Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XXXIX (2006) 335-362 / ISSN: 1133-3677

El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión)

Francisca López Quetglas
Real Centro Universitario
«Escorial-María Cristina»
San Lorenzo del Escorial

A la memoria de mi padre,
y a mi madre, a quienes tanto debo

Resumen: La Constitución Española dota a los derechos fundamentales de diversos sistemas de protección cuya efectividad, al menos en cuanto al derecho a la propiedad privada, puede a día de hoy cuestionarse. La actual concepción del derecho de propiedad, la forma de interpretar el principio de legalidad, el respeto al contenido esencial o la función social, no contribuyen a garantizar su protección. En el ámbito comunitario, la jurisprudencia del Tribunal Europeo y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, ofrecen un sistema de protección «a priori» mas adecuado a su naturaleza de derecho fundamental.

Abstract: The Spanish Constitution endows fundamental rights with various systems of protection whose efficacy, at least in terms of private property, can today be questioned. The current conception of right of property, the manner of interpreting the principle of legality, respect for the essential content or social function, do no contribute towards guaranteeing its protection. At the Community level, the jurisprudence of the European Court of Justice and the Treaty by which a Constitution for Europe is established offer a system of protection «a priori» better suited to its nature of fundamental right.

Palabras clave: Propiedad privada; Derecho Fundamental; función social; contenido esencial; Constitución Europea; principio de legalidad; respeto a los derechos fundamentales; principio de proporcionalidad.

Key words: Private property, Fundamental Law; Social Function; Essential content; European Constitution; Principle of legality; Respect for fundamental rights; Principle of proportionality.

Sumario:

I. Objeto de estudio.

II. El derecho a la propiedad como derecho fundamental.

2.1. *Concepción amplia de los derechos fundamentales*.
2.2. *El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental*.
2.3. *Perspectiva comunitaria: El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*.

2.3.1. Antecedentes.
2.3.2. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

2.3.2.1. El derecho a la propiedad privada.
2.3.2.2. El interés general y la limitación del uso de los bienes.
2.3.2.3. La expropiación forzosa.

III. La función social como límite material externo del derecho de propiedad.

IV. Conclusiones.

I. Objeto de estudio

Abordar doctrinalmente un estudio relativo al derecho a la propiedad privada de forma inédita resulta harto complicado. La incidencia de diferentes disciplinas en el derecho de propiedad ha generado que buena parte de la mejor doctrina haya debatido acerca de las principales cuestiones que lo rodean. Su estudio se ha abordado desde diferentes perspectivas, el derecho constitucional, administrativo, la teoría general de los derechos fundamentales, y, por supuesto, el derecho civil; todas ellas han contribuido a conformar una extensa bibliografía. No obstante estas y otras limitaciones, creo oportuno realizar una modesta y breve reflexión acerca del tratamiento constitucional del derecho a la propiedad privada, cuestión que sigue mereciendo la atención de los estudiosos, pese a haber sido ya ampliamente examinada por la doctrina.

El estudio, por sus características, ignora numerosas cuestiones que inciden directamente sobre el derecho de propiedad, la más cualificada de ellas es la relativa a su privación a través de la expropiación forzosa (33.3 CE), y se centra en reflexionar acerca de su condición de derecho fundamental cuestionando la efectividad de sus garantías.

II. El derecho de propiedad como derecho fundamental

2.1. *Concepción amplia de los derechos fundamentales*

En torno a la concepción de cuales sean los derechos fundamentales, participo de las opiniones doctrinales que defienden una interpretación amplia del texto constitucional, evitando que las dudas planteadas por su terminología, sistemática, ubicación e incluso por

la diversidad de los medios de protección, se utilicen para sustraer dicha calificación a derechos que son el fundamento de un Estado de Derecho.

En aras a caracterizar los derechos fundamentales señala Cruz Villalón que, en un sentido formal, un derecho fundamental es un derecho subjetivo garantizado en una Constitución normativa; en un sentido material, se hace preciso incorporar un elemento adicional, cual es la íntima vinculación de estos derechos a su reconocimiento universal e históricamente constante desde la aparición de las Constituciones, haciendo su presencia imprescindible en cualquier Constitución legítima. La marca de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento debe verse en el apartado primero del artículo 53 CE, en el que, con referencia a todos los derechos del capítulo II, se proclama la vinculación de los poderes públicos, la salvaguarda de su contenido esencial y su tutela frente al legislador a través del recurso de inconstitucionalidad de las leyes [1].

Según Jiménez Campo: «El concepto de derecho fundamental en nuestro ordenamiento es el que, por contraste con lo dispuesto en el número 3 del artículo 53 CE, deriva del número 1 del mismo artículo; vale decir, derechos resistentes, en su «contenido esencial» a la acción legislativa. Sólo por eso merecen la calificación de «fundamentales» todos los derechos enumerados en el capítulo segundo del título 1, tanto en la sección 1 como en la sección 2. El pudoroso distingo que la jurisprudencia constitucional viene haciendo, desde la STC 16/1981, FJ 10, entre «derechos fundamentales» y «derechos constitucionales» reconocidos en aquel título (estos últimos, los declarados en la sección 2) carece de sentido jurídico [2].

El Tribunal Constitucional mantiene una concepción restringida de los derechos fundamentales, e identifica los derechos fundamentales con los incorporados en la sección primera del capítulo II del

1. CRUZ VILLALÓN, P., «Derechos fundamentales», en *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, t. III (Tribunal Constitucional y Derechos Fundamentales) Civitas, 1.ª ed., Madrid 2001, p. 110.

2. JIMENEZ CAMPO, J., *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid 1999, p. 27.

título I de la Constitución, atendiendo a restringir al máximo el ámbito de reserva de la ley orgánica [3].

En la misma línea que el Tribunal Constitucional y según Parada Vázquez: «Nuestra Constitución no considera el derecho de propiedad como un derecho fundamental, de naturaleza preconstitucional, regulable sólo por Ley orgánica y susceptible de amparo directo, sino que siguiendo la tradición de la Constitución de 1931, la incluye entre los derechos económicos [4] y sociales.» «La evolución de la configuración constitucional de la propiedad se cierra en el artículo 33 de la Constitución de 1978, al menos semánticamente con un compromiso en que al lado del reconocimiento explícito de la propiedad privada y del carácter garantista de la expropiación, se afirma la función social de la propiedad y se rebaja, como se dijo, el carácter del derecho de la propiedad que pasa a ser un derecho constitucionalmente menor, incluido entre los derechos económicos y sociales y, por ello, regulable por ley ordinaria y carente de la protección del amparo constitucional» [5].

