

BIAGINI, H.E. *En torno a la crisis del liberalismo*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) n° 30, noviembre-diciembre. 1982, págs. 143 y ss.

BIONDI, B. *Obbietto dell'antica hereditas*. IURA I. 1950, págs. 35 y ss.

Romanità e Fascismo. Discorso Università di Catania. 6/11/1928. Officina Moderna. Catania, 1929.

Istituzioni di Diritto Romano. Giuffrè. Milano, 1972.

Il Diritto Romano. Capelli. Bologna, 1957.

Le servitù prediali nel Diritto Romano (Corso di Lezioni). 2ª ed. Giuffrè. Milano, 1954.

BISCARDI, A. *El Derecho y la Ciencia del Derecho en los umbrales del año 2000* (trad. J. Paricio). Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. UCM. Madrid. 1989.

BLOCK, W. *Ethics Efficiency, Coasia Property Rights, and Psychic Income: A Reply to Demsetz*. Review of Austrian Economics Vol. 8 n° 2. 1995, págs. 61 y ss.

BLUME, L.; RUBINFELD, D.L. *Compensation for Takings: An Economic Analysis*. California Law Review Vol. 72 n° 4. 1984, págs. 618 y ss.

BLUME, L.; RUBINFELD, D.L.; SHAPIRO, P. *The Taking of Land: when Should Compensation Be Paid?* Quaterly Journal of Economics. Vol. 99, n° 1. 1984, págs. 71 y ss.

BONFANTE, P. *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana (Res mancipi e nec mancipi)*. Scritti giuridichi varii II. Torino. 1926, págs. 281 y ss.

Corso di Diritto romano II: La proprietà. Giuffrè. Milano, 1966.

Las relaciones de vecindad (trad. García Valdecasas, A.). Madrid, 1932.

Corso di Diritto Romano II. Sampaolesi. Roma, 1925-1928.

BOROWSKI, M. *Gundrechte als Prinzipien*. Nomos. Baden-Baden, 2007.

BOULVERT, G. "Aerarium" dans les constitutions impériales. LABEO n° 22. 1976, págs. 151 y ss.

BRANCA, G. *La responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza e il pensiero dei veteres*. Studi Albertario. Vol. I. Milano. 1953, págs. 339 y ss.

Carattere penale dell'interdetto quod vi aut clam. Scritti Giuridici in onore di Scialoja, Vol IV. Bologna. 1953, págs. 111 y ss.

Le cose extra patrimonium humani iuris. Bologna. Zuffi, 1946.

BRETONE, M. *Consortium e communio*. LABEO n° 6. 1960, págs. 163 y ss.

BRUNS, C.G. *Fontes iuris romani antiqui*. Tubinga, 1909, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&resrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwj0yqngJcrhAhURyoUKHfouBa4QFjAAegQIABAC&url=http%3A%2F%2Ffama2.us.es%2Fde%2Focr%2F2006%2FfontesIurisRomaniT1.pdf&usg=AOvVaw39sEDrIZRSsR9jJhBKApw> (consultado con fecha 12/04/2019).

BUENO, J.A. *La legislación religiosa en la compilación justiniana*. Dykinson. Madrid, 2015.

CABALLERO, F. *Essai sur la notion juridique de nuisance*. LGDJ. Paris, 1981.

CALANDRILLO, S.P. *Eminent Domain Economics: Should 'Just Compensation' Be Abolished, and Would 'Takings Insurance' Work Instead?* Ohio State Journal Vol. 64 n° 2. 2003, págs. 451 y ss.

CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *La terra in Roma Antica, forme di proprietà e rapporti produttivi I*. La Sapienza. Roma, 1981.

Proprietà (dir. rom.). Enciclopedia del Diritto (ED) n° 37. Giuffrè. Milano. 1988, págs. 160 y ss.

L'interdetto quod vi aut clam e il suo ámbito di applicazione. INDEX n° 21. 1993, págs. 231 y ss.

Ricerche sulla struttura delle servitù di aqua in Diritto Romano. Giuffrè. Milano, 1966.

