

EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD EN EL PROTECTORADO ESPAÑOL DE MARRUECOS: COLONIZACIÓN JURÍDICA Y MARGINACIÓN DE LAS FORMAS TRADICIONALES

Josep CAÑABATE PÉREZ
Universitat Autònoma de Barcelona
josep.canabate@uab.cat

RESUMEN:

El 1 de junio de 1914 se aprobaron en la zona española del Protectorado de Marruecos diversos *dahires* (decretos) instaurando un sistema de justicia para españoles, extranjeros cuyos países hubieran renunciado al régimen de capitulaciones y protegidos. Un conjunto de códigos y decretos, inspirados fundamentalmente en el derecho español y en menor medida en el derecho de la zona francesa del Protectorado, acompañó a la creación de la jurisdicción española en la Zona (conocida como hispano-jalifiana). En este ordenamiento, que contemplaba las principales materias jurídicas, destacaba una notable ausencia, la regulación de la propiedad. La extraordinaria dificultad de regular un régimen plural de propiedad y estados posesorios, así como el empeño de evitar una confrontación con la población autóctona condujo a esta decisión de política colonial. Sin embargo, la ocupación de tierras era consustancial a toda empresa colonial, los colonos demandaban seguridad jurídica y el poder colonial crecimiento económico. Por estos motivos, se pergeñó un artificio jurídico, la inscripción facultativa de la propiedad en un registro de bienes inmuebles. Este sistema se tradujo en un arma jurídica que afectaba gravemente a las formas tradicionales de propiedad o posesión, conllevando su desaparición, con la consecuente destrucción de formas socioculturales milenarias como las del Rif. El objetivo principal de este artículo es analizar cómo la “dulce violencia” de la colonización jurídica condujo a la situación descrita.

PALABRAS CLAVE:

Régimen de la propiedad; Protectorado de Marruecos; colonización jurídica.

ABSTRACT:

On 1 June 1914, several dahirs (decrees) were approved in the Spanish zone of the Protectorate of Morocco, establishing a system of justice for Spaniards, foreigners whose countries had renounced the capitulation regime and protected persons. A set of codes and decrees, inspired mainly by Spanish law and to a lesser extent by the law of the French zone of the protectorate, accompanied the creation of Spanish jurisdiction in the Zone (known as Hispano-Khalifian). In this system, which covered the main legal matters, one notable absence was the regulation of property. The extraordinary difficulty of regulating a plural regime of property and possessory states, as well as the determination to avoid confrontation with the indigenous population, led to this colonial policy decision. However, the occupation of land was inherent to any colonial enterprise, the colonists demanded legal security and the colonial power demanded economic growth. For these reasons, a legal device was devised, the optional registration of property in a land registry. This system resulted in a legal weapon that seriously affected traditional forms of ownership or possession, leading to their disappearance, with the consequent destruction of millenary socio-cultural forms such as those of the Rif. The main objective of this article is to analyse how the “sweet violence” of legal colonisation led to the situation described above.

KEY WORDS:

Property Regulation; Protectorate of Morocco; Juridical Colonization.

1. INTRODUCCIÓN

El 27 de noviembre de 1912, tras un largo e intenso proceso negociador, se aprobó el acuerdo internacional hispanofrancés que supuso el inicio formal de un Protectorado español en el norte de Marruecos. Las profundas tensiones entre las grandes potencias europeas propiciaron la elección de esta institución *sui generis* de Derecho internacional. El uso de esta fórmula suponía el reconocimiento de la soberanía del sultán de Marruecos y el mantenimiento del derecho y las instituciones existentes, tal como había sido acordado en la frustrada Conferencia de Algeciras de 1906¹.

Este régimen comportaba, al menos en el plano teórico, grandes ataduras y restricciones para las potencias protectoras, ya que obligaba a llevar a cabo una *indirect rule*. La imposibilidad de establecer una administración colonial directa,

¹ J. A. González Alcantud; E. Martín Corrales (eds.), 2007.

así como de practicar una política de *tabula rasa*, obligó tanto a franceses como a españoles a desarrollar una intervención a través de las autoridades marroquíes, y a diseñar un programa de reformas a largo plazo de los derechos e instituciones autóctonos, con el objetivo de llevar el “progreso” al Imperio jerifiano (Marruecos).

Este sistema de respeto a la estructura política y jurídica marroquí contó, sin embargo, con algunas significativas excepciones. El artículo 24 del acuerdo hispano-francés de 1912 preveía la existencia de una jurisdicción especial para españoles, franceses, europeos y protegidos, denominada “justicia española en Marruecos” o “jurisdicción hispanoalifiana”. La misma se acompañó de un completo ordenamiento jurídico totalmente inspirado en el derecho de las potencias protectoras. Esta previsión supuso la institucionalización del pluralismo jurídico en Marruecos, y la introducción en el Protectorado de derechos e instituciones occidentales que en su mayoría eran completamente extraños.

En el ámbito civil la justicia española no podía aplicar un sistema homogéneo y unificado², ya que debía atender a las obligaciones que dimanaban de los tratados internacionales con respecto al estatuto personal de extranjeros y marroquíes. En relación con estos últimos se quería evitar la temida confrontación con las cuestiones religiosas que afectaban a materias como el derecho de familia o de sucesiones, pero también extensamente al régimen plural de la propiedad inmueble.

El objetivo principal de este artículo es analizar la “colonización jurídica” del régimen plural de propiedad que había en Marruecos a través de una figura perteneciente a la cultura jurídica occidental como es el registro de bienes inmuebles. Para desarrollar el mismo, es necesario comprender el estado de la propiedad previo a la instauración de los protectorados, lo cual se estudiará en el apartado segundo. Las tensiones entre los empeños colonizadores y el estatus de la propiedad y posesorio marroquí serán tratados en el apartado tercero. Finalmente, los apartados tres y cuatro estarán dedicados a la regulación que se implementó en el Protectorado, así como a la creación del mencionado registro de bienes inmuebles.

La hipótesis que se infiere de estos objetivos es que las autoridades protectoras españolas, a pesar de tener una estrategia de colonización jurídica en relación con la propiedad, obtuvieron unos resultados magros, lo cual sería un condicionante más del fracaso español en el Protectorado.

² C. Rodríguez Aguilera 1951, 673.

2. LA PLURALIDAD DE RÉGIMENES DE PROPIEDAD INMOBILIARIA PREVIA AL ESTABLECIMIENTO DEL PROTECTORADO

Con anterioridad al establecimiento del Protectorado el régimen de la propiedad inmobiliaria no solo en Marruecos³ sino en todo el Magreb constituía un conjunto “plural” de derechos de diversa procedencia: a) la ley islámica, b) el derecho consuetudinario de las tribus bereberes, c) las costumbres de origen preislámico (*orf*), y d) las normas relacionadas con el estatuto internacional establecidas a finales del siglo XIX.

Este orden jurídico, el cual no siempre tuvo una convivencia pacífica⁴, se estructuraba en el plano teórico entorno a la posición preminente que otorgaba el derecho islámico al sultán sobre las tierras conquistadas tras su conversión al islam⁵. El dominio eminente era ejercido por el soberano en nombre de la comunidad de creyentes (denominada *umma*). Este le otorgaba una autoridad sobre todas las tierras, lo cual constituía el principal instrumento de su política fiscal y agraria, así como un mecanismo de dominación y adhesión de las tribus a las cuales se consideraba como usufructuarias⁶. El dominio eminente (*raqaba*) legitimaba tanto el cobro de tributos como la constitución del dominio del sultanato (*iqta*), en términos similares –salvando las diferencias– a los pactos enfitéuticos propios de la Europa feudal. Esta facultad omnímoda, como señala De la Plaza⁷, no impidió la creación de derechos de suelo en provecho de particulares o personas jurídicas a través de la figura islámica de la “vivificación”. Esta institución jurídica legitimaba la adquisición de suelo a través del trabajo y de la ocupación de aquellas tierras abandonadas y sin cultivar. Rodríguez Aguilera resume este estado de la propiedad de la siguiente manera:

³ Véanse las siguientes obras sobre la propiedad inmobiliaria en Marruecos en el periodo analizado: E. Amar, M. Conrotte 1913; M. Llord O’Lawlor 1935; A. Ménard 1934, R. de Roda Jiménez 1945

⁴ Véase C. Geertz 1994 (1968); M. Tozy 1999; A. M. Hespanha 1993.

⁵ M. de la Plaza 1941.

⁶ Véase V. R. Franqueira 1933, 7.

⁷ Véase en este sentido a De la Plaza: “Mas esta facultad omnímoda no cierra el paso a la creación de derechos sobre el suelo en provecho de particulares o de otras personas jurídicas que unas veces legitima la ocupación de la tierra y el trabajo personal a ella aplicado (es el modo de adquirir denominado vivificación por el derecho musulmán, que permite ganar el dominio por un título posesorio y cristaliza *erga omnes* en el documento llamado *mulfia*), otras nace de un acto de poder, mediante el cual, conservando el sultán el dominio directo, cede el dominio útil, irrevocablemente en algunos casos, ya mediante el pago de un impuesto, ya en consideración de determinados auxilios militares (así nacen las tribus denominadas *naiba* y las llamadas *guich*). Y con independencia de estos modos singulares de adquirir, es el propio sultán, quien por motivos diversos, frecuentemente para premiar relevantes servicios, transmite irrevocablemente el dominio por un título de donación”. M. de la Plaza 1941, 12 y 13.

La evolución de la propiedad en Marruecos va de la idea del dominio eminente del sultán sobre todo el suelo, a la realidad de la distribución y pertenencia de la tierra a las colectividades e individuos. (...) En el Corán se dice que solo Dios es el verdadero y único propietario de todas las cosas⁸. El hombre, en razón a su paso temporal por la tierra, no es más que un detentador momentáneo y ficticio.

En la realidad histórica se ha estimado que la conquista atribuye al musulmán, como botín de guerra, la tierra conquistada en la cual el sultán puede mantener el antiguo propietario, mediante tributos, o distribuirla⁹.

La distribución individual de la tierra tras la conquista islámica de los territorios situados en el norte de África se practicó en base al *ius religionis* en el marco teórico que señala el autor. Los musulmanes solo pagaban el *zakat*, la limosna voluntaria que se entendía como una obligación moral establecida en el Corán. Los no musulmanes soportaban otros tributos personales tales como la *jiziya* y el *kharaj* de los cuales era tributaria la *umma* (la comunidad de creyentes) en base a su dominio eminente. El *kharaj* era muy gravoso y su aplicación estaba más extendida que la *jiziya*. A pesar de esta carga tributaria sobre los no musulmanes, no hay que perder de vista que se permitía a los antiguos ocupantes del suelo conservar su organización y sus antiguas costumbres agrarias, hecho impensable en la mayoría de los reinos cristianos.

Cuando se produjeron las grandes conversiones en masa al islam, estos impuestos descendieron poniendo en peligro al tesoro califal (*bit el mal*), para evitar este riesgo, se introdujeron unas reformas de suma importancia a efectos fiscales: todas las tierras que habían sido declaradas *kharaj* en el momento de la conquista —debido a la confesión que profesaban sus ocupantes— se constituyeron a título definitivo como *kharaj*, independientemente de la religión de sus propietarios. El estatuto personal se transformó en real y los derechos fiscales se perpetuaron en el tiempo.

La unidad que había existido debido al derecho de conquista comenzó a diversificarse en nuevos estatus:

a) Las tierras *majzén*

Esta categoría estaba integrada hasta la instauración del Protectorado hispano-francés por las siguientes tipologías: i) aquellas tierras que no estaban afectadas a un fin benéfico o religioso, ii) las tierras sin dueño, iii) las no reclamadas,

⁸ Véase Corán capítulo V, versículo 176, capítulo 44, versículo I, capítulo 47, versículo I (nota del autor de la presente obra).