La fundamentalidad de un derecho no puede ni debe residir en la posibilidad de interponer recurso de amparo, o en la reserva de su desarrollo a través de ley orgánica, estos criterios no sirven, a mi juicio, para definir o configurar los derechos fundamentales, por lo que tampoco pueden erigirse en criterio que excluya de tal condición a otros derechos. La verdadera garantía de los derechos fundamentales se deduce del apartado 1 del artículo 53 de la CE, su vinculación a todos los poderes públicos, de manera que ni el legislador, ni las administraciones públicas, ni el poder judicial pueden con sus actua-

---

3. Entre otras, SSTC de 24 de noviembre de 1987, 18 de abril de 1988 y 21 de abril de 1988.

4. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 2004, p. 287. El derecho a la propiedad privada ha sido clasificado como derecho económico por proteger determinadas dimensiones en el ámbito privado con contenido económico... Esta categoría no forma parte del catálogo clásico de los derechos, y se incorpora a estos, a partir de 1848, por influencia del liberalismo radical y progresista y del socialismo democrático.

5. PARADA VÁZQUEZ, J. R., «El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria», en *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, t. II, De los Derechos y Libertades Fundamentales, pp. 1271 y 1276.

ciones vulnerar su contenido. Esto es lo que verdaderamente caracteriza a los derechos fundamentales, que su respeto no sea una alternativa para los poderes públicos, sino una autentica obligación.

Ciertamente, el constituyente ha dotado de especial protección a los derechos ubicados en la Sección primera, especial protección que, en mi opinión, no es cualitativamente superior a la citada. El desarrollo de un derecho a través de ley orgánica o la posibilidad de interponer recurso de amparo, no supone un aumento cualitativo de los medios de protección de los derechos, sino cuantitativo, los derechos incluidos en la Sección 1 tienen más medios de protección no mejores.

Con relación a la reserva de ley orgánica, e incluso a la reserva de ley [6], se debe significar que el comportamiento de la clase política actual y la práctica parlamentaria no permiten afirmar *a priori* que una mayoría parlamentaria cualificada, e incluso la aprobación de una disposición legislativa por unanimidad, garantice *prima facie* la protección de los derechos fundamentales. Freixes Sanjuán, al estudiar el contenido esencial de los derechos fundamentales, cita diversos ejemplos del Derecho extranjero en los que encuentra un denominador común: el recelo frente al legislador y afirma: «Y es que las lecciones que la historia contiene evidencian suficientes precedentes como para justificar la introducción de cláusulas de salvaguarda en los derechos fundamentales, precisamente para evitar que los derechos que las constituciones pretenden garantizar puedan ser destruidos por la acción del legislador, por más que éste represente a la opción mayoritariamente elegida» [7]

---

6. Díez Picazo, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid 2003, p. 98: «Ni que decir tiene que esta visión de la ley como máxima garantía de los derechos fundamentales se ha ido erosionando a medida que, en el contexto de la democracia de masas, se ha ido perdiendo la fe en la racionalidad del legislador; es decir, a medida que se ha ido adquiriendo consciencia de que las decisiones legislativas están condicionadas por las facciones y el espíritu de partido. Esta es, probablemente, la razón que explica el paso a una concepción de las declaraciones de derechos como documentos puramente normativos, cuya función principal es limitar al legislador.»

7. Freixes Sanjuán, T., en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, t. III (Tribunal Constitucional y Derechos Fundamentales), Civitas, Madrid 2001, p. 130.

Asimismo, creo que un Estado de Derecho no debería precisar de instrumentos adicionales ni extraordinarios para garantizar el respeto de los derechos fundamentales. Configurar el recurso de amparo como una de las máximas garantías de los derechos fundamentales, no resulta necesario a la vista del artículo 53.1. CE, y tan sólo pone de manifiesto cierta desconfianza del constituyente al normal funcionamiento del Estado de Derecho y de sus Tribunales; lo verdaderamente decisivo es la existencia de una jurisdicción ordinaria en la que puedan hacerse valer procedimientos ordinarios para su tutela.

2.2. *El derecho de propiedad privada como derecho fundamental*

De lo expuesto deduzco que el derecho a la propiedad privada constituye un auténtico derecho fundamental, postura que mayoritariamente mantiene la doctrina y que, como se ha adelantado, no es compartida por el Tribunal Constitucional que viene prefiriendo una comprensión restringida de los derechos fundamentales, en virtud de la cual el término sólo correspondería a los derechos comprendidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero («De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», arts. 15 a 29 incluido el preliminar artículo 14, dedicado al principio de igualdad). Ello lleva, ante todo, a evitar la calificación como derecho fundamental de los derechos comprendidos en la Sección segunda de dicho Capitulo, él mas cualificado de los cuales seria el derecho de propiedad, a los que prefiere designar como derechos constitucionales»[8].

«La propiedad privada ha ocupado siempre –y sigue ocupando– un lugar central en el constitucionalismo, sencillamente porque entre los presupuestos en que éste se apoya está la idea según la cual la libertad no es posible sin la propiedad privada»[9]. «El derecho a la propiedad privada no solo esta intrínsecamente ligado a la libertad y, por tanto, al Estado de Derecho; también lo esta al principio demo-

8. Cruz Villalón, P: «Derechos Fundamentales», en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, t. III (Tribunal Constitucional y derechos fundamentales), Civitas, 1.ª ed., Madrid 2001.

9. Díez Picazo, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid 2003, p. 448.

crático, pues constituye un presupuesto del pluralismo político. Sin propiedad privada no puede haber democracia. Toda libertad es efímera si no existen los medios materiales para hacerla explícita y perseguible» [10].