La struttura della proprietà e la formazione del iura praediorum nell'età repubblicana. Giuffrè. Milano. 1969.

CARAVELLA, R. *Le limitazioni del dominio per ragioni di vicinanza in Diritto Romano.* Roma, 1971.

CARRILLO DONAIRE, J.A. *Las servidumbres administrativas.* Lex Nova. Valladolid, 2003.

CARUSI, E. *L'azione Publiciana in diritto romano.* L'Erma. Roma, 1967.

CASINOS MORA, F.J. *La restricción del lujo en la Roma republicana. El lujo indumentario.* Dykinson, Madrid, 2015.

CATON PRISCO, M. *De re rustica*, en <http://fondosdigitales.us.es/media/books/4123/libri-de-re-rustica--120872-marci-catonis-prisci-de-re-rustica-liber.pdf> (consultado con fecha 15/02/2019).

CHAVES, F. (ed.). *Urso. A la búsqueda de su pasado.* Osuna, 2002.

CHIC, G. *Una visión de Urso a través de las fuentes literarias antiguas*, págs. 187-213.

CICERON, M.T. *De officiis*, <http://zaguan.unizar.es/record/273?ln=es> (consultado con fecha 22/04/2019).

De republica, http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjS-K7gh-HiAhUDmRoKHSbuB30QFjAAegQIBBAC&url=http%3A%2F%2Fcorpfiorentino.org%2Fwp-content%2Fuploads%2F2017%2F01%2FCICER%25C3%2593N-De-Republica.pdf&usg=AOvVaw1aLKDh_dss6FY6rAIqOvnR (consultado con fecha 11/06/2019).

Oratio II ad legem agrariam, https://books.google.es/books?id=pdRBAQAAMAAJ&pg=PA400&lpg=PA400&dq=Oratio+II+ad+legem+agrariam&source=bl&ots=iEMIjv-URh&sig=ACfU3U0Z4IZTszQIhqogtuQo6-6-4-3GQ&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwiO7Y6Um-HiAhXpx4UKHRL2D_gQ6AEwBXoECAUQAQ#v=onepage&q=Oratio%20II%20ad%20legem%20agrariam&f=false (consultado con fecha 11/06/2019).

De Legibus, https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&ei=cW3_XIugDobeavC8uPAN&q=de+legibus+cicero+&oeq

=de+legibus+ciceron+&gs_l=psy-ab.3..0i67j0j0i22i30l3.81470.81470..83067...0.0..0.94.94.1.....0....1..gws-wiz.....0i71.EKyaj7M1B6s# (consultado con fecha 11/06/2019).

Ad Atticum, <https://eprints.ucm.es/13671/> (consultado con fecha 11/06/2019)

COASE, R. *The Nature of the Firm*. *Economica* n° 4. 1937, págs. 386-405.

The problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics* n° 3. 1960, págs. 1 y ss.

COLOMA, G. *Análisis Económico del Derecho privado y regulatorio*. Ciudad Argentina. Buenos, Aires, 2001.

CONSENTINI, C. *In tema di operis novi nuntiatio (Problemi di origine)*. *Miscellanea Romanistica*. Catania. 1956, págs. 120 y ss.

CORDES, J.J.; WEISBROD, B.A. *When Government Programs Create Inequities: A Guide to Compensationj Policies*. *Journal of Policy Analysis and Management* Vol. 4, n° 2. 1985, págs. 178 y ss.

COSTE-FLORET, P. *La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil*. Sirey. Paris, 1935.

DAVID, M. *Études sur l'interdit quod vi aut clam*. Sirey. Paris, 1947.

DEMSETZ, H. *Toward a theory of property rights*. *American Economic Review* n° 57. 1967, págs. 347-359.

Hacia una teoría de los derechos de propiedad. *Libertas* n° 6. ESEADE. Buenos Aires. 1987, págs. 93 y ss.

