

# LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DEL DRET A LA PROPIETAT PRIVADA

JORDI RIBOT IGUALADA  
Professor titular de Dret civil  
Universitat Autònoma de Barcelona

**SUMARI:** 1. CONSTITUCIÓ ECONÒMICA I RECONeixEMENT CONSTITUCIONAL DE LA PROPIETAT PRIVADA. 2. LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LA PROPIETAT PRIVADA. 2.1. Interpretació de la Constitució i delimitació legal del dret de propietat. 2.2. L'estructura de la garantia constitucional de la propietat. 2.2.1. El principi d'apropiació privada de la riquesa (art. 33.1 de la CE). 2.2.2. El joc de la noció *contingut essencial* en el dret de propietat privada: la garantia de les premisses del consens constitucional en matèria econòmica. 2.2.3. Sentit del reconeixement constitucional de la funció social del dret a la propietat. 2.2.4. La interpretació conjunta dels apartats primer i segon de l'art. 33 i els seus efectes sobre la dogmàtica tradicional del domini.

## 1. CONSTITUCIÓ ECONÒMICA I RECONeixEMENT CONSTITUCIONAL DE LA PROPIETAT PRIVADA

1. Per resoldre el problema de la garantia de la propietat privada en la Constitució de 1978, cal situar l'anàlisi en un marc més general: el de l'anomenada *Constitució econòmica*(1). Això

---

(1) Cf. des d'una altra perspectiva, J.M. LOBATO GOMEZ, *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Madrid, Montecorvo, 1989, 299-300.

significa, d'entrada, que la qüestió ha de passar, del camp dels drets fonamentals i les llibertats públiques, a la definició del model econòmic constitucional(2).

En la mesura que l'una és pressupòsit lògic de l'altra, propietat i iniciativa privades s'han de considerar elements coordinats dins l'estructura del model econòmic constitucional(3). Llur anàlisi conjunta permet oferir una interpretació que esquivi els obstacles d'índole conceptual que hi ha en la definició de la disciplina constitucional de la propietat(4).

(2) Aquesta via és conseqüència lògica de la recusació del lligam entre llibertat individual i propietat. Segons el meu parer, qualificar com a *dret fonamental* el dret de propietat no serveix com argument suficient per a donar resposta als principals interrogants que sorgeixen dels termes utilitzats per la Constitució en el seu reconeixement. Les respostes són en un altre lloc.

A més de fer notar que la terminologia i la sistemàtica emprades pel constituent són equívocues (cf. G. PECES-BARBA, *Derechos fundamentales*, Madrid, Latina Universitaria, 1980, 236), s'ha de dir que la qualificació d'un dret com a fonamental no resulta, avui, de la seva substancial il·limitació, del fet que tota restricció sigui excepcional (A.E. PEREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, 284-286). D'acord amb la doctrina moderna dels drets fonamentals, la funció que tenen com a normes bàsiques es desplega sobre la base del seu lligam amb la idea de dignitat humana: derivar directament de les necessitats més essencials de la persona, de les *condicions* de la seva llibertat (art. 10 CE). Per això, com a simple posició d'avantatge de base patrimonial, el dret de propietat no es pot qualificar com un dret *fonamental*. Pels termes en què es pronuncia l'art. 9.2 de la CE, sembla que es pot confirmar un principi general molt diferent; un principi segons el qual, les condicions de desenvolupament de la personalitat, no exigeixen de cap manera la garantia genèrica de la propietat privada dels béns. Aquesta qualificació com a fonamental sols li vindria donada mitjançant la connexió del dret a la idea d'instrument per satisfer necessitats bàsiques de les persones. Cf. M. COSTANTINO, "Proprietari e soggetti interessati all'uso "sociale" dei beni", a N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Roma-Bari, Laterza, 1974, 230-236.

(3) El reconeixement de la lliure iniciativa privada en l'economia significa lògicament que el propietari disposa de la llibertat d'invertir, en una empresa pròpia o en la d'altres, els seus béns. Cf. P. ZATTI, *Diritto privato (diritto civile)*, Padova, CEDAM, 1983, 98.

(4) Aquesta és una exigència del principi de concordança pràctica en la interpretació constitucional. Alhora, és la forma més adequada per tal de subministrar els materials directament constitucionals amb els quals portar a terme el judici de conformitat. No cal, conseqüentment, en principi, acudir als anomenats *supraconceptes* tècnics (esp. *dret subjectiu*): això sols serà possible bé com a instrument de qualificació *a posteriori* dels termes de la garantia constitucional, bé fora del propi marc constitucional -en l'anàlisi sistemàtica de les opcions existents en un determinat moment històric al Dret positiu- d'acord amb els criteris de valoració que sostenen cadascun d'aquells instruments.

Pel que fa a la qualificació de la fórmula de reconeixement del dret a la propietat de l'art. 33 de la CE com a *garantia institucional*, estic convençut que s'ha de refusar per tal com palesa una vaguetat terminològica excessiva i perquè, comptat i debatut, es fa difícil saber quines són les conseqüències que diferencien aquesta opció de la que es basa en l'ús del concepte *dret subjectiu*. Més referències a L. PAREJO ALFONSO, *Garantia institucional y autonomías locales*, Madrid, IEAL, 1981, 18 ss; J.M<sup>a</sup>. BAÑO LEON, "La

2. En aquest context, és transcendental el paper que té la garantia del pluralisme polític i social en l'elecció de les opcions a prendre(5). Si, en general, la tasca de l'intendent de la Constitució es basa en l'exigència de respecte a la lliure determinació del legislador sobre la immensa majoria de les qüestions, aquest límit ha d'ésser remarcat encara més intensament pel que fa a les clàusules econòmiques del text constitucional. No només per tal com es poden imaginar moltes alternatives diferents; sinó

---

distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", *REDC* (24), 1988, 155-179 i A. JIMENEZ-BLANCO, "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", a *Estudios sobre la Constitución española en homenaje al prof. Eduardo G<sup>a</sup> de Enterría*, vol. II, Madrid, Civitas, 1991, 635-650.

(5) Sobre el mètode adequat per a la interpretació i l'aplicació de les normes constitucionals, crec que serveix com a expressió general de la posició adoptada en aquest treball el següent fragment de la sentència del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 d'abril (*BOE* n. 99, de 25 d'abril de 1981): "*la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones de muy diverso signo. El valor de integración de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos, queremos decir que el juego de las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo...*".

En general, sobre interpretació constitucional i funció de la Constitució cal remarcar l'especialitat de les normes constitucionals pel que fa a llur interpretació i integració. La funció de formació d'unitat política és la que atorga a la Constitució aquesta especificitat, i descansa justament en l'eficàcia i realitat del pluralisme polític i social. Més encara quan, de cap manera, unitat no vol dir eliminació total de les diferències, sinó exclusivament recerca de l'equilibri i la coincidència per la via del debat i la decisió democràtica. Per això, la moderna doctrina insisteix en el caràcter necessàriament *inacabat* de la Constitució. Com a tal, la norma fonamental solament determina allò que cal sostreure al debat polític, a la responsabilitat dels governants. La desconfiança en el legislador i el seu control, com a origen i funció, respectivament, del caràcter normatiu de les constitucions contemporànies, no poden significar, però, l'ampliació del *material constitucional*, tot prenent indègudament funcions que la mateixa Constitució li reconeix. Des d'aquestes premisses, l'intendent ha de tenir present que el caràcter ambigu o marcadament general dels preceptes constitucionals no pot justificar la seva completa integració, sense matisos. Principalment perquè, a diferència de la relació entre llei i reglament, el lligam existent entre Constitució i llei no és pura *execució* de l'una per l'altra. Davant la Constitució, el legislador és lliure en la mesura que no la *contradigui* directament o indirectament. Convé no oblidar la funció *política* de la Constitució, ni el principi interpretatiu que d'aquesta es desprèn: l'imperatiu de no contradicció.

Per tots, cf. A. NIETO, "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *RAP* (100-102), 1983, 371-415, espf. 409-410; M. ARAGON REYES, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *REDC* (17), 1986, 85-136; I. DE OTTO y PARDO, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, CEC, 1985, 29 ss.; M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, F. Angeli Ed., 1982, espf.

sobretot perquè en la pròpia Constitució es palesa una incertesa molt notable quant al sistema econòmic garantit(6).

3. Això no significa, tanmateix, haver de renunciar a l'establiment de certes bases constitucionals mitjançant les quals sigui possible sotmetre a control jurídic les decisions que, en matèria econòmica, prenguin els governants. Ans, al contrari, la millor doctrina defensa la *neutralitat de la Constitució davant models o sistemes econòmics determinats* (en els programes polítics, per la teoria econòmica)(7) i *l'existència de princi-*

---

67 ss; K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, 1983, 52 ss; E. ALONSO GARCIA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, espf. 122 ss.