⁹ C. Rodríguez Aguilera 1950, 675.

iv) las compradas por el sultán sin advertir que eran a título personal y, v) las confiscadas a los rebeldes o a los agentes revocados¹⁰. Como señala Franqueira los límites entre las propiedades de la comunidad musulmana de uso común, los bienes del Estado y los bienes personales del sultán, en muchas ocasiones eran difusos y confusos¹¹. El *Amin del Bit el Mal* y el *Amin el Mustafad* eran los encargados de su gestión, no obstante, la administración de este patrimonio era compleja por la ausencia de mecanismos de intervención y control sobre el mismo. Hasta 1895 no se elaboró un inventario de estos bienes por orden del sultán Muley Hasan con el objetivo de evitar los abusos y las construcciones sin autorizaciones en los dominios del majzén¹². Este registro inmobiliario se convirtió en el catastro de los bienes majzén, el cual se depositó para su consulta en las oficinas de aduanas¹³. Esta rudimentaria catalogación no impidió que fuera terreno abonado para los actos fraudulentos de pachás, caídes, usufructuarios y del propio sultán.

Estas tierras igualmente supusieron un útil instrumento para llevar a cabo la política del majzén sirviendo como mecanismo de gracia para asentar alianzas o premiar fidelidades. Se concedían a los notables a través de *iqta*, a los *chorfa*, a las fundaciones religiosas, y a las tribus *guich*. Cuando la concesión era a título definitivo se denominaba *iqta el temlik*, y cuando era a título temporal *iqta el inti-faa*¹⁴. La vivificación de las tierras podía conducir a que estas tierras adquiriesen el estatus de *milk*, tal como se ha señalado más arriba.

b) Las tierras muertas

Esta categoría estaba integrada por aquellas tierras que no recibían ningún tipo de ocupación o uso. Este estatus no era asimilable a la “*res nullius*” romanista, puesto que, tal como se ha señalado, el dominio eminente de todas las tierras pertenecía al sultán por delegación de la *umma*¹⁵. El concepto de *tierra muerta* estaba muy ligado a la “teoría de la vivificación”, reconocida por la escuela malekita, mayoritaria en Marruecos, como medio idóneo para adquirir la propiedad. La determinación de su propia naturaleza jurídica no era pacífica, la opinión más restrictiva consideraba que solo se podía practicar la vivificación en aquellas tierras totalmente yermas. Esta definición hubiera supuesto la derogación práctica de la misma, ya que en gran número de casos se entendía como vivificación un

¹⁰ V. R. Franqueira 1933, 8.

¹¹ *Ibidem*, p. 9.

¹² V. R. Franqueira 1933, 11. E. Amar 1913, 27.

¹³ E. Amar 1913, 28.

¹⁴ *Ibidem*, p. 10.

¹⁵ M. Conrotte 1913, 428.

concepto muy opuesto, que era el sostenido por el jurista clásico Khalil. Este autor consideraba que había ocho maneras de vivificar una tierra muerta: el alumbramiento de aguas, la realización de construcciones, el cultivo, el desmonte, la excavación, el despedregarlas y todas aquellas labores para preparar la tierra. Se excluía de este concepto el pastoreo de ganado, el amojonamiento o la excavación de un pozo.

El concepto de *tierras muertas* fue utilizado por la colonización francesa en el norte de África y en Madagascar para apropiarse de las tierras colectivas, ya que las autoridades coloniales, con el apoyo de los tribunales, interpretaban que las tierras no vivificadas de las colectividades eran equivalentes a “*res nullius*” y, por tanto, susceptibles de apropiación por parte del poder colonial. El cual se apoyaba, además, en la subrogación del dominio eminente del sultán para acabar situando en una ocupación en precario a miles de individuos¹⁶.

c) Las tierras colectivas

Con la llegada del islam al norte de África las nuevas instituciones jurídicas se superpusieron a los derechos consuetudinarios existentes de las tribus¹⁷, si bien no se produjo una brusca ruptura sino una paulatina extensión del derecho islámico. Jacques Berque denomina a las costumbres tribales como “*droit écologique*”, pues atienden más al medio físico que a las relaciones sociales. La

¹⁶ Durand demuestra cómo a través de los bienes vacantes se produce una expropiación *de facto* de las tierras catalogadas como ‘vacantes o sin propietario’: “La même conception extensive fut retenue pour le domaine privé. En effet, en dehors des biens entrant traditionnellement dans le domaine privé métropolitain (objets mobiliers perdus ou abandonnés, épaves, biens vacants ou en déshérence, etc...), deux catégories de biens ont connu une extension considérable et, pour dire avec la doctrine de l’époque, « démesurée ». Il s’agissait, d’une part, des « terres vacantes et sans maître », expression qui ne correspond pas à celle des biens vacants mais qui désigne des terres inoccupées et non cultivées, « libres » en apparence. Elles étaient en grand nombre sur le territoire africain mais la tentation était grande, en Afrique ou à Madagascar, de déclarer vacantes toutes les terres collectives, laissés disponibles comme réserves mais toujours sous la maîtrise de la collectivité. Ce fut la source de désaccord constant entre doctrine – qui défendait l’idée qu’il n’y avait pas de terres vacantes et sans maître – et l’administration, appuyée pour la jurisprudence, du moins une partie – qui soutenait que la propriété privée n’existait pas, toutes les terres étaient en quelque sorte sans maître. C’était méconnaître les droit collectif traditionnels dont l’exercice peut ne pas être continu, mais également le fait que certaines terres restent en repos pendant des années. Il s’agissait, d’autre part, de ce droit invoqué en vertu de divers traités passés avec les souverains, qui faisait l’Etat français se subrogé à tous les droit des souverains régnants : héritant de leur souveraineté comme de tout leurs biens parmi lesquels se trouvait le « domaine éminent » du sol, interprétant ce droit comme un droit de propriété, l’Etat prétendait ne laisser aux individus qu’un droit d’occupation précaire”. B. Durand 2004, 301.

¹⁷ Véase J. Berque 1958, 38-74.

“tierra de la tribu”, por tanto, no era una propiedad sino un territorio, un espacio político, el cual dependía de la densidad demográfica, de la capacidad militar del grupo, y de los acuerdos que podían lograrse con los grupos vecinos. Esta transición de un modelo de posesión de la tierra tribal a un paradigma jurídico islámico fue posible gracias a la segmentación entre dominio eminente (*raqaba*) y usufructo (*intifaâ, tassarouf*). La estabilización en el territorio de las tribus inicialmente nómadas condujo a la creación de derechos de carácter colectivo sobre el suelo, lo cual, según André Mesureur, ocurrió entre los años 1822 y 1894 en un periodo de cierta calma¹⁸.

Esta evolución del régimen de las tierras “indígenas” ocasionó una discusión entre los autores en relación con su inclusión o no en las tierras del majzén. Incluso se llegó a homologar su estatus jurídico con las tierras de las tribus *guich* o *naïba* que, como se verá, se constituyeron como compensación por parte del soberano a los servicios prestados por estas¹⁹. Finalmente, la teoría del dominio eminente del soberano, que tenía un carácter más simbólico-religioso que efectivo, o la existencia de tierras ligadas a las mencionadas tribus *guich* o *naïba* no fue argumento suficiente para considerar que las tierras de las “colectividades indígenas” fuesen majzén²⁰.

Esta clase de tierras comunales se caracterizaba por ser inalienables y por la imposibilidad de discernir la parte correspondiente a cada miembro de la agrupación, además de por su forma tradicional de aprovechamiento²¹. Este consistía habitualmente en pastos para sus rebaños, tierras de cultivo y recogida de frutos silvestres. Para el equilibrio económico y sostenimiento de las comunidades el uso de estas tierras era sustancial. A pesar de la imposibilidad de su transmisión, así como de la importancia para la subsistencia de la tribu, con el inicio de los protectorados fueron objetos de compraventas totalmente fraudulentas entre miembros de la colectividad y colonos ávidos de tierras.

Las propiedades de las colectividades podían proceder de los denominados como *harim* próximo y *harim* remoto, así como de las propiedades que hubiese adquirido la colectividad en las formas admitidas por el derecho musulmán o que hubiese concedido el sultán²². Se entendía como *harim* o *marfak* en términos generales a la zona de desahogo de un árbol o de una propiedad, aunque también se utilizaba este concepto para designar a la tierra inculta dejada libre alrededor del poblado para los derechos de leñas y pastoreo o entre dos colectividades²³. Para algunos autores el *marfak* se correspondía con un concepto espacial/tempo-

¹⁸ A. Mesureur 1921, 18.

¹⁹ E. Amar 1913, 60.

²⁰ A contrario se posiciona Franqueira para quien el derecho de disfrute de las tribus conlleva la propiedad del majzén. V. R. Franqueira 1933, 17.

²¹ V. R. Franqueira 1933, 17.

²² M. Lord O’Lawlor 1935.

²³ C. Rodríguez Aguilera 1950, 675.

ral especialmente ligado a la trashumancia o al cultivo. M.^a Rosa de Madariaga lo define como los terrenos que pueden ser recorridos en torno a un poblado o de una cabila desde el amanecer al oscurecer de un día.

d) *Las tierras milk (o melk)*

Las tierras de propiedad *milk* pertenecían a particulares, ya fuera a título individual o *pro indiviso*, y como señala, Ramón V. Franqueira, “no se presentan, hasta época muy reciente en derecho musulmán, más que como una excepción”²⁴. Este régimen designaba la propiedad inmobiliaria regida por el derecho musulmán de rito malekita. Habitualmente se asimilaba a la propiedad privada de derecho romano (*usus, abusus y fructus*), un derecho que facultaba a su titular a la completa y exclusiva disposición de una cosa²⁵. Caracteres que la convertían en el régimen más favorable para la colonización y para la extensión de un modelo de explotación económica capitalista²⁶. Se consideraba opuesta a la propiedad del Estado o de las tribus²⁷. La doctrina de la época clásica no entendía la propiedad como un derecho (*happ*), sino que esta se proyectaba sobre la naturaleza del bien (*mal*) que se convertía en *milk*²⁸. No obstante, para un sector de la doctrina

²⁴ V. R. Franqueira 1933, 18. Manuel Conrotte califica a la propiedad individual de escasa, y no tan bien definida como en los sistemas occidentales, véase M. Conrotte 1913, 428.

²⁵ F. Mañllo Salgado 2005, 118-119. También se entiende como “milk”, el derecho de disfrute de unas relaciones sexuales en el matrimonio o en concubinato con su esclava.

²⁶ Este estatus jurídico que cuando se inician los Protectorados tenía poca importancia en la actualidad representa el 74,2% de la superficie agrícola. N. Bouderbala 1999, 55.