Ethics and Efficiency in Property Rights, Time, Uncertainty and Disequilibrium: Explorations of Austrian Themes. Mario Rizo. Lexington Books. Massachusstes. 1979, págs. 99 y ss.

DE FRANCISCI, P. *Primordia civitatis*. Apollinaris. Roma, 1959.

DE MARCHI, A. *Il culto privato di Roma antica I*. Arno Press. New York, 1975.

DE MARTINO, F. *Individualismo y Derecho Romano Privado* (trad. F. Hinestrosa). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1978.

Storia della Costituzione romana. Vol I. Seconda Edizione. Jovene. Napoli, 1972.

DE ROBERTIS, F.M. *La espropriaazione per pubblica utilità nel diritto romano*. Istituto di diritto romano. Bari, 1936.

DE VISSCHER, F. *Observations sur les origines du dominium romain*. Études du Droit Romain public et privé. Giuffrè. Milano. 1962.

DEL GRANADO, J.J. *La genialidad del Derecho romano, una perspectiva desde el análisis económico del derecho* (trad. Marzetti, M.). Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre nº 63. 2009, págs. 167-195.

DIEZ-PICAZO, L.M. *¿Hay que indemnizar las privaciones generales de propiedad? (En torno a la sentencia Jahn y otros c. Alemania de 22 de enero de 2004)*. Revista Española de Derecho Europeo nº 12, págs. 597 y ss.

DI LELLA, L. *Formulae ficticiae*. Jovene editore. Nápoles, 1984.

DION CASIO. *Historia Romana* 71, 24, 4, en <https://es.scribd.com/doc/305992516/Historia-Romana-Libros-71-a-80-Dion-Casio> (consultado con fecha 5/05/2019).

DOMENECH PASCUAL, G. *Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable*. Indret. Barcelona. 1/2012.

D'ORS, J.A. *Elementos de Derecho Privado Romano*. 6ªed. EUNSA. Pamplona, 2016.

Epigrafía jurídica de la España Romana, Madrid 1953.

DUGUIT, L. *Las transformaciones del Derecho público y privado* (trad. de A.G. Posada, R. Jaén y C.G. Posada). Heliasta. Buenos Aires, 1975.

Manual de Derecho constitucional (trad. J.G. Acuña, 2.ª ed. esp.). Fco. Beltrán. Madrid, 1926.

DWORKIN, R. *¿Es la riqueza un valor?* Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 1 nº 1. Palermo. Abril 1996, págs. 13 y ss., lo podemos revisar en http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n1N1-Abril1996/011Juridica03.pdf (consultado con fecha 14/02/2018).

ESCUIN PALOP, V. *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*. Civitas. Madrid, 2008.

FARBER, D.A. *Economic Analysis and Just Compensation*. International Review of Law and Economics nº 12. 1992, págs. 125-138.

Public Choice and Just Compensation. Constitutional Commentary Vol. 9 nº 2. 1992, págs. 279 y ss.