(6) El valor vinculant de la Constitució presenta ací un dels seus moments crítics. A diferència de les constitucions del segle XIX, en què les clàusules econòmiques eren, si n'hi havia, molt poques (puix que tot el model econòmic venia pressuposat pel text constitucional), d'ençà de les constitucions del període d'entreguerres és una constant recollir-hi nombroses previsions sobre l'organització de l'economia estatal. Com és conegut, és la transformació del propi estat l'element que més afavoreix l'augment del volum de les constitucions en aquest punt. Tanmateix, els dubtes s'han plantejat posteriorment quant a la possibilitat o no de defensar la *constitucionalització* d'un model econòmic determinat. Aquest va ser un tema força debatut a Alemanya després de la promulgació de la Llei Fonamental, i l'element de particular rellevància jurídica fou l'extensió que calia donar al desplegament de la clàusula d'Estat social de la *Grundgesetz*. Cf. R. GARCIA MACHO, *Las aportas de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Madrid, IEAL, 1982, 98 ss. La qüestió es formula entorn de la compatibilitat dels diferents *models o ordres* econòmics en relació a l'estructura normativa bàsica construïda per la norma fonamental. Aquest debat es va reproduir també entre la doctrina espanyola, atès que, a l'igual que la Constitució alemanya, l'art. 1 de la CE enuncia el caràcter *social* de l'Estat espanyol. Les posicions doctrinals estaven bastant enfrontades; molt més durant el procés constituent i en els primers anys de vigència del text. Amb el transcurs dels anys l'interès pel tema va remetre. Per a indicacions bibliogràfiques, cf. P. ESCRIBANO COLLADO, "El orden económico en la Constitución española de 1978", *REDC* (14), 1985, 77-109.

És de destacar que els termes del debat sobre el model econòmic constitucional es corresponen amb les diferents *lectures* que poden rebre les clàusules econòmiques de la Constitució, des de les variades perspectives ideològiques. D'aquesta manera, hom distingeix tres grans grups de postures: la *neoliberal*, la *socialista* i la que es coneix com *d'economia social de mercat* (cf. O. DE JUAN ASENJO, *La constitución económica española*, Madrid, CEC, 1984, 51 ss). La característica comuna a aquests plantejaments teòrics és el seu exclusivisme. De manera que, havent adoptat la Constitució una concreta línia econòmica, es considera que no podrien tenir lloc —sense una reforma constitucional— polítiques no conformes amb aquell model. Aquests plantejaments, per tant, obliguen a afirmar que cal la reforma constitucional per poder desenvolupar allò que (amb expressió necessàriament general) es designa com un *programa social*, o bé que la Constitució ha apostat per la *transició al socialisme* (i, conseqüentment, un partit amb programa de govern liberal no podria portar-lo a terme, baldament el vot majoritari dels electors, sense promoure una reforma constitucional).

(7) Cf. M. GARCIA-PELAYO, "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", a *Estudios sobre la Constitución española de 1978* (Coord. M. Ramírez), Zaragoza, Pórtico, 1979, 51 ss. En el vot particular a la sentència 37/1981, del Tribunal Constitucional, de 16 de novembre (*BOE* n. 285, de 28 de novembre de 1981), el professor DIEZ-PICAZO caracteritzava la *Constitució econòmica* de la següent manera: "El concepto de Constitución económica designa el marco jurídico fundamental para la estructura y fun-

*pis constitucionals directament vinculants en aquesta matèria*(8).

La primera afirmació suposa que la Constitució és oberta. En el sentit que és compatible no només amb un projecte socioeconòmic determinat, sinó que les seves ambigüitats afavoreixen la compatibilitat amb models políticament contraposats.

La segona afirmació és consèqüència de la funció normativa de la Constitució i es concreta mitjançant la definició de l'abast que han de tenir tant la llibertat dels particulars en el camp econòmic com la intervenció de l'estat en les relacions econòmiques(9). Els preceptes des dels quals es procura construir aquest marc econòmic constitucional són, respectivament, aquells on es contenen les garanties de l'economia de mercat (arts. 33.1 i 38 de la CE) i els que configuren l'estatut jurídic del *subjecte econòmic públic*(10) (arts. 128, 131 i 132 de la CE)(11).

---

*cionamiento de la actividad económica o, de otro modo, para el orden del proceso económico (...) Así entendida, la Constitución económica contenida en la Constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona. Permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajusten a sus parámetros y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con las mismas. Por ello nos parece que la norma del art. 38 permite un sistema económico plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa".* Contra la neutralitat econòmica de la Constitució espanyola de 1978 s'ha pronunciat R. MARTIN MATEO, *Derecho público de la economía*, Madrid, CEURA, 1985, 28.

(8) Per aquest motiu, algun autor prefereix referir-se a un *ordre* econòmic constitucional (per oposició a la noció, més substancial, de *model* o *sistema*); idea que sembla més neutral en relació amb els diversos operadors i que presenta l'originalitat de pretendre imposar-se a tots ells. Així, ESCRIBANO COLLADO diu que les aparents contradiccions i les obscuritats existents al text de la norma fonamental han d'ésser integrades per l'interpret sobre la base del principi de concordança pràctica, a la recerca d'aquest *ordre econòmic constitucional*: "*La unidad y la coherencia que se obtengan con este método y este conocimiento constitucionales puede no dar como resultado la descripción de un sistema o modelo económico al que la Constitución somete la actuación de todos los sujetos económicos (...) La existencia en la Constitución de un orden trascendente no solo hace posible la efectividad de principios esenciales de nuestra economía, como el de unidad (art. 139.2) sino además constituye un complemento indispensable del principio de unidad política condensado en la fórmula del Estado social y democrático de Derecho*". ESCRIBANO COLLADO, "El orden económico...", cit., 33.

(9) Cf. G.S. COCO, *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, Milano, Giuffrè, 1965, 150.

(10) ESCRIBANO COLLADO, "El orden económico...", cit., 102-106.

(11) Es coincideix generalment a destacar la indeterminació, àdhuc en l'economia política, de l'expressió *economia de mercat* present a l'art. 38 de la CE. Per aquest motiu, és molt discutible forçar, per la via del reconeixement constitucional de la llibertat d'empresa, també en el mateix art. 38, una *constitucionalització* del model econòmic *liberal* (GARCÍA PELAYO, "Consideraciones...", cit., 36 ss). Ara bé, aquest precepte -la redacció del qual és senzillament impossible- concreta les virtuts i els defectes d'allò

4. El reconeixement de la llibertat d'empresa en el marc de l'economia de mercat (art. 38), significa en línia de principi –i sense perdre de vista el pluralisme social i polític que informa tot el sistema constitucional– que s'ha optat per un model *pluricèntric* de decisió(12); dins el qual no s'admeten formes de reglamentació del sistema econòmic que imposin una direcció centralitzada dels processos que el componen (v.g. producció, distribució, comercialització). Amb això, a més de refusar la conformitat constitucional d'una hipotètica col·lectivització general dels mitjans de producció (a base de l'art. 128.1 de la CE), es qüestiona la constitucionalitat d'una planificació o programació de l'activitat econòmica de caràcter imperatiu (tret de l'excepció –*a maiore*– dels “...recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio...”, a què al·ludeix l'art. 128.2)(13).

Pel que fa a aquest segon punt, no obstant, crec que reduir la complexa realitat del Dret públic de l'economia a la dicotomia planificació imperativa / planificació indicativa és tant com esquivar els autèntics termes en què cal considerar el problema. Segons el meu parer, es tracta de saber quin és el control que es pot imposar sobre les decisions dels poders públics en matèria econòmica(14). Des d'aquesta òptica, el problema no consisteix a qüestionar si les decisions dels poders públics competents són obligatòries o no, sinó a comprovar si hi ha una adequada correspondència entre l'actuació interventora i fins determinats

---

que fins i tot col·loquialment es coneix con el *consens constitucional*. En efecte, l'article reproduceix les exigències concurrents de les diverses forces participants en el pacte constitucional: incorporant cadascuna d'elles les seves pròpies matisacions donaven al precepte una construcció de difícil utilització per part de l'intendent, però —justament per això— de gran utilitat per a la legitimació posterior d'alternatives d'acció política sobre la realitat econòmica. En aquest sentit, cf. JUAN ASENJO, *La constitución económica...*, cit., 156 ss.

(12) GARCIA PELAYO, “Consideraciones...”, cit., 37.

(13) Val a dir que, en la sentència 37/1987, de 26 de març (BOE n. 89, de 14 d'abril de 1987), el Tribunal Constitucional ha dit que la llibertat d'empresa no pot passar per damunt de la funció social de la propietat, la qual vindria delimitada a base dels criteris de la planificació (agrícola en el cas) realitzada per l'administració competent. El caràcter imperatiu dels programes, però, no impedeix al propietari-empresari de portar a terme uns programes d'activitats diferents, en la mesura que s'adeqüin als objectius generals fixats en els plans (Cf. F.J. 7è).

(14) Cf. MARTIN MATEO, *Derecho público...*, cit., 19 ss.

de caràcter públic que la justifiquen(15), i si aquesta actuació s'ha dut a terme mitjançant fórmules que respecten els principis constitucionals de legalitat i proporcionalitat(16) (cf. STC 127/1994, de 5 de maig; esp. F.J. 6è).

En aquest sentit, la fórmula introduïda en l'art. 33.2 de la CE pot complir una funció complementària, car la reserva de la funció social de la propietat és al mateix temps una via per a definir en cada moment el contingut del dret, d'acord amb els eventuais canvis a l'economia i la societat(17), i un element de control (social i jurídic) de l'acció dels poders públics sobre l'esfera patrimonial dels particulars(18).