²⁷ “Con respecto a su contenido, se estima que la propiedad se extiende a la superficie del suelo y a lo que a él se adhiere; a la comuna de aire que sobre el mismo se levanta y al subsuelo; y, además, al *harim*, esto es el espacio que se extiende alrededor de la propiedad. En términos generales, el *harim* o *marfak* puede considerarse como una zona de desahogo o amplitud de la propiedad. El propietario de un árbol tiene derecho a exigir que se le deje libre, alrededor del mismo, el espacio necesario para cuidarlo. Se llama también *harim* a la tierra inculta dejada libre alrededor del poblado para los derechos de leñas y pastoreo. La propiedad no es en Derecho musulmán un derecho absoluto e ilimitado. Ibn Arafa dice: ‘La propiedad es el derecho de disponer de la cosa por todos los medios lícitos’. Los tratadistas musulmanes formulan unos principios alrededor del derecho de propiedad que encajan dentro de lo que hoy constituye entre nosotros la moderna doctrina del abuso del derecho. Dios ha concedido todas las cosas al hombre para usarlas en sus necesidades, no para destruirlas y derrocharlas. El juez debe castigar el ejercicio del derecho que, aun siendo legítimo en sí, representa para el vecino un daño o una molestia grave. El derecho de goce del propietario no significa abuso. Hay cosas en Derecho musulmán, además de aquellas que se encuentran fuera del comercio, que no pueden ser objeto de propiedad, son las llamadas impuras: ciertos animales, el vino, imágenes sagradas de otras religiones, etc. Las clases de tierras y su régimen jurídico suponen una gran especialidad del Derecho musulmán con instituciones propias, algunas de tanto interés como el Habús o Wafq. Las fincas no inscritas propiedad de extranjeros quedan sometidas a la ‘lex rei sitae’”. C. Rodríguez Aguilera 1950, 675.

²⁸ F. Mañllo Salgado 2015, 230.

islámica tradicional se debía aplicar la mencionada teoría del dominio eminente de la *umma* con delegación en el Estado, lo cual implicaba que el poseedor era titular de un simple derecho de disfrute²⁹.

El origen de este tipo de propiedad, en consonancia con las mencionadas doctrinas islámicas, se hallaba en la vivificación de las tierras muertas³⁰ o en la concesión por parte del sultán³¹. De la Plaza señala al primero, la vivificación, como el modo habitual cuando define a la propiedad *milki*,

Propiedad privada (tierra *melk*) perteneciente a particulares en virtud de un título que libremente les permite disponer de la misma. A ella se llegaba, casi en la mayoría de los casos, por título de *ijtisás* (apropiación), es decir, por méritos de un trabajo aplicado a vivificarlas o colonizarlas, y su adquisición cristaliza en un título posesorio que es la *mulkia*, que se otorga, o ante dos notarios (el testimonio de cada uno de ellos tiene un valor equivalente al de seis testigos, y en tal caso el documento se conoce con el nombre de *mulkia dalia* o ante doce testigos (y en tal supuesto se denomina *mulkia lafifa* o *lafifía*)³².

La adquisición con carácter derivativo de este tipo de propiedad, aunque tal como se ha señalado era menos frecuente, se podía producir a través de actos *inter vivos* como la compraventa o la donación, o de actos *mortis causa* como el establecimiento de testamento o legado³³. En estos últimos supuestos existían unas limitaciones sucesorias, ya que prevalecía el mantenimiento del patrimonio de la familia patriarcal sobre los derechos de propiedad privada individual³⁴. La preservación de la indivisión se podía producir también a través del ejercicio de un derecho de retracto denominado *Chefaa* que podía ser ejercido en los supuestos de transmisión basada en título sucesorio u oneroso.

En ambos supuestos de adquisición de la propiedad, ya sea de forma originaria (vivificación o concesión del sultán) o derivativa en las formas en que se acaba de hacer referencia, como señala De la Plaza, se podía producir la formalización del título de propiedad en un acta denominada *mulkía*.

²⁹ Véase V. F. Franqueira 1933, 7.

³⁰ “El concepto de *vivificación* se interpreta muy ampliamente y se considera como tal cualquier aprovechamiento real y a título exclusivo, como de abrir una fuente, hacer una construcción o un horno, una nivelación del terreno o una roturación; el simple cercamiento de una tierra y la apertura de un pozo no eran generalmente considerados como actos suficientes de vivificación, pero en la actualidad van siendo admitidos como bastantes”. V. R. Franqueira 1933, 19.

³¹ V. R. Franqueira 1933, 18; A. Ménard 1934, 13.

³² M. De la Plaza 1941, 13 y 14.

³³ J. Merchán Gustems 2014, 80.

³⁴ N. Bouderbala 1999, 55.

En este documento se puede reconocer el valor que se le otorga el Derecho islámico al honor y la palabra de los testigos. Para que la *mulkía* tuviera validez debía ser elaborada por los adules (plural de adel), recibiendo la denominación de *Chaadda Adliya Ilmiya*, o bien a través del testimonio de doce testigos ordinarios o seis testigos y un adel, en este caso se denominaba *Chaada Latif*³⁵. La naturaleza jurídica de la *mulkía* era más próxima a una declaración testifical de la situación posesoria que un título de propiedad con su correspondiente asiento registral del sistema de derecho civil español. Estas características propiciaban que cuanto más reciente fuera la *mulkía* con más fuerza legal contaba, puesto que como se ha indicado su validez residía en la afirmación testifical del hecho posesorio. Esta concepción viene avalada por la necesidad de renovar la *mulkía* antes que expirase el plazo de prescripción *istimrar-el-mulk*³⁶.

Con carácter previo a la elaboración de la *mulkía* se llevaba a cabo una averiguación que tenía como finalidad garantizar que la tierra no se encontraba entre los bienes inalienables del majzén, *guich* o *habus* a través de las declaraciones previas del *Amin-el-Mustafad*, el *Pacha* y el *Nadir de Habus*, respectivamente³⁷. El *cadi* homologaba la firma de estos declarantes, otorgando la autorización a constituir la *mulkía*, o en su caso, denegando la misma por hallarse el inmueble dentro de las categorías señaladas. Este método de elaboración de las *mulkías*, como señala Marchán, estaba sujeto a problemas de falsificación y prácticas fraudulentas³⁸.

e) Los bienes *habus*

El *habus* o *wafq* (en plural *ahbas*, o en su forma españolizada “habices” o “habus”) era un acto jurídico por el cual una persona, que quería ser piadosa ante Dios, se despojaba de algunos de sus bienes, generalmente inmuebles, y los situaba fuera del comercio, afectándolos a perpetuidad a obras piadosas, caritativas o sociales (mezquitas, madrasas, hospitales, etc.); ya fuera sin restricción alguna (*habus* público); o reservando el disfrute a algunas familias determinadas (*habus* de familia)³⁹. En este último caso se intentaba evitar la enorme fragmentación y dispersión que se producía en la aplicación del derecho sucesorio islámico. Por tanto, la finalidad respondía a proteger los intereses económicos de una familia conservando casas, tierras o bienes de otro tipo de modo íntegro y homogéneo⁴⁰.

³⁵ V. R. Franqueira 1933, 21 y 22.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ J. Marchán Gustems 2014, 93.

³⁹ F. Mañlo Salgado 2015, 449.

⁴⁰ Véase J. Luccioni 1945.

Algunos autores establecían una analogía con la institución de la ‘fundación’ de los derechos occidentales⁴¹. Para Maíllo debe entenderse como la constitución de un usufructo del cual el dueño se desprende, consagrándolo a obras de tipo benéfico-social⁴². Por esta razón para la escuela malekita el donante sigue siendo el propietario, disfrutando en términos romanistas, de la “nuda propiedad”. El *wafq*, siguiendo al citado autor, constaría de los siguientes elementos: a) el que constituye (*waqif* o *muhabbis*), b) el beneficiario o usufructuario, c) el objeto puesto en *wafq*, la expresión de la voluntad del que lo instituye y, por último, d) la causa o finalidad del *wafq*⁴³. Según Maíllo Salgado,

El *wafq* o *habiz*, pues, revestía la forma de donación y también de contrato hecho con Dios (para que la fundación sea válida, como se ha dicho, tiene que haber un fundador y un beneficiario), por lo cual, además de hacerse irrevocable (*la rugu'a fi-hi*), adquiere carácter sacro (*muhammad*) y se hace inalienable (*mawquf*), insecuestrable (*la yahguzu*) e imprescriptible (*mu'abbad*). Y así como las acciones dependen de las intenciones, solo se da *wafq* en la medida en que la intención (*niyya*) de su fundador sea mantenida inalterada ante Dios, de manera que la voluntad del fundador (*wafiq*) siga gravitando sobre su obra piadosa⁴⁴.

Sobre los bienes *habus* se podían constituir derechos reales que tenían generalmente la finalidad de establecer algún aprovechamiento. Estos derechos se denominaban *menfáa*, los cuales eran, tal como se ha apuntado, derechos perpetuos de disfrute transmisibles a terceros⁴⁵.

⁴¹ Esta comparación la podemos ver en C. Rodríguez Aguilera 1952, 178.

⁴² F. Maíllo Salgado 2015, 448.

⁴³ *Ibidem*, p. 448.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 450.

⁴⁵ Como señala Rodríguez Aguilera: “Los dos tipos principales [de *menfáa*] son: *guelsa* y *gza*. El primero es una especie de arrendamiento de la propiedad urbana (una fábrica, un taller, una tienda). Franqueira dice que es un derecho derivado de una situación de hecho creada por haber efectuado el locatario gastos de reparación y revalorización del inmueble, del que no puede ser desalojado sin que previamente le sean abonados. Este derecho puede transferirse a terceros que han de seguir pagando la renta. El *gza* es la concesión o arrendamiento de un terreno, por tiempo generalmente indeterminado, para realizar en él construcciones o efectuar plantaciones de plantas fructíferas, especialmente viñedos, mediante un canon. Según los juristas marroquíes, es una locación que se presume hecha, según unos por veinte años, renovable al expirar este período, y según la opinión dominante, por tiempo indefinido, que puede cederse o transmitirse por sucesión. Existen otros derechos de semejante naturaleza, entre los que se citan: el de *zina*, considerando como una modalidad del *guelsa*, y que consiste en la mejora del local, con huecos o accesorios útiles, que quedan de la propiedad del que los realiza. Se llama *gabta* al procedimiento de adquisición del derecho de *guelsa*, que se efectúa por la entrega de la llave al cesionario, mediante el pago de una prima o por pujas en subasta para conseguir un contrato perpetuo o a largo plazo. El *istigrak* es un arrendamiento sobre bienes habices incultos, que el locatario ha de poner en condiciones de producir, disfrutándolos durante un largo período de tiempo, mediante el pago de un precio

Los bienes habús eran observados como un impedimento para el avance económico de la zona y para el desarrollo de la colonización, en un claro paralelismo con las propiedades que estaban en las conocidas como “manos muertas” en el proceso desamortizador que se llevó a cabo en la España decimonónica⁴⁶. Según Maíllo Salgado, reafirmando el anterior argumento, la institución del *waqf* no fue un actor de progreso económico, señalando la incuria y la inadecuada gestión de los administradores encargados de su gestión⁴⁷. El liberalismo colonizador se hallaba con problemáticas homologables a las que se había encontrado en la transición del Antiguo Régimen al nuevo sistema. Y como señala el autor mencionado, al igual que en Europa, estas propiedades de manos muertas fueron finalmente expropiadas, porque creaban un desequilibrio intolerable de riqueza⁴⁸. El Dahir de 20 de septiembre de 1926 creó una comisión para revisar estos “derechos reales de usufructo” sobre bienes habices, con la facultad de darles validez legal o rechazarlos de acuerdo con las normas de la *Sharia*.

f) *Las tierras kharaj o jarayías*⁴⁹

En el Derecho islámico el *harag*, como señala Maíllo, era un impuesto territorial que debían pagar los *dimmites* o gentes del Libro por el usufructo de sus tierras en las regiones que habían pasado a situarse bajo el poder del islam mediante un tratado de capitulación⁵⁰. Este tributo con el transcurso del tiempo adquirió una naturaleza real. Aunque los propietarios se convirtiesen al islam o fuesen originariamente musulmanes la propiedad llevaba aparejada esta obligación fiscal consistente por regla general en un pago en especie que oscilaba entre un 20% y un 50% del producto previsto. El dominio del *majzén* y el cobro de impuestos sobre las mismas variaba según la resistencia que hubieran opuesto al dominio del sultán.

muy bajo. El artículo 7 del Decreto visirial de 12 de mayo de 1925, prohíbe hacer nuevos contratos de *zina*, *guelsa*, *gza*, *gabta*, *meftah* y otros análogos”. C. Rodríguez Aguilera 1952, 180 y 181.