Suscribo íntegramente la postura de Brage Camazano cuando afirma que: «Desde nuestro punto de vista, la restricción del concepto de derechos fundamentales a los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 (y 30, en parte), no resulta de recibo por ser excesivamente formalista y condicionada decisivamente por la interpretación del ámbito de la Ley Orgánica, llevando a excluir de la consideración de derechos fundamentales a ciertos derechos constitucionales, ubicados en la Sección Segunda del Capítulo Segundo del Título Primero de la CE, algo que, desde un punto de vista material, resulta injustificado (piénsese en el derecho de propiedad, el derecho al matrimonio o la libertad profesional), en cuanto que si los mismos no se reconocieran no solo se dejarían de tutelar intereses subjetivos básicos para el libre desarrollo de la personalidad e inherentes a la dignidad humana, que se han revelado como esenciales en el proceso histórico de lucha por la libertad, sino que además se produciría una verdadera mutación de nuestro sistema constitucional. Por otro lado, una restricción tal del concepto de derechos fundamentales no se correspondería con los catálogos de los países de nuestro entorno ni, lo que es ya mucho más importante y un verdadero criterio hermenéutico constitucional ex artículo 10.2 de la CE, con el concepto de fundamentalidad de los derechos vigentes en el ámbito del TEDH, así como en el ámbito comunitario, donde resultaría sencillamente inimaginable el no reconocimiento como derecho fundamental del derecho de propiedad. También en materia de derechos fundamentales se exige una convergencia y ello es un argumento más a favor de un entendimiento amplio del concepto de derechos fundamentales, que el TC debería introducir con una rectificación de su doctrina anterior» [11].

---

10. Rey Martínez, F., en *Temas básicos de Derecho Constitucional,* t. III (Tribunal Constitucional y Derechos Fundamentales), Civitas, Madrid 2001, p. 209.

11. Brage Camazano, J., «Los límites a los derechos fundamentales», Dykinson, SL, Madrid 2004, p. 248.

La importancia de este derecho, conforme a lo expuesto, no puede ponerse en duda en el ámbito constitucional y está también presente en la sociedad, aun cuando actualmente no manifieste especial preocupación por él. Ello probablemente sea sinónimo de la confianza que los ciudadanos tienen en el ordenamiento jurídico, al considerar que dispone de suficientes mecanismos para proteger y garantizar su existencia.

Dicho interés o preocupación puede incrementarse notablemente ante ciertas situaciones, baste citar como ejemplo las reacciones que produjo en la ciudadanía el rumor de que el Ministerio de la Vivienda planificaba expropiar las viviendas vacías atendiendo a la función social de la propiedad; o cuando se divulga a través de los medios de comunicación que, habiéndose producido la ocupación ilegal de ciertas viviendas en una localidad granadina no es posible ordenar inmediatamente su desalojo; la opinión que la ciudadanía tiene acerca de las expropiaciones legislativas y especialmente la conocida como el caso Rumasa, e incluso las reacciones que podría producir que alcanzase el poder un gobierno que acordara nacionalizar la propiedad de los bienes o de ciertos servicios actualmente en manos privadas. Estos ejemplos ponen de manifiesto que el derecho a la propiedad privada y sus garantías, no sólo frente a los ciudadanos (eficacia horizontal), sino especialmente frente a los poderes públicos (eficacia vertical) constituyen una cuestión de indudable alcance práctico.

2.3. *Perspectiva comunitaria: El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*

2.3.1. Antecedentes

Los derechos fundamentales, sin ser uno de los objetivos fundacionales en la Unión Europea, no han sido ajenos a toda protección comunitaria. Hasta ahora la Unión carecía de un catálogo de derechos humanos con la suficiencia legitimidad política y de las garantías subjetivas para los ciudadanos residentes en su territorio [12]. No

12. *Textos básicos de Derechos Humanos,* Madrid 2001, pp. 592 y ss.

había un sistema articulado y completo de derechos fundamentales, lo que provoco la apertura del Tribunal de Justicia hacia las tradiciones constitucionales nacionales y a los Convenios Internacionales de los que fueran parte los Estados miembros, concretamente el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; y la consideración de éstos como parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario.

El sistema de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa puede afirmarse que ha sido el más avanzado, y el primer sistema regional que estableció un tribunal internacional de derechos humanos en el que el individuo tiene legitimación activa para demandar a un Estado por incumplimiento de sus obligaciones, el Tribunal Europeo de derechos Humanos, siendo obligatorio para los Estados acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.

El Convenio Europeo no reconoció entre los derechos inicialmente protegidos el derecho a la propiedad privada, catálogo inicial que ha sido complementado a través de doce protocolos adicionales, el primero de ellos, adoptado el 20 de marzo de 1952, incluye el derecho a la propiedad privada en su artículo 1.° [13].

La Comisión Europea, con motivo de examinar la conveniencia y oportunidad de crear un catálogo propio en el que se recogieran no sólo derechos civiles y políticos, sino también derechos sociales y económicos, o de adherirse al CEDH emitió informe, de 4 de febrero de 1976, recordando «las dificultades que plantearía llegar a un acuerdo, en un plazo razonable, sobre un catálogo especialmente concebido para la Comunidad, particularmente en lo referente a los derechos económicos y sociales, subrayando no obstante que tal posibilidad no quedaría cerrada por el hecho de incorporar formal-

13. Protección de la propiedad. Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

mente el CEDH al ordenamiento comunitario. Además, señaló la Comisión, convenía no olvidar que si bien era exactamente que el CEDH prestaba mayor atención a los derechos tradicionales que a los derechos económicos y sociales, cuya importancia es más significativa para la Comunidad, ello no impedía que las libertades clásicas merezcan también una marcada atención por parte de la Comunidad... y que, a su vez, la Convención y sus protocolos adicionales se ocupen de una serie de derechos económicos y sociales, como el primer protocolo adicional, referente a la protección de la propiedad...» [14].

2.3.2. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa [15]

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa dispone en el artículo I-9 [16] la inclusión de la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la Parte II, la adhesión al Convenio Europeo, y el reconocimiento de que los derechos que este último garantiza forman parte del Derecho de la Unión como principios generales.

La Parte II, hace alusión en su Preámbulo, a la necesidad de reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución, de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos y se refiere al derecho a la propiedad en el

---

14. Alonso García, R., «Derechos Fundamentales y Comunidades Europeas», en *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterria, t. II «De los derechos y deberes fundamentales», Civitas, 1.ª ed., Madrid 1991, p. 814.