5. Entre l'opció a favor d'un model d'arrel liberal (fonamentada *ad nauseam* en els arts. 33.1 i 38 de la CE) i la maximalista, dirigida a la socialització de la generalitat de les activitats econòmiques –tal com s'entenia mentre existien els models totalitaris de l'est d'Europa– hi ha un ventall molt ample de possibilitats per a la intervenció i el control públics de les decisions econòmiques que afecten el conjunt de la societat. Segons les línies de principi del consens constitucional, els termes o confins de l'ordre econòmic al qual dóna cobertura la Constitució serien:

---

(15) Cf. STC 66/1991, de 22 de març, relativa a la prohibició, imposada per la Junta de Castella i Lleó de comercialitzar crancs de riu vius. El Tribunal Constitucional refusa la inconstitucionalitat de la normativa impugnada bo i dient que "*para ponderar la inconstitucionalidad de la prohibición impugnada, tanto en lo que se refiere a la libre circulación de bienes como en lo que atañe a la libertad de empresa y el derecho a la propiedad desde la perspectiva (...) de los fines propios de la Comunidad de Castilla y León en orden a la protección de los ecosistemas fluviales y del medio ambiente, es preciso efectuar un juicio de proporcionalidad, en el que, además del objetivo que al establecerla se persigue y comprobando la legitimidad constitucional del mismo, se verifique también la relación de causalidad y necesidad que con él debe guardar la prohibición en en cuanto hecho ordenado para hacerlo posible*" (F.J. 2n).

(16) COCO, *Crisi ed evoluzione...*, cit., 198 ss.

(17) M. COCA PAYERAS, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, Real Colegio de España, 1988, 281-282.

(18) En aquesta línia, COSTANTINO, "Proprietari...", cit., 230. Considerar la funció social de la propietat com un criteri del judici de conformitat permet valorar, des de premisses jurídic-polítiques, els interessos que triomfen en una determinada reglamentació d'una forma dominical. Tot això, en la línia de l'ambigu paper de l'administració econòmica en l'estat contemporani. Sobre això, cf. C. DE CABO MARTIN, "Estado y Estado de Derecho en el capitalismo dominante: aspectos significativos del planteamiento constitucional español", *REP* (9), 1979, 99-120, esp. 107 ss. En general, MARTIN MATEO, *Derecho público...*, cit., 23-24.

a) *La garantia davant les socialitzacions o col·lectivitzacions generalitzades sense indemnització (art. 33.1 de la CE).*

b) *El pluralisme en l'activitat econòmica;* manifestat, en últim extrem, per la llibertat de tothom de dur a terme o no una determinada activitat econòmica (llibertat d'accés o d'inversió); activitat que en tot cas es dirigirà, en primer lloc, a la satisfacció dels interessos econòmics dels particulars implicats (art. 38 de la CE).

c) *La intervenció dels poders públics en les activitats econòmiques pot ser molt ampla i variada, d'acord amb l'habilitació de l'art. 128.1 i de les previsions de l'art. 38 pr. 2.<sup>a</sup> de la CE:* En concret, és constitucional la intervenció directa del sector públic en el mercat [en igualtat de condicions amb les empreses privades(19)] i també la regulació dels sectors d'activitats econòmiques, sempre que es mantingui l'interès particular en la gestió privada del sector (límit al caràcter imperatiu) i que es trobi degudament justificada per l'interès general (límit a la intervenció).

Es parteix, per tant, d'una situació d'equilibri polític en els extrems de la qual se situen, respectivament, la garantia d'una preliminar autonomia econòmica dels particulars ( propietat i autonomia privades) i l'habilitació constitucional genèrica de les opcions d'intervenció i control democràtic de les decisions econòmiques. Possiblement pel context històric de l'elaboració de la Constitució –per la tradició política i institucional on ens trobem– el segon dels termes d'aquest equilibri no resulta un límit en sentit estricte(20), com sí ho és el primer (per això, cal admetre que és constitucional la privatització –àdhuc total– de les empreses i serveis públics, però no la col·lectivització general de l'economia)(21).

6. Des d'aquestes premisses, sembla prou clar que cal refusar un plantejament purament conceptual de la garantia constitucional de la propietat privada. Una opció que, invocant *un concepte constitucional de propietat*, qüestionï els termes

(19) Sobre aquesta qüestió, cf. J.I. FONT GALAN, "Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978", *RDM*, 1979, 205-239.

(20) COCO, *Crisi ed evoluzione...*, cit., 150 ss.

(21) El model neoliberal no és constitucionalment impossible. És, com deia el professor GARCIA-PELAYO, *degenerativament possible* ("Consideraciones...", cit., 53).



d'aquest equilibri constitucional bàsic. I, això, perquè el conflicte es palesa en la pròpia estructura de la Constitució. Cal comprendre que l'intendent no pot dirimir allà on el constituent ha preferit deixar les portes obertes al legislador. Que això és així en el cas del dret de propietat resulta no només del joc combinat dels tres apartats de l'art. 33, sinó de la seva relació amb els articles 128 i 132 de la CE.

La interpretació de l'apartat primer de l'art. 33, en aquest context, ha d'ésser, per tant, molt prudent.

L'intendent ha de tenir present la prevalença del principi del pluralisme polític i social i –paral·lelament– valorar els termes del consens constitucional. Per això, cal diferenciar amb precisió el camp de l'anàlisi tècnico-jurídica, de la tasca de construcció de normes subconstitucionals(22), que són els instruments del judici de conformitat constitucional. La precisió d'allò que cal entendre *a la Constitució* per dret a la propietat privada no ha d'ésser un objectiu lligat a la correcció conceptual del resultat obtingut (és a dir, a una utilització de l'expressió coherent amb la tradició jurídica o amb les normes extraconstitucionals). La connexió semàntica s'ha de fer amb la funció de garantia dels components bàsics que sostenen el consens constitucional.

## 2. LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LA PROPIETAT PRIVADA

### 2.1. *Interpretació de la Constitució i delimitació legal del dret de propietat*

1. Una Constitució oberta no pot (ni té per què, d'acord amb la funció que li pertoca de creació d'unitat política) contenir en els seus preceptes la substància bàsica del règim jurídic de les institucions que, per la seva transcendència socio-política, recull(23).

(22) Sobre aquest concepte, veg. ALONSO GARCIA, *La interpretación...*, cit., 11 ss.

(23) I. DE OTTO y PARDO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, 47.

Efectivament, com a *norma fonamental*, la Constitució esmenta els aspectes especialment importants de la realitat social (acollits i regulats per l'ordenament jurídic), fins i tot els *reconeix*. No obstant això, ho fa amb coherència envers l'esquema unitari –però flexible– que es deriva del consens constitucional. Des d'una altra perspectiva: la pretensió del constituent no pot ésser, en aquests casos, la *constitucionalització* de models conceptuals precisos, la fixació definitiva (per mitjà de la utilització de conceptes unívocs tècnicament) d'una determinada manera d'entendre un institut jurídic.

Com a conseqüència, pel que fa a la disciplina constitucional de la propietat, cal entendre que la Constitució no fa seu un determinat concepte tècnic (abstracció falsament lògica de les dades subministrades per l'ordenament positiu extraconstitucional), sinó que remet la determinació del dret objecte de reconeixement al legislador (art. 33.2 de la CE). Però no amb una llibertat completa, que desfiguraria el sentit normatiu que hom coincideix a atribuir al precepte constitucional, sinó dins dels límits que es deriven tant de la lectura conjunta dels tres apartats que componen l'art. 33, com del principi de concordança pràctica i unitat de la Constitució.

2. Aquesta opció destaca els trets especials que, en general, presenta la majoria dels preceptes de la Constitució (i en particular els referents a la propietat i a les relacions econòmiques). En ells, hom remet al legislador la decisió final, sense perjudicar res més que algunes situacions límit que, d'advenir, alterarien per complet la voluntat sorgida del consens constitucional(24).

Així doncs, la vinculació del legislador a la Constitució (i, com a conseqüència, el mètode per a portar a terme el judici de conformitat constitucional) es pot explicitar tenint present que, per bé que en ella s'hi recullen determinades situacions existents a la realitat social (en la terminologia jurídica, certes *institucions*) –i així són *reconegudes*–, això no significa haver d'admetre, per afavorir l'efectivitat de la pròpia garantia, que l'atribució de sentit a l'enunciat constitucional es correspongui

---

(24) NIETO, "Peculiaridades jurídicas...", cit., 393-394.

amb l'elaboració dogmàtica de la jurisprudència i la doctrina. De manera que aquesta construcció n'eliminaria altres que el legislador constituent hauria pogut triar.

Per efecte de la influència del mètode conceptual en l'anàlisi jurídica<sup>(25)</sup> es pretén, també per a la interpretació constitucional, que l'ús d'una expressió que té un sentit propi de caràcter tècnic, comporta necessàriament l'adopció, en la interpretació del precepte constitucional en qüestió, d'aquest sentit específic. I, això, sense tenir en consideració que l'objecte de la interpretació és la Constitució, caracteritzada pel lloc que ocupa en el sistema de fonts i per les particulars circumstàncies que l'envolten. Això explica per què l'ús dels termes *propietat* o *dret a la propietat privada* es connecta generalment amb el concepte tècnic d'aquest dret, a l'ensens que es rebutja de pla la hipòtesi segons la qual el constituent no hauria volgut concretar un determinat model i que, per això, ha facilitat la intervenció *delimitadora* de la llei en l'art. 33.2.

Segons el meu parer, aquesta opció hermenèutica no es pot considerar l'única possible. Per contra, amb fonament en el principi de conformitat a la Constitució –és a dir, només *des de l'imperatiu de no contradir-la*– crec que l'exposició de la disciplina constitucional en la matèria relativa a la propietat privada no ha d'anar dirigida a concloure amb absoluta certesa quin és el contingut garantit al dret de propietat. La missió de l'intendent consisteix a identificar els punts de partida o les premisses del consens constitucional en aquest tema i destacar, seguidament, quins instruments preveu la pròpia Constitució per garantir el manteniment d'aquelles premisses; tot plegat per tal de mantenir l'adequat funcionament del sistema normatiu constitucional tot i la indispensable concurrència i alternança de models.