⁴⁶ N. Benavides Moro 1926, 30; M. Conrotte 1913, 428, este autor hace la comparación con la desvinculación de la propiedad en el periodo revolucionario francés.

⁴⁷ F. Maíllo Salgado 2015, 451 y 452.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Inicialmente eran todas las tierras propiedad de los no musulmanes en el momento de la transformación en el estatuto definitivo *kharaj* (jarag en castellano), las cuáles, tal como se ha indicado más arriba, se componían de tierras tribales que en la época del Protectorado se denominaban “tierras colectivas” (*bled jemaâ*).

⁵⁰ *Ibidem*, 119.

g) *Las tierras guich*

Este tipo de tierras se componían de aquellas que el *majzén* había concedido a las tribus para su uso y disfrute en contrapartida por sus servicios prestados, normalmente de carácter militar⁵¹. Se encontraban frecuentemente en las denominadas como *zonas de protección* entorno a las villas imperiales de Meknes, Fez, Marrakech y Rabat. Franqueira señala que las tierras *guich* no existieron en la zona española a excepción de algunas de este origen en la Garbía y el Fahs⁵². En Tánger, por el contrario, el denominado *Guich-el-Riffi* respondía a este particular régimen jurídico. Este fue establecido por Muley Ismaïl en 1684 y durante diez años (1766-1776) integró a otro *guich* formado por abids⁵³ de Mehediya.

La organización de estas tribus era de carácter militar, estando sometidas al mando del pachá del *guich*, quien se encargaba de distribuir a cada fracción de la tribu un territorio determinado que a su vez se distribuía entre familias. Esta adjudicación se hacía entre varones aptos para el servicio militar, y no solo adquirían el derecho de disfrute de estas tierras sino también la obligación de prestar servicio militar al sultán. En consecuencia, la posesión de estas tierras estaba totalmente ligada a la prestación de este servicio. Si por cualquier circunstancia se producía el cese de la misma, ya fuera de manera individual o colectiva, finalizaba el derecho de disfrute.

Las tierras *guich* no estuvieron exentas de algunas de las problemáticas que produjeron el desmembramiento de las propiedades del *majzén*. El pachá del *guich* no llevaba un registro o una contabilidad rigurosa y exacta de la distribución de las tierras. Además, era frecuente su participación junto a los cadíes en transmisiones de la propiedad fraudulentas, especialmente impulsadas por los intereses especulativos de los europeos. A pesar de estas dificultades, las tierras *guich*, como afirma Franqueira, fueron las que menos particiones padecieron, y donde la normativa reguladoras de la propiedad inmueble introducida por las potencias protectoras menos impedimentos halló⁵⁴.

h) *Tierras naïba*

Las tierras *naïba* reciben su denominación del tributo que se exigía a las tribus asentadas en las tierras concedidas por el soberano a cambio de la exención del servicio militar permanente, obligando solamente a las expediciones extraor-

⁵¹ V. R. Franqueira 1933, 31.

⁵² *Ibidem*, p. 57.

⁵³ Colectivo integrado por personas de origen subsahariano.

⁵⁴ V. R. Franqueira 1933, 33-34.

dinarias (*harka*). El mismo consistía en una cantidad fijada por el propio sultán, la cual dio lugar a abusos por parte de los funcionarios del *majzén* encargados de recaudarlo⁵⁵. Franqueira señala cómo los beneficiarios de este régimen se consideraban propietarios que podían transmitir por su sucesión o por enajenación, incluso a terceros extraños a la tribu⁵⁶. Esta notable diferencia con las tierras *guich*, que tal como se acaba de indicar, no podían ser transmitidas a sujetos no pertenecientes a la tribu, no era óbice para que se considerasen como tierras concedidas por el soberano en usufructo o disfrute en las cuales ejercía su poder efectivo (*bled-el-majzén*). Este mismo autor establece que en la zona española, debido al estado constante de insumisión, el tributo no se percibía, motivo por el cual la legislación inmobiliaria que aprobaron los españoles no hizo referencia a las mismas⁵⁷.

i) Las propiedades de los extranjeros

Los tratados de Mequínz (1799) y Madrid (1861), por lo que respecta a los españoles, y el Convenio de Madrid (1880) y el Acta de Algeciras (1906) en cuanto a los extranjeros en general, condicionaban la adquisición de bienes inmuebles a las “leyes del país”, existiendo la posibilidad de apelación al ministro de negocios extranjeros.

El mencionado Convenio de Madrid de 1880 reconocía en su artículo 11 a todos los extranjeros el derecho de la propiedad en Marruecos. La compra de las propiedades debía efectuarse con el consentimiento previo del Gobierno marroquí, y los títulos de estas se sujetaban a las leyes del país. En esta norma igualmente se disponía que cuantas controversias surgiesen serían resueltas aplicando las “leyes del país”.

El contenido de estas disposiciones fue ratificado por el Acta de Algeciras, cuyo artículo 60 disponía que el sultán daría a las autoridades administrativas y judiciales las instrucciones necesarias para que la autorización para la realización de los contratos no fuera rehusada sin motivo legítimo⁵⁸. Las transmisiones ulteriores, por actos *intervivos* o por causa de muerte, continuarían efectuándose libremente sin ser necesario ningún trámite o procedimiento.

⁵⁵ J. Marchán Gustems 2014, 87.

⁵⁶ V. R. Franqueira 1933, 29.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 59.

⁵⁸ Emil Amar señala las contradicciones entre la posibilidad de adquirir propiedades por parte de los extranjeros a través del artículo 60 del Acta de Algeciras y el Acto del empréstito marroquí de 1910 que estableció como garantía los bienes del *majzén*, entre los cuales se comprendían aquellos que se podían vender a los europeos en virtud de los tratados señalados. E. Amar 1913, 30.

En los puertos abiertos al comercio y de dentro de un radio de diez kilómetros en torno a los mismos, el sultán concedió de un modo general el consentimiento exigido por el Convenio de Madrid. Por tanto, dejó de ser necesario obtenerlo de manera individualizada en cada adquisición de alguna propiedad por parte de los extranjeros. En Alcazárquivir, Arcila y Azemur, se otorgó dicha autorización general respecto a las adquisiciones hechas dentro de un radio de dos kilómetros en torno de dichas localidades.

Los bienes adquiridos por los extranjeros quedaban sometidos al Derecho musulmán conforme al artículo 11 párrafo 3.º del Convenio de Madrid, el cual estableció que todas las cuestiones que pudieran suscitarse respecto al derecho de propiedad serían decididas con arreglo a las leyes del país, salvo la apelación ante el ministro de negocios extranjeros⁵⁹.

Con el análisis de las propiedades de los extranjeros se cierra el estudio de los diversos regímenes. Estas diversas tipologías de propiedad se encontraban plenamente vigentes cuando los colonizadores españoles y franceses instauraron los protectorados. La propiedad más allá de un estatuto real, se relacionaba con la tradición, la historia, la organización socioeconómica y las cuestiones religiosas del Marruecos precolonial. Sin embargo, al contrario de lo que ocurrió con otras materias (p. e. el estatuto personal, el derecho penal o el derecho comercial) en las que se practicó el principio de no intervención jurídica, el carácter real de la propiedad obligó a las potencias protectoras a entrar en contacto con el derecho autóctono y a regular con diversas intensidades el régimen inmobiliario.

3. LOS RETOS EN LA COMPLEJA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD EN LA INSTAURACIÓN DE LOS PROTECTORADOS

La propiedad constituyó uno de los pilares fundamentales del liberalismo jurídico. Entorno a la misma se construyeron las aspiraciones de la burguesía que deseaba poner fin a los privilegios y a las inseguridades jurídicas de los diferentes modos de poseer en el Antiguo Régimen⁶⁰. Algunos de estos –los señoríos jurisdiccionales– entraron en conflicto con los atributos políticos propios de la nueva

⁵⁹ Con posterioridad, el artículo 24 *in fine* del Convenio hispano-francés de 1912 estableció que la facultad de entender en apelación de las cuestiones de propiedad inmueble de los extranjeros perteneciente, avalando el sistema establecido en Algeciras, al ministro de negocios extranjeros, que por lo que concierne a la zona española formará parte del conjunto de poderes delegados al jalifa. El Dahir de 5 de octubre de 1930, artículo 27, estableció que sería el gran visir el encargado de decidir, como delegado permanente del jalifa, y previo asesoramiento de un Consejo Superior de Ulama, los mencionados recursos de apelación.

⁶⁰ P. Grossi 1991; P. Caroni 1996.

soberanía nacional⁶¹. Para el liberalismo no era posible el anhelado progreso social y económico sin un régimen homogéneo, general y abstracto que ofreciera toda la seguridad y todas las garantías en los negocios jurídicos.

En el ámbito colonial la propiedad asumió mayor relevancia por dos motivos: (1) la soberanía en el Derecho Internacional se conceptualizó a través de regímenes próximos a la misma⁶², (2) la explotación económica de esos territorios se convirtió en uno de los principales motores de la colonización⁶³. La regulación de este derecho se erigió, por tanto, en una prioridad legislativa para lograr los objetivos de estas empresas en territorios de ultramar. El régimen de la propiedad por su propia naturaleza estaba especialmente ligado, utilizando la expresión de la época, a las “leyes y costumbres del país”. Esta circunstancia no impidió, al igual que ocurrió con otras materias, la colonización jurídica de estos estatus preexistentes o incluso una política de *tabula rasa*.

Cuando se instauró el Protectorado hispano-francés en Marruecos, como se ha analizado en el anterior apartado, no había una forma homogénea y unitaria de propiedad, por el contrario, existía una pluralidad de estatus jurídicos que se correspondían a los diversos derechos, leyes y costumbres que confluían en el país. Esta diversidad jurídica planteó a franceses y españoles las siguientes necesidades señaladas por Négib Bouderbala⁶⁴: a) encontrar las fórmulas jurídicas que permitieran el desarrollo de la colonización inmobiliaria, b) lograr la seguridad de la propiedad colonial y el orden establecido en el ámbito rural, c) adoptar un régimen de la propiedad que permitiera la expansión de la explotación capitalista.

Los esfuerzos de las potencias colonizadoras se centraron en elaborar, en la línea apuntada por Bouderbala, un régimen jurídico que permitiese explotar la tierra y afianzar el dominio sobre la misma, y de este modo proteger a los colonos y a las empresas de colonización. En la expansión francesa en Argelia y Túnez, como señala Benavides Moro, se produjeron fluctuaciones entre un modelo de colonización con una gran intervención del Estado (estatista), y aquel que preten-

⁶¹ Véase el decreto de 6 de agosto de 1811 aprobado por las Cortes de Cádiz el cual dispuso la “incorporación” de los señoríos jurisdiccionales a la nación.

⁶² En el Antiguo Régimen las colonias formaban parte del “dominio real” produciéndose cierta confusión entre la soberanía y la propiedad. A título de ejemplo podemos señalar cómo se produjo este efecto con el Congo que inicialmente fue una colonia privada del rey de los belgas, Leopoldo. Véase A. Hochschild 1998. Por último, como señaló en relación con este aspecto Carl Schmidt: “Solo así, por interés por acotar una disputa intraeuropea acerca de la tierra no europea, se explica que aquellos juristas se sirvieran del concepto civilista jurídico-romano de la *occupatio* como título jurídico correspondiente ignorando, sin embargo, totalmente el verdadero título jurídico europeo, o sea el descubrimiento”. Véase C. Schmitt 1979, 339.