15. Puede consultarse la obra de Mangas Martín, A., «La Constitución Europea», Iustel, Colección Biblioteca Jurídica Básica, 1.ª ed., Madrid 2005.

16. Artículo I-9. Derechos Fundamentales 1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la Parte II. 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales.

Título II relativo a las libertades, artículo II-77, conforme a lo siguiente:

> «Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general. 2. Se protege la propiedad intelectual.»

Los artículos II-112 y 113 se refieren al alcance e interpretación de los derechos y principios, y a su nivel de protección:

> «1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecido por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás...»

El artículo II-113 referido al nivel de protección establece:

> «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.»

2.3.2.1. El derecho a la propiedad privada

El tratamiento que la Constitución Europea otorga a los derechos fundamentales, en concreto, al derecho a la propiedad privada, no contradice nuestra regulación, según Dictamen del Consejo de Estado sobre el expediente relativo al Tratado por el que se establece una

Constitución para Europa [17], y es conforme a la doctrina elaborada por el TEDH en el ámbito de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos, permitiendo afirmar:

1. Que el derecho a la propiedad privada es considerado un derecho fundamental del ciudadano y forma parte del Derecho de la Unión como principio general, regulación que es conforme a una concepción amplia de los derechos fundamentales no restrictiva.

2. Que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecido por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades.

El principio de reserva de ley se configura como una garantía de los derechos igual que en nuestro texto constitucional, siendo deseable que su interpretación y el ejercicio de una adecuada y razonable práctica legislativa no desvirtúen su naturaleza protectora, como creo ha sucedido en nuestro ordenamiento jurídico.

En nuestro ordenamiento, el principio de reserva legal no supone, en ningún caso, excluir al ejecutivo de toda posibilidad de incidir normativamente sobre su regulación, bien para complementar la regulación legal, e incluso en ocasiones para colaborar con la actividad legislativa en orden a fijar límites a los derechos fundamentales debido a la falta de precisión e indeterminación de la ley. Asimismo, puede cuestionarse su respeto en las expropiaciones legislativas realizadas al amparo de leyes singulares, o cuando se admite que la legislación autonómica pueda limitar el derecho de propiedad siempre y cuando se respete la distribución de los títulos competenciales, resultado que, a mi juicio, se logra mediante dudosas interpretaciones de los artículos 149.1.1 y 149.1.8 de la Constitución. Dichas manifestaciones permiten poner en duda que la aplicación de este principio, tal y como se viene interpretando, pueda erigirse en verdadera garantía del derecho a la propiedad privada.

La regulación de la Constitución Europea, a mi juicio, contribuye a confirmar la naturaleza protectora de la reserva de ley; la inclusión

17. López Castillo, Saiz Arnaiz y Ferreres Comella «Constitución española y Constitución Europea", Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid 2005.

de la cláusula del respeto al contenido esencial, la aplicación del principio de proporcionalidad, la interpretación restrictiva de las limitaciones a los derechos fundamentales, y una amplia interpretación del tipo normativo que subyace a los derechos, justifican tal afirmación.

3. El respeto al contenido esencial se incluye como límite a la actividad del legislador; la enumeración de los derechos del propietario que incluye el artículo II-77 pone de manifiesto que, a día de hoy, la propiedad mantiene unos rasgos característicos que, en su conjunto, permiten diferenciarlo de otros derechos, lo que no es obstáculo para afirmar que el régimen legal de la propiedad varía en función de su objeto. Tales rasgos, además, reflejan lo que pudiera considerarse su contenido esencial, disfrutar o usar, disponer y legar, son caracteres que configuran lo que un profano reconoce como derecho de propiedad. Todas estas facultades son connaturales e inherentes al derecho a la propiedad privada, sin perjuicio de que el propietario pueda cederlas temporalmente. La enumeración es similar a la contenida en el artículo 348 del CC, precepto que debe recordarse ha recibido numerosas criticas.

4. La importancia que juega el principio de proporcionalidad en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales obliga a enjuiciar de manera muy positiva su inserción. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y cuando respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás..., la aplicación de tales criterios contribuirá, sin duda, a incrementar la efectividad de los sistemas de protección formulados. Las limitaciones deben ser interpretadas restrictivamente, y habrán de venir concretamente justificadas, con lo que se reconoce fuerza expansiva a tales derechos.

5. El artículo II-113 y el artículo II-114 establecen que el nivel de protección no podrá reducirse; nivel mínimo que actúa como garantía de los mecanismos de protección establecidos.

2.3.2.2. El interés general y la limitación del uso de los bienes

El último inciso del artículo II-77 hace referencia a que el uso de los bienes podrá regularse por la ley en la medida en que resulte necesario para el interés general. Esta regulación dista mucho de la utilizada por el constituyente, «la función social delimitara su contenido de acuerdo con las leyes», expresión que interpretada desde un punto de vista formal, y atendiendo a criterios puramente gramaticales, conduce a considerar la función social como elemento inherente e intrínseco al derecho de propiedad. La función social no forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad, tal y como luego se expondrá, y ello no es obstáculo para alcanzar en Europa los fines que, según creo, podía perseguir nuestro constituyente. La fórmula utilizada por el Tratado parece más adecuada y respetuosa con el derecho de propiedad.

La Constitución Europea faculta al legislador para regular el uso de los bienes cuando el interés general lo exija, lo que supone habilitarle expresamente para limitar su ejercicio conforme a lo siguiente:

- Se faculta para regular el uso de los bienes no el derecho de propiedad en sí mismo.
- La limitación no se justifica por la presencia en abstracto de un interés general, debe acreditarse la presencia concreta del interés y la necesidad de adoptar tales medidas.
- Las limitaciones que se adopten, conforme a los artículos II-112 y 113, no pueden ser absolutas, sino que se encuentran sujetas a ciertos límites, así como al cumplimiento del principio de proporcionalidad [18], lo que parece coherente con el sistema de protección previsto para el derecho a la propiedad privada.