La utilització pel constituent de termes amb una específica significació tècnica no pot suposar la inevitable *constitucionalització* d'aquest esquema conceptual. Aquesta opció, lícita com a desenvolupament del quadre constitucional, no es pot explicar com l'únic marc constitucional acceptable. La raó es troba, com

(25) Cf. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, 126.

he dit amb insistència, en la funció que, al servei de la canalització d'alternatives diverses, ha de poder complir la norma constitucional.

## 2.2. L'estructura de la garantia constitucional de la propietat

1. Com que la Constitució reserva a la llei la delimitació del contingut del dret de propietat (art. 33.2), es pot arribar a concloure que sols és legítim parlar d'*expropiació* (art. 33.3) quan l'administració o, excepcionalment, el legislador, privin als particulars del seus béns i drets en els termes en què aquests els vénen legalment atribuïts. A *contrario sensu*, no caldria indemnitzar en els casos en els quals no es tracta de privar els particulars dels drets que tenen reconeguts per la llei, sinó justament de configurar *ex novo* l'abast de la garantia legal de la propietat sobre aquells béns(26). En aquest cas, es parla de nova definició del contingut del poder del propietari sobre els béns, no d'expropiació.

Evidentment, aquesta perspectiva pressuposa que el reconeixement del dret a la propietat privada contingut a l'art. 33.1 no té més valor que el d'admetre la realitat existent abans de la Constitució, però sense que es condicioni en cap sentit l'activitat del legislador ordinari postconstitucional. La principal virtualitat d'aquest reconeixement del *statu quo* propietari preexistent en el moment de la promulgació de la Constitució seria, aleshores, la garantia que tota delimitació futura del contingut del dret s'hauria de fer "...de acuerdo con las leyes" (v.g. per mitjà d'una llei o en virtut d'una llei; "*durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes*"; art. 14.3 de la Llei Fonamental de la RFA).

---

(26) S'acosta a la forma de pensar que es recull en el text BAÑO LEON, quan afirma: "El grado de libertad del legislador para configurar el derecho de propiedad tiene unos límites bastante brumosos, casi irreconocibles. El contenido esencial del derecho de propiedad que el legislador no puede traspasar se refiere por entero a la garantía de una institución (la propiedad), no al reconocimiento de facultades o poderes esenciales de ese derecho; la garantía de la propiedad consiste en la prohibición de su privación sin indemnización (no hay garantías frente a delimitaciones, solo hay garantías expropiatorias) y en la imposibilidad de que el legislador suprima totalmente la institución propiedad o altere los elementos que, en cada momento, compongan los rasgos esenciales de esa institución jurídica y social". BAÑO LEON, "La distinción...", cit., 164.

¿Fins quin punt es pot acceptar aquesta posició, de conformitat amb la interpretació unitària dels tres apartats de l'art. 33 de la Constitució?

La solució d'aquest interrogant no és senzilla. Tanmateix, hi ha una dada inapel·lable en la formulació de la qüestió a la Constitució espanyola de 1978: el reconeixement explícit i sense matisos que es fa del dret a la propietat en l'apartat primer de l'art. 33. Sols en un moment posterior apareixen els matisos que es deriven de l'apartat segon. Aquesta constatació –que no prejuga l'extensió que cal donar al reconeixement de l'art. 33.1– imposa haver d'atribuir a aquest apartat primer un sentit propi, no condicionat per la seva lectura subordinada a l'apartat segon.

Aquesta última formulació és admissible en la Constitució italiana, d'on efectivament s'ha recollit(27). Però estendre-la a la Constitució espanyola sembla incompatible no només amb la particular estructura de l'art. 33, sinó també amb la previsió de l'art. 53.1. Solament la negativa a admetre l'existència d'un *contingut essencial* del dret a la propietat (encara que operi d'una manera clarament contrastada en relació amb l'ús que d'aquest instrument se'n fa per als drets fonamentals) facilita l'admissió de la solució suara criticada.

2. Havent arribat a aquest punt, doncs, cal dir que són aplicables totes les teories *materials* que la doctrina alemanya ha elaborat des de la promulgació de la Llei Fonamental(28) especialment les qualificades *d'objectives*(29). I, això, perquè és evident que la construcció del contingut essencial del dret de propietat és la clau de volta per tal de diferenciar entre allò que s'ha de considerar pura delimitació legal del contingut del dret i els casos on es verifica una expropiació(30).

(27) COSTANTINO, "Proprietari...", cit., 232 ss.

(28) Informació a L. PAREJO ALFONSO, "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Dº Alemán", II, REDA (18), 1978, 541-571.

(29) Cf. G. D'ANGELO, *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo*, Napoli, Morano, 1963, espf. 166 ss.

(30) Per tots, veg. V.L. MONTES PENADES, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid, Civitas, 1980, 212-213.

En general, la doctrina s'inclina per la direcció apuntada per la *Substanzminderungstheorie*. Segons aquesta teoria, hi ha expropiació no només en aquells casos en què la intervenció legal suposi una transferència de la titularitat del dret sobre un bé a un altre subjecte (en general, a la mà pública), sinó en totes aquelles hipòtesis de configuració legal de la propietat que impliquin afectació del seu contingut essencial (*Kerngehalt*)(31). En particular, aquest corrent doctrinal defensa que el contingut essencial del dret de propietat ve delimitat per aquelles facultats que, segons el tipus de bé objecte del dret, permeten acomplir la seva *funció econòmica essencial*(32).

3. Aquesta sembla ésser –també– l'opció del Tribunal Constitucional en la important sentència 37/1987. Allunyant-se de la direcció més abstracta (basada en unes facultats atribuïdes sempre al dret de propietat com a tal), opta per acceptar la pluralitat de règims del dret d'acord amb les característiques pròpies de cada categoria de béns.

Amb tot, el Tribunal Constitucional ha dit que el control de constitucionalitat de la delimitació legal del dret de propietat “...habrá de buscarse en el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada, entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan deban ir más allá de lo razonable”. I, més amunt, havia dit també que “...la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir (...) Utilidad individual

---

(31) Cf. LOBATO GOMEZ, *Propiedad privada...*, cit., 336 ss; A. LOPEZ y LOPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, Tecnos, 1988, 164 ss i J. BARNES VAZQUEZ, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, Civitas, 1988, *pàssim*.

(32) ANGELO, *Limitazioni autoritative...*, cit., 178.

*y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”.*

El contingut essencial del dret ha d'incorporar, doncs, un grau determinat d'utilitat individual, concretada mitjançant facultats i possibilitats d'actuació autònoma, segons la natura del bé sobre el qual el dret recau. Amb tot, el Tribunal Constitucional no ha aprofundit més en la caracterització d'aquestes possibilitats individuals que no poden ésser legalment anorreades. Ans, al contrari, sembla que es tendeix a matisar-les fins on és materialment possible. Així, s'arriba a dir que el contingut essencial “...debe incluir igualmente la dimensión supraindividual o social integrante del derecho mismo” (sentència 227/1988, de 29 de novembre)(33).

La jurisprudència constitucional espanyola es mostra reticent a adoptar una postura massa concreta sobre quin és el contingut essencial del dret de propietat. L'única dada constant en les sentències fins ara dictades sobre aquest tema és la necessària conformació individual del dret de propietat privada, sens perjudici de les possibilitats que el reconeixement de la funció social del dret confereix al legislador. Aquesta *conformació individual*, en els mateixos termes de la sentència 37/1987, passa per la constatació d'una certa utilitat per al propietari amb fonament en la titularitat del dret que li és reconegut i garantit per la llei(34).

4. Amb independència de la postura adoptada quant al contingut essencial de la propietat garantit constitucionalment, s'ha d'admetre la possibilitat d'utilitzar la garantia davant l'expropiació (art. 33.3 de la CE) per tal de salvar una previsió legal que, altrament, seria inconstitucional per lesió del contingut essencial del dret(35). Una separació estricta dels dos plans de la

(33) BOE n. 307, de 23 de desembre de 1988.

(34) Amb afany de síntesi, la STC 170/1989 (BOE n. 287, de 7 de novembre de 1989) diu que no hi ha “una absoluta libertad del poder público que llegue a anular la utilidad meramente individual del derecho o lo que es lo mismo, el límite se encontrará, a efectos de la aplicación del art. 33.3 CE, en el contenido esencial, en no sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho”.

(35) Cf. LOPEZ y LOPEZ, *La disciplina...*, cit., 168 i 169. En el mateix sentit, F. CAPILLA RONCERO, “Propiedad privada y límites de la Reforma Agraria Andaluza”, *Temas Laborales* (4), 1985, 23.

garantia (apts. 1r i 3r de l'art. 33 de la CE) hauria desautoritzat aquesta possibilitat.

### 2.2.1. El principi d'apropiació privada de la riquesa (art. 33.1 de la CE)

1. La garantia davant l'expropiació i el reconeixement i garantia constitucionals de la propietat privada, apunten al problema, històricament determinat, de la posició de l'estat davant de les propietats preexistents(36).

Aquesta constatació, pràcticament de sentit comú, però de gran càrrega ideològica, ha de proporcionar el punt de partida per poder concretar les bases mínimes del consens constitucional entorn del dret de propietat privada, a les quals he al·ludit en l'apartat 2.1.

