

## **La propiedad inmueble como medio eficaz de colonización en la zona española de Marruecos**

Entre los trabajos dedicados al estudio de la propiedad territorial en Marruecos, merecen singular mención los artículos publicados en los números 150, 153, 162 y 169 de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, por el distinguido compañero R. V. Franqueira; pero no obstante la autoridad que gustosos le reconocemos, encontramos lagunas y errores sorprendentes. Enuncia esos artículos con el de "La propiedad inmueble en Marruecos como base posible del crédito territorial", y nosotros entendemos, y así esperamos demostrarlo, que es funesto para la pequeña propiedad el sistema que pretende facilitar su movilización por medio del crédito inmobiliario, lo que sólo es aceptable en buena doctrina social para las grandes propiedades que pueden suministrar recursos para la amortización de sus créditos hipotecarios. Nuestro objetivo y nuestro camino son distintos. Queremos que se establezca un régimen territorial adecuado para que la pequeña propiedad rural no sea base del crédito precisamente, sino de colonización, pues el adquirente o el colono de una tierra lo que necesita, ante todo, es la garantía legal del derecho adquirido y que será respetado en la tranquila posesión y disfrute del inmueble. Lo cual no es tampoco ningún inconveniente para si el pequeño propietario quiere pueda hacer uso de su derecho para obtener crédito, aunque modernamente, y como seguramente no ignorará el Sr. Franqueira, se han ideado otras instituciones para esa finalidad.

Y contrayéndonos al contenido de los artículos a que nos hemos referido, únicamente afectan de una manera directa al tema los dos últimos, ya que se llega a la conclusión de que el contenido de los dos primeros puede reducirse a unas proposiciones derivadas de la doctrina que su autor pretende desarrollar, inexactas en su mayoría, como

después veremos, y en cuanto al resto de los citados artículos son, a nuestro juicio, alardes de erudición en torno al sistema islámico o a las intervenciones que ha tenido Europa en el régimen inmobiliario marroquí, ajeno todo ello a la finalidad del tema y al propósito que nos mueve a tratar de aquél.

La propiedad colectiva, dice el articulista, es la norma general del mundo árabe, y la individualizada, la excepción. Y es precisamente todo lo contrario, como vamos a evidenciar. Porque en Derecho musulmán, y especialmente en el malequí, la regla general es la propiedad individualizada, y la excepción, la propiedad colectiva. Entendiéndose por esta clase de propiedad, en su sentido amplio, toda aquella cuyo dominio no es atribuido a un solo dueño, sino a un conjunto de propietarios, y observándose que en este concepto los juristas musulmanes apenas han pasado más allá del concepto de la propiedad del condominio, en la cual los diversos condóminos tienen cada uno una parte fija y determinada, no por límites concretos y definidos, por ejemplo, que un copartícipe pueda decir que un trozo es el suyo y otro de otro, sino determinados por fracciones que se expresan en quebrados, al decir un condómino que le pertenece una tercera parte del inmueble y que los otros dos tercios del mismo corresponden a otro copropietario, o sea al que participó con aquél en la propiedad. Esta es la clase típica de la propiedad en común que conocen la generalidad de los juristas del rito malequita. Pero este estado común de la propiedad es algo precario y provisional, porque está expuesto a la división, es decir, a convertir en propiedad individualizada en cuanto lo pretenda cualquiera de los condóminos, aun cuando los demás se opongan. Es decir, ni más ni menos que por lo que se refiere al condominio en nuestro Derecho determina el artículo 400 del Código civil peninsular.

Y por Derecho general musulmán, y por lo que se refiere al malequí, el condómino que desee la división no tiene más que expresar al Cadí (Juez) su deseo, poniéndolo en su conocimiento; pero por derecho particular malequita de Fez y Tetuán, ni siquiera esa precaución o medida de buen gobierno es necesaria. Ya que cualquier condeño puede enajenar por sí y ante sí, sin dar siquiera conocimiento previo a los demás condóminos, el inmueble de propiedad comunal, o de condominio, y la venta es, desde luego, firme y válida, y a los copropietarios les cabe la facultad de retrair del comprador la parte correspondiente al vendedor, dado caso que no quieran ceder a éste su

participación. Creemos que con esto queda suficientemente demostrado el estado de privilegio que tiene en el Derecho musulmán malequita la propiedad individualizada.

Y si entendemos por propiedad colectiva en su sentido propio aquella que es indivisible e inalienable, aun cuando todos los derecho-habientes a ella se propongan dividirla o enajenarla, existe realmente en Derecho musulmán malequí, pero solamente en un caso excepcional, que es el "harim" de poblado, es decir, la zona para pastos y leñas imprescindible para la vida del poblado, o de cualquiera otra entidad territorial como la de fracción de cabila.