A diferencia del Convenio Europeo, en la Constitución Europea se ha eliminado toda referencia a la libertad de los Estados para la

18. La aplicación del principio de proporcionalidad exige que la intervención sea adecuada para alcanzar el fin que se propone; que la intervención sea necesaria, en cuanto que no quepa una medida alternativa menos gravosa para el interesado; que sea proporcionada en sentido estricto o, que en ningún caso suponga un sacrificio excesivo del derecho o interés sobre el que se produce la intervención pública. La medida deberá considerarse inválida si implica el vaciamiento del derecho o interés en juego.

puesta en vigor de leyes que garanticen el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

2.3.2.3. La expropiación forzosa

La expropiación forzosa constituye una de las máximas garantías del derecho de propiedad; su especificidad y las limitaciones de este estudio impiden, sin embargo, que me ocupe de él, limitándome a enumerar algunas de las diferencias que presenta la Constitución Europea [19] con relación a la Constitución Española, en adelante CE.

El artículo II-77 incluye una referencia a la expropiación que a primera vista merece ser criticada; su simpleza ignora el nivel doctrinal alcanzado en foros europeos con relación a ciertas cuestiones, cuya resolución de forma expresa hubiera sido lo deseable. No obstante ello, y en su favor, puede afirmarse que una rigurosa aplicación de las cláusulas generales de interpretación de las limitaciones a los derechos fundamentales, posiblemente permita zanjar dichas dudas, al menos en la práctica, convirtiendo esta institución en una verdadera garantía del derecho de propiedad.

– La Constitución Europea tan sólo hace referencia a la privación del derecho de propiedad, por lo que podría parecer que excluye que otro derecho pueda ser objeto de expropiación. La CE extiende expresamente dicho procedimiento a la privación de los bienes y de otros derechos, lo que creo puede predicarse también del artículo II-77, pudiendo ser objeto de expropiación derechos distintos a la propiedad, al menos respecto de los bienes materiales, privaciones a las que se deberá exigir el cumplimiento de idénticos requisitos [20].

---

19. «Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida.

20. Que debe ser así lo impone la lógica, la analogía e identidad de razón, en suma, la aplicación del Título Preliminar del Código Civil, ¿que ocurriría si no ante un derecho de propiedad que estuviera gravado con otros derechos reales limitados?; la privación de todos ellos deberá cumplir los requisitos previstos para la privación de la propiedad.

– Con relación a la causa *expropiandi*, la Constitución Europea al igual que el Convenio Europeo se refiere tan sólo a la utilidad pública frente a la utilidad pública e interés social prevista en la CE. Con ello parece incrementarse el rigor que debe exigirse a la causa *expropiandi*, al ser la utilidad pública de mayor concreción que el difuso concepto del interés social, de difícil interpretación y que, en ocasiones, legitima privaciones que no deberían verse amparadas por los privilegios administrativos que tal procedimiento conlleva (por ejemplo, la expropiación de los propietarios disidentes en una Junta de Compensación constituida por una mayoría como alternativa a su voluntad de no incorporarse, reflejo del abuso de una posición dominante).

La Constitución Europea no exige expresamente que la causa *expropiandi* sea justificada, aunque creo que el cumplimiento de este requisito será igualmente obligatorio al amparo de las cláusulas de interpretación general, y, en su caso, al efecto de poder acreditar su concurrencia. La CE exige la concurrencia de causa justificada de utilidad pública o interés social, y sin embargo, en la mayoría de expropiaciones urbanísticas la causa *expropiandi* e incluso el acuerdo de la necesidad de ocupación, devienen implícitos a causa de la simple aprobación del planeamiento[21], potestad que por su propia esencia es esencialmente discrecional, y cuya notificación individual, al no ser preceptiva, permite limitar el derecho de propiedad en cuanto a su contenido incluso con el desconocimiento de su titular, lo que puede suponer abuso del derecho.

---

21. «La aprobación de planes de ordenación urbana y de delimitaciones de ámbitos de gestión a desarrollar por expropiación implicara la declaración de utilidad pública de las obras y la necesidad de ocupación de los terrenos y edificios correspondientes, a los fines de expropiación o imposición de servidumbres» (art. 33 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen de suelo y valoraciones. «La utilidad pública se entiende implícita en relación con la expropiación de inmuebles en todos los planes de obras y servicios del Estado, provincia y municipio...» (art. 10 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa), y en la medida en que este incluya la relación de bienes y derechos, la propiedad se verá sometida a ciertas limitaciones sin necesidad de la participación ni tan siquiera del conocimiento de su propietario. «....cuando el proyecto de obras y servicios comprenda la descripción material detallada a que se refiere el párrafo anterior, la necesidad de ocupación se entenderá implícita en la aprobación del proyecto... Artículo 17 de la Ley de Expropiación Forzosa.

– Justiprecio: La Constitución Europea exige que la privación sea a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su perdida, frente a ello la CE alude a «mediante la correspondiente indemnización».

La exigencia del pago del justiprecio en un tiempo razonable es de justicia y debe valorarse positivamente, además la indemnización debe ser justa; a tal efecto, es preciso que se promulguen normas que incluyan criterios de valoración adecuados, en aras a facilitar la efectividad de tal requisito. En el ordenamiento español las normas de valoraciones de la LEF están derogadas, debiendo acudirse a la legislación urbanística, lo que no siempre permite la adopción de criterios uniformes ni, en ocasiones, adecuados a la naturaleza indemnizatoria que debe corresponder al justiprecio. La falta de uniformidad se pone de manifiesto al comprobar la variedad de criterios valorativos que pueden argumentarse en una misma expropiación, atendiendo al órgano que se pronuncie, Entidad Beneficiaria, Jurados provinciales de Expropiación Forzosa, Tribunales de Justicia, y que, frecuentemente, conducen a resultados muy dispares, lo que permite dudar acerca de cuáles sean los criterios que verdaderamente deben aplicarse y, en suma, de la justicia de la indemnización.