2. Des del meu punt de vista, la funció que compleix la Constitució en el nostre sistema jurídic obliga a tenir en compte aquests elements de natura clarament política, que bateguen en tot intent d'articulació estrictament jurídica(37). Des d'aquesta perspectiva, cal dir que a l'art. 33 de la Constitució el reconeixement del dret a la propietat privada (i a l'herència) representa per al constituent una manera de prendre postura sobre el *statu quo* propietari. Opta, en un sentit polític; i no decideix en absolut sobre un concepte, al qual, indefectiblement, s'hagin d'assignar determinades notes tècnico-jurídiques, fornides per la dogmàtica i la tradició. De manera que és tota titularitat privada allò que és objecte del reconeixement constitucional.

Més a més, però, aquestes titularitats no es reconeixen sense condicions ni amb garantia d'absoluta intangibilitat pel que fa als àmbits de poder que poguessin conferir en el moment de promulgar-se la Constitució. Ans, al contrari, l'art. 33.2 CE deixa clar que "*la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes*".

---

(36) G. MOTZO / A. PIRAS, "Espropriazione e `pubblica utilità", *Giur. Cost.*, 1959, 152.

(37) LOPEZ y LOPEZ, *La disciplina...*, cit., 28.



Nogensmenys, la posició de principi, relativament a les titularitats o als drets *existents*, de l'apartat primer de l'art. 33 té una eficàcia pròpia, bastida també a partir del caràcter no tècnic de la fórmula utilitzada: l'opció en favor d'una economia de base capitalista, basada en el principi d'apropiació privada de la riquesa(38). Amb altres paraules: és una decisió del constituent en favor d'un sistema on el repartiment del producte social es porta a terme partint de la titularitat de drets de propietat sobre els béns.

Així doncs, distingeixo en l'art. 33.1 una doble funció: l'una, de garantia dels drets preexistents enfront al poder de l'estat, i l'altra com a proclamació del criteri d'ordenació, per al futur, del sistema econòmic(39). Per això, aquest segon pla s'ha de lligar amb l'art. 38 i amb la resta de clàusules econòmiques de la Constitució.

3. Habitualment, aquests dos moments s'estudien d'una manera unitària dins el tractament de la garantia constitucional. La utilitat de diferenciar-los rau, però, en el fet que facilita la identificació de les claus del consens constitucional. I, això, per tal com la situació de les propietats preexistents no s'imposa al poder constituït de forma absoluta(40), sinó sols en la mesura resultant dels propis límits als quals, per al futur, la Constitució vincula al legislador. Per això es confonen tan sovint els moments de la delimitació (que afecta posicions jurídiques preexistents) i l'expropiació.

## 2.2.2. El joc de la noció *contingut essencial* en el dret de propietat privada: la garantia de les premisses del consens constitucional en matèria econòmica

1. Com he dit en parlar de la relació entre expropiació i delimitació legal del dret de propietat, la doctrina fa lligar el cri-

(38) MONTES PENADES, *La propiedad privada...*, cit., 185; LOPEZ y LOPEZ, *La disciplina...*, cit., 35.

(39) P. BARCELLONA, "La metamorfosi della proprietà e l'autonomia del calcolo economico", *RCDP*, 1989, 10.

(40) MOTZO / PIRAS, "Espropriazione...", cit., 223.

teri de distinció amb la determinació d'un nucli material del dret, irreductible davant el legislador. Atès que el dret de propietat és un dret la configuració del contingut del qual correspon al legislador, solament l'establiment d'aquest contingut essencial omple de sentit la garantia expressament fixada a l'art. 33.1 de la CE.

Ara bé: la qüestió consisteix a saber quin és l'abast i la funció de la noció *contingut essencial* en el cas de les llibertats econòmiques i, assenyaladament, en relació amb el dret de propietat. Si, generalment, aquesta tècnica s'aplica per les jurisdiccions constitucionals d'una manera molt prudent, i fins i tot restrictivament, a fi d'evitar una *petrificació* de la norma fonamental(41), és evident que aquest problema s'aguditza en el cas del dret de propietat, on tanta influència tenen les transformacions econòmiques i socials. Tanmateix, la sistemàtica utilitzada per la Constitució imposa l'aplicació de l'esmentat instrument també per a la propietat privada.

2. Segons el meu parer, en aquest punt cal aplicar d'una manera estricta els principis de la interpretació constitucional, i especialment els d'unitat i concordança pràctica; encara que això signifiqui una utilització més matisada de l'instrument de garantia (si hom la compara a com s'ha d'utilitzar respecte als drets fonamentals de la Secció 1<sup>a</sup> del Capítol II de la CE).

S'imposa una lectura de context de l'apartat primer de l'art. 33, que lliga directament amb el seu caràcter de premissa existencial de l'ordre econòmic constitucional; de manera que la garantia de la propietat sobre els béns cal completar-la amb la relativa a l'oportunitat de desplegar-hi activitats d'índole econòmica en el propi interès i utilitat. El criteri límit a la competència reguladora reservada a la llei es troba veritablement en la garantia de la possibilitat del propietari de participar a l'organització i desenvolupament de la vida econòmica(42).

(41) Cf. espf. L. PAREJO ALFONSO, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *REDC* (3), 1981, 169-190.

(42) L. MENGONI, "Proprietà e libertà", *RCDP*, 1988, 446.

El contingut essencial del dret de propietat no es pot reduir a un model dogmàtic. La pròpia estructura constitucional del reconeixement, i l'habilitació legal per a la seva delimitació, aconsellen d'evitar aquest criteri. La finalitat primordial del constituent era assentar les bases d'un ordre econòmic que pogués admetre diverses modulacions, deixant fora del pacte únicament les opcions col·lectivistes totalitàries. El contingut essencial s'ha de reconduir a mantenir la integritat d'aquest pacte constitucional sobre el model econòmic(43).

3. Per concretar una mica més el contingut de la garantia –ja que, plantejada d'aquesta manera, pot semblar insuficient per a subministrar les dades necessàries a fi de portar a terme amb un mínim d'objectivitat el judici de conformitat constitucional– cal introduir dues nocions, connectades immediatament amb allò previst en aquesta matèria en la Constitució: la noció de pertinença o titularitat del dret (art. 33.1 de la CE) i la d'utilitat individual (art. 33 en relació als arts. 53.1, 38 i 31 de la CE).

4. La primera noció respon directament a la problemàtica plantejada per la relació entre els arts. 33.1 i 33.2. L'habilitació implícita al legislador per a la configuració del règim jurídic de la propietat d'acord amb la seva funció social podria fer perillar l'autonomia normativa de l'apartat primer. La noció de pertinença o titularitat(44) permet atribuir a la previsió de l'art. 33.1 una funció autònoma com a garantia individual. Funció que, actuant sobre plans diferents, no es veu afectada per la previsió

---

(43) La garantia de la iniciativa autònoma del propietari, en el seu paper clau dins l'estructura del sistema, és el fonament no del contingut essencial, sinó del contingut a seques de la previsió constitucional. Malgrat que pugui considerar-se que es barregen les nocions d'iniciativa privada i de propietat privada, ambdues són inescindibles en la necessària visió unitària del problema. En qualsevol cas, immediatament o mediatament, la propietat és la premissa necessària d'actuació de la iniciativa privada en l'economia. Aquest paper, com a factor insubstituïble, és el que configura un genèric contingut essencial davant el legislador. En aquest sentit, Pietro BARCELLONA afirma que el contingut mínim o essencial del dret de propietat consisteix en el manteniment de la seva qualitat com a "...titolo per comandare sul lavoro altrui, alla fine di produzione di profitto, e questo è il punto che caratterizza il patto sociale...". Cf. *Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà*. (Atti del convegno. Camerino, 27-28 maggio 1982), (ed. P. Perlingieri), Camerino, Università degli Studi, 1983, 83 ss.

(44) Sobre la relació entre titularitat i pertinença, en aquest context, cf. C. MAZZU, *Proprietà e società pluralista*, Milà, Giuffrè, 1983, espf. 253-254.

de l'art. 33.2. Igualment, lliga amb la garantia davant l'expropiació en sentit estricte (art. 33.3)(45).

L'art. 33.1 de la CE només garanteix la intangibilitat de la titularitat del dret de propietat davant els poders públics, i assenyaladament davant el legislador(46). D'aquí la diversitat de plans abans esmentada. La principal virtualitat d'aquest precepte és la garantia del respecte del statu quo formal preexistent(47).

Es pretén no anar més enllà del text i del seu sentit lògic, sense optar per la creació conceptual de normes subconstitucionals de caràcter material que no tenen el seu fonament en aquest precepte, sinó en la seva interpretació coordinada amb els fonaments de l'ordre econòmic constitucional (v.g. economia de mercat i autonomia individual en l'esfera econòmica).

Des del moment que la garantia continguda a l'art. 33.1 s'ha identificat amb la protecció de les titularitats existents en el moment de promulgar-se la Constitució, és evident que la dicotomia delimitació del dret/expropiació s'ha de plantejar des d'una perspectiva diferent.

(45) En la sentència 170/1989, el Tribunal Constitucional ha dit: "*La Ley impugnada... en ningún momento realiza expropiación en el sentido constitucional del término (...) La Ley realiza, eso sí, una configuración de los derechos existentes sobre dichos terrenos que... no supone en sí misma privación de propiedad alguna... sino sólo el establecimiento de las limitaciones generales y específicas que respecto de los usos y actividades hayan de establecerse en función de la conservación de los espacios y especies a proteger*" (F.J. 8è, apt. a).

(46) V. SCALISI, "Proprietà e governo democratico dell'economia", RDC, 1985, I, 231.