⁶³ Véase E. W Said 1996, 34.

⁶⁴ N. Bouderbala 1999, 47-66.

día la “libre colonización”, por el cual abogaron los colonos⁶⁵. En ambos casos la regulación jurídica de la posesión y el uso de la tierra se pergeñó entorno a la protección del colono y la expansión del proyecto colonizador⁶⁶.

En Marruecos el reto que suponía lograr estos objetivos no iba a ser menor, pues las políticas jurídicas debían respetar los límites del omnipresente estatuto jurídico internacional, que implicaba la aceptación de las leyes existentes sobre la propiedad. Este escenario no fue percibido de un modo muy halagüeño por parte de los juristas implicados en la elaboración del nuevo orden jurídico. Las siguientes palabras de Emilio de Viguera pueden servir como muestra:

Los Protectorados tenían ante sí una grave responsabilidad en orden a la materia [la propiedad]. La anarquía reinante se cebaba sobre las costumbres patriarcales y el estado de indivisión que caracterizaba a la propiedad y los pleitos eran interminables. La falta de noción de la fe pública y el acta auténtica permitía a testigos sin probidad, por notoriedad o fama pública, deponer su testimonio escrito sobre extremos que quedaban en una tal indeterminación que hacían imposible la identificación de las tierras y sus colindantes. A esta falta de precisión en el fondo y de inseguridad en la forma de la titulación uníase la incertidumbre en los derechos, campo abonado para los especuladores y fabricantes de “mulquías”, cuyos dentellazos alcanzaban a patrimonios inalienables o tierras sin vivificar, de los que solo se podían salvar los solares urbanizados y las fértiles llanuras. De una acertada regulación de saneamiento dependerían las principales fuentes de riqueza del país: agricultura, ganadería, bosques, minas, etc., y el desenvolvimiento del crédito, pues es de hacer notar que instituciones como la hipoteca permanecían ignoradas frente al preciosísimo inasequible en que se perdían ciertas figuras jurídicas, como la del *marfak* (de la raíz *rafaka*, ayudar, asistir, ser benévolo hacia una persona), acaso en precario, que es recomendable conceder al vecino y no llega a constituir una servidumbre⁶⁷.

El autor plantea las problemáticas existentes entorno a la propiedad y cómo estas ahogan el desarrollo de la labor colonizadora en el país. La “fabricación de mulquías”, destacada por Viguera, muestra los intentos fraudulentos y delictivos de sortear las barreras legales por parte de los colonos, afectando a los bienes comunales o aquellos ligados a regímenes especiales⁶⁸.

Las implicaciones económicas y sociales del “rudimentario” sistema inmobiliario precolonial eran tan grandes que hacía necesario e imprescindible encontrar una rápida solución. La misma debía comportar el establecimiento de

⁶⁵ N. Benavides Moro 1926, 26.

⁶⁶ Emil Amar señala el ejemplo de Italia que prohibió por decreto la venta de toda parcela en Tripolitania y Cirenaica para evitar los abusos especuladores E. Amar 1913, 14.

⁶⁷ E. de Viguera franco 1949, 22-23. E. Amar 1913, 12-13.

⁶⁸ Véase E. Amar 1913, 13.

un régimen de la tierra que ofreciese todas las garantías correspondientes a un “Estado civilizado”. Como subraya Bernard Durand, se trataba de regular de la mejor manera todos los intereses que estaban en juego: aquellos de los “indígenas”, del Estado —que quería constituer y acrecentar su dominio—, y finalmente de los colonos que reclamaban con voracidad tierras⁶⁹. Estos últimos fueron los principales impulsores de la colonización en Marruecos, por tanto estaban muy interesados en establecer una propiedad de tipo “Código civil” en la zona. En este sentido Durand sostiene que:

Les propriétés foncières européennes privées seraient désormais soumises au régime de propriété du Code civil français : absolu, individualiste, abstrait et universaliste, il s’opposait brutalement aux principaux caractères du système foncier marocain (diversité des statuts adaptés à des situations particulières, caractère communautaire, démembrements multiples, régime successoral consacrant la prééminence de la famille agnatique, etc...). En fait, la propriété établie selon le Code civil français n’est pas seulement hostile à la tradition marocaine mais à toute conception paysanne de la propriété foncière. Le paysan n’a pas faim de propriété foncière, il a faim de possession longue et paisible. En introduisant une propriété plus individuelle que familiale, soumise à l’égalité de tous les héritiers, qui devient une marchandise, le Code civil pulvérise la propriété paysanne et la détruit irrémédiablement⁷⁰.

Esta destrucción, señalada por Durand, que cual dispositivo de explosión provocó el Código Civil, no solo tuvo consecuencias meramente técnico-jurídicas, sino que se deslizó peligrosamente al mismo núcleo o esencia de la propia existencia de las tribus bereberes. Más allá de las categorías occidentales, desde una perspectiva antropológica, la posesión de la tierra era un elemento definidor del propio colectivo humano, y no un objeto mercantilizado que de manera individual y abstracta pudiera ser transmitido⁷¹. Algunos juristas de la época del Protectorado como José María Panigua y Santos, el cual fue registrador de la propiedad, asumieron plenamente este planteamiento llegando a afirmar que era inútil buscar en el derecho bereber un concepto abstracto de propiedad⁷². Panigua defendía que la idea de una propiedad análoga a la del derecho occidental había que deducirla de diversas manifestaciones en la vida rifeña, y añadía que era todo lo inherente a la persona o agregado a la misma por la naturaleza o costumbre⁷³.

⁶⁹ Véase B. Durand 2004, 291.

⁷⁰ N. Bouderbala 1999, 53.

⁷¹ Véase D. M. Hart 1997; R. Jamous 1981.

⁷² J. M. Panigua y Santos 1948, 11.

⁷³ *Ibidem*, p. 11.

Las contradicciones entre una propiedad “colectiva” y una propiedad de Código Civil “absoluta, individualista, abstracta y universal”, así como el establecimiento de un régimen que protegiera al Estado colonizador sin lesionar a los comunidades autóctonas fue uno de los grandes retos de las justicias francesa y española⁷⁴. Por otra parte, la idea de individuo, eje esencial del liberalismo jurídico, estaba ausente de la cultura comunitaria rural. Un buen conocimiento de los derechos inmobiliarios, así como de sus mutaciones y de sus fuentes, era indispensable para la regulación de la propiedad y la organización del crédito inmobiliario

Estas circunstancias son las que condujeron al legislador francés a respetar los derechos consuetudinarios indígenas cuando reguló el régimen inmobiliario. Estos estaban muy ligados a la organización social y familiar de las tribus siendo, por tanto, cualquier intervención muy problemática. Para superar esta dificultad se creó un sistema dual el cual reconocía, por una parte, el derecho inmobiliario consuetudinario de los indígenas y, por otra, el derecho de la propiedad del Código Civil para los colonos.

Este sistema que podía funcionar en el plano teórico, se complicaba al producirse “transacciones inmobiliarias” entre colonos e “indígenas”, pues estos últimos en muchas ocasiones no dominaban o no comprendían las categorías jurídicas que trataban de aplicar los europeos sobre sus tierras colectivas. Los colonos mostraban siempre su empeño en subsumir la relación jurídica en el derecho de propiedad del Código Civil para lograr estabilizar su posesión. Sin embargo, en muchas ocasiones el “indígena” entendía que no se había producido una transmisión de la propiedad, sino una cesión temporal del uso y disfrute, puesto que ni tan siquiera ostentaba la titularidad de la tierra objeto del negocio jurídico ya que era un bien colectivo de la tribu. Como señala Durand al respecto:

Ce statut s'était révélé au moment de l'expansion coloniale gros de difficultés. En effet, les transactions immobilières entre colons et indigènes à la fin du XIX^e siècle débouchaient sur des conflits sans fin. Une fois « la vente » conclue, ou du moins ce que le colon pensait être une vente, l'acheteur se voyait confronté à des revendications diverses, soit d'un titulaire du droit de feu qui revendiquait ses redevances, d'un usager son droit d'usage ou tout simplement d'un membre du groupe qui réclamait le retour de la terre à sa famille, etc... Là encore incompréhension était totale. Le colon français, de bonne foi, pouvait estimer que la législation lui était favorable, du moins dans les colonies où la législation avait déclaré que le code civil s'appliquait. Encore que le code civil lui-même pouvait lui être opposé car si on pouvait bien considérer que c'était les règles de la vente qui s'appliquaient au contrat (en

⁷⁴ B. Durand 2004, 291.

vertu de la règle qui veut que dès qu'un français est partie à un contrat, c'est la foi française qui s'applique), on pouvait aussi en conclure que pour les droits réels transférés, le code civil lui-même retient que (article 2182) le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il a lui-même sur la chose vendue⁷⁵.

En estas cuestiones la tutela judicial podía jugar un papel muy importante, o bien favoreciendo los intereses de los colonos, o protegiendo los derechos tradicionales de los indígenas. Emil Amar conectaba la necesidad de regular una materia tan delicada y compleja como el régimen de la propiedad con la creación de la organización judicial en la zona francesa⁷⁶. Cuando se estableció la justicia francesa en Marruecos, los magistrados solían reforzar la obra del legislador ajustándose a la letra de la ley, aunque en algunas ocasiones buscaban soluciones diferentes a las que inicialmente estaban previstas en los textos legales en beneficio de los indígenas⁷⁷. A pesar de que podía producirse en algunos supuestos esta tutela judicial, la necesidad del desarrollo económico –tan ligado al crédito agrícola– provocó una vulneración paulatina de los derechos de los “indígenas”. Las tierras colectivas no podían ser un impedimento para el desarrollo de la colonización, además de la posición preminente de la que gozaban los colonos en una justicia desigualitaria por naturaleza.

Pourtant, –señala Durand– dès le début des années 1900, on avait cherché à s'orienter vers de nouvelles formules: plutôt que d'imposer la propriété privée en niant la tenure traditionnelle des terres, pourquoi ne pas offrir la faculté, et donc la liberté, d'opter pour une propriété en tout immeuble soumis à immatriculation? Cette expérimentation d'un procédé né en Australie et déjà acclimaté en Tunisie s'appuyait sur des règles originales permettant de faire naître le droit de propriété sans refuser de reconnaître les droits fonciers traditionnels, aménageant ainsi une transition rendue possible par l'introduction libérale du droit de propriété. Ce n'est toutefois que très tard que les juges, convaincus par les interprétations de la doctrine, ont en fin décidé à invoquer la justice due aux indigènes, reconnu l'originalité de leurs droits et condamné, presque à la veille de la deuxième guerre mondiale, les vieilles théories *féodales*⁷⁸.

La introducción de un sistema registral voluntario, inspirado en la “Torrens Act” australiana⁷⁹ ofreció la posibilidad de implantar el derecho de la propiedad

⁷⁵ B. Durand 2004, 304.

⁷⁶ E. Amar 1913, 13.

⁷⁷ B. Durand 2004, 304.

⁷⁸ B. Durand 2004, 296.

⁷⁹ Con el fin de resolver las deficiencias del *Common Law* y un sistema de registro de propiedades, Robert Torrens introdujo un sistema de creación de títulos en 1858, después de un

sin rechazar los derechos inmobiliarios “indígenas”, y tal como señala el autor citado, permitió a los jueces en la década de los cuarenta restaurar viejas teorías de tipo ‘feudal’ para sostener la originalidad de estos⁸⁰.

En la zona española, como se verá, la no regulación en el periodo inicial de la “propiedad indígena” respondía tanto a un intento de evitar la injerencia en las instituciones autóctonas, como a la deliberada voluntad de ignorar los “derechos indígenas”. La ausencia de intervención jurídica facilitaba los abusos por parte de los colonos ante la carencia de un marco jurídico definido.

4. LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA EN LA ZONA ESPAÑOLA

La regulación de la propiedad inmobiliaria en la zona española estuvo sujeta a las mismas dificultades y requerimientos que en la francesa, sin embargo, al contrario que en esta última, los españoles no regularon inicialmente la propiedad inmobiliaria de un modo sustantivo ni constituyeron mecanismos de tutela de las colectividades indígenas⁸¹. Siguiendo el modelo galo se aprobó el *Dahir* sobre el Registro de Inmuebles que contó con la influencia de la Ley hipotecaria española. El sistema se inspiró en el Acta Torrens, no obstante, como afirmaba

auge de la especulación del suelo y un sistema de concesión de azar dio lugar a la pérdida de más del 75% de las 40.000 concesiones de tierras emitidas en la colonia (actualmente estado) de Australia del Sur. Estableció un sistema basado en un registro central de todas las tierras de la jurisdicción de Australia del Sur, consagrados en la *Royal Property Act* 1886 (SA). Todas las transferencias de tierra se registran en el registro. Lo más importante es el dueño de la tierra que se establece en virtud de su nombre que está registrado en el registro del Gobierno. El título Torrens también registra las servidumbres y la creación y aprobación de la gestión de hipotecas. Véase R. G. Patton 1934-1935, 519 y ss.

⁸⁰ “Contrariamente a varios códigos promulgados en Marruecos en tiempos del Protectorado que solían ser copias mejoradas de ciertos códigos vigentes en la Francia de entonces, el decreto (*dahir*) de 1915 no derivaba de un texto legal francés sino de un texto que las autoridades inglesas aplicaron en Australia. Se trata del “Torrens Act” que precisamente propiciaba la autorización a los colonos ingleses y demás residentes en Australia de apropiarse de sus explotaciones y, sobre todo, de otorgarles títulos de propiedad determinando los pormenores de dichas propiedades y, sobre todo, de redimir todos los posibles derechos con objeto de evitar futuras impugnaciones. (...) Con el “Torrens Act” no se propiciaba, pues, proteger a los colonos de los aborígenes que vivían en ciertos espacios determinados de caza y de cosecha, sino sobre todo sentar las bases de un régimen hipotecario para determinar con precisión sus propiedades y sus límites”. M. L. Benanni 2006, 2424.

⁸¹ La no regulación invita a los colonos a cometer todo tipo de abusos: “[L]’indifférence de l’Etat, dans un premier temps (il a suffi de constater qu’en Afrique les textes sur le domaine ne sont pas antérieurs aux toutes dernières années du XIXème siècle), a conduit les particuliers à mettre la main sur des terres (ou, dans les villes, sur des terrain) dont les limites, la contenance et les droit qui s’exerçaient étaient pour le moins vagues, mais gros de promesses économiques... et de contestation”. B. Durand 2004, 294.

Roca Sastre, la influencia del sistema australiano fue puramente formal, pues se concretó en lo relativo a la inmatriculación de las fincas y al requisito de un certificado del Registro y plano adjunto, pero en los efectos de la inscripción, no se adoptó el principio de la inatacabilidad del título registral propio del Sistema Torrens, sino que siguió a la Ley hipotecaria española que limitó la protección de la fe pública del Registro solamente a terceros⁸². Al respecto De la Plaza sostiene lo siguiente,

Estimo desde luego que procede respetar el que inspira el vigente *Dahir*, característica de todos aquellos países [sic] en que precisa remediar las deficiencias de titulación propias de pueblos que bajo un arcaico régimen jurídico, por un procedimiento de publicidad que permita depurar, con todo género de garantías el estado posesorio del titular del derecho. En Marruecos, más que en ningún [sic] otro país [sic] es ese sistema necesario; son conocidísimos los arbitrios a que en lo antiguo y aun en tiempo recientes se recurrió, para hacer pasar como documentos auténticos y eficaces, *mulkias* obtenidas mediante procedimientos inconfesables, de funcionarios y autoridades que aparte de su ignorancia vendían [sic] el oficio y la fe pública al mejor postor; y el estudio de Amar sobre la organización de la propiedad inmobiliaria en Marruecos, aparte de constituir un documento de inapreciable valor para conocer en sus detalles ese estado de cosas y para darse cuenta de un fenómeno que no es característico [sic] de nuestra Zona sino común [sic] a todo el norte de África, muestra cómo el problema que al jurista planteaba el estado caótico de la propiedad, no tenía otra solución que la que hubo de dársele; esto es, aquilatar, mediante un expediente depurador, la realidad del estado posesorio que el título [sic] acusa y reflejarlo una vez depurado física [sic] y jurídicamente en el Registro, para que sirva de base inmovible a las transmisiones ulteriores⁸³.

El magistrado resume en estas pocas palabras cuál es la percepción de la propiedad en Marruecos, y consecuentemente, el objetivo principal que debía cumplir la inmatriculación. Se reafirma en la idea de que la propiedad estaba en un estado arcaico y caótico⁸⁴, en el que se producían corrupción, abusos y demás fraudes, por tanto la inscripción en el registro se erigía como un “expediente depurador” de los estados posesorios. Este concepto de “depuración”, que tiene connotaciones tan ligadas con los regímenes totalitarios, muestra de la manera más descarnada la sutil violencia de las formas jurídicas que acaban expropiando y monopolizando por parte de los colonizadores el ámbito de lo jurídico. A pesar

⁸² R. M. Roca Sastre 1978, 135.

⁸³ M. De la Plaza 1932, 82 y 88.

⁸⁴ “De otra parte, pasa de una situación de inestabilidad e inseguridad, producto de la anarquía de antiguas épocas del Imperio marroquí, a un estado de precisión, valoración y seguridad de la misma, afirmado vigorosamente desde la implementación del régimen de Protectorado”. C. Rodríguez Aguilera 1950, 675.

de esta concepción, siguiendo el modelo francés, se declara vigente el Derecho musulmán:

Art. 91. Los preceptos del Derecho musulmán que no se opongan a lo establecido en este *Dahir* ni al Estatuto personal de los poseedores o dueños de los derechos reales, incluso en lo referente a sucesiones legítimas o testamentarias, se aplicarán a los inmuebles inscritos en el Registro y a los derechos que a los mismos hagan referencia en tanto en cuanto sean conciliables con la naturaleza de los derechos y gravámenes inscritos y especificados en el certificado de primera inscripción⁸⁵.

Esta cláusula es una trasposición literal del artículo 106 del *Dahir* cherifiano (zona francesa) de 12 de agosto de 1913, con una importante salvedad, se excluye la expresión “sauf codification a intervenir”⁸⁶. Esta exclusión convierte al Derecho musulmán, siempre limitado por el estatuto personal, en la regulación aplicable a la propiedad inmueble en la zona española. De la Plaza se lamenta, sin embargo, del desconocimiento de este derecho, o como afirma Rodríguez Aguilera de su aplicación con un “color un tanto alterado”⁸⁷:

Esta consideración, aplicable a cuantos actuamos en Marruecos y de modo muy singular a los que allí ejercen la intervención –*Strictu sensu*– no deja de serlo a los funcionarios de justicia; que para ellos es más obligado no solo el conocimiento de la legislación especial del protectorado, muy análoga pero no idéntica a la española y que no puede decirse conocida por las escasas y no siempre acertadas referencias que a la misma se hacen en los programas de oposición, sino también y de modo muy especial el conocimiento del Estatuto Internacional de Marruecos y, sobre todo, el derecho de país que solo en contados casos se aplicó hasta ahora, pero que es absolutamente necesario para completar la educación del jurista en Marruecos⁸⁸.

Se reafirma nuevamente la hipótesis de la no aplicación del Derecho musulmán. La falta de un código sustantivo, esto es, una ordenación europea, es atacada por De la Plaza cuando entiende como absurdo regirse por la ley local, obligando al juez a buscar alternativas:

Y como es absurdo, y con estas mismas palabras lo he dicho en mi proyecto de base, que al intervenir nuestros tribunales en las cuestiones relacionadas con la propiedad inscrita, lo hagan aplicando una ley local inadecuada y matizada

⁸⁵ E. Mora Regil; C. Rodríguez Aguilera, 1947, 19.

⁸⁶ Emilio de Viguera encuentra inexplicable que no se incluyesen estas palabras, véase E. de Viguera Franco 1949, 22.

⁸⁷ C. Rodríguez Aguilera 1950, 646.

⁸⁸ De la Plaza, M. 1932, 14. Véase también el R. D. de 8 de julio de 1914.

de un carácter [sic] eminentemente religioso; o que, como ahora ocurre, no dispongan de otro precepto que el contenido en el *Dahir* sobre Registro; o que, por falta de una norma expresa traten, lo que sería [sic] más absurdo todavía [sic], de apoyarse en una ley extranjera [sic], como la española, sin que se haya dispuesto su aplicación a la zona por la única autoridad competente para ello, no hay que ponderar la necesidad de esa reforma cuya falta pueden plantear a los Tribunales conflictos gravísimos [sic] y que en rigor deja confiada a su libre iniciativa, más que las modalidades de aplicación de un precepto que no existe, la busca de algo que pueda sustituirlo, a través de ordenamientos tan inadecuados y dispares como el puro Derecho musulmán y el *Dahir* sobre organización del Registro⁸⁹.

La reflexión del magistrado pone de manifiesto la inquietud e incluso la confusión que provoca un sistema ambiguo basado en una norma registral y en el derecho marroquí⁹⁰. De la Plaza hace referencia al único proyecto de codificación del régimen inmobiliario en el periodo analizado que en 1928 elaboró el mismo. El presidente de la Audiencia de Tetuán redactó unas bases, tal como el mismo afirma, las cuáles se componían de las siguientes partes: la clasificación de los bienes inmuebles, el régimen de las propiedades del *majzén*, el régimen de las propiedades de las *yemáas*, el dominio municipal propiamente dicho, el dominio de los bienes del *habús*, el dominio de la propiedad inscrita y el registro inmobiliario⁹¹.

La iniciativa del magistrado instó a las autoridades de la zona a la creación de una Comisión de régimen inmobiliario⁹², presidida a título honorífico por el alto comisario y a título efectivo por el delegado general, y formada por Manuel de la Plaza, el fiscal de la Audiencia de Tetuán, el director de Colonización, el jefe del Negociado de bienes *habús* y un delegado de la Intervención militar.

El resultado de sus trabajos se materializó en tan solo tres normas: el Reglamento para la catalogación y el deslinde de los Bienes Majzén y de las colectividades indígenas, de 1 de junio de 1929, el *Dahir* estableciendo las bases para el señalamiento de perímetros de colonización y para la concesión de terrenos pantanosos o encharcadizos, de 3 de junio del mismo año y, por último, el *Dahir* sobre la condición de los bienes inmuebles y su régimen en general de 4 de octubre de 1930.

El respeto al estatuto internacional desconocido por los jueces es justamente lo que conduce a la Comisión Interministerial española a aplicar el principio de no intervención en el derecho autóctono, inclinándose por una actuación jurídica

⁸⁹ *Ibidem*, p. 57.

⁹⁰ Para resolver estas cuestiones en el Protectorado francés en Túnez se crea el *Tribunal mixte immobilier de Tunisie* el cual integra a jueces musulmanes tunecinos, véase S. Ben Achour, "Juges et magistrats tunisiens dans l'ordre colonial. «Les juges musulmans» du Tribunal mixte immobilier de Tunisie (1886-1956)", en N. Auzury-Schmaltz 2007, 154-174.

⁹¹ V. R. Franqueira 1933, 53.