Antes de finalizar este apartado me parece oportuno incluir un breve comentario acerca de la función garantista que asigna nuestro ordenamiento jurídico al instituto expropiatorio. El marco constitucional español parece concebir el instituto expropiatorio como una herramienta que garantiza la protección del derecho de propiedad, y que impide, al menos «en teoría», que la propiedad y otros derechos puedan ser objeto de privación sin que concurra una justificada causa *expropiandi*, único presupuesto que legitima la potestad expropiatoria, mediante la correspondiente indemnización y conforme al procedimiento legalmente previsto. El instituto expropiatorio, sin embargo, ha evolucionado en nuestro ordenamiento, según pone de manifiesto la doctrina jurisprudencial [22], desplazando su función protectora del

22. El Tribunal Constitucional, con motivo de la resolución de una cuestión de inconstitucionalidad (48/2005) en relación con la Ley del parlamento de Canarias 2/1992, de 26 de junio, sobre declaración de utilidad pública de la expropiación forzosa de varios edificios en Santa Cruz de Tenerife para proceder a la ampliación de

derecho de propiedad para convertirse en una herramienta al servicio de las Administraciones públicas lo que contribuye a que, en ocasiones, dicha protección se convierta en algo ilusorio.

Concretamente, los poderes públicos suelen olvidar que la concurrencia de una causa justificada de utilidad pública o interés social es la que determina que estemos o no ante una expropiación; el pago de la correspondiente indemnización, aunque vaya unido a una «semiadecuación» al procedimiento legalmente establecido, no puede suplir su ausencia, ni legitimar o cubrir de legalidad las intromisiones en el derecho de propiedad. La ocupación de los bienes por la Administración en estos casos es ilegitima, debiendo el ordenamiento facilitar mecanismos que impidan que la entidad beneficiaria pueda llegar a adquirir el derecho de propiedad.

La falta de cumplimiento de los requisitos no impide que la Administración pueda arrebatar al particular su propiedad, al haberse consolidado la idea de que la restitución de la plena propiedad y posesión de los bienes deviene en la mayoría de los casos imposible, resolviéndose las vías de hecho e incluso auténticas confiscaciones mediante el abono de una indemnización, que compensa el perjuicio causado y que, desde luego, no desanima a la Administración a continuar con tales prácticas. Pero lo más preocupante es que ello no se considere por nuestros Tribunales como una grave falta de respeto al derecho a la propiedad privada, pues la actual concepción de este derecho permite reducir su contenido esencial a uno puramente económico, que estaría con ello «garantizado», destruyendo con ello el sistema de garantías previsto.

Esta cuestión posee extraordinaria importancia práctica, negar la existencia de expropiación en esos casos permitiría ampliar los

---

la sede del parlamento al referirse a la configuración constitucional del instituto expropiatorio afirma «que se convierte, de límite negativo del derecho absoluto de propiedad, en instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, frente al cual el derecho de propiedad privada tan sólo garantiza a su titular, ante el interés general, el contenido económico de su propiedad, produciéndose paralelamente un proceso de extensión de la expropiación forzosa a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales».

medios de defensa del propietario frente a aquellas intervenciones que, careciendo de causa *expropiandi*, no pueden ni deben beneficiarse de los privilegios que el ordenamiento atribuye al procedimiento expropiatorio, lo que posibilitaría la interposición de acciones posesorias contra la Administración (por ejemplo, demanda solicitando recuperar la posesión indebidamente perdida), o incluso de acciones protectoras del dominio (por ejemplo, el ejercicio de la acción reivindicatoria).

III. La función social como límite material externo del derecho de propiedad

Se ha insistido, hasta la saciedad, en la doble vertiente del derecho de propiedad con el fin de resaltar su concepción social frente a su consideración como derecho subjetivo absoluto o ilimitado. Insistencia que sorprende, pues de todos es conocido que gracias a ella se superó la concepción sagradamente individualista del derecho de propiedad proclamada en la Revolución Francesa por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como que su vertiente social, representada por la función social, se encuentra reflejada en la regulación constitucional del derecho de propiedad. Creo que dicha insistencia no es necesaria, dado que nadie pone en duda el carácter limitado del derecho de propiedad, ni que la propiedad deba cumplir hoy una función social, lo que se cuestiona es la interpretación que de ella se viene haciendo por parte de los poderes públicos.

El artículo 33.2 de la CE se refiere expresamente a la función social al afirmar que ésta «delimitará el contenido del derecho de propiedad de acuerdo con las leyes», expresión que plantea numerosas cuestiones, limitándome a exponer aquí mi punto de vista acerca de algunas de ellas. La utilización de la expresión «delimitación de acuerdo con las leyes» se interpreta como que al legislador se encomienda expresamente la tarea de identificar y definir los contornos generales y objetivos del derecho de propiedad con arreglo a la función social, en aras a precisar o culminar su configuración jurídica.

Sorprende que la confusión terminológica que siempre han suscitado los términos límite o delimitación, parece eliminarse al acometer la interpretación de este precepto [23]. Su redacción parece atribuir a la función social la naturaleza de elemento delimitador o definidor de su contenido, como si de un elemento inmanente al derecho de propiedad se tratara. Creo, sin embargo, que la función social trae causa de la articulación de este derecho con otros intereses, no pudiendo interpretarse como un elemento connatural al derecho a la propiedad privada, y no formando parte de su contenido esencial, postura que se justifica atendiendo al propio concepto que el TC mantiene del contenido esencial.

El contenido esencial, según el Tribunal Constitucional, viene marcado en cada caso por el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales. Determinación que, desde otro ángulo metodológico no contradictorio ni incompatible con aquel, puede ser expresada como aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten

23. PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid 2003, p. 221. «En efecto, el núcleo de la cuestión reside en como han de ser tratadas las acciones del poder –por ejemplo, las leyes– que de algún modo regulan o se proyectan sobre el ejercicio de los derechos. Si concebimos tales acciones como límites presuponemos que los derechos fundamentales actúan en ese caso al modo de los principios que reclaman ponderación: será menester entonces justificar el límite en los términos que ya conocemos, lo que significa que sobre el poder público recae una carga de la argumentación que puede ser examinada en un eventual control judicial... Por el contrario, si pensamos en término de delimitación, los derechos ya no operan como tipos normativos cerrados desde el enunciado constitucional, de manera que las normas reguladoras ya no son consideradas como límites externos, sino como concreciones o especificaciones del derecho constitucionalmente acuñado, con la importante consecuencia de que ya no requieren ponderación alguna, pues se mueven fuera de lo que es el derecho en si... no son limitaciones externas, sino contribuciones del legislador queridas por la Constitución para la configuración plena del derecho tutelado, configuración que opera, por así decirlo, internamente a lo que es el tipo constitucional.

real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (Sentencia 11/1981, de 8 de abril, Fundamento Jurídico 10) [24].