- FERNANDEZ BARREIRO, A.; PARICIO, J. *Fundamentos de Derecho Patrimonial Romano*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1991.
- FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*. 10ª ed. Thomson Civitas, 2007.
- FESTO, S.P. *De verborum significatione (summissiorem)* 17, 20, 15, 17-20, en <https://archive.org/details/deverborumsigni00fest/page/344> (consultado con fecha 07/05/2019).
- FISCHBORN, B.I. *Enteignung ohne Entschädigung nach der EMRK?* Mohr Siebeck. Tübingen, 2010.
- FRONTINUS, S.J. *De aquaeductibus urbis Romae*. Eucarius Silber, <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000135200&page=1> (consultado con fecha 10/04/2019).
- FUENTESECA DEGENEFEE, M. *La formación romana del concepto de propiedad (dominium, proprietas y causa possessionis)*. Dykinson. Madrid, 2004.
- FUENTESECA DIAZ, P. *Derecho privado romano*. Madrid, 1978.
- Transferimento della proprietà e auctoritas nella vendita romana*. Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Convegno Pisa-Viareggio-Lucca. Milano. 1991, págs. 73 y ss.
- FUSTEL DE COULANGES, N.D. *La cité antique II*. Paris, 1905.
- GABBA, A. *Reflessioni sulla Coloniae Genitivae Iuliae*, en Estudios sobre la Tabula Siarensis, a cura J. Gonzalez e J. Arce, Madrid. 1988, págs. 157-168.
- GALGANO, F. *Immagini della proprietà*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Anno XXXVI. 1982, págs. 812 y ss.
- GARCIA DE ENTERRIA, E. *La Revolución Francesa y la emergencia histórica de la administración contemporánea*, en AA.VV. Estudios Homenaje a N. Pérez Serrano. Vol. 2. Madrid. 1959, págs. 202 y ss.
- GARCIA SANCHEZ, J. *Teoría de la immissio, caracteres de las relaciones de vecindad predial en Roma*. Madrid, 1975.
- GAUDEMET, J. *Utilitas publica*. Revue historique de droit français et étranger n° 29. 1951, págs. 465 y ss.
- GIGLIO, S. *Il tardo impero d'Occidente e il suo senato: privilegi fiscali, patrocinio, giurisdizione penale*. Edizioni Scientifiche Italiane. Università degli Studi di Perugia. Perugia, 1990.

GONZALEZ NIEVES, I.C. *Estudios de derecho y economía*. Heliasta. Buenos Aires, 2008.

HANKINS, J. *Rhetoric, history and ideology: the civic panegyrics Leonardo Bruni*, en *Renaissance Civic Humanism*. University of Cambridge. 2003, 257 y ss.

HELLER, M. *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*. *Harvard Law Review* n° 111. 1998, págs. 621-688.

HOPPE, H-H. *The Economics and ethics of Private property: Studies in Political Economy and Philosophy*. Kluwer. Boston, 1993.

IGLESIAS-REDONDO, J. *En torno a la libertad*. Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias, II. Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvarez. Universidad Complutense. Madrid. 1988, págs. 1441 y ss.

IHERING, R.V. *El espíritu del derecho romano*. Marcial Pons. Madrid, 1977.

L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement. Volume IV. Marescq. Paris, 1878.

Der Besitwille. Scientia-Verlag. Aalen, 1968.

JIMENEZ SALCEDO, M.C. *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en Derecho romano*. CajaSur-Universidad de Córdoba. Córdoba, 1999.

JÖRS-KUNKEL, W. *Derecho privado romano*. Labor. Barcelona, 1937.

JOSSA, G. *L'utilitas rei publicae nel pensiero imperiale dell'epoca classica*. *Studi romani*. 1963, págs. 387 y ss.

KAPLOW, L. *An Economic Analysis of Legal Transitions*. *Harvard Law Review* n° 99. 1986, págs. 509-617.

KASER, M. *Ius honorarium und ius civile*. *ZSS* n° 101. 1984, págs. 1 y ss.

Derecho privado romano (trad. Santa Cruz Teijeiro). Reus. Madrid, 1982.

Eigentum und Besitz im älterem römischen Recht 2. Auflage mit Nachträgen. Böhlau Verlag. Köln. 1956, págs. 3 y ss.

KLUGER, V. et al. *Análisis económico del derecho*. Heliasta. Buenos Aires, 2006.

LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho civil III, 1*. Dykinson. Madrid, 2003.

LASAGABASTER HERRARTE, I. *Protección de la propiedad*, en Lasagabaster Herrarte, I. (dir). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. Civitas. Madrid. 2009, 763 y ss.

LASARTE ALVAREZ, C. *Propiedad privada e intervencionismo administrativo*. RGLJ. 1975 núm. 71 y 72, págs. 148 y ss.

LEPTIEN. *Utilitas causa*. Freiburg, 1967.

LEVY, E. *West roman vulgar law. Dominium and public interest*. American Philosophical Society. Filadelfia, 1951.

LEVY, H. *Absolute and Relative Risk Aversion: An Experimental Study*. *Journal of Risk and Uncertainty* vol. 8, nº 3. 1994, págs. 289 y ss.