Encara que de la jurisprudència constitucional se'n poden fer lectures ben diferents, sembla que el criteri de garantia de les titularitats preexistents (desapropiació solament sobre la base d'indemnització corresponent), i de vinculació de les anteriors esferes de poder a la decisió futura del legislador (sols limitat per les exigències mínimes del consens constitucional), es pot veure recollit en la decisió del Tribunal Constitucional sobre la Llei d'Aigües (sentència 227/1988). Així, en la mesura que l'argument fort que justifica la desestimació del recurs sembla trobar-se en la congelació de la situació dels drets anteriors a la llei, es qüestiona el Tribunal la qualificació que poguessin merèixer eventuais restriccions (no produïdes per la LA) en les facultats derivades de la titularitat d'aquells drets, fa la impressió que allò que motivaria la inconstitucionalitat fóra una privació d'aquelles titularitats sense indemnització. El propi Tribunal insinua que, per a la limitació posterior de les facultats, la qualificació adequada seria -i esmenta ací el criteri del Tribunal Constitucional Federal alemany- la de mera limitació no indemnitzable, fruit de la conformació legal ordinària del dret. Veg. esp. els fonaments jurídics 8, 9, 12 i 14 de la sentència.

(47) Es parteix, per tant, d'una perspectiva pragmàtica de la definició *extraconstitucional* de la propietat. Per al professor Rodrigo BERCOVITZ, *tenir en propietat* significa únicament "...identificar al sujeto titular de la misma y, a lo sumo, saber algo tan indeterminado como que a dicho titular le corresponde el poder jurídicamente más importante sobre dicho bien". Cf. *Qué es la propiedad privada*, Barcelona, La Gaya Ciencia, 1977, 53.

A grans trets, la reducció als seus propis termes de l'art. 33.1 pot justificar la llibertat absoluta del legislador quant a la conformació del contingut del dret de propietat. No obstant això, el rebuig a una mediatització conceptual de les possibilitats del legislador democràtic [que és la causa del sentit estricte atribuït ací a l'art. 33.1 de la CE(48),] no permet ignorar les exigències

Per tal de comprendre millor aquesta funció autònoma del precepte —la legitimació constitucional de totes les propietats existents al moment de la seva promulgació— cal tenir present la hipòtesi que *ex Constitutione* es desapropriés alguna mena de propietaris (és a dir, la Constitució mateixa actuant com a llei d'expropiació). Es podria plantejar aleshores el dubte quant a l'aplicació o no de la garantia de l'art. 33.3 a la privació directament constitucional. Però també es podria defensar que sols l'àmbit objectiu mantingut —i per tant reconegut— per la Constitució és susceptible de donar lloc als instruments de garantia previstos davant el legislador (en aquest cas, el propi constituent).

Aquest podria ésser el cas dels béns dels particulars que *ex Constitutione* han assolit caràcter de béns de domini públic (cf.art. 132.2 CE). Sense entrar a fons en el tema, em sembla factible d'interpretar que —al cas particular de les platges i la zona marítimo-terrestre— no calia indemnitzar els titulars dels drets existents anteriorment sobre aquells béns, que quedarien realment *fora de la protecció constitucional*. Això no vol dir, tanmateix, que la transferència al domini públic *ex Constitutione* hagi d'anul·lar completament la posició jurídica dels antics titulars legítims; és possible articular un *tertium genus* relatiu a la disposició del bé, a base de la relativitat de la doctrina del domini públic, especialment en la seva configuració constitucional. Amb una certa dosi de bona voluntat, aquesta és la línia que hom pot deduir de la línia jurisprudencial desplegada els darrers anys pel Tribunal Suprem. Cf. p. ex. STS de 9 de novembre de 1984 (RAJ 5546; Ponent: Exc. Sr. Mariano Martín-Granizo Fernández), 11 de juny de 1985 (RAJ 3107; Ponent: Exc. Sr. José Beltrán de Heredia y Castaño), 26 d'abril de 1986 (RAJ 2004; Ponent: Exc. Sr. Antonio Carretero Pérez), 14 d'octubre de 1986 (RAJ 5789; Ponent: Exc. Sr. Jaime de Castro García) i 6 de juliol de 1988 (RAJ 5557; Ponent: Exc. Sr. Mariano Martín-Granizo Fernández).

Contràriament, a la disposició transitòria 1<sup>a</sup> de la Llei 22/1988, de 28 de juliol, de Costes, la solució al problema dels "enclaves" situats en el domini públic parteix del reconeixement tant de llur naturalesa dominical, com de l'extensió de la protecció *ex art. 33.3* als seus titulars. El punt conflictiu s'ha situat, però, en les condicions de compensació per la reconeguda desapropriació: transformació en concessions temporals (disp. trans. 1<sup>a</sup> LC). Sobre això, com tothom sap, el Tribunal Constitucional ha dit (en la sentència n. 149/1991, de 4 de juliol; Ponent: Exc. Sr. Francisco Rubio Llorente) (BOE n. 180, de 29 de juliol de 1991) que és una indemnització raonablement suficient, atesos el temps de duració de la mateixa i les condicions establertes per a l'ús i disposició dels béns. Més a més, però, el Tribunal Constitucional entén que l'art. 132.2 CE suposa una autèntica *expropiació*, per bé que al text constitucional sols hi figura la *causa expropriandi*. Queden fora tant la delimitació objectiva dels béns afectats, que correspon al legislador (F.J. 2n), com el règim jurídic d'aquests béns (F.J. 8è).

(48) I que es justifica en la reiterada separació de plans en l'anàlisi de la Constitució: com objecte sobre el que elaborar criteris per portar a terme el judici de conformitat de la resta de normes de l'ordenament, i com a norma jurídica integrada en el propi ordenament i, per tant, objecte del tractament de sistematització de la doctrina. Per això pot afirmar-se que la referència a la propietat en la Constitució és genèrica, amb una accepció més econòmica i política que jurídica. Aquest fet obsta justificadament la integració purament conceptual del problema, i ensems permet d'estendre la garantia als anomenats drets reals limitats i als drets sobre béns immaterials. Sobre aquesta última qüestió, veg. MENGONI. "Propietat e libertat", cit., 434. *Contra*, BARNES VAZQUEZ, *La propiedad constitucional...*, 82 i LOPEZ Y LOPEZ, *La disciplina constitucional...*, 40-41.

derivades de la interpretació unitària de la Constitució. Amb altres paraules: si bé una delimitació del dret que suposés el manteniment de la propietat formal sobre aquell bé (i negués qualsevol relació de propietat *substancial*)(49) seria, segons la meua opinió, perfectament constitucional en relació a l'art. 33.1 considerat de manera aïllada, és forçós d'admetre que aquesta situació podria ésser inconstitucional, perquè vulnera les bases de l'ordre econòmic constitucional. I això per tal com, aquest ordre econòmic constitucional, qualifica la relació de pertinença en un determinat sentit: el de protegir l'interès del propietari a dur a terme sobre els seus béns un efectiu aprofitament econòmic, que concreta les seves possibilitats d'autonomia en aquella esfera de la realitat social(50).

5. Pel que fa al valor *utilitat* la qüestió ha d'ésser reconduïda també als termes en què es defineix la llibertat d'actuació dels particulars en l'esfera econòmica. La Constitució garanteix la llibertat dels particulars d'operar en el camp econòmic sobre la base dels principis d'una economia de mercat, amb els matisos derivats de l'eventual actuació estatal de controls i limitacions. Tanmateix, no es pot forçar la continuació de les activitats econòmiques del particular.

El fonament d'aquest criteri es troba en el fet que el reconeixement de la lliure iniciativa privada en l'economia respon a una pregona motivació –confirmada històricament– que es connecta amb l'aspiració de garantir la llibertat dels individus de realitzar llurs propis fins(51), ja que aquesta seria, d'entrada, positiva per al conjunt de la societat. Contemporàniament, i això es reflecteix justament en la formulació de l'equilibri constitucional, aquesta original llibertat ja no abraça, però, la generalitat d'opcions que en matèria econòmica pugui realitzar qualsevol persona. S'ha reconegut el component de poder social que tenen les relacions econòmiques, a la vegada que s'ha ampliat el control públic sobre

(49) Quant a aquesta dicotomia, cf. S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, 228.

(50) COSTANTINO, *Contributo...*, cit., 101 ss; BARCELLONA, "La metamorfosi...", cit., 24.

(51) ANGELO, *Limitazione autoritative...*, cit., 307.

la gestió dels recursos. Per això, la protecció constitucional de la iniciativa privada s'ha d'estendre sobretot a la decisió d'entrar o no al mercat. Pel que fa a la regulació de les condicions d'exercici de la posició escollida, la vinculació constitucional ha de comprendre només el manteniment de la utilitat objectiva per al particular de l'opció que ha escollit. Altrament, seria una via indirecta de suprimir l'efectivitat de la garantia(52). Quan l'opció de mantenir-se o no com a propietari resta prejutjada per les condicions excessivament oneroses que s'imposen per la llei al titular del dret s'estan traspasant els límits constitucionals.

Aquesta perspectiva, que destaca el moment econòmic del dret de propietat, més enllà de la síntesi jurídica de les facultats que l'integren, sembla també apuntar-se a la sentència 37/1987 del Tribunal Constitucional: "*Ciertamente no sería constitucional una expropiación que, afectando parcialmente a alguna de las facultades del propietario reconocidas por la ley, privase en realidad de todo contenido útil al dominio sin ninguna indemnización adecuada a esta privación total del derecho, que puede, desde luego, medirse desde el punto de vista del aprovechamiento económico o rentabilidad de la nuda propiedad o de las facultades que el propietario conserva tras la operación expropiatoria (respecto del contenido económico del derecho sacrificado)*" (F.J. 3er).