Comparto la opinión de Brage Camazano cuando afirma que la función social verdaderamente opera como límite explícito de contenido material del derecho de propiedad, lo que supone, de un lado, que no pueden existir otras limitaciones al derecho de propiedad fuera de los que puedan encajarse en supuestos expropiatorios. «Cuando la Constitución prevé expresamente un límite material esta fijando en línea de principio las únicas finalidades o los únicos criterios sustantivos que justifican una limitación al derecho fundamental... [25]»; y, de otro, que no puede ser objeto de una interpretación amplia sino restrictiva, siéndole de aplicación el principio de especialidad, la reserva de ley, generalidad e irretroactividad, o el principio de proporcionalidad.

No creo que la expresión utilizada en el artículo 33.2 de la CE sea muy acertada, resulta muy complicado, por no decir imposible, uniformar el significado de tal concepto. La alusión a un concepto jurídico indeterminado, imposible de identificar por criterios objetivos, y de extraordinaria vaguedad e imprecisión, deja un amplio margen de libertad –discrecionalidad al legislador–, que no puede valorarse positivamente, sobre todo, a la vista de la incidencia que actualmente se atribuye a la función social respecto de este derecho.

La Constitución no define el derecho de propiedad, y la definición que teóricamente contiene el artículo 48 del Código Civil ha sido objeto de feroces críticas, a mi juicio incomprensibles e inaceptables en cuanto a la concepción del derecho de propiedad que establece. Al margen de otras consideraciones en las que no puedo detenerme, se le acusa de reflejar una concepción absoluta del derecho de propiedad, cuando claramente reconoce su ejercicio dentro del respeto a los límites que las leyes establezcan, e incluso incorpora

24. SSTC 14 de abril de 1987, Fundamento Jurídico 1.

25. Brage Camazano, J., *Los límites a los derechos fundamentales*..., pp. 306 y 307.

explícita referencia a la utilidad pública o interés social como causas que legitiman su privación.

La falta de definición, la ausencia de indicios acerca de cuál sea su contenido esencial, y la imprecisión que caracteriza a la «función social» induce a pensar que el legislador, al amparo de esta función, puede fácilmente llegar a desvirtuar, reducir o anular su condición de derecho subjetivo. Ante esta situación resulta desconcertante que la CE garantice los derechos fundamentales por su vinculación a los poderes públicos, y al mismo tiempo autorice que sean ellos mismos quienes delimiten su contenido en cada momento convirtiéndolo de esta forma en un derecho de configuración legal o jurisprudencial.

Al respecto, señala Jiménez Campo: «No sería posible, aunque resulte tentador, presentar el derecho fundamental como el no necesitado de definición legislativa tras su declaración constitucional y si solo, estrictamente, de acción (procesal) para su defensa, pero si cabe afirmar –admitido que el legislador configura también estos derechos– que lo propio de los calificables como «fundamentales» no es otra cosa, en síntesis, que su resistencia frente a una intervención legislativa llevada a cabo, en exclusiva, según consideraciones de utilidad social o de interés general [26]».

Conforme a lo expuesto la interpretación que se haga de «la función social», y el papel que actualmente se le otorga, inciden de forma absoluta en la configuración del derecho a la propiedad privada. La protección de su contenido esencial puede quedar en situación de desamparo, convirtiéndose en un concepto oscilante, permeable, y que resultara de la convergencia entre el enunciado abstracto de la Constitución y la ordenación legal de los procedimientos y condiciones que delimitan el derecho, pudiendo llegar a vaciar de contenido la garantía prevista en el artículo 53.1 CE. Por lo expuesto tampoco resuelve el problema afirmar que el legislador debe respetar el propio contenido prefigurado en el enunciado constitucional.

La fuerza expansiva que debe caracterizar los derechos fundamentales obliga a someter la actividad del legislador a ciertos límites, que deben ser interpretados restrictivamente, conforme a la rea-

26. Jiménez Campo, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*...

lidad social, no debiendo permitirse que, en ningún caso, atenten contra su contenido esencial desnaturalizando su contenido, o se extiendan más allá de lo razonable atendido el principio de proporcionalidad en sentido amplio.

Con relación a los límites, afirma con acierto Diez Picazo que «trátese de un valor constitucional o de interés general es claro que no basta con su simple invocación, sino que tiene que concurrir en la realidad; y, además, la necesidad de protegerlo por encima de un derecho fundamental tendrá que ser de tal intensidad como para justificar semejante restricción. En otras palabras, la verificación de que se dan los requisitos para la restricción de los derechos fundamentales, lejos de operar automáticamente, ha de llevarse a cabo mediante la técnica de ponderación» [27].

Tradicionalmente, suele afirmarse que el legislador va por detrás de la sociedad, sorprende, sin embargo, que en lo relativo al derecho de propiedad parece no cumplirse tal máxima. No creo que sea conforme a la concepción actual del derecho de propiedad, respetuoso con su contenido esencial, o que cumpla las exigencias del principio de proporcionalidad, una ley que habilite para restringir las facultades de decisión del propietario con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fondos rústicos, y que imponga a éste o permita imponerle determinados deberes de explotación, y, en su caso, de mejora, orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de la tierra, desde el punto de vista de los intereses generales, siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario o de la empresa agraria (SSTC 14 de abril de 1987) [28].

---

27. DÍEZ PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, 1.ª ed., Madrid 2003, p. 114.

28. Ciertamente la sociedad asume el interés social y la función social en el marco de una doble actuación, limitativa de los derechos del dueño por razones de defensa, de protección del medio ambiente, del patrimonio, o simplemente urbanísticas; asumiendo, por ejemplo, que el derecho a edificar no es una facultad inherente a la condición de propietario sino a la tipología y clasificación del suelo, y de otro, extendiéndola a medidas económicas como el pago de impuestos, contribuciones, tasas especiales, o incluso apoyando la adopción de ciertas medidas presupuestarias, como destinar ciertas partidas a favorecer la adquisición o, en su caso, utilización, de una vivienda a los ciudadanos más necesitados.