LIVIO, T. *Historia de Roma desde su fundación* 39, 44, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&ved=2ahUKEwiekqnMmsrhAhWpxoUKHSvTDEQQFjAHegQIBxAC&url=http%3A%2F%2Fhistoriayverdad.org%2FRoma%2FHistoria-de-roma-desde-su-fundacion-tito-livio-xxxi-ylv.pdf&usg=AOvVaw1gwHdRHd1XAS8ZiS1LU3Hm> (consultado con fecha 12/04/2019).

LOMBARDI, G. *Novi operis nuntiatio iuris publici tuendi gratia*. *Studi nelle scienze giuridiche e social*. XXXII. Pavia. 1951, págs. 149-236.

LONGO. *Utilitas publica*. LABEO nº 18. 1972, págs. 71 y ss.

LOZANO CORBI, E. *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el Derecho romano*. Mira Editores. Zaragoza, 1994.

Origen de la propiedad romana y sus limitaciones. *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M^a Reimundo Yanes* (coord. Alfonso Murillo Villar; Benito Reimundo Yanes (hom.)), Vol. 1, 2000, págs. 569-578.

LUECK, D.; MICHAEL, J.A. *Preemptive Habitat Deestruction Under the Endangered Species Act*. *Journal of Law and Economics*. Vol. 46 nº 1. 2003, págs. 27 y ss.

MACCORMACK, G. *The cautio damni infecti: Buyer and Seller*. ZSS nº 88. 1971, págs. 300 y ss.

MALAVE OSUNA, B. *Las contribuciones forzosas de los particulares a las obras públicas*. *Revista General de Derecho Romano* (www.iustel.com), nº 4, junio, 2004.

- MARTIN, O. *Quelques observations sur l'operis novi nuntiatio*. Études d'histoire juridique offertes à P. F. Girard par ses élèves. Geuthner. Paris. 1913, págs. 124 y ss.
- MASI, A. *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*. Enciclopedia del Diritto Vol. XII. Giuffrè. Milano. 1964, págs. 155 y ss.
- MASUR, J.S.; NASH, J.R. *The Institutional Dynamics of transitional Relief*. New York University Law Review. Vol. 85, nº 2. 2010, págs. 391 y ss.
- MATTEI, U. *Comparative Law and Economics*. University of Michigan Press. Ann Arbor, 1997.
- MELILLO, G. *Interdicta e operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*. Labeo nº 12. 1966, págs. 178 y ss.
- MERCADO PACHECO, P. *El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1994.
- MESSINEO, F. *Manual de Derecho civil y Comercial, Vol. III* (trad. Sentís Melendo). EJEA. Buenos Aires, 1971.
- MESTRE, A. *Remarques sur la notion de propriété d'après Duguit*, AA.VV. *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. Vol. 1. 1932, págs. 163-173.
- MICELI, J.; SEGERSON, K. *Regulatory Takings: When Should Compensation Be Paid?* Journal of Legal Studies nº 23. 1994, págs. 749 y ss.
- MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Civitas. Madrid, 2002.
- MONTES, V.L. *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo*. Civitas. Madrid, 1980.
- MORIN, G. *L'oeuvre de Duguit et le Droit privé*, en AA.VV. *L'oeuvre de Duguit*. Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique. Paris, 1932.
- MEYER, P.M. *De iure expropriationis in imperio romano. Dissertatio inauguralis*. Marburg, 1857.
- MONIER, R. *La date d'apparition du dominium et la distinction juridique des res en corporales et incorporales*. Studi Solazzi. Napoli, 1949.
- MUÑIZ COELLO, J. *El sistema fiscal en la España Romana (República y Alto Imperio)*. Colegio Universitario de la Rábida. Huelva, 1980.

MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*. Tomo IV. Iustel. Madrid, 2011.

MUSUMECI, F. *L'interdictum quod vi aut clam nella tutela della servitù e dell'usufrutto*. Studi in onore di Cesare Sanfilippo nº 7. 1987, págs. 487 y ss.