⁹² J. Marchán Gustems 2014, 143.

indirecta, aunque suponga la asunción del derecho marroquí. Un derecho que, por otra parte, es desconocido y no aplicado por la magistratura hispano-jalifiana, la cual siempre trata de encontrar un punto de conexión para evitar la aplicación de las “leyes del país”.

El transcurso del tiempo demuestra cómo esta fórmula lastra el desarrollo económico del Protectorado español, ya que los inversores no hallan las garantías jurídicas suficientes para desarrollar sus actividades. Se opta únicamente por el establecimiento de un Registro de Inmuebles, al cual se le aplica como legislación supletoria el Reglamento de 11 de julio de 1904, sobre régimen de la propiedad en los territorios españoles del golfo de Guinea⁹³.

En el siguiente apartado iniciamos el análisis del *Dahir* del Registro de inmuebles que durante las dos décadas iniciales es la única norma hispano-jalifiana relacionada con la propiedad y, a continuación, veremos cómo al final del periodo que estamos analizando (1930) se produce una tímida regulación sustantiva del régimen de la propiedad.

5. EL REGISTRO DE INMUEBLES EN LA ZONA ESPAÑOLA

En el Protectorado se establece un Registro de inmuebles análogo al español, aspecto que conlleva la aparición de un nuevo grupo de bienes, los inscritos en el Registro, con un régimen jurídico propio y distinto del mencionado. Los bienes que acceden al Registro con independencia de la nacionalidad del propietario quedan sometidos, según el artículo 46 del *Dahir* de inmuebles, a la jurisdicción de los tribunales hispano-jalifianos. El derecho sustantivo aplicable, como sabemos, es aquel contenido en el *Dahir* de inmuebles; es muy limitado, y en su defecto el Derecho musulmán que no se oponga al estatuto personal de los poseedores o dueños de los derechos reales, incluso en lo referente a sucesiones legítimas o testamentarias⁹⁴.

Los litigios referentes al dominio y a los derechos reales no inscritos en el Registro de inmuebles, según el artículo 22 del *Dahir* de inmuebles, son sustanciados por la autoridad competente cheránica. El abogado, y futuro registrador de la propiedad, Juan Francisco Marina Encabo, con una total honestidad describe la estrategia procesal de inscribir la finca para sustraerse de los tribunales cheránicos:

⁹³ Real Decreto de 11 de julio 1904 (*Gaceta de Madrid* de 12 de julio de 1904, p. 434) de constitución y organización de la propiedad y del régimen hipotecario en los territorios españoles del golfo de Guinea.

⁹⁴ C. Rodríguez Aguilera 1950, 671.

(...) pero es que en lo que se refiere al judicial, la ventaja de tener un inmueble inscrito en aquellos Registros es muy grande, porque nada menos que determina la competencia de jurisdicción del juzgador, y esto hemos tenido ocasión de apreciarlo nosotros prácticamente en nuestra calidad de letrado incorporado en aquella zona de Protectorado con el caso siguiente: hemos sido consultado sobre la reivindicación de una parte de terreno, sito en territorio marroquí y en las proximidades de Alcazárquivir. Nuestro cliente tiene adquirido aquel, por compra a un musulmán marroquí; pero parte de ese terreno le ha sido detentado por otro moro. Cuando nos expuso el caso, había ya transcurrido el año de la detentación y el despojo. Por tanto, no cabía la acción interdictal, pero sí la reivindicatoria, de la que nuestro patrocinado nos tiene encargado. Para ello hubimos de interesarle la titulación que tuviera y nos envió una *mulkia* del vendedor y la escritura de compra del terreno, hecha ante dos adules y homologada por el cadí; titulación musulmana de dominio bastante con arreglo a la legislación coránica y el rito malekila aplicable en Marruecos.

En la legislación civil musulmana, como en la nuestra peninsular, basta la suficiencia de título para el ejercicio de la acción reivindicatoria. Pero decíamos nosotros: ¿es que el juez cristiano de Larache, a cuyo partido judicial pertenece Alcazárquivir, va a tener competencia para conocer de un asunto cuyo origen es un documento árabe, autorizado por funcionarios marroquíes y homologado por un juez coránico? Entendimos que no, y para sustraer ese asunto del conocimiento del Tribunal del Xaráa y llevarlo al nuestro del Protectorado, no vimos más camino que aconsejar a nuestro patrocinado la inscripción en el Registro de Larache del terreno en cuestión, y en cuyo trámite hipotecario ya se está. (...) De modo que, como se ve, es la competencia ahora bien clara a favor del Juzgado de Larache⁹⁵.

Esta confensión que hace Encabo del ardid jurídico que utiliza muestra en estado puro el sistema de colonización indirecta a través del sistema de inscripción opcional. Destaca igualmente la estructura religiosa con la que se distingue entre ambas jurisdicciones, pues habla del “juez cristiano de Larache” ante los tribunales coránicos que aplican la legislación musulmana.

Finalmente, cuando solo sean parte en los litigios, españoles, súbditos y protegidos de España, o extranjeros sometidos a los tribunales españoles, según el *Dahir* de 4 de octubre de 1930, serán competentes estos últimos incluso cuando no esté inscrita la finca⁹⁶. Por otra parte, la no existencia en el derecho islámico de la figura de la hipoteca genera problemas, aunque se prevé la existencia de

⁹⁵ J. F. Marina Encabo 1933, 911 y 912.

⁹⁶ El letrado Marina Encabo se basa en el artículo 25 letra b) del *Dahir*, sobre la condición de los bienes inmuebles y su régimen en general de 4 de octubre de 1930, según el cual conocerán los tribunales españoles del Protectorado en esta clase de litigios “cuando, cualquiera que sea la nacionalidad de las partes, se litigue sobre inmuebles o derechos reales inscritos en el Registro inmobiliario”.

títulos cambiarios que pueden ser garantizados hipotecariamente, creando una contradicción jurídica.

En cuanto a la organización de los registros, hay que señalar que en la capital de cada uno de los juzgados de primera instancia instituidos en la zona española de Marruecos se establece una oficina destinada a inscribir o anotar en libros oficiales el dominio de los bienes inmuebles y los demás derechos reales de la zona⁹⁷. Esta oficina se halla a cargo de un funcionario, que del mismo modo que en la Península, se denomina registrador de la Propiedad, el cual se sitúa bajo la dependencia inmediata del presidente de la Audiencia de Tetuán.

La inscripción en el Registro, según establece el artículo 3 del *Dahir*, no es obligatoria, con la salvedad de los casos de enajenación o permuta de bienes inmuebles de dominio público, en los de permuta de bienes inmuebles gravados con *habus* público y cuando se ordene o mande práctica por resolución de los tribunales instituidos en la zona española dictada en litigio ante los mismos pendiente o sustanciado. La inmatriculación es facultativa para que no se produzca un choque con las poblaciones indígenas, así como para evitar una tarea que hubiera sido casi imposible de llevar a cabo:

El ánimo se inclina a declarar obligatoria, como arbitrio sencillo de ordenar rápidamente el caos actual; pero con este sistema, aparte de los inconvenientes que la técnica señala, se produciría [sic] de derecho un estado de sumisión general del territorio a la jurisdicción de los tribunales hispano-jalifianos, por las razones que en otro lugar dejamos expuestas. La decisión de hacerlo pudiera crear dificultades que conviene evitar y despertaría suspicacias cada día más peligrosas; por ello parece preferible mantener, al menos por ahora, la voluntariedad de la inscripción, aunque aumentado las excepciones establecidas por los artículos 3.º y 5.º del vigente *Dahir*⁹⁸.

La idea de extender totalmente la jurisdicción hispano-jalifiana siempre está latente, aunque la prudencia política es la que impide que se lleve a cabo esta extensión. En cuanto a los títulos existentes constituidos con fecha anterior a la del *Dahir* de inmuebles, acreditativos del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, seguirán surtiendo todos sus efectos legales aun cuando no se inscriban en el Registro. Las transmisiones y modificaciones que por cualquier concepto se realicen en lo sucesivo de los expresados títulos y de los derechos que ellos acrediten, no prevalecerán ni surtirán efecto alguno contra terceros si no fueren debidamente inscrito en el Registro.

El *Dahir* encomienda de una manera definitiva (artículo 46) los inmuebles inscritos a la jurisdicción de los tribunales españoles de Marruecos, cualquiera

⁹⁷ *Dahir* de 30 de marzo de 1921 que declara nulas las compras de propiedades que no se hagan ante Codat y Adul de la zona.

⁹⁸ M. De la Plaza 1932, 91.

que sea su propietario; es decir, aunque actor y demandado en el litigio sobre el inmueble inscrito sean marroquíes o extranjeros.

Finalmente, conviene señalar que no disponemos de datos concretos sobre el número de inscripciones de fincas en los Registros de la Propiedad de la zona española. Ramón V. Franqueira ofrece una estadística, según sus propias palabras muy exacta, sobre las peticiones de inscripción en los Registros de la Propiedad de la zona francesa, así como de Tánger, sin embargo, se lamenta igualmente de la ausencia de datos concretos en la zona española. No obstante, aporta alguna información sobre el Registro de Tetuán, según este autor, en la capital del Protectorado español en 1942 el total de fincas inscritas asciende a unas 400, de las que el 70% son urbanas; del 30% restante dos terceras partes pertenecen al *majzén*⁹⁹. Estas cifras confirman la hipótesis según la cual el sistema de inmatriculación refuerza las propiedades urbanas, cuya configuración jurídica ya es próxima al modelo europeo, no siendo útil, por el contrario, para la colonización rural, donde sí que es necesario “depurar” los múltiples estados posesorios.

Estas cifras imprecisas contrastan con la información que igualmente aporta Franqueira sobre la zona francesa y la zona de Tánger. En la zona francesa cuando se inicia en 1918 el funcionamiento del Registro de la Propiedad se realizan 550 peticiones de inscripción, las cuales van incrementándose, llegándose a la cifra anual de 6000 peticiones en 1928, si bien es cierto que en 1936 descienden, remontando en 1937 a 3100. En Tánger, cuyo territorio es muy reducido, empieza el Registro con 35 solicitudes, incrementándose a 130 en 1928, llegando a 220 en 1931, y siendo 140 en 1939¹⁰⁰.

6. CONCLUSIONES

El presente artículo ha puesto de manifiesto cómo el respeto al estatuto internacional condujo a la Comisión Interministerial española que elaboró el ordenamiento jurídico para la justicia española en Marruecos a aplicar el principio de no intervención en el derecho autóctono, inclinándose por una actuación jurídica indirecta, aunque suponía la asunción del derecho marroquí. Un derecho que, por otra parte, era desconocido y no aplicado por la magistratura hispano-jalifiana, la cual siempre trató de encontrar un punto de conexión para evitar la aplicación de las “leyes del país”.

La legislación hispano-jalifiana debía respetar tanto al estatuto internacional, en especial en pie de igualdad de los extranjeros, como el estatuto personal tan ligado a las cuestiones religiosas. Se debía evitar una confrontación jurídica y religiosa con los protegidos marroquíes, pues las materias a las que afectaba,

⁹⁹ R. V. Franqueira 1942, 395.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 395.

esto es, matrimonio, sucesión, estado civil, eran muy sensibles. El Estatuto internacional preexistente en Marruecos determinó la obligatoriedad del ‘pie de igualdad’ de los extranjeros europeos residentes en la zona española, por tanto con la regulación independiente de la condición civil de estos se salvaguardaba la aplicación de la legislación del Estado del cual eran nacionales.