Resulta clar que la valoració, en els termes assenyalats, de la constitucionalitat d'una llei delimitadora de la propietat sols serà possible en relació a les circumstàncies concretes dels sectors de la realitat econòmica que són objecte del dret. En aquest pla, cal ponderar l'interès que per a la col·lectivitat presenta la restricció en l'autonomia de decisió dels propietaris sobre l'aprofitament d'aquella mena de béns. La Constitució sols garanteix el manteniment de la seva titularitat formal sobre la propietat i una relació raonable de rendibilitat ateses les càrregues que, en l'obtenció de les utilitats, imposa el legislador. En definitiva, la destrucció de tot aprofitament econòmic (inclòs aquell derivat de la transformació del bé en el seu valor en canvi) serà allò materialment contradictori amb el règim constitucional de la propietat

---

(52) JUAN ASENJO, *La Constitución...*, cit., 157-158.

(si es prefereix, amb el *contingut essencial* del dret a la Constitució).

La valoració de l'actuació del legislador en la delimitació del dret de propietat esdevé, comptat i debatut, verificació del manteniment de l'adequada relació de proporcionalitat entre els fins perseguits i les mesures adoptades (conformació distinta –eventualment restrictiva– del contingut del dret en termes econòmics). Es parteix de la garantia bàsica de la titularitat, a la qual cal afegir, per imperatiu del principi de concordança pràctica, el respecte d'un cert grau d'autonomia per al propietari en l'obtenció de rendiment econòmic dels seus béns(53).

D'acord amb l'habilitació conferida al legislador per a adequar aquesta actuació autònoma del propietari a les necessitats derivades de l'interès general, es podran restringir legalment les opcions del titular en l'exercici del contingut reconegut al dret, però sempre fins el límit del manteniment (en la nova situació jurídica) de la utilitat en termes econòmics. Jurídicament, el punt final a les possibilitats del legislador democràtic és la conformació d'una relació de titularitat dominical sobre els béns que no reporti de cap manera un profit objectiu al seu propietari. El mínim de rendibilitat que cal mantenir en l'exercici dels continguts dominicals és òbviament un problema de proporció, que solament segons els criteris definibles en cada ocasió es pot escatir(54).

A despit que la caracterització del problema en termes purament econòmics sembla posar en dubte l'autonomia de l'anàlisi jurídica, aquest criteri es justifica si es pensa en la necessària llibertat que correspon al legislador en la configuració del règim jurídic del dret de propietat. La perspectiva d'anàlisi basada en la transcendència real sobre l'equilibri existent en cadascun dels sectors afectats, sembla una dada prou objectiva a fi de valorar la constitucionalitat de l'operació portada a terme pel legislador:

---

(53) Cf. A. HERNANDEZ GIL, "La propiedad privada y su función social en la Constitución", *Poder Judicial* (14), 1989, 9-22 i esp. 18 ss.

(54) Sobre això, veg. BARNES VAZQUEZ, *La propiedad constitucional...*, cit., 329, nota 57.



### 2.2.3. Sentit del reconeixement constitucional de la funció social del dret a la propietat

1. Haver qualificat la funció social del dret de propietat com instrument de control de l'activitat normativa del legislador suposa identificar quins són els paràmetres de la seva definició. Com a tal noció autònoma, susceptible d'incloure's al judici de conformitat constitucional, exigeix una substància que en permeti el seu ús a l'hora de valorar la racionalitat de la conformació del dret segons la indicació interès públic / utilitat individual.

No obstant això, i més enllà de l'especial paper que es pot atribuir a la funció social pel que fa a la verificació de la constitucionalitat de concretes mesures legislatives, la referència a aquest concepte jurídic indeterminat pot implicar importants variacions en la reconstrucció conceptual del dret de propietat.

2. És coneguda la dificultat de consolidar un significat jurídic per a la funció social de la propietat. Com a tal, no es pot concebre ni utilitzar només per justificar tota mena d'intervencions públiques sobre el dret de propietat. Tanmateix, si les dades de la seva caracterització s'han de prendre dels textos constitucionals, ben sovint ens adonem que aquests són insuficients perquè són solucions de compromís. El seu sentit programàtic, a més, els fa difícils d'articular jurídicament<sup>(55)</sup>. Es fa notar generalment com, a banda dels inevitables condicionaments ideològics, les diferents opcions doctrinals contenen aproximacions parcials que matisen llur correcció des del pla conceptual<sup>(56)</sup>.

3. Ultra la definició de la noció, una altra qüestió que ha provocat debat doctrinal és la possible ubicació estructural o no de la funció social. Sense necessitat d'entrar a fons en el tema de saber si el dret de propietat té o és una funció social, allò que sembla suggerir la manera en què s'ha incorporat a la Constitució de 1978 és que actua des del propi pla estructural

(55) C. LASARTE ALVAREZ, "Propiedad privada e intervencionismo administrativo", *RGLJ*, 1977, 148.

(56) Cf. G. ALPA / M. BESSONE, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, II (*Storia, funzione sociale, pubblici interventi*), Padova, CEDAM, 1980, 172 ss.

del dret, tal com aquest ve indicat a l'apartat primer de l'article 33 (relació de pertinença qualificada pel manteniment de l'interès del propietari a treure un profit raonable de la seva situació). Efectivament, l'art. 33.2 diu "*la función social de estos derechos...*". Fa la impressió, doncs, que aquesta funció a tenir en consideració en l'exercici de l'habilitació legal per a la conformació del contingut del dret és un element previ, intern, con-substancial a la qualificació de l'estructura de la situació del propietari.

Així sembla que ho entén la majoria dels autors(57) i també el Tribunal Constitucional, quan distingeix el moment *individual* i el social en la definició del dret: "*Utilidad individual y función social*" –afirma la sentència 37/1987– "*definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes*".

4. La principal virtualitat de la fórmula es troba en la legitimació que confereix al legislador per a incorporar al règim jurídic del dret de propietat límits i obligacions al poder del propietari en cadascuna de les categories de béns. Aquest fet, però, no descriu l'element intern, que es pressuposa i que és l'element de legitimació. Des d'aquesta òptica, la concreció de la funció social en límits, obligacions o càrregues al propietari constitueix element extern a la pròpia construcció conceptual del fenomen des de les dades de la Constitució. L'art. 33.2 és, en relació als extrems suara indicats, una garantia formal de llei respecte la introducció de càrregues en sentit ampli sobre la posició d'avantatge que indubtablement és el dret del propietari.

5. Igual com la fórmula utilitzada a l'apartat primer de l'art. 33 venia reconeguda com expressió constitucional d'una realitat de fet que la Constitució assumia, i respecte de la qual se'n verificava un compromís en els termes més amunt indicats, també la funció social pot reconduir-se a aquesta lògica. Especialment quant a la configuració d'aquest element intern social, que s'apunta en la construcció constitucional. Des d'aquesta perspectiva, més que lligar amb una utilització tècnica de l'expressió

---

(57) Cf. esp. COCA PAYERAS, *Tanteo y retracto...*, cit., 267 ss.

funció, la constitucionalització de la fórmula s'ha de connectar amb la seva fortuna per descriure la mutació de la mentalitat dominant sobre la llibertat del propietari pel que fa als béns dels quals n'és titular. Aquesta seria la intenció del constituent a l'hora de situar aquest terme correlativament al reconeixement –sense matisos– del dret, a l'art. 33.1 de la CE.

Així, la funció social (del dret a la propietat privada) és una fórmula resumtiva dels interessos d'aquells col·lectius socials directament o indirectament afectats per l'ús que es faci dels béns objecte de propietat privada(58). El canvi de mentalitat que s'hi reflecteix resulta de la superació d'una consideració exclusivament individual de l'interès referent al gaudi i la utilització dels béns; a fi de tenir present, àdhuc jurídicament, l'interès que té, per a grups i col·lectius socials més o menys determinats, la manera en què es desplega el poder de disposició del propietari. El bé objecte del dret esdevé punt de referència d'interessos diversos: els del propietari i els dels tercers *interessats en o afectats* pel seu ús(59).

La funció social no s'equipara amb l'interès general; malgrat que pertoca a la llei la seva actuació i a l'administració pública el control de la seva operativitat. Té una autonomia pròpia, basada en l'essencial facticitat de la seva caracterització. Per aquest motiu, és l'objecte del compromís constitucional. A l'igual que ho era el reconeixement de les propietats preexistents, per bé que, en aquest cas, es comprova un grau més alt de projecció cap al futur. La propietat deixa d'ésser, per mitjà de la fórmula adoptada pel constituent, una esfera separada de la comunitat, on el particular desplega lliurement les seves aptituds(60). Esdevé centre d'imputació de decisions jurídicament transcendents; referents als interessos de tercers relacionats amb l'ús d'un determinat bé o grup de béns. La comesa de la llei (art. 33.2 de la CE) és la de trobar l'equilibri entre els diversos interessos, més que no la imposició d'un indeterminat *interès general*, corresponent a

(58) BARCELLONA, "Utilizzazione dei beni...", cit., 119.

(59) MAZZU, *Proprietà e società...*, cit., 252 ss.

(60) Cf. BERCOVITZ, *Qué es la propiedad...*, cit., 38; BARCELLONA, "Utilizzazione dei beni...", cit., 120-121.

tota la col·lectivitat i que –pràcticament i jurídicament– defensa l'administració pública(61).

Aquest reconeixement constitucional de la concurrència d'interessos sobre el bé és justament el que més efectivament incideix sobre el nucli intern de la relació de pertinença. Vegem-ho tot seguit.