Pero fuera de este caso, es desconocida para el Derecho xeránico en Marruecos y fuera de Marruecos la propiedad colectiva en el sentido que acabamos de exponer, es decir, como algo correspondiente a un conjunto de individuos que no pueden dividir ni enajenar lo habido en común. Y decimos desconocida para el Derecho xeránico, porque ignoramos lo que el Derecho tradicional bereber determina a este respecto. Pero repetimos que por lo que se refiere a la propiedad colectiva, puede negarse su carácter en estricto sentido jurídico, o sea como perteneciente a un sujeto de derecho indivisible. Porque el Derecho coránico es refractario al reconocimiento de la personalidad moral o jurídica en la forma que lo concibe el Derecho europeo. Ahora se reconoce la existencia de esas propiedades en cuanto se trata de bienes de que disponen o usufructúan los miembros de una colectividad. Estado verdaderamente transitorio, porque la propiedad en la sociedad primitiva, si estaba colectivizada, por así decirlo, evoluciona en la historia hacia la propiedad individual, en armonía con el desenvolvimiento progresivo de la persona humana. En una palabra: de hecho existe la propiedad colectiva, pero no en el Derecho musulmán malequí, que es eminentemente individualista.

Afirmó después el Sr. Franqueira "que la propiedad privada o "melk" nace de dos únicas fuentes: *la concesión del Soberano y la vivificación de la tierra*. Y que la teoría de la vivificación de la tierra ha pretendido asimilarse a las concepciones jurídicas europeas, cometiendo un grave error. Decir que es equivalente a la usucapión sobre *res nullius* es una enorme herejía jurídica. En Derecho musulmán la *res nullius* no existe. No hay ninguna tierra sin dueño, porque todas pertenecen en principio al Soberano. Y la usucapión o prescripción adquisitiva, como institución jurídica, es desconocida. La prescripción en este

Derecho es solamente extintiva." A lo que nosotros oponemos: Que la propiedad en el territorio marroquí puede adquirirse por título originario o por título derivativo. Que en Marruecos, lo mismo que en Europa; al título originario lo llaman los autores musulmanes *ytisás*, y el derivativo, *melk*. El *ytisás*, sí, está representado o por la concesión del Soberano o por la vivificación del particular, o por el *himá*, que es el título por el cual el Majzen puede adquirir para sí en tierra *nullius*. Y los títulos derivativos son los ya conocidos en Derecho, como herencia, compra, donación, etc., etc.

Después, y como vemos, sostiene el Sr. Franqueira la peregrina y absurda teoría de que la usucapión sobre *res nullius* es una enorme herejía jurídica, porque en Derecho musulmán la *res nullius* no existe. Error crasísimo, que revela una de estas dos cosas: o un confusionismo lamentable, o un desconocimiento absoluto de lo que en Derecho musulmán malequita es una tierra muerta. Y en cuanto a ese concepto tan gratuito de herejía jurídica, aplíqueselo su propio autor ante tan falsa aseveración. Lo mismo que al afirmar que no hay bienes *nullius* en Marruecos, siendo así que las tierras muertas son por su propia naturaleza inmuebles *nullius*. Y en el mismo caso se encuentra esa afirmación de que las tierras muertas pertenecen al Sultán, porque si son *nullius* no son de nadie, y si no son de nadie, tampoco lo son del Sultán. Esto es de una claridad meridiana, basada en las leyes de la lógica.

Para nosotros, siguiendo la recta doctrina jurídica del eminent jurista musulmán Sidi Jalil, uno de los intérpretes más autorizados de la ley xeránica, la tierra muerta, según la definición de aquél, "es la que está exenta de toda atribución especial, la que no pertenece a nadie". Por consiguiente, *res nullius*. Y en este mismo sentido se producen también los ilustrados jurisconsultos musulmanes Zeys, Sicard, Amar y otros. Y este último dice claramente que las tierras muertas pertenecen al primer ocupante por derecho de vivificación. Luego si antes no han sido de nadie, hasta que llegó el primer ocupante tenían la condición jurídica de *res nullius*. Y esta misma doctrina, que es la recta y la sana, es la seguida también por el insigne arabista y gran conocedor del Derecho musulmán D. Carlos Quirós, el que en su magnífica conferencia sobre "El Majzen y las tierras muertas" que pronunció en Tetuán en el mes de noviembre de 1935, dice "que tierra muerta es, en el sentido jurídico del Derecho musulmán, aquella que carece de propietario y sobre la que no pesa ningún título de propiedad". Y nos

consta de un modo fidedigno que el Sr. Quirós bebe en las propias fuentes del Derecho coránico y no a través de ningún autor extranjero. Y esta misma doctrina es también la sostenida por nosotros en un artículo publicado sobre "Tierras muertas repartibles" en el periódico *Unidad Marroquí*, de Tetuán, en el año 1938.