Entre el conjunto de códigos y leyes que se aprobó destaca la ausencia de un ‘Código Civil’ homogéneo, por el contrario, a imitación de la zona francesa, las materias que en los códigos europeos se hallan sistematizadas en un único cuerpo se fragmentaron en el Código de Obligaciones y Contratos, en el Régimen de la condición civil de los extranjeros y en el Régimen inmobiliario. El escenario plural sobre el que debía aplicarse esta legislación, con nacionalidades y religiones muy diversas, condujo a franceses y a españoles a optar por una política de no regulación de aquello que afectase a los derechos indígenas, así como a una legislación aislada del Estatuto personal y del Régimen inmobiliario. En caso contrario se habría producido indirectamente una injerencia sobre estos con la unificación de la legislación civil. Estos motivos fueron los que determinaron que los españoles decidieran introducir unas reformas mínimas y tardías en los derechos y en las instituciones indígenas.

Los jueces hispano-jalifianos *prima facie* se enfrentaron a una realidad jurídica plural, sin embargo, el desconocimiento y la complejidad de estos derechos, además de una notoria discriminación, condujo a su no aplicación y a la consecuente búsqueda de soluciones en el derecho hispano-jalifiano. Los jueces españoles siempre reticentes a aplicar el Derecho musulmán, utilizaron el estatuto personal para legitimar su no aplicación y así defender los intereses de sus compatriotas. En definitiva, en el estatuto personal se condensó la superioridad cultural y religiosa de los europeos ante los marroquíes.

Cuando se instauró el Protectorado hispano-francés en Marruecos no había una forma homogénea y unitaria de propiedad, por el contrario, existía, tal como se ha analizado en el apartado segundo, una pluralidad de estatus jurídicos, que se correspondían a los diversos derechos, leyes y costumbres que confluyen en el país. Esta diversidad jurídica planteó a franceses y españoles diversas necesidades. En primer lugar, encontrar las fórmulas jurídicas que permitiesen el desarrollo de la colonización inmobiliaria. En segundo, lograr la seguridad de la propiedad colonial y el orden establecido en el ámbito rural. Y por último, adoptar un régimen de la propiedad que permita la expansión de la explotación capitalista.

El concepto de *propiedad* no solo estaba ligado a una cultura jurídica específica, sino también a unos factores antropológicos, que determinaban unas relaciones muy diversas con la ‘tierra’, tal como ocurría con el modelo social de las tribus bereberes, basado en los bienes comunales. Los elementos jurídicos básicos pertenecientes a la tradición liberal, como la idea de individuo, o la propia codificación, estaban intrínsecamente relacionados con la cultura jurídica occidental, por tanto ajenos a las diversas tradiciones jurídicas marroquíes. Los

“logros liberales” en lugar de llegar de la mano de la ‘revolución’ se introdujeron en Marruecos a través de la colonización, con el objetivo de asentar los intereses económicos y políticos de los españoles. Por tanto, aquello que en los países europeos se prolongó casi un siglo, la transición del Antiguo Régimen al liberalismo, en Marruecos se introdujo por “decreto”, en un contexto absolutamente diverso, y sin que se produjesen las mutaciones necesarias. Así surgió algo que es en sí mismo una *contradictio in adjecto*, el ‘liberalismo colonial’, sucedáneo deformado que utilizó la forma, mas no el contenido, de los logros liberales con el único objetivo de asentar sus intereses.

Se introdujo el sistema registral que supuso de manera indirecta una formalización de las diversas formas de poseer existentes en Marruecos. Los colonos europeos estaban sujetos a una propiedad privada de Código Civil: absoluta, individualista, abstracta y universalista, que se opuso violentamente a las principales características del plural régimen del suelo en Marruecos. La introducción de una propiedad individual, sin perjuicio de la igualdad de todos los herederos, destruyó los equilibrios y las tradiciones y la convirtió en una “mercancía”.

El eje central del régimen de la propiedad en Marruecos fue el establecimiento de la inmatriculación como facultativa con el objetivo de evitar un posible choque con la población autóctona. El carácter facultativo de inmatriculación supuso un verdadero caballo de Troya. La importancia económica de las cuestiones relacionadas con la propiedad inmueble generó un foro atrayente hacia los tribunales españoles, y una regulación de aspectos sustanciales de este derecho.

Se entendía que la propiedad estaba en un estado arcaico y caótico, en el que se producía corrupción, abusos y demás fraudes, por tanto la inscripción en el Registro se erigió como un “expediente depurador” de los estados posesorios. Este concepto de *depuración*, que tenía connotaciones tan ligadas con los regímenes totalitarios, muestra de la manera más descarnada la sutil violencia de las formas jurídicas que acabó expropiando y monopolizando el ámbito de lo jurídico. A pesar de esta concepción, siguiendo el modelo francés, se declaró vigente el Derecho musulmán.

Esta fórmula lastró el desarrollo económico del Protectorado español, ya que los inversores no hallaban las garantías jurídicas suficientes para desarrollar sus actividades. Se optó únicamente por el establecimiento de un Registro de Inmuebles, al cual se le aplicaba como legislación supletoria el Reglamento de 11 de julio de 1904, sobre régimen de la propiedad en los territorios españoles del golfo de Guinea.

Finalmente, se ha evidenciado la carencia de datos concretos sobre el número de inscripciones de fincas en los Registros de la Propiedad de la zona española. No obstante, se observa cómo el sistema de inmatriculación refuerza las propiedades urbanas, cuya configuración jurídica ya es próxima al modelo europeo, no siendo útil, por el contrario, para la colonización rural, donde sí que es necesario “depurar” los múltiples estados posesorios.

7. BIBLIOGRAFÍA

- AMAR, E. (1913). *L'organisation de la propriété foncière au Maroc*. París.
- AUZARY-SCHMALTZ, N. (dir.) (2007a). *La justice française et le droit pendant le protectorat en Tunisie*. París: Institut de recherche sur le Maghreb contemporain-Maison neuve & Larose.
- (2007b). “Le régime foncier tunisien. Origines et évolution après l’indépendance”. En: EBENHARD, C. *Enjeux fonciers environnementaux: dialogues afro-indiens*. Pondichéry: Institut français de Pondichéry (“Sciences sociales, n.º 3): 315-330.
- BENANNI, M. L. (2006). “El régimen de inmatriculación registral en Marruecos”. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698, (noviembre-diciembre), 2424.
- BENAVIDES MORO, N. (1926). *La colonización y el acta Torrens en el norte de África*, (tesis doctoral de derecho), Valladolid: Imprenta del Colegio Santiago.
- BERQUE, J. (1958). “Droit des terres et intégration sociale”. En: *Cahiers Internationaux de Sociologie*, n.º 25 (juillet-décembre): 38-74.
- BOUDERBALA, N. (1999). “Les systèmes de propriété foncière au Maghreb. Le cas du Maroc”. En: *CIHEAM – Cahiers Options Méditerranéennes*, vol. 36: 47 a 66.
- CARONI, P. (2013). *Lecciones de historia de la Codificación*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- CONROTTE, M. (1913). “La propiedad inmueble en los países musulmanes”. *África Española*, 30-10-1913: 428-432.
- DE LA PLAZA, M. (1941). *Derecho de Marruecos*. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- DURAND, B. (2004). “Le juge colonial et l’introduction du droit de propriété ou comment accompagner le législateur”. En: DURAND, B.; FABRE, M., *Le juge et l’Outre-mer. Les roches bleues de l’Empire colonial*. Lille: Publications du Centre d’Histoire de la Justice: 291.
- FRANQUEIRA, V. R. (1933). *Tierras Guich. Régímenes jurídicos de la propiedad inmobiliaria en el antiguo y moderno Marruecos*. Ceuta: Imprenta África.
- GEERTZ, C. (1994). *Observando el islam. El desarrollo religioso en Marruecos e Indonesia*. Barcelona: Ediciones Paidós (1.ª ed. 1968).
- GONZÁLEZ ALCANTUD, J. A.; E. MARTÍN CORRALES (eds.) (2007). “Introducción” de *La Conferencia de Algeciras en 1906: un banquete colonial*. Barcelona: Alborán-Bellatera: 9 y ss.
- GROSSI, P. (1991). *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX*. Barcelona: Edicions UAB.
- HART, D. M. (1997). *Estructuras tribales precoloniales en Marruecos bereber, 1860-1933: una reconstrucción etnográfica en perspectiva histórica*. Granada: Universidad de Granada.
- JAMOUS, R. (1981). *Honneur et baraka. Les structures sociales traditionnelles dans les Rif*. Londres-París: Cambridge University Press-Maison des Sciences de l’Homme.
- HESPANHA, A. M. (1993). “Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica”. En *La Gracia del Derecho. Economía de la Cultura en la Edad Moderna*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales: 17 a 60.
- HOCHSCHILD, A. (1998). *El fantasma del rey Leopoldo. Codicia, terror y heroísmo en el África colonial*. Madrid: Península-Atalaya

- LLORD O'LAWLOR, M. (1935a). *El régimen y la administración de las propiedades del majzén y colectividades indígenas* (conferencia impartida por el autor), Curso de perfeccionamiento de Interventores, Alta Comisaría de España en Marruecos, Delegación de Asuntos Indígenas.
- LLORD O'LAWLOR, M. (1935b). *Régimen de la propiedad en Marruecos*. Ceuta: Tip. M. Alcalá.
- LUCCIONI, J. (1945). *Le habous ou wakf (rites malékite et hanéfite)*. Casablanca: Imprimeries Réunies.
- MAÍLLO SALGADO, F. (2015). *Diccionario de Derecho Islámico*. Gijón: Ediciones Trea.
- MARCHÁN GUSTEMS, J. (2014). *La colonización agrícola en el protectorado español de Marruecos (1912-1956). Una esperanza frustrada*, tesis doctoral, UPF.
- MARINA ENCABO, J. F. (1933). "La inscripción de inmuebles en los registros de la zona de nuestro protectorado de Marruecos". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 93 (Diciembre): 911 y 912.
- (1943). La propiedad inmueble como medio eficaz de colonización en la zona española de Marruecos". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 185 (octubre 1943): 681-686.
 - (1948). *Derecho de propiedad en la zona española jalifiana*.
- MÉNARD, A. (1934). *Le droit immobilier marocain et le régime foncier de l'immatriculation (Zone française, Zone spéciale de Tanger, Zone spagnole)*. Rabat: Éditions Félix Moncho.
- MESUREUR, A. (1921). *La propriété foncière au Maroc*. París: Libraire Vuibert.
- MORA REGIL, E.; RODRÍGUEZ AGUILERA, C. (1947). *Leyes de Marruecos*. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- PANIGUA Y SANTOS, J. M. (1948). "Notas sobre el derecho consuetudinario de la propiedad en el Rif". *Archivos del Instituto de Estudios Africanos*, núm. 4 (junio): 11.
- PATTON, R. G. (1934-1935). "The Torrens System of Land Title Registration". *Minnesota Law Review*, n.º 19.
- ROCA SASTRE, R. M. (1979). *Derecho hipotecario*, t. I. Barcelona: Bosch.
- RODA JIMÉNEZ, R. de (1945). "La propiedad de la tierra en Marruecos". *Información Jurídica*, núms. 40-41: 38-47.
- RODRÍGUEZ AGUILERA, C. (1952). *Manual de Derecho de Marruecos*. Barcelona: Bosch.
- SAID, E. W. (1996). *Cultura e imperialismo*. Barcelona: Anagrama.
- SCHMITT, C. (1979). *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del "Jus publicum europaeum"*. Madrid: Centro de Estudios de Constitucionales.
- TOZY, M. (1999). *Monarquía e islam político en Marruecos*. Barcelona: Edicions Bellaterra.
- VIGUERA FRANCO, E. de (1949). "Sistemas orgánicos-judiciales en Marruecos". *Cuadernos de Estudios Africanos*, 8: 33 y ss.