#### 2.2.4. La interpretació conjunta dels apartats primer i segon de l'art. 33 i els seus efectes sobre la dogmàtica tradicional del domini

1. De la definició en aquests termes de l'acció de la funció social sobre l'estructura del dret de propietat (si es vol, la identificació en aquest sentit del nucli intern del dret de propietat) es poden fer derivar conseqüències en el pla purament tècnic. Efectes sobre la configuració del domini, i també sobre la qualificació dels confins constitucionals a la delimitació legal del règim de gaudi dels propis béns.

Com a tècnica de gestió dels recursos, el dret de propietat privada ha estat concebut tradicionalment sobre la base de l'*exclusivitat*. Des d'aquesta premissa, la posició avançada abans quant a la definició d'interessos concurrents de tercers (potser mereixedors de tutela jurídica) pel que fa a la disposició del bé, significa un capgirament substancial de la forma de pensar la posició del propietari davant el conjunt de la societat organitzada jurídicament(62). En efecte, tal com s'ha caracteritzat la fórmula funció social, aquesta esdevé una concreta manifestació del *principi de participació*(63) en la formació de les decisions (polítiques o econòmiques). L'acceptació de les premisses abans indicades contribueix a dotar l'opció del constituent en favor de la funció social d'un sentit pràctic directament perceptible:

---

(61) Aquesta perspectiva permet de valorar més críticament les opcions legislatives, en la mesura que l'interpret no es veu sotmès al calaix de sastre que suposa l'interès general, i es possibiliten la valoració i la ponderació dels interessos en conflicte, i també de les solucions aportades pel legislador. Cf. BARCELONA, Ult. ob. cit., 190.

(62) C. MAZZU, *Proprietà e società...*, cit., 230 ss.

(63) Cf. M. COSTANTINO, "Proprietari...", cit., 235 ss i 288.

superar la rigidesa de les opcions constructives de l'empara constitucional fundades en la noció *dret subjectiu*(64). En concret, pel que fa a la definició del domini com a gaudi del bé reservat en exclusiva al propietari.

2. L'opció constitucional per la funció social de la propietat permet que el legislador es trobi autoritzat a sostreure al dret de propietat un dels seus caràcters bàsics, tant des de l'òptica jurídica com de l'econòmica: l'exclusivitat. En l'actuació de la funció social de la propietat, el legislador ("*...de acuerdo con las leyes*") fixarà les condicions per tal que els tercers interessats en l'ús d'aquell bé puguin *ésser preferits* al propietari. A aquesta possibilitat hom no podrà oposar el caràcter constitucionalment necessari de l'exclusivitat. Amb base en la funció social del dret es pot afirmar el caràcter normal de la nota de l'exclusivitat sobre la disposició del bé, però no la seva essencialitat (evidentment, als efectes de l'art. 53.1 de la CE). Per això, el legislador pot configurar hipòtesis en què la *gestió dels béns* passi a mans de subjectes diferents del propietari.

En la protecció dels interessos dels no-propietaris respecte l'aprofitament dels recursos econòmics, la Constitució faculta al legislador bé a desapropiar el titular mitjançant l'expropiació forçosa –i transmetre la cosa, si s'escau, a tercers compromesos en la seva explotació adequada–, bé a mantenir la titularitat del dret bo i transferint al mateix temps la utilització econòmica essencial. En aquest darrer cas, el poder exclusiu de disposició es veu substituït per l'acció de tercers legitimats legalment. Tal substitució és justament l'actuació de la funció social, i com a tal haurà de mantenir –en termes de proporcionalitat i adequada justificació– el lligam amb la defensa d'interessos de tercers mereixedors de tutela.

3. Però, a banda del control jurisdiccional directe en els termes de l'art. 33.2, la garantia del contingut essencial del dret a la propietat privada també juga necessàriament en la instrumentació d'aquesta dissociació entre pertinença i gaudi. El problema es manifesta en dos plans: el primer, la posició que, per la

(64) SCALISI, "Proprietà e governo democratico...", cit., 224 ss.

seva relació amb la iniciativa privada en l'economia, té el propietari; el segon, en el necessari restant d'utilitat que ha connectar-se a la titularitat.

Quant a la primera qüestió, la garantia constitucional del dret a la propietat privada s'estén fins a garantir al titular dominical una absoluta preferència (no exclusivitat) respecte la utilització econòmica fonamental d'un bé. Aquesta preferència es tradueix en la necessària articulació, en la llei delimitadora de la propietat per a cada sector determinat, de fórmules que possibilitin en tot cas l'assumpció pel propietari dels criteris de gestió considerats idonis per a la defensa dels interessos vinculats al compliment de la funció social.

Respecte la segona qüestió, és molt difícil d'establir una solució. Es poden proposar dues respostes. O bé s'entén que la titularitat dominical implica automàticament, amb independència de qui porti a terme la utilització econòmica fonamental, l'atribució al propietari de components de renda que facin objectivament útil per a ell l'existència d'aquell dret. O bé la garantia de la utilitat es redueix a situar les condicions de la funció delimitadora del poder de disposició reservat al propietari. De tal manera, segons aquesta darrera opció, el manteniment d'una raonable rendibilitat s'hauria de verificar a fi de mantenir l'interès del propietari a la gestió del recurs del qual disposa preferentment. Però un cop eliminat, en les condicions fixades per la llei, aquest gaudi preferent *ut dominus*, la garantia de l'adequada rendibilitat s'acaba. En l'altra possible resposta, hom suposa que la Constitució reconeix com a font de renda la sola titularitat, sense que s'hi connectin les condicions d'exercici de la iniciativa privada en l'economia.

Com a conclusió, la garantia constitucional es tradueix en un complex equilibri entre les exigències de la propietat i aquelles d'altres interessos mereixedors de tutela. Amb independència de quina sigui l'opció final en relació als diferents tipus de béns, és en tot cas constitucionalment necessari reservar al propietari l'oportunitat de complir ell mateix amb els objectius dirigits a la satisfacció dels altres interessos considerats mereixedors de tutela. Més discutible és afirmar que caldria garantir-li

igualment una participació en el benefici econòmic de la gestió dels béns dels quals n'és titular.

El dret de propietat és a la Constitució, essencialment *títol preferent per a disposar dels propis béns*. Aquesta caracterització es justifica pel paper que juga aquest dret en relació amb l'ordre econòmic constitucional. Com a centre primordial d'imputació de la riquesa, la pertinença dels béns pot imposar la participació en el producte social que aquests generen (renda). Com a títol per al desenvolupament de l'autonomia en el camp econòmic (art. 38), la propietat sobre els béns garanteix una intervenció necessària en el procés de decisió respecte de llurs utilitats.

L'exclusivitat en el gaudi s'acaba, aleshores, des del moment en què el propietari no vol o no pot fer front a les obligacions que comporta el compliment de la funció social (mantenint en tot cas la raonable rendibilitat). En aquest cas, la defensa dels altres interessos protegits legalment faculta per a l'entrada en el gaudi d'altres subjectes, que es fan càrrec dels deures inherents al propietari. No ens trobem, però, en un cas d'expropiació de les facultats d'ús sinó en una configuració distinta del dret, en la qual es recomposa *a posteriori* la unitat titularitat / poder de disposició, però des d'un pla alternatiu de participació<sup>(65)</sup>. El compliment de la funció social no imposa en tot cas, l'expropiació, sinó que autoritza aquesta dissociació entre titularitat (art. 33.1) i poder de disposició; que opera en els casos en què l'actuació del titular del dret no permet la protecció dels interessos legalment rellevants dels tercers en la utilització dels béns. De tota manera, és molt important recordar que en tot moment es continua en el marc fixat pel principi de legalitat; en el sentit que tant la delimitació dels usos conferits per raó de l'interès del propietari a participar en la gestió econòmica dels seus béns (art. 38), com el límit a la preferència que aquest interès protegit constitucionalment atribueix, s'han de portar a terme mitjançant una llei. Llei que estarà sotmesa en darrer terme al control jurisdiccional de la seva proporcionalitat (relació entre el fi perseguit i la correlativa restricció de l'autonomia reconeguda al

(65) SCALISI, "Proprietà e governo democratico...", cit., 238.

propietari), a fi d'evitar una actuació del tot arbitrària del legislador (art. 9.3 de la CE) o caracteritzada per provocar (o fundarse en) una desigualtat mancada de tot fonament racional (art. 14 de la CE).

4. L'opció adoptada no és una lectura constructiva de la garantia constitucional del dret de propietat des del pla conceptual. Amb altres paraules, no hi ha una tasca de redefinició de la imatge del dret des de les noves dades fornides *ex Constitutione*. Justament l'exposició ha tractat d'evitar aquesta perspectiva i, en qualsevol cas, pretenia que l'atribució de sentit als conceptes indeterminats presents al precepte fos tendencialment objectiva. Per aquest motiu, es proposa una explicació limitada als *mínims* bàsics imposats al legislador democràtic. La qual cosa no significa que aquesta explicació es correspongui amb l'aplicable a la realitat legal extraconstitucional, considerant-la com una unitat als efectes de la definició conceptual de l'institut jurídic *propietat*. Ans, al contrari, justament l'existència de la reserva formal de llei a l'art. 33.2 de la CE exigeix la prèvia transformació dels instruments legals per poder fer qualsevol reconstrucció sistemàtica de l'institut. Solament en la mesura que es constati, al pla de la legalitat ordinària, aquesta modificació de principis podrà parlar-se d'evolució. Evolució que estarà autoritzada pels termes aquí exposats de garantia constitucional de la propietat, però que, en funció del valor del pluralisme polític i social que el propi sistema constitucional consagra (art. 1.1 del CE), no constitueix una obligació imposada al legislador.