Y finalmente, y para resumir esta materia: el Derecho musulmán establece una distinción característica entre "tierras muertas y tierras vivas". Las primeras son las que no producen nada y no pertenecen a nadie. Las segundas son tierras apropiadas en virtud de un título legítimo, es decir, por "vivificación" o colonización, si se trata de un particular, o bien por acotación o reserva del Majzen exclusivamente para satisfacer una necesidad benéfica o militar de la comunidad musulmana. Y la vivificación, *ihía*, que tiene por objeto tomar el carácter de propiedad privada a una tierra muerta, resulta, según el Derecho malequí, de una de estas formas, como las más usuales de las diez que determina Sidi Jalil: Descubrimiento de un manantial. Instalación o arreglo de una fuente. Construcciones varias. Plantación de árboles. Labores agrícolas. Roturación o desmonte de terrenos. De lo que antes de ahora ya tenemos tratado y venimos a la conclusión de que el derecho comienza por un hecho, que es el de la vivificación. Ahora bien, para que tenga lugar la vivificación la escuela del rito malequita, que es el que rige en Marruecos, exige la autorización del Sultán, como medida de buen gobierno. Lo cual no supone que esa medida implique dominio alguno del Soberano sobre las tierras muertas. Pues, como dice con evidente acierto el ilustre africanista y profundo conocedor en alto grado de los problemas de Marruecos D. Rafael de Roda, "que aunque en la actualidad la existencia de tierras muertas, después de nuestro Protectorado, carezca de importancia, ¿es que no las había en Marruecos, despoblado de las tierras de la conquista y de las inmigraciones árabes? Pues la vivificación de esas tierras en un país islamizado no puede ser desvirtuada por arbitrio del Soberano, representante de Dios y ejecutor de su ley, que atribuye la propiedad de la tierra al que la hace fecunda y la explota con su esfuerzo. Y ¿cómo podría defenderte—continúa diciendo tan ilustrado tratadista—la teoría que atribuye al Estado en primer término la propiedad de las tierras sin dueño? El Estado, como dice un autor, está naturalmente investido de un poder de jurisdicción sobre los bienes y sobre las personas, pero no de un poder dominical sobre toda cosa no apropiada". Doctrina

jurídica idéntica a la sostenida por nosotros, y una y otra basada en las propias fuentes de los juristas musulmanes ya mencionados.

Y por lo que se refiere a la usucaption, y en contra de lo afirmado por el Sr. Franqueira, no es desconocido, a nuestro juicio, ese modo de adquirir en el Derecho malequí. Al contrario, no cabe duda, a nuestro modesto entender, la existencia de ese modo adquisitivo de la propiedad en el Derecho coránico aplicable en Marruecos, por ser uno de los títulos derivativos de adquirir el de la prescripción de los diez años. Lo mismo en el Derecho xeránico que en el cristiano. Porque en principio el Derecho islámico viene a admitir los mismos modos originarios de adquirir que el europeo. Es decir, la ocupación, acompañada allí de la vivificación, hecho inicial del que se deriva un derecho de propiedad privada, la accesión, que no es más que la extensión del derecho de ocupación y la prescripción. Y la extintiva viene a confundirse con la adquisitiva, porque, en efecto, la pérdida del derecho reivindicatorio pasados diez años viene a ser para el ocupante o poseedor un título adquisitivo. Y por ello, sin duda dice Jalil: "Ninguna demanda ni prueba puede ser presentada contra el poseedor, que no sea pariente ni allegado, copropietario o asociado del mandante, si aquél ha disfrutado de la cosa durante diez años sin haberle sido reclamada, a no ser que haya tenido la posesión a título de precario." Otros comentaristas musulmanes señalan el plazo de veinte años, y en Derecho bereber consuetudinario existen prescripciones análogas. En Sennaya, por ejemplo, se conoce un canon de este tenor: "Todo el que ocupa una tierra dentro de los límites de esta cabila y la disfruta durante veinte años, será dueño absoluto de ella."

Conformes con el ilustrado tratadista de Derecho musulmán Ama, y de acuerdo también, por tanto, con el Sr. Franqueira, que vemos sigue la doctrina de aquél, de que en Derecho malequí la prueba testimonial, o el testimonio oral, como dice aquel autor, es la prueba por excelencia, y que el escrito no es considerado más que como la comprobación material de un testimonio oral. Es por esto por lo que la prueba la "báyyina" debe de ser redactada por dos "adul", y no "adules", porque aquella palabra y no esta última es el plural de "adel" (notario). O también ante un "adel" y seis testigos, o ante doce testigos solamente, honorables y fidedignos. Y de ahí, como dice el Sr. Franqueira y también nosotros con Jalil, que "el escrito en sí mismo no tiene ninguna fuerza probatoria".

Por último, y por lo que se refiere a esos escritos conocidos con el nombre de *mulkiás*, desde luego que no consagran realmente el derecho de propiedad, pues la *mulkiá* en sí no es más que un acta de notoriedad de la posesión de un inmueble, muy similar a la información posesoria de la península. Y para que sea lícita y válida, precisa reunir estas condiciones: La posesión actual ("uyud et-tamaluk"). Disfrute del inmueble ("tzasarruf"). Reconocimiento de la posesión a favor de la persona para quien se hace la *mulkiá* ("en-niaba"). Tiempo en el disfrute ("tubut"). Que no existe litigio ni oposición contra el poseedor ("adem el manazía, ual masarid"). Y que no haya sido vendido, donado o traspasado el inmueble por ninguna causa ni motivo desde que se obtuvo por uno de los procedimientos anotados hasta el presente ("adem et-tefuits").

JUAN FRANCISCO MARINA ENCABO  
Registrador de la Propiedad.