Tal y como he manifestado al iniciar este apartado, desde estas líneas no se pretende criticar la vertiente social del derecho de propiedad, sino la interpretación que en ocasiones se hace de ella, argumentando que la misma forme parte de su contenido esencial gracias a criterios interpretativos excesivamente formales [29]: La fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho a los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida como límite externo a su definición o a su ejercicio, no como parte integrante del derecho mismo.

Negar que la función social forme parte del contenido esencial del derecho a la propiedad privada, no significa desconocer la función social de la propiedad, sobre todo si al mismo tiempo se afirma que constituye un principio que debe inspirar la política legislativa, legitimando, con los límites antes expuestos, ciertas intervenciones de los poderes públicos que, en otro caso, hubieran sido consideradas intromisiones ilegítimas en el derecho de propiedad.

IV. Conclusión

Conforme a lo expuesto creo que una concepción restrictiva de los derechos fundamentales, justificada atendiendo principalmente a motivos formales, y que conduce a negar dicha cualidad a derechos que constituyen el fundamento de un Estado democrático y de Derecho, no es la postura que se deduce de nuestro texto constitucional. En mi opinión, debe mantenerse una concepción amplia, que permite atribuir dicha cualidad al derecho a la propiedad privada, no siendo obstáculo a dicho reconocimiento su ubicación en la Sección 2 del Título 1 de la Constitución Española, su exclusión del recurso de amparo, la innecesariedad de desarrollarla a través de Ley Orgánica, su no-inclusión inicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, o su clasificación como derecho económico.

29. SSTC 37/1987, 17/1990, 89/1994.

A la vista de las actuaciones del TEDH y de la voluntad declarada en la Constitución Europea de continuar trabajando en la misma línea, creo que las instancias judiciales europeas ofrecen mayor protección al derecho a la propiedad privada, conforme a su naturaleza de derecho fundamental. Por ello, sería positivo y conforme al texto constitucional, la adopción por parte de nuestros Tribunales de alguno de los criterios interpretativos que han venido inspirando dicha legislación, no de forma ocasional sino permanentemente. De otro lado, el acercamiento de los profesionales a la práctica judicial europea permitiría lograr se forme una jurisprudencia dirigida a consolidar la protección del derecho a la propiedad privada, sobre todo, frente a las actuaciones de los poderes públicos.

Además, creo necesario recordar, sin ánimo de incurrir en ninguna polémica, que su condición de derecho subjetivo, desde luego, no es una cuestión que sólo interesa a los civilistas, verdaderamente es lo que conforma su contenido esencial, siendo de hecho, lo que lo hace reconocible a la comunidad. La existencia del derecho de propiedad es el que da sentido a su función social no a la inversa. Tal y como se ha tratado de exponer, no se cuestiona la vertiente social del derecho a la propiedad privada, ni se pretende restaurar una concepción absoluta del derecho, ni argumentar en favor de la existencia de un derecho subjetivo en cuya regulación no pueda intervenirse cuando sea necesario. Pero tampoco puede aceptarse, por no ser respetuosas con el derecho de propiedad, las opiniones que ensalzan la vertiente social del derecho de propiedad marginando su condición de derecho subjetivo, en lugar de orientarse a favor de la coexistencia y armonización de ambas perspectivas.

Desde estas líneas tan sólo se defiende que la función social constituye un límite externo del derecho de propiedad que no puede concebirse de forma absoluta, por lo que resulta necesario acreditar su concurrencia y su adecuación al principio de proporcionalidad en un sentido amplio, en aras a sacrificar en su favor el contenido esencial del derecho de propiedad.

Afirmar que la función social forma parte de su contenido esencial, y configurarla como elemento connatural al derecho a la propiedad privada, creo que es una postura que no tiene encaje en nuestro

ordenamiento jurídico. Insistir en defender tal postura, me induce a pensar que tan sólo se dirige a evitar que los poderes públicos tengan que justificar la necesidad, oportunidad y proporcionalidad del sacrificio que se impone al derecho fundamental, criterios que quedan sustraídos del control judicial, eliminando además la posibilidad de atribuir a dichas limitaciones la cualidad de indemnizables.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, R., *Derechos Fundamentales y Comunidades Europeas en Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, t. II («De los derechos y deberes fundamentales»), Civitas, 1.ª ed., Madrid 1991, pp. 799-836.

BRAGE CAMAZANO, J., *Los límites a los derechos fundamentales,* Dykinson, SL, Madrid 2004.

CÁMARA VILLAR, G., «Notas sobre el desarrollo de los derechos y libertades», en *XXV Aniversario de la Constitución Española. Propuestas de reformas*, M.ª Luisa Balaguer Callejón (ed.), Servicio de Publicaciones, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga (CEDMA), 2004.

CRUZ VILLALÓN, P., «Derechos fundamentales», en *Temas Básicos de Derecho Constitucional,* t. III (Tribunal Constitucional y Derechos Fundamentales), Civitas; 1.ª ed., Madrid 2001.

DÍEZ PICAZO, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid 2003.

– «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, pp. 1257-1270, t. II («De los derechos y deberes fundamentales»), Civitas, 1.ª ed., Madrid 1991.

FREIXES SANJUÁN, T., en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, t. III (Tribunal Constitucional y Derechos Fundamentales), Civitas, Madrid 2001.

JIMÉNEZ-BLANCO, A., «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, pp. 635-650, t. II (De los derechos y deberes fundamentales), Civitas, 1.ª ed., Madrid 1991

JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid 1999.

LÓPEZ CASTILLO; SAIZ ARNAIZ, y FERRERES COMELLA, *Constitución española y Constitución Europea*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid 2005.

MANGAS MARTÍN, A., *La Constitución Europea*, Iustel, Colección Biblioteca Jurídica Básica, 1.ª ed., Madrid 2005.

PARADA VÁZQUEZ, J. R., «El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria», en *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, pp. 1271-1300, t. II, De los Derechos y Libertades Fundamentales.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G:, *Lecciones de derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid 2004.

PRIETO SANCHÍS, L., «Justicia constitucional y derechos fundamentales», Editorial Trotta, Madrid 2003.

REY MARTÍNEZ, F., *Temas básicos de Derecho Constitucional*, t. III (Tribunal Constitucional y Derechos Fundamentales), Civitas, Madrid 2001.

– *Textos básicos de Derechos Humanos*, Aranzadi Editorial, 2001.