NAVARRA, M.L. *Utilitas publica-utilitas singulorum tra IV e V sec. d.C., Alcune osservazioni*. SHDI nº 63. 1997, págs. 269 y ss.

NICOLAU, N.L. *El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato*, GARRIDO CORDOBERA, L.M.R.; KLUGER, V. (Coords.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. La Ley. Buenos Aires. 2004, págs. 75-99.

PARICIO, J. *Algunas notas sobre la cautio damni infecti*. Studi in onore de Cesare Sanfilippo II. Giuffrè. Milano. 1982, págs. 471 y ss.

La denuncia de obra nueva en el Derecho Romano Clásico. Bosch. Barcelona, 1982.

PEACHIN, M. *Frontinus and the curae of the curator aquarum*. Steiner. Stuttgart, 2004.

PEROZZI, S. *Circa il limite della cognatione in Roma*. Scritti giuridici III. Giuffrè. Milano. 1948, págs. 61 y ss.

PICAR, M., en *Tratado práctico del derecho Civil francés* de M. Planiol y G. Ripert. La Habana, 1946.

PLINIO SEGUNDO, C. *Panegírico del emperador Trajano*. CSIC. Madrid, 2010.

PONS CANOVAS, F. *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de propiedad*. Marcial Pons. Madrid, 2004.

PONTE ARREBOLA, V. *Normas romanas y vías públicas*. Xornadas e Seminarios: Derecho Administrativo Histórico nº 1, 2005, págs. 317-354.

Régimen jurídico de las vías públicas en Derecho Romano. Dykinson. Madrid, 2007.

POSNER, R.A. *Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho*. Estudios Políticos nº 69. Santiago de Chile. 1998, págs. 207 y ss.

El análisis económico del derecho. Fondo de Cultura Económica. México, 2013.

PUGLIATI, S. *La proprietà del nuovo diritto*. Giuffrè. Milano, 1908.

Beni e cose in senso giuridico. Giuffrè. Milano, 1962.

QUEROL ARAGON, N. *Análisis económico del Derecho*. Dykinson. Madrid, 2014.

ROBLEDA, O. *La idea de derecho subjetivo en el ordenamiento romano clásico*. BIRD n° 80. 1977, págs. 23 y ss.

RODOTA, S. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*. Il Mulino. Bologna, 1981.

Note critiche in tema di proprietà. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile n° XIV. 1960, págs. 1252 y ss.

RODRIGUEZ DE SANTIAGO, J.M. *Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española*. Revista de Administración Pública n° 177. 2008, págs. 157 y ss.

RODRIGUEZ LOPEZ, R. *Las obligaciones indemnizatorias en el Derecho Público Romano*. Universidad de Almería. Almería, 1996.

ROSTOVZEV, M. *Histoire économique et sociale de l'Empire romain* (trad. Italia). Firenze, 1976.

SALAZAR REVUELTA, M. *Problemas jurídico urbanísticos derivados de las relaciones de copropiedad como consecuencia de la especulación inmobiliaria en Roma*, en *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano II* (dir. Fernández de Buján, A.). Dykinson. Madrid, 2013.

SALERNO, F. *Aqua pluvia ed opus manu factum*. Labeo n° 27. 1981 págs. 218 y ss.

SANCHEZ MORON, M. *Derecho administrativo. Parte general*. Tecnos. Madrid, 2005.

SARGENTI, M. *L'actio aquae pluviae arcendae. Contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel Diritto Romano*. Milano, 1940.

SCEVOLA, R. *Utilitas publica*. L'arte del Diritto n° 23. Vol. 1. Padova. 2012, págs. 90 y ss.

SCHERILLO, G. *Agnazione (dir. rom.)*. Novissimo Digesto Italiano. (NNDI) Tomo I. Torino. 1957, págs. 422 y ss.

SCHULZ, F. *Principios del Derecho Romano*. Civitas. Madrid, 1990.

SCIALOJA. *Lezioni sulla proprietà*. Roma, 1908-1909.

Teoria della proprietà nel diritto romano. Volo. II, 1. Sampaolesi. Roma. 1926.

SEGRÈ, A. *Ricerche di diritto ereditario romano*. Foro Italiano. Roma, 1930.

- Corso di Diritto Romano*. III. Torino. 1929-1930, págs. 119 y ss.
- SERVIUS HONORATUS, M. *Commentary on the Aeneid of Vergil* Georgius Thilo, Ed., en <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Aatext%3A1999.02.0053%3Abook%3D2%3Acommline%3D469> (consultado con fecha 15/02/2019).
- SHAVELL, S. *Fundamentos del análisis económico del derecho*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2016.
- SOLAZZI, S. *Diritto hereditario romano*. Jovene Editore. Napoli, 1932.
- STEINWENTER, A. *Utilitas publica-utilitas singulorum*, en *Essays in honor of Paul Koschaker*. Vol. I. Weimar. 1939, págs. 84 y ss.
- STELLA MARANCA, F. *Seneca giureconsulto*. Roma, 1966.
- STIGLER, G.J. *The Theory of Price*. Macmillan Library Reference. New York, 1952.
- STOEBUCK, W.B.; WHITMAN, D.A. *The Law of Property*. 3ª ed. West Group. St. Paul, Minnesota, 2000.
- STORDEUR, E. *Los derechos de propiedad y la eficiencia: un problema para el análisis económico del derecho normativo*. Opinión Jurídica. Vol. 4 n° 7. Facultad de Derecho. Medellín. págs. 139 y ss.
- SUETONIO, C. *Los doce césares (Iulius Caesar) XXVI*, en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKEwijn_mg3YniAhXLAGMBHTVnDdMQFjABegQIBxAC&url=https%3A%2F%2Fuhphistoria.files.wordpress.com%2F2011%2F02%2Fgaio-suetonio-los-doce-cesares.pdf&usg=AOvVaw2Vnjh7YaPvAmRhII4bYeqs (consultado con fecha 07/05/2019).
- TARELLO, G. *La disciplina costituzionale della proprietà*. ECIG. Genova, 1973.
- TIDEMAN, T.N.; PLASSMANN, F. *Fair and Efficient Compensation for Taking Property under Uncertainty*. *Journal of Public Economic Theory* Vol. 7 n° 3. 2005, págs. 471 y ss.
- TORRENT, A. *Consortium ercto non cito*. *AHDE* n° 34. 1964, págs. 479 y ss.
- Notas sobre la relación entre comunio y copropiedad*. *Studi Grosso* 2. Torino. 1968, págs. 95 y ss.

TREANOR, W.M. *The Armtrong Principle, the Narratives of the Takings, and Compenastion Statutes*. William and Mary Law Review Vol. 38, nº 3. 1997, págs. 1151 y ss.

VARELA MATEOS, E. *El grave problema de la conservación de los edificios en la Roma clásica*. Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo. Vol. 4. 1988, págs. 847-860.

Un ejemplo de pragmatismo romano: la actio aquae pluviae arcendae. Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez. Civitas. Madrid. 1996, págs. 4213 y ss.

VOLTERRA, E. *Famiglia (dir. rom.)*. ED XVI. Milano. 1967, págs. 723 y ss.

WESTRUP, C.W. *The patriarchal joint family II. Joint family and family property*. Copenhagen-London, 1934.

WUBBE, F.B.J. *Quelques remarques sur la fonction et origine de l'action Publicienne*. RIDA nº 8. 1961, págs. 417 y ss.

ZATTI, P. *Diritto privato (Diritto civile)*. Cedam. Padova, 1983.

ZOZ, M.G. *Riflessioni in tema di res publica*. Torino. Giappchelli. 1999.

ZYWICKI, T.J. *The Rise and Fall of Efficiency in the Common Law. A Supply-Side Analysis*. Northwestern University Law Review. Vol. 97, nº 4. 2003, págs. 1551 